

**NUNAVUT IMPACT REVIEW BOARD**  
**BAFFINLAND IRON MINES CORPORATION MARY RIVER PHASE 2 PROPOSAL**  
**NIRB File No. 08MN053**

---

**BOOK OF AUTHORITIES FOR FINAL WRITTEN SUBMISSIONS OF  
MITTIMATALIK HUNTERS AND TRAPPERS ORGANIZATION**

---

**Counsel for the Intervenors Mittimatalik Hunters and Trappers Organization**

**Woodward & Company Lawyers LLP**

Barristers & Solicitors  
2<sup>nd</sup> Floor, 1022 Government Street  
Victoria, BC V8W 1X7

Attention: Eamon Murphy and Michelle Bradley  
Tel (250) 383-2356  
Fax (250) 380-6560

### List of Authorities

	<b>Authorities</b>
1.	<i>114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)</i> , 2001 SCC 40
2.	<i>Baker v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , [1999] 2 S.C.R. 817
3.	<i>Beckman v Little Salmon/Carmacks First Nation</i> , 2010 SCC 53
4.	<i>Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) v Akisq'nuk First Nation</i> , 2017 FCA 175
5.	<i>Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.</i> , 2017 SCC 41
6.	<i>Clyde River v Petroleum Geo-Services</i> , 2017 SCC 40
7.	<i>Gitxaala Nation v Canada</i> , 2015 FCA 187
8.	<i>Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)</i> , 2004 SCC 73
9.	<i>Mikisew Cree First Nation v Canada (Minister of Canadian Heritage)</i> , 2005 SCC 69
10.	<i>Qikiqtani Inuit Association v Canada (Minister of Natural Resources)</i> , 2010 NUCJ 12
11.	<i>R v Krause</i> , [1986] 2 S.C.R. 466
12.	<i>Tsleil-Waututh Nation v Canada (Attorney General)</i> , 2018 FCA 153
13.	<i>West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)</i> , 2011 BCCA 247
14.	<i>Yahey v. British Columbia</i> , 2021 BCSC 1287
	<b>Legislation</b>

15.	<i>Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11</i>
16.	<i>Agreement Between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty the Queen in Right of Canada, 25 May 1993</i>
17.	<i>Nunavut Planning and Project Assessment Act, SC 2013, c 14</i>

**114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) and Services des espaces verts Ltée/Chemlawn** *Appellants*

*v.*

**Town of Hudson** *Respondent*

and

**Federation of Canadian Municipalities, Nature-Action Québec Inc. and World Wildlife Fund Canada, Toronto Environmental Alliance, Sierra Club of Canada, Canadian Environmental Law Association, Parents' Environmental Network, Healthy Lawns – Healthy People, Pesticide Action Group Kitchener, Working Group on the Health Dangers of the Urban Use of Pesticides, Environmental Action Barrie, Breast Cancer Prevention Coalition, Vaughan Environmental Action Committee and Dr. Merryl Hammond, and Fédération interdisciplinaire de l'horticulture ornementale du Québec** *Interveners*

INDEXED AS: 114957 CANADA LTÉE (SPRAYTECH, SOCIÉTÉ D'ARROSAGE) *v.* HUDSON (TOWN)

Neutral citation: 2001 SCC 40.

File No.: 26937.

2000: December 7; 2001: June 28.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Municipal law — By-laws — Regulation and restriction of pesticide use — Town adopting by-law restricting use of pesticides within its perimeter to specified locations and enumerated activities — Whether Town had statutory authority to enact by-law — Whether by-law rendered inoperative because of conflict with federal or*

**114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) et Services des espaces verts Ltée/Chemlawn** *Appelantes*

*c.*

**Ville de Hudson** *Intimée*

et

**Fédération canadienne des municipalités, Nature-Action Québec Inc. et Fonds mondial pour la nature (Canada), Toronto Environmental Alliance, Sierra Club du Canada, Association canadienne du droit de l'environnement, Parents' Environmental Network, Healthy Lawns – Healthy People, Pesticide Action Group Kitchener, Working Group on the Health Dangers of the Urban Use of Pesticides, Environmental Action Barrie, Breast Cancer Prevention Coalition, Vaughan Environmental Action Committee et Dr Merryl Hammond et la Fédération interdisciplinaire de l'horticulture ornementale du Québec** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : 114957 CANADA LTÉE (SPRAYTECH, SOCIÉTÉ D'ARROSAGE) *c.* HUDSON (VILLE)

Référence neutre : 2001 CSC 40.

N° du greffe : 26937.

2000 : 7 décembre; 2001 : 28 juin.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit municipal — Règlements — Réglementation et restriction de l'utilisation des pesticides — Adoption par la Ville d'un règlement limitant l'utilisation des pesticides sur son territoire à des endroits précis et à des activités énumérées — La Ville avait-elle le pouvoir légal d'adopter le règlement? — Le règlement a-t-il été rendu inopérant du fait de son incompatibilité avec la législation fédérale ou provinciale? — Règlement 270*



*provincial legislation — Town of Hudson By-law 270 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 410(1).*

The appellants are landscaping and lawn care companies operating mostly in the greater Montreal area, with both commercial and residential clients. They make regular use of pesticides approved by the federal *Pest Control Products Act* in the course of their business activities and hold the requisite licences under Quebec's *Pesticides Act*. In 1991 the respondent Town, located west of Montreal, adopted By-law 270, which restricted the use of pesticides within its perimeter to specified locations and for enumerated activities. The definition of pesticides in By-law 270 replicates that in the *Pesticides Act*. Under s. 410(1) of the Quebec *Cities and Towns Act* ("C.T.A."), the council may make by-laws to "secure peace, order, good government, health and general welfare in the territory of the municipality", while under s. 412(32) C.T.A. it may make by-laws to "regulate or prohibit the . . . use of . . . combustible, explosive, corrosive, toxic, radioactive or other materials that are harmful to public health or safety, in the territory of the municipality or within 1 km therefrom". In 1992 the appellants were charged with having used pesticides in violation of By-law 270. They brought a motion for declaratory judgment asking the Superior Court to declare By-law 270 to be inoperative and *ultra vires* the Town's authority. The Superior Court denied the motion, and the Court of Appeal affirmed that decision.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and Arbour JJ.: As statutory bodies, municipalities may exercise only those powers expressly conferred by statute, those powers necessarily or fairly implied by the expressed power in the statute, and those indispensable powers essential and not merely convenient to the effectuation of the purposes of the corporation. Included in this authority are "general welfare" powers, conferred by provisions in provincial enabling legislation, on which municipalities can draw. Section 410 C.T.A. is an example of such a general welfare provision and supplements the specific grants of power in s. 412. While enabling provisions that allow municipalities to regulate for the "general welfare" within their territory authorize the enactment of by-laws genuinely aimed at furthering goals such as public health and safety, courts faced with

*de la ville de Hudson — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 410(1).*

Les appelantes sont des entreprises d'aménagement paysager et d'entretien des pelouses qui exercent leurs activités surtout dans la région métropolitaine de Montréal et qui ont aussi bien des clients commerciaux que des clients résidentiels. Elles utilisent régulièrement, dans le cadre de leurs activités commerciales, des pesticides conformes à la *Loi sur les produits antiparasitaires* du gouvernement fédéral et détiennent les permis requis par la *Loi sur les pesticides* du Québec. En 1991, la Ville intimée, située à l'ouest de Montréal, a adopté le règlement 270, qui limite l'utilisation des pesticides sur son territoire à des endroits précis et aux activités énumérées. La définition de pesticides contenue dans le règlement 270 est la réplique exacte de celle adoptée dans la *Loi sur les pesticides*. En vertu du par. 410(1) de la *Loi sur les cités et villes* du Québec (« L.C.V. »), le conseil peut faire des règlements « [p]our assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, la salubrité et le bien-être général sur le territoire de la municipalité », tandis qu'en vertu du par. 412(32) L.C.V., il peut faire des règlements « [p]our réglementer ou défendre [. . .] l'usage de [. . .] matières combustibles, explosives, corrosives, toxiques, radioactives ou autrement dangereuses pour la santé ou la sécurité publiques, sur le territoire de la municipalité ou dans un rayon de 1 km à l'extérieur de ce territoire ». En 1992, les appelantes ont été accusées d'avoir utilisé des pesticides contrairement au règlement 270. Elles ont introduit une requête en jugement déclaratoire demandant à la Cour supérieure de déclarer inopérant le règlement 270 et *ultra vires* le pouvoir de la Ville. La Cour supérieure a rejeté la requête, et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et Arbour : En tant qu'organismes créés par la loi, les municipalités peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir explicite conféré dans la loi, et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l'organisme. Y sont inclus les pouvoirs en matière de « bien-être général » conférés par la loi provinciale habilitante, sur laquelle les municipalités peuvent se fonder. L'article 410 L.C.V. constitue un exemple d'une telle disposition générale de bien-être et il ajoute aux pouvoirs spécifiques conférés par l'art. 412. Bien que les dispositions habilitantes permettant aux municipalités de réglementer pour le « bien-être général » sur leur territoire autorisent l'adoption de

an impugned by-law enacted under an “omnibus” provision such as s. 410 *C.T.A.* must be vigilant in scrutinizing the true purpose of the by-law.

By-law 270 does not fall within the ambit of s. 412(32) *C.T.A.* There is no equation of pesticides and “toxic . . . materials” either in the terms of the by-law or in any evidence presented during this litigation. Since there is no specific provision in the provincial enabling legislation referring to pesticides, the by-law must fall within the purview of s. 410(1) *C.T.A.* By-law 270 read as a whole does not impose a total prohibition, but rather permits the use of pesticides in certain situations where that use is not purely an aesthetic pursuit. Based on the distinction between essential and non-essential uses of pesticides, it is reasonable to conclude that the Town by-law’s purpose is to minimize the use of allegedly harmful pesticides in order to promote the health of its inhabitants. This purpose falls squarely within the “health” component of s. 410(1) *C.T.A.* The distinctions impugned by the appellants as restricting their businesses are necessary incidents to the power delegated by the province under s. 410(1) *C.T.A.* Moreover, reading s. 410(1) to permit the Town to regulate pesticide use is consistent with principles of international law and policy. The interpretation of By-law 270 set out here respects international law’s “precautionary principle”. In the context of the precautionary principle’s tenets, the Town’s concerns about pesticides fit well under their rubric of preventive action.

By-law 270 was not rendered inoperative because of a conflict with federal or provincial legislation. As a product of provincial enabling legislation, By-law 270 is subject to the “impossibility of dual compliance” test for conflict between federal and provincial legislation set out in *Multiple Access*. The federal *Pest Control Products Act* regulates which pesticides can be registered for manufacture and/or use in Canada. This legislation is permissive, rather than exhaustive, and there is no operational conflict with By-law 270. The *Multiple Access* test also applies to the inquiry into whether there is a conflict between the by-law and provincial legislation. In this case, there is no barrier to dual compliance with By-law 270 and the Quebec *Pesticides Act*, nor any plausible evidence that the legislature intended to preclude municipal regulation of pesticide use. The *Pesticides Act* establishes a permit and licensing system for

règlements visant véritablement à faciliter la réalisation d’objectifs telles la santé et la sécurité publiques, les tribunaux saisis d’un règlement contesté adopté en vertu d’une disposition « omnibus » comme l’art. 410 *L.C.V.* doivent être vigilants lorsqu’ils cherchent à déterminer le but véritable du règlement.

Le règlement 270 ne tombe pas sous l’égide du par. 412(32) *L.C.V.* Le texte du règlement et la preuve présentée au cours du présent litige n’assimilent pas les pesticides aux « matières [ . . . ] toxiques ». Étant donné qu’aucune disposition particulière de la loi provinciale habilitante ne mentionne les pesticides, le règlement doit tomber dans le champ d’application du par. 410(1) *L.C.V.* Interprété dans son ensemble, le règlement 270 n’impose pas une interdiction totale, mais permet plutôt l’usage de pesticides dans certains cas où cet usage n’a pas un but purement esthétique. Selon la distinction entre l’usage essentiel et l’usage non essentiel des pesticides, il est raisonnable de conclure que le règlement de la Ville a pour objet de minimiser l’utilisation de pesticides qui seraient nocifs afin de protéger la santé de ses habitants. Cet objet relève directement de l’aspect « santé » du par. 410(1) *L.C.V.* Les distinctions contestées par les appelantes au motif qu’elles restreignent leurs activités commerciales sont des conséquences nécessaires à l’application du pouvoir délégué par la province en vertu du par. 410(1) *L.C.V.* De plus, interpréter le par. 410(1) comme permettant à la Ville de réglementer l’utilisation des pesticides correspond aux principes de droit et de politique internationaux. L’interprétation du règlement 270 exposée ici respecte le « principe de précaution » du droit international. Dans le contexte des postulats du principe de précaution, les craintes de la Ville au sujet des pesticides s’inscrivent confortablement sous la rubrique de l’action préventive.

Le règlement 270 n’a pas été rendu inopérant du fait de son incompatibilité avec la législation fédérale ou provinciale. Découlant d’une loi provinciale habilitante, le règlement 270 est sujet au critère de « l’impossibilité de se conformer aux deux textes » en cas de conflit entre la législation fédérale et la législation provinciale, critère qui a été énoncé dans l’arrêt *Multiple Access*. La *Loi sur les produits antiparasitaires* du gouvernement fédéral dicte quels pesticides peuvent être agréés à des fins de fabrication et/ou d’utilisation au Canada. Cette loi est permissive, et non pas exhaustive, de sorte qu’il n’y a aucun conflit d’application avec le règlement 270. Le critère de l’arrêt *Multiple Access* s’applique également à l’examen de la question de savoir s’il y a conflit entre le règlement municipal et la législation provinciale. Dans la présente affaire, rien n’empêche que l’on se conforme à la fois au règlement 270 et à la *Loi sur les*

vendors and commercial applicators of pesticides and thus complements the federal legislation's focus on the products themselves. Along with By-law 270, these laws establish a tri-level regulatory regime.

*Per Iacobucci, Major and LeBel JJ.:* The basic test to determine whether there is an operational conflict remains the impossibility of dual compliance. From this perspective, the alleged conflict with federal legislation simply does not exist. Nor does a conflict exist with the Quebec *Pesticides Act*, for the reasons given by the majority.

The issues in this case remain strictly first whether the *C.T.A.* authorizes municipalities to regulate the use of pesticides within their territorial limits, and second whether the particular regulation conforms with the general principles applicable to delegated legislation. The Town concedes that the only provision under which its by-law can be upheld is the general clause of s. 410(1) *C.T.A.* While it appears to be sound legislative and administrative policy, under general welfare provisions, to grant local governments a residual authority to address emerging or changing issues concerning the welfare of the local community living within their territory, it is not enough that a particular issue has become a pressing concern in the opinion of a local community. This concern must be closely related to the immediate interests of the community within the territorial limits defined by the legislature in a matter where local governments may usefully intervene. In this case, the by-law targets problems of use of land and property, and addresses neighborhood concerns that have always been within the realm of local government activity. The by-law was thus properly authorized by s. 410(1).

Two basic and longstanding principles of delegated legislation state that a by-law may not be prohibitory and may not discriminate unless the enabling legislation so authorizes. While on its face, By-law 270 involves a general prohibition and then authorizes some specific uses, when it is read as a whole its overall effect is to prohibit purely aesthetic use of pesticides while allowing other uses, mainly for business or agricultural

*pesticides* du Québec, et il n'y a aucun élément de preuve plausible indiquant que la législature avait l'intention d'empêcher la réglementation par les municipalités de l'utilisation des pesticides. La *Loi sur les pesticides* établit un régime de permis pour les vendeurs et les applicateurs commerciaux de pesticides et elle est donc complémentaire à la législation fédérale, qui porte sur les produits eux-mêmes. Conjointement avec le règlement 270, ces lois établissent un régime de réglementation à trois niveaux.

*Les juges Iacobucci, Major et LeBel :* Le critère fondamental permettant de déterminer s'il existe conflit d'application demeure l'impossibilité de se conformer aux deux textes. Dans cette optique, le présumé conflit avec la législation fédérale n'existe tout simplement pas. Il n'y a pas non plus conflit avec la *Loi sur les pesticides* du Québec pour les raisons données par la majorité.

En l'espèce, les questions se résument à savoir si, premièrement, la *L.C.V.* autorise les municipalités à réglementer l'utilisation des pesticides sur leur territoire et, deuxièmement, si le règlement en cause respecte les principes généraux applicables à la législation déléguée. La Ville admet que la seule disposition qui permette de confirmer la légalité de son règlement est la clause générale du par. 410(1) *L.C.V.* Bien qu'il paraisse logique, sur les plans législatif et administratif, de recourir à des dispositions générales de bien-être pour conférer aux administrations publiques locales le pouvoir résiduaire de traiter des questions nouvelles ou évolutives relativement au bien-être de la collectivité locale vivant sur leur territoire, il ne suffit pas qu'une question particulière soit devenue une préoccupation urgente selon la collectivité locale. Cette préoccupation doit être étroitement liée aux intérêts immédiats de la collectivité se trouvant dans les limites territoriales définies par la législature pour ce qui concerne toute question pour laquelle l'intervention des administrations publiques locales peut se révéler utile. En l'espèce, le règlement vise les problèmes liés à l'utilisation des terres et des biens et il porte sur des préoccupations de quartier qui ont toujours relevé du domaine d'activité des administrations publiques locales. Le règlement était donc autorisé en bonne et due forme par le par. 410(1).

Selon deux principes fondamentaux établis depuis longtemps en matière de législation déléguée, un règlement ne peut pas être prohibitif et discriminatoire à moins que la loi habilitante ne l'autorise. Bien que le règlement 270 établisse de prime abord une prohibition générale pour ensuite permettre certaines utilisations particulières, lu dans son ensemble, il a comme effet d'interdire l'utilisation des pesticides pour des raisons

purposes. Moreover, although the by-law discriminates, there can be no regulation on such a topic without some form of discrimination in the sense that the by-law must determine where, when and how a particular product may be used. An implied authority to discriminate was thus unavoidably part of the delegated regulatory power.

### Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Distinguished:** *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; **applied:** *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; **referred to:** *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *Re Weir and The Queen* (1979), 26 O.R. (2d) 326; *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, [1945] S.C.R. 234; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *A.P. Pollution Control Board v. Nayudu*, 1999 S.O.L. Case No. 53; *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India*, [1996] Supp. 5 S.C.R. 241; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Attorney General for Ontario v. City of Mississauga* (1981), 15 M.P.L.R. 212; *Township of Uxbridge v. Timber Bros. Sand & Gravel Ltd.* (1975), 7 O.R. (2d) 484; *British Columbia Lottery Corp. v. Vancouver (City)* (1999), 169 D.L.R. (4th) 141; *Law Society of Upper Canada v. Barrie (City)* (2000), 46 O.R. (3d) 620; *Huot v. St-Jérôme (Ville de)*, J.E. 93-1052; *St-Michel-Archange (Municipalité de) v. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875.

By LeBel J.

**Applied:** *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; **referred to:** *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45;

purement esthétiques tout en permettant d'autres utilisations, surtout pour des activités commerciales et agricoles. De plus, bien que le règlement soit discriminatoire, il ne peut y avoir aucune réglementation sur un tel sujet sans une certaine forme de discrimination, en ce sens que le règlement doit établir où, quand et comment un produit particulier peut être utilisé. Le pouvoir de réglementation délégué comportait donc inévitablement le pouvoir implicite de faire de la discrimination.

### Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; **arrêt appliqué :** *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; **arrêts mentionnés :** *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *Re Weir and The Queen* (1979), 26 O.R. (2d) 326; *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *A.P. Pollution Control Board c. Nayudu*, 1999 S.O.L. Case No. 53; *Vellore Citizens Welfare Forum c. Union of India*, [1996] Supp. 5 S.C.R. 241; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Attorney General for Ontario c. City of Mississauga* (1981), 15 M.P.L.R. 212; *Township of Uxbridge c. Timber Bros. Sand & Gravel Ltd.* (1975), 7 O.R. (2d) 484; *British Columbia Lottery Corp. c. Vancouver (City)* (1999), 169 D.L.R. (4th) 141; *Law Society of Upper Canada c. Barrie (City)* (2000), 46 O.R. (3d) 620; *Huot c. St-Jérôme (Ville de)*, J.E. 93-1052; *St-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875.

Citée par le juge LeBel

**Arrêt appliqué :** *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; **arrêts mentionnés :** *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000]

*Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 1 S.C.R. 470, 2001 SCC 15; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Environmental Protection Act*, 1999, S.C. 1999, c. 33, s. 2(1)(a).  
*Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, ss. 410 [am. 1982, c. 64, s. 5; am. 1996, c. 2, s. 150], 412(32) [am. 1984, c. 47, s. 213; am. 1986, c. 31, s. 5; am. 1996, c. 2, s. 151], 463.1 [ad. 1998, c. 31, s. 15].  
*Cities, Towns and Villages Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. C-8, ss. 54, 102.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 453.  
*Endangered Species Act*, S.N.S. 1998, c. 11, ss. 2(1)(h), 11(1).  
*Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, c. 323, s. 249.  
*Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M45, s. 102.  
*Municipal Act*, R.S.Y. 1986, c. 119, s. 271.  
*Municipal Act*, S.M. 1996, c. 58, C.C.S.M. c. M225, ss. 232, 233.  
*Municipal Government Act*, S.A. 1994, c. M-26.1, ss. 3(c), 7.  
*Municipal Government Act*, S.N.S. 1998, c. 18, s. 172.  
*Municipalities Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-22, s. 190(2), First Schedule.  
*Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, Preamble (para. 6).  
*Pest Control Products Act*, R.S.C. 1985, c. P-9, ss. 4(1), (3), 6(1)(j) [am. 1993, c. 44, s. 200].  
*Pest Control Products Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1253, s. 45.  
*Pesticides Act*, R.S.Q., c. P-9.3, ss. 102 [am. 1987, c. 29, s. 102; am. 1990, c. 85, s. 122; repl. 1993, c. 77, s. 9], 105 [am. 1987, c. 29, s. 105], 105.1 [ad. 1993, c. 77, s. 11], 106 [am. 1987, c. 29, s. 106], 107 [am. 1987, c. 29, s. 107].  
Town of Hudson By-law 248.  
Town of Hudson By-law 270 [am. 1995, by-law 327; am. 1996, by-law 341], arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10.

2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231.

### Lois et règlements cités

*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 453.  
*Endangered Species Act*, S.N.S. 1998, ch. 11, art. 2(1)(h), 11(1).  
*Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 249.  
*Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33, art. 2(1)(a).  
*Loi municipale*, L.R.Y. 1986, ch. 119, art. 271.  
*Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19, art. 410 [mod. 1982, ch. 64, art. 5; mod. 1996, ch. 2, art. 150], 412(32) [mod. 1984, ch. 47, art. 213; mod. 1986, c. 31, art. 5; mod. 1996, c. 2, art. 151], 463.1 [aj. 1998, ch. 31, art. 15].  
*Loi sur les cités, villes et villages*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. C-8, art. 54, 102.  
*Loi sur les municipalités*, L.M. 1996, ch. 58, C.P.L.M. ch. M225, art. 232, 233.  
*Loi sur les municipalités*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-22, art. 190(2), annexe I.  
*Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M-45, art. 102.  
*Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, préambule (par. 6).  
*Loi sur les pesticides*, L.R.Q., ch. P-9.3, art. 102 [mod. 1987, ch. 29, art. 102; mod. 1990, ch. 85, art. 122; rempl. 1993, ch. 77, art. 9], 105 [mod. 1987, ch. 29, art. 105], 105.1 [aj. 1993, ch. 77, art. 11], 106 [mod. 1987, ch. 29, art. 106], 107 [mod. 1987, ch. 29, art. 107].  
*Loi sur les produits antiparasitaires*, L.R.C. 1985, ch. P-9, art. 4(1), (3), 6(1)(j) [mod. 1993, ch. 44, art. 200].  
*Municipal Government Act*, S.A. 1994, ch. M-26.1, art. 3(c), 7.  
*Municipal Government Act*, S.N.S. 1998, ch. 18, art. 172.  
Règlement 248 de la ville de Hudson.  
Règlement 270 de la ville de Hudson [mod. 1995, règlement 327; mod. 1996, règlement 341], art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10.  
*Règlement sur les produits antiparasitaires*, C.R.C. 1978, ch. 1253, art. 45.

### Authors Cited

- Cameron, James, and Juli Abouchar. "The Status of the Precautionary Principle in International Law", in David Freestone and Ellen Hey, eds., *The Precautionary Principle and International Law*. The Hague: Kluwer Law International, 1996.
- Canada. *CEPA Issue Elaboration Paper No. 18 — CEPA and the Precautionary Principle/Approach*. Paper prepared by Dr. David VanderZwaag, Director of Marine and Environmental Law Program (MELP), Dalhousie Law School. Ottawa: Environment Canada, 1995.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Duplessis, Yvon, et Jean Héту. *Les pouvoirs des municipalités en matière de protection de l'environnement*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1994.
- Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.
- Freestone, David, and Ellen Hey, eds. *The Precautionary Principle and International Law*. The Hague: Kluwer Law International, 1996.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 1, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1996.
- Héту, Jean, Yvon Duplessis, et Dennis Pakenham. *Droit Municipal: Principes généraux et contentieux*. Montréal: Hébert Denault, 1998.
- Hoehn, Felix. *Municipalities and Canadian Law: Defining the Authority of Local Governments*. Saskatoon: Purich Publishing, 1996.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2000, release 1).
- McIntyre, Owen, and Thomas Mosedale. "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law" (1997), 9 *J. Env. L.* 221.
- Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, Cum. Supp. to vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971 (loose-leaf updated 2001, release 1).
- Swaigen, John. "The Hudson Case: Municipal Powers to Regulate Pesticides Confirmed by Quebec Courts" (2000), 34 C.E.L.R. (N.S.) 162.
- United Nations. General Assembly. Preparatory Committee for the United Nations Conference on Environment and Development. Report of the Economic Commission for Europe on the Bergen Conference, Annex I, *Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Developments*, A/CONF.151/PC/10, August 6, 1990, para. 7.

### Doctrine citée

- Cameron, James, and Juli Abouchar. « The Status of the Precautionary Principle in International Law », in David Freestone and Ellen Hey, eds., *The Precautionary Principle and International Law*. The Hague : Kluwer Law International, 1996.
- Canada. *Document d'élaboration des enjeux 18 — La LCPE et le principe ou l'approche précaution*. Document publié par David VanderZwaag, directeur, Marine and Environmental Law Program (MELP), Dalhousie Law School. Ottawa: Environment Canada, 1995.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Éditions Thémis, 1999.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto : Butterworths, 1994.
- Duplessis, Yvon, et Jean Héту. *Les pouvoirs des municipalités en matière de protection de l'environnement*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville : Yvon Blais, 1994.
- Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. I, 2<sup>e</sup> éd. Québec : Presses de l'Université Laval, 1984.
- Freestone, David, and Ellen Hey, eds. *The Precautionary Principle and International Law*. The Hague : Kluwer Law International, 1996.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 1, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville : Yvon Blais, 1996.
- Héту, Jean, Yvon Duplessis, et Dennis Pakenham. *Droit Municipal : Principes généraux et contentieux*. Montréal : Hébert Denault, 1998.
- Hoehn, Felix. *Municipalities and Canadian Law: Defining the Authority of Local Governments*. Saskatoon : Purich Publishing, 1996.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2000, release 1).
- McIntyre, Owen, and Thomas Mosedale. « The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law » (1997), 9 *J. Env. L.* 221.
- Nations Unies. Assemblée générale. Préparatifs de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement. Rapport de la Commission économique pour l'Europe sur la Conférence de Bergen, annexe I, *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable*, A/CONF.151/PC/10, 6 août 1990, par. 7.
- Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, Cum. Supp. to vol. 1, 2nd ed. Toronto : Carswell, 1971 (loose-leaf updated 2001, release 1).
- Swaigen, John. « The Hudson Case: Municipal Powers to Regulate Pesticides Confirmed by Quebec Courts » (2000), 34 C.E.L.R. (N.S.) 162.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] Q.J. No. 2546 (QL), J.E. 98-1855, affirming a decision of the Superior Court (1993), 19 M.P.L.R. (2d) 224, dismissing the appellants' motion for declaratory judgment. Appeal dismissed.

*Gérard Dugré and Denis Manzo*, for the appellants.

*Stéphane Brière and Pierre Lepage*, for the respondent.

*Stewart A. G. Elgie and Jerry V. DeMarco*, for the interveners Federation of Canadian Municipalities, Nature-Action Québec Inc. and World Wildlife Fund Canada.

Written submissions only by *Theresa A. McClenaghan and Paul Muldoon*, for the interveners Toronto Environmental Alliance, Sierra Club of Canada, Canadian Environmental Law Association, Parents' Environmental Network, Healthy Lawns – Healthy People, Pesticide Action Group Kitchener, Working Group on the Health Dangers of the Urban Use of Pesticides, Environmental Action Barrie, Breast Cancer Prevention Coalition, Vaughan Environmental Action Committee and Dr. Merryl Hammond.

*Jean Piette*, for the intervenor Fédération interdisciplinaire de l'horticulture ornementale du Québec.

The judgment of *L'Heureux-Dubé*, Gonthier, Bastarache and Arbour JJ. was delivered by

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] A.Q. n° 2546 (QL), J.E. 98-1855, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure (1993), 19 M.P.L.R. (2d) 224, qui avait rejeté la requête en jugement déclaratoire des appelantes. Pourvoi rejeté.

*Gérard Dugré et Denis Manzo*, pour les appelantes.

*Stéphane Brière et Pierre Lepage*, pour l'intimée.

*Stewart A. G. Elgie et Jerry V. DeMarco*, pour les intervenants la Fédération canadienne des municipalités, Nature-Action Québec Inc. et le Fonds mondial pour la nature (Canada).

Argumentation écrite seulement par *Theresa A. McClenaghan et Paul Muldoon*, pour les intervenants Toronto Environmental Alliance, Sierra Club du Canada, l'Association canadienne du droit de l'environnement, Parents' Environmental Network, Healthy Lawns — Healthy People, Pesticide Action Group Kitchener, Working Group on the Health Dangers of the Urban Use of Pesticides, Environmental Action Barrie, Breast Cancer Prevention Coalition, Vaughan Environmental Action Committee et Dr. Merryl Hammond.

*Jean Piette*, pour l'intervenante la Fédération interdisciplinaire de l'horticulture ornementale du Québec.

Version française du jugement des juges *L'Heureux-Dubé*, Gonthier, Bastarache et Arbour rendu par

<sup>1</sup> L'HEUREUX-DUBÉ J. — The context of this appeal includes the realization that our common future, that of every Canadian community, depends on a healthy environment. In the words of the Superior Court judge: "Twenty years ago, there was very little concern over the effect of chemicals such as pesticides on the population. Today, we are more conscious of what type of an environment we wish to live in, and what quality of life we wish to expose our children [to]" ((1993), 19 M.P.L.R. (2d) 224, at p. 230). This Court has recognized that

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le contexte de ce pourvoi nous invite à constater que notre avenir à tous, celui de chaque collectivité canadienne, dépend d'un environnement sain. Comme l'a affirmé le juge de la Cour supérieure : [TRADUCTION] « Il y a vingt ans, on se préoccupait peu de l'effet des produits chimiques, tels les pesticides, sur la population. Aujourd'hui, nous sommes plus sensibles au genre d'environnement dans lequel nous désirons vivre et à la qualité de vie que nous voulons procurer à nos enfants » ((1993), 19

“[e]veryone is aware that individually and collectively, we are responsible for preserving the natural environment . . . environmental protection [has] emerged as a fundamental value in Canadian society”: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 55. See also *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 16-17.

Regardless of whether pesticides are in fact an environmental threat, the Court is asked to decide the legal question of whether the Town of Hudson, Quebec, acted within its authority in enacting a by-law regulating and restricting pesticide use.

The case arises in an era in which matters of governance are often examined through the lens of the principle of subsidiarity. This is the proposition that law-making and implementation are often best achieved at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected and thus most responsive to their needs, to local distinctiveness, and to population diversity. La Forest J. wrote for the majority in *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 127, that “the protection of the environment is a major challenge of our time. It is an international problem, one that requires action by governments at all levels” (emphasis added). His reasons in that case also quoted with approval a passage from *Our Common Future*, the report produced in 1987 by the United Nations’ World Commission on the Environment and Development. The so-called “Brundtland Commission” recommended that “local governments [should be] empowered to exceed, but not to lower, national norms” (p. 220).

There are now at least 37 Quebec municipalities with by-laws restricting pesticides: J. Swaigen, “The *Hudson* Case: Municipal Powers to Regulate

M.P.L.R. (2d) 224, p. 230). Notre Cour a reconnu que « [n]ous savons tous que, individuellement et collectivement, nous sommes responsables de la préservation de l’environnement naturel [...] la protection de l’environnement est [...] devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne »: *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 55. Voir également *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 16-17.

Peu importe que les pesticides constituent ou non en fait une menace pour l’environnement, la Cour est appelée à trancher la question de droit consistant à savoir si la ville de Hudson (Québec) a agi dans le cadre de ses pouvoirs en adoptant un règlement régissant et restreignant l’utilisation de pesticides.

Cette instance surgit à une époque où les questions de gestion des affaires publiques sont souvent examinées selon le principe de la subsidiarité. Ce principe veut que le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l’efficacité mais également parce qu’il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population. S’exprimant au nom de la majorité dans *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 127, le juge La Forest écrit que « la protection de l’environnement est un défi majeur de notre époque. C’est un problème international qui exige une action des gouvernements de tous les niveaux » (je souligne). Dans ses motifs, il cite avec approbation un extrait de *Notre avenir à tous*, rapport publié en 1988 par la Commission mondiale sur l’environnement et le développement (« Commission Brundtland »), créée par les Nations Unies. Cette commission a recommandé que « les autorités locales [soient] habilitées à renforcer, mais non pas à libéraliser, les normes nationales » (p. 262).

Il existe aujourd’hui au Québec au moins 37 municipalités où l’utilisation des pesticides est restreinte par règlement : J. Swaigen, « The *Hudson*

2

3

4



Pesticides Confirmed by Quebec Courts” (2000), 34 C.E.L.R. (N.S.) 162, at p. 174. Nevertheless, each level of government must be respectful of the division of powers that is the hallmark of our federal system; there is a fine line between laws that legitimately complement each other and those that invade another government’s protected legislative sphere. Ours is a legal inquiry informed by the environmental policy context, not the reverse.

### I. Facts

<sup>5</sup> The appellants are landscaping and lawn care companies operating mostly in the region of greater Montreal, with both commercial and residential clients. They make regular use of pesticides approved by the federal *Pest Control Products Act*, R.S.C. 1985, c. P-9, in the course of their business activities and hold the requisite licences under Quebec’s *Pesticides Act*, R.S.Q., c. P-9.3.

<sup>6</sup> The respondent, the Town of Hudson (“the Town”), is a municipal corporation governed by the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19 (“C.T.A.”). It is located about 40 kilometres west of Montreal and has a population of approximately 5,400 people, some of whom are clients of the appellants. In 1991, the Town adopted By-law 270, restricting the use of pesticides within its perimeter to specified locations and for enumerated activities. The by-law responded to residents’ concerns, repeatedly expressed since 1985. The residents submitted numerous letters and comments to the Town’s Council. The definition of pesticides in By-law 270 replicates that of the *Pesticides Act*.

<sup>7</sup> In November 1992, the appellants were served with a summons by the Town to appear before the Municipal Court and respond to charges of having used pesticides in violation of By-law 270. The appellants pled not guilty and obtained a suspen-

Case: Municipal Powers to Regulate Pesticides Confirmed by Quebec Courts » (2000), 34 C.E.L.R. (N.S.) 162, p. 174. Chaque niveau de gouvernement doit, toutefois, respecter le partage des compétences, qui est la caractéristique de notre système fédéral; il existe une distinction subtile entre les lois qui se complètent légitimement les unes les autres et celles qui empiètent sur le domaine de compétence législative protégé de l’autre ordre de gouvernement. Notre examen en est donc un d’ordre juridique dans le contexte des politiques environnementales et non l’inverse.

### I. Les faits

Les appelantes sont des entreprises d’aménagement paysager et d’entretien des pelouses qui exercent leurs activités surtout dans la région métropolitaine de Montréal et qui ont aussi bien des clients commerciaux que des clients résidentiels. Elles utilisent régulièrement, dans le cadre de leurs activités commerciales, des pesticides conformes à la *Loi sur les produits antiparasitaires* du gouvernement fédéral, L.R.C. 1985, ch. P-9, et détiennent les permis requis par la *Loi sur les pesticides* du Québec, L.R.Q., ch. P-9.3.

L’intimée, la ville de Hudson (la « Ville »), est une municipalité régie par la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19 (« L.C.V. »). Elle est située à environ 40 kilomètres à l’ouest de Montréal et compte approximativement 5 400 habitants, dont certains sont des clients des appelantes. En 1991, la Ville adopte le règlement 270, qui limite l’utilisation des pesticides sur son territoire à des endroits précis et aux activités énumérées. Ce règlement fait suite aux craintes exprimées à maintes reprises depuis 1985 par les résidents, qui ont présenté de nombreuses lettres et observations au conseil municipal. La définition de pesticides contenue dans le règlement 270 est la réplique exacte de celle adoptée dans la *Loi sur les pesticides*.

En novembre 1992, les appelantes ont reçu signification, de la part de la Ville, de sommations leur enjoignant de comparaître devant la Cour municipale pour répondre à des accusations d’avoir utilisé des pesticides contrairement au

sion of proceedings in order to bring a motion for declaratory judgment before the Superior Court (under art. 453 of Quebec's *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25). They asked that the court declare By-law 270 (as well as By-law 248, which is not part of this appeal) to be inoperative and *ultra vires* the Town's authority.

The Superior Court denied the motion for declaratory judgment, finding that the by-laws fell within the scope of the Town's powers under the *C.T.A.* This ruling was affirmed by a unanimous Quebec Court of Appeal.

## II. Relevant Statutory Provisions

### Town of Hudson By-law 270

1. The following words and expressions, whenever the same occur in this By-Law, shall have the following meaning:
  - a) "PESTICIDES": means any substance, matter or micro-organism intended to control, destroy, reduce, attract or repel, directly or indirectly, an organism which is noxious, harmful or annoying for a human being, fauna, vegetation, crops or other goods or intended to regulate the growth of vegetation, excluding medicine or vaccine;
  - b) "FARMER": means a farm producer within the meaning of the Farm Producers Act (R.S.Q., chap., P-28);
- . . . .
2. The spreading and use of a pesticide is prohibited throughout the territory of the Town.
3. Notwithstanding article 2, it is permitted to use a pesticide in the following cases:
  - a) in a public or private swimming-pool;
  - b) to purify water intended for the use of human beings or animals;
  - c) inside of a building;
  - d) to control or destroy animals which constitute a danger for human beings;
  - e) to control or destroy plants which constitute a danger for human beings who are allergic thereto.

règlement 270. Les appelantes ont plaidé non coupable et ont obtenu la suspension des procédures afin d'introduire une requête en jugement déclaratoire devant la Cour supérieure (en vertu de l'art. 453 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25). Elles ont demandé à la cour de déclarer inopérant le règlement 270 (et le règlement 248, qui ne fait pas l'objet du pourvoi) et *ultra vires* le pouvoir de la Ville.

La Cour supérieure a rejeté la requête en jugement déclaratoire, concluant que les règlements relevaient des pouvoirs conférés à la Ville par la *L.C.V.* Cette décision a été confirmée à l'unanimité par la Cour d'appel du Québec.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

### Règlement 270 de la ville de Hudson

1. Dans ce règlement, les mots et expressions suivants ont le sens et l'application que leur attribue le présent article :
  - a) « PESTICIDE » : toute substance, matière ou micro-organisme destiné à contrôler, détruire, amoindrir, attirer ou repousser, directement ou indirectement, un organisme nuisible, nocif ou gênant pour l'être humain, la faune, la végétation, les récoltes ou les autres biens, ou destiné à servir de régulateur de croissance de la végétation, à l'exclusion d'un médicament ou d'un vaccin.
  - b) « FERMIER » : un producteur agricole au sens de la Loi sur les producteurs agricoles (L.R.Q., chap. P-28);
- . . . .
2. L'épandage et l'utilisation de tout pesticide est interdit partout sur le territoire de la Ville.
3. Nonobstant l'article 2, l'utilisation d'un pesticide est permis dans les cas suivants :
  - a) dans une piscine publique ou privée;
  - b) pour purifier l'eau destinée à la consommation des humains ou des animaux;
  - c) à l'intérieur d'un bâtiment;
  - d) pour contrôler ou enrayer la présence d'animaux qui constituent un danger pour les humains;
  - e) pour contrôler ou enrayer les plantes qui constituent un danger pour les humains qui y sont allergiques.

8

9

4. Notwithstanding article 2, a farmer using a pesticide on an immovable which is exploited for purposes of agriculture or horticulture, in a hot house or in the open, is requested to

- a) register, by written declaration, with the Town, in the month of march of each year, the products which he stores and which he will be using during that year.
- b) also provide, in the written declaration at article 4 a), the schedule of application of said products and the area(s) of his property where the products will be applied.

5. Notwithstanding article 2, it is permitted to use a pesticide on a golf course, for a period not exceeding five (5) years from the date this by-law comes into force:

. . .

6. Notwithstanding article 2, it is permitted to use a biological pesticide to control or destroy insects which constitute a danger or an inconvenience for human beings.

. . .

10. For the purpose of article 8 of the Agricultural Abuses Act (R.S.Q. chap. A-2) an inspector designated by the Town may use a pesticide, notwithstanding article 2 of the By-Law, if there is no other efficient way of destroying noxious plants determined as such by the Provincial Government and the presence of which is harmful to a real and continuous agricultural exploitation.

#### *Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19*

#### **410.** The council may make by-laws:

(1) To secure peace, order, good government, health and general welfare in the territory of the municipality, provided such by-laws are not contrary to the laws of Canada, or of Québec, nor inconsistent with any special provision of this Act or of the charter;

. . .

In no case may the council make by-laws on the matters contemplated in the Agricultural Products, Marine Products and Food Act (chapter P-29) or in the Dairy Products and Dairy Products Substitutes Act (chapter P-30). This paragraph applies notwithstanding any provision of a special Act granting powers on those matters

4. Nonobstant l'article 2, un fermier utilisant un pesticide sur une propriété qui est exploitée à des fins agricoles ou horticoles, dans une serre ou à l'extérieur, doit :

- a) enregistrer, par déclaration écrite à la Ville, au cours du mois de mars de chaque année, les produits qu'il entepose et dont il entrevoit faire usage durant l'année;
- b) de plus fournir, dans la déclaration écrite à l'article 4a), la cédule d'épandage desdits produits et les secteurs de sa propriété où les produits seront appliqués.

5. Nonobstant l'article 2, il est permis d'utiliser un pesticide sur un terrain de golf, pour une période n'excédant pas cinq (5) ans, à partir de la date d'entrée en vigueur de ce règlement :

. . .

6. Nonobstant l'article 2, il est permis d'utiliser un pesticide biologique pour contrôler ou enrayer les insectes qui constituent un danger ou qui incommode les humains;

. . .

10. Selon l'article 8 [de] la Loi sur les abus agricoles (L.R.Q. chap. A-2), un inspecteur désigné par la Ville peut utiliser un pesticide en dépit de l'article 2 du règlement, s'il n'existe aucune autre façon efficace d'enrayer les plantes nocives déterminées comme telles par le gouvernement provincial et la présence desquelles est nuisible à une exploitation agricole véritable et continue.

#### *Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19*

#### **410.** Le conseil peut faire des règlements :

1° Pour assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, la salubrité et le bien-être général sur le territoire de la municipalité, pourvu que ces règlements ne soient pas contraires aux lois du Canada ou du Québec, ni incompatibles avec quelque disposition spéciale de la présente loi ou de la charte;

. . .

Le conseil ne peut faire des règlements sur des matières visées par la Loi sur les produits agricoles, les produits marins et les aliments (chapitre P-29) et par la Loi sur les produits laitiers et leurs succédanés (chapitre P-30). Le présent alinéa s'applique malgré une disposition d'une loi spéciale accordant des pouvoirs sur ces

to any municipality other than Ville de Trois-Rivières and Ville de Sherbrooke.

. . . .

**412.** The council may make by-laws:

. . . .

(32) To regulate or prohibit the storage and use of gun-powder, dry pitch, resin, coal oil, benzine, naphtha, gasoline, turpentine, gun-cotton, nitro-glycerine, and other combustible, explosive, corrosive, toxic or radioactive or other materials that are harmful to public health or safety, in the territory of the municipality or within 1 km therefrom;

By-laws passed under the first paragraph in respect of corrosive, toxic or radioactive materials require the approval of the Minister of the Environment;

. . . .

**463.1** Subject to the Pesticides Act (chapter P-9.3) and the Environment Quality Act (chapter Q-2), the municipality may, with the consent of the owner of an immovable, carry out pesticide application works on the immovable.

*Pesticides Act*, R.S.Q., c. P-9.3

**102.** The provisions of the Pesticide Management Code and of the other regulations of this Act prevail over any inconsistent provision of any by-law passed by a municipality or an urban community.

**102.** [As revised in 1993; not yet in force] The Pesticide Management Code and any other regulation enacted pursuant to this Act shall render inoperative any regulatory provision concerning the same matter enacted by a municipality or an urban community, except where the provision

– concerns landscaping or extermination activities, such as fumigation, as defined by government regulation, and

– prevents or further mitigates harmful effects on the health of humans or of other living species or damage to the environment or to property.

. . . .

matières à une municipalité autre que la Ville de Trois-Rivières et la Ville de Sherbrooke.

. . . .

**412.** Le conseil peut faire des règlements :

. . . .

32° Pour réglementer ou défendre l'emmagasiner et l'usage de poudre, poix sèche, résine, pétrole, benzine, naphte, gazoline, térébenthine, fulmicoton, nitroglycérine, ainsi que d'autres matières combustibles, explosives, corrosives, toxiques, radioactives ou autrement dangereuses pour la santé ou la sécurité publiques, sur le territoire de la municipalité ou dans un rayon de 1 km à l'extérieur de ce territoire;

Un règlement adopté en vertu du premier alinéa à l'égard de matières corrosives, toxiques ou radioactives requiert l'approbation du ministre de l'Environnement;

. . . .

**463.1** Sous réserve de la Loi sur les pesticides (chapitre P-9.3) et de la Loi sur la qualité de l'environnement (chapitre Q-2), la municipalité peut, avec le consentement du propriétaire d'un immeuble, procéder à des travaux d'épandage de pesticides sur l'immeuble.

*Loi sur les pesticides*, L.R.Q., ch. P-9.3

**102.** Toute disposition du Code de gestion des pesticides et des autres règlements édictés en vertu de la présente loi prévaut sur toute disposition inconciliable d'un règlement édicté par une municipalité ou une communauté urbaine.

**102.** [Selon la modification de 1993; non en vigueur] Le Code de gestion des pesticides et tout autre règlement édictés en application de la présente loi rendent inopérante toute disposition réglementaire portant sur une même matière qui est édictée par une municipalité ou une communauté urbaine, sauf dans le cas où cette disposition réglementaire satisfait aux conditions suivantes :

– elle porte sur les activités d'entretien paysager ou d'extermination, notamment la fumigation, déterminées par règlement du gouvernement;

– elle prévient ou atténue davantage les atteintes à la santé des êtres humains ou des autres espèces vivantes, ainsi que les dommages à l'environnement ou aux biens.

. . . .

**105.** [Not yet in force] The Government shall enact by regulation a Pesticide Management Code which may prescribe rules, restrictions or prohibitions respecting activities related to the distribution, storage, transportation, sale or use of any pesticide, pesticide container or any equipment used for any of those activities.

**105.1.** [Not yet in force] The Pesticide Management Code may require a person who stores pesticides of a determined category or in a determined quantity to subscribe civil liability insurance, the kind, extent, duration, amount and other applicable conditions of which are determined in the said Code, and to furnish proof thereof to the Minister.

**106.** [Not yet in force] The Pesticide Management Code may cause any rule elaborated by another government or by a body to be mandatory.

In addition, the code may cause any instructions of the manufacturer of a pesticide or of equipment used for any activity referred to in the code to be mandatory.

**107.** [Not yet in force] The Government may prescribe that the contravention of the provisions of this code which it determines constitutes an offence.

*Pest Control Products Act, R.S.C. 1985, c. P-9*

**4.** (1) No person shall manufacture, store, display, distribute or use any control product under unsafe conditions.

. . .

(3) A control product that is not manufactured, stored, displayed, distributed or used as prescribed or that is manufactured, stored, displayed, distributed or used contrary to the regulations shall be deemed to be manufactured, stored, displayed, distributed or used contrary to subsection (1).

. . .

**6.** (1) The Governor in Council may make regulations

. . .

(j) respecting the manufacture, storage, distribution, display and use of any control product;

**105.** [Non en vigueur] Le gouvernement édicte, par règlement, un Code de gestion des pesticides. Ce code peut édicter des règles, restrictions ou prohibitions portant sur les activités relatives à la distribution, à la vente, à l'entreposage, au transport ou à l'utilisation de tout pesticide, de tout contenant d'un pesticide ou de tout équipement servant à l'une de ces activités.

**105.1.** [Non en vigueur] Le Code de gestion des pesticides peut exiger d'une personne qui entrepose des pesticides d'une catégorie ou en quantité déterminée qu'elle contracte une assurance de responsabilité civile, dont il détermine la nature, l'étendue, la durée, le montant ainsi que les autres conditions applicables, et en fournisse l'attestation au ministre.

**106.** [Non en vigueur] Le Code de gestion des pesticides peut rendre obligatoire une règle élaborée par un autre gouvernement ou par un organisme.

Il peut, en outre, rendre obligatoires les instructions du fabricant d'un pesticide ou d'un équipement servant à l'une des activités visées par le code.

**107.** [Non en vigueur] Le gouvernement peut, dans ce code, déterminer les dispositions dont la contravention constitue une infraction.

*Loi sur les produits antiparasitaires, L.R.C. 1985, ch. P-9*

**4.** (1) Il est interdit de fabriquer, stocker, présenter, distribuer ou utiliser un produit antiparasitaire dans des conditions dangereuses.

. . .

(3) La fabrication, le stockage, la présentation, la distribution ou l'utilisation d'un produit antiparasitaire, réalisés de façon contraire ou non conforme aux règlements, sont réputés contrevenir au paragraphe (1).

. . .

**6.** (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

. . .

j) régir la fabrication, le stockage, la présentation, la distribution et l'utilisation de produits antiparasitaires;

*Pest Control Products Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1253

45. (1) No person shall use a control product in a manner that is inconsistent with the directions or limitations respecting its use shown on the label.

(2) No person shall use a control product imported for the importer's own use in a manner that is inconsistent with the conditions set forth on the importer's declaration respecting the control product.

(3) No person shall use a control product that is exempt from registration under paragraph 5(a) for any purpose other than the manufacture of a registered control product.

### III. Judgments

A. *Superior Court* (1993), 19 M.P.L.R. (2d) 224

Kennedy J. held that by-laws are presumed valid and legal. He found that By-laws 248 and 270 were adopted under s. 410 *C.T.A.* and, thus, did not require ministerial approval to enter into effect. Both by-laws deal with pesticides and not toxic substances and since "pesticides" are not included in s. 412(32), ministerial approval is not required. According to Kennedy J., the Town, faced with a situation involving health and the environment, acted in the public interest by enacting the by-laws in question. Consequently, the Town could rely on s. 410(1) *C.T.A.* as the legislative provision that enabled it to adopt these by-laws.

Kennedy J. then considered the provisions of the *Pesticides Act* to determine whether the by-laws conflicted with provincial legislation. He found it clear that the *Pesticides Act* was enacted with the intention to allow municipalities to adopt by-laws of this nature. In this regard, Kennedy J. cited ss. 102 and 105 to 107 of the *Pesticides Act*, which envision the creation of a Pesticide Management Code allowing the provincial government to restrict or prohibit pesticides. Section 102 of that Act states that the provisions of the Code are to take precedence over inconsistent by-laws. Yet, given that the Code had yet to come into force, nothing prohibited municipalities from regulating

*Règlement sur les produits antiparasitaires*, C.R.C. 1978, ch. 1253

45. (1) Il est interdit d'utiliser un produit antiparasitaire d'une manière qui ne correspond pas au mode d'emploi, ni aux limitations figurant sur le label.

(2) Il est interdit d'utiliser un produit antiparasitaire importé par un utilisateur pour son propre usage d'une manière qui ne correspond pas aux conditions énoncées sur la déclaration de l'importateur visant ledit produit.

(3) Il est interdit d'utiliser un produit antiparasitaire exempté de l'enregistrement en vertu de l'alinéa 5a) pour une autre fin que la fabrication d'un produit antiparasitaire enregistré.

### III. Les jugements

A. *Cour supérieure* (1993), 19 M.P.L.R. (2d) 224

Le juge Kennedy conclut que les règlements sont présumés valides et légaux. À son avis, les règlements 248 et 270 ont été adoptés en vertu de l'art. 410 *L.C.V.*, de sorte que leur entrée en vigueur ne nécessite pas l'approbation du ministre. Ils portent tous deux sur les pesticides et non pas sur les substances toxiques; vu que les « pesticides » ne sont pas visés par le par. 412(32), l'approbation du ministre n'est pas requise. Selon le juge Kennedy, la Ville, face à une situation où la santé et l'environnement sont en jeu, a agi dans l'intérêt public en adoptant les règlements en question. Elle pouvait donc se fonder sur le par. 410(1) *L.C.V.* en tant que disposition législative l'habilitant à adopter ces règlements.

Le juge Kennedy examine ensuite les dispositions de la *Loi sur les pesticides* pour déterminer si les règlements vont à l'encontre de cette loi provinciale. À son avis, l'adoption de la *Loi sur les pesticides* vise clairement à permettre aux municipalités d'adopter des règlements de cette nature. À cet égard, le juge Kennedy cite les art. 102 et 105 à 107 de la *Loi sur les pesticides*, qui prévoient la création d'un Code de gestion des pesticides permettant au gouvernement provincial de restreindre ou d'interdire l'utilisation des pesticides. Selon l'article 102 de cette loi, les dispositions du Code prévalent sur tout règlement inconciliable. Toutefois, étant donné que le Code n'était pas encore en

10

11

pesticide use in the interim. Kennedy J. thus concluded that there was no conflict between the by-laws and provincial or federal legislation.

B. *Court of Appeal*, [1998] Q.J. No. 2546 (QL)

12

Before the Court of Appeal, the Town conceded that By-law 248 was inoperative. Thus, only By-law 270 was at issue. The appellants challenged Kennedy J.'s ruling on two grounds. First, they argued that By-law 270 was inoperative given that it was incompatible with the *Pesticides Act*. Second, the appellants contended that since the regulation of toxic substances was covered by s. 412(32) *C.T.A.*, Kennedy J. erred in finding that the by-law was enacted under s. 410(1) *C.T.A.* While the latter provision allows a municipality to enact by-laws considered necessary for public health and welfare, s. 412(32) *C.T.A.* is concerned with "toxic" materials, and states that by-laws addressing this subject matter require approval from the Minister of the Environment. Given that the Town did not obtain such approval when it enacted By-law 270, the appellants argued that the by-law was invalid.

13

The Court of Appeal, *per* Delisle J.A., accepted the Town's position that By-law 270 was enacted under s. 410(1) *C.T.A.* In reaching this conclusion, the court noted that By-law 270 repeated the definition of "pesticide" that is found in the *Pesticides Act*. This definition makes no reference to terms used in s. 412(32) or to toxicity. Moreover, the *C.T.A.* itself does not discuss whether pesticides are "toxic . . . materials", nor does it require ministerial approval for regulations relating to pesticides. No evidence was submitted concerning the toxic character of pesticides. The Court of Appeal also held that By-law 270 furthered the objectives set out in s. 410(1) *C.T.A.* It reiterated the statements of Kennedy J. that by-laws are presumed to be valid and legal and that there is a presumption that legislators act in good faith and in the public interest. It found that s. 410(1) is a very general

vigueur, rien n'empêchait les municipalités de réglementer entre-temps l'utilisation des pesticides. Le juge Kennedy conclut donc qu'il n'y a aucun conflit entre les règlements et la législation provinciale ou fédérale.

B. *Cour d'appel*, [1998] A.Q. n° 2546 (QL)

Devant la Cour d'appel, la Ville admet que le règlement 248 est inopérant. En conséquence, seul le règlement 270 est ici en cause. Les appelantes contestent la décision du juge Kennedy pour deux motifs. Premièrement, elles font valoir que le règlement 270 est inopérant du fait de son incompatibilité avec la *Loi sur les pesticides*. Deuxièmement, elles soutiennent que, la réglementation des substances toxiques étant visée par le par. 412(32) *L.C.V.*, le juge Kennedy a commis une erreur en concluant que le règlement avait été adopté en vertu du par. 410(1) *L.C.V.* Même si cette dernière disposition autorise une municipalité à adopter les règlements jugés nécessaires pour la santé et le bien-être publics, le par. 412(32) *L.C.V.*, qui porte sur les matières « toxiques », prévoit que les règlements en cette matière doivent être approuvés par le ministre de l'Environnement. Les appelantes soutiennent que, la Ville n'ayant pas obtenu l'approbation requise lorsque le règlement 270 fut adopté, celui-ci est en conséquence invalide.

Le juge Delisle, au nom de la Cour d'appel, accepte la position de la Ville selon laquelle le règlement 270 a été adopté en vertu du par. 410(1) *L.C.V.* En tirant cette conclusion, la cour souligne que le règlement 270 reprend la définition de « pesticide » dans la *Loi sur les pesticides*. Cette définition ne réfère aucunement aux termes utilisés au par. 412(32) ni à la toxicité. De plus, la *L.C.V.* elle-même ne précise pas si les pesticides sont des « matières [. . .] toxiques » et elle n'exige pas non plus l'approbation du ministre pour les règlements visant les pesticides. Aucun élément de preuve n'a été présenté au sujet de la toxicité des pesticides. La Cour d'appel conclut aussi que le règlement 270 facilite la réalisation des objectifs énoncés au par. 410(1) *L.C.V.* La cour réitère les déclarations du juge Kennedy voulant que les règlements sont présumés valides et légaux et qu'il existe une pré-

enabling clause and must receive a liberal interpretation.

The court agreed with Kennedy J.'s finding that the by-law was enacted by the Town in the public interest and in response to health concerns expressed by residents. The court noted that these concerns were recorded in the Town Council's meeting minutes and manifested themselves in letters to Council, as well as a petition with more than 300 signatures. Moreover, the Court of Appeal recognized that s. 410 *C.T.A.* describes when a municipality may not act under its general governance powers. By-laws on subjects contemplated in the *Pesticides Act* were not included in this list of unauthorized areas of regulation. The appellants argued that s. 410(1) does not permit the Town to ban pesticides. The Court of Appeal held that an absolute ban would be forbidden, but that the by-law does not impose an absolute ban.

The Court of Appeal then examined whether By-law 270 was in conflict with the *Pesticides Act* and thus inoperative. It found that s. 102 of the *Pesticides Act* — which states that the Pesticide Management Code and all regulations of the *Pesticides Act* take precedence over any incompatible municipal by-law — contemplated municipal regulation of pesticide use. The court also commented that the revised version of s. 102, as well as ss. 105 to 107 regarding the Pesticide Management Code, had yet to be enacted. As a result, it held that, as opposed to a real conflict, a potential future incompatibility between the by-law and the Code did not suffice to render the by-law inoperative.

Finally, the Court of Appeal noted that, although not yet in force, the revised version of s. 102 of the *Pesticides Act* allows municipalities to adopt by-laws concerning pesticides, so long as these are not incompatible with the Pesticide Management Code. At the same time, even if such incompatibil-

somption que le législateur agit de bonne foi et dans l'intérêt public. Elle juge que le par. 410(1) est une clause habilitante très générale qui doit recevoir une interprétation libérale.

La Cour d'appel partage l'avis du juge Kennedy, selon lequel la Ville a adopté le règlement dans l'intérêt public en réponse aux craintes liées à la santé exprimées par les résidents. Elle souligne que ces craintes ont été consignées dans les procès-verbaux du conseil municipal et qu'elles se sont manifestées par des lettres au conseil de même que par une pétition portant plus de 300 signatures. De plus, la cour reconnaît que l'art. 410 *L.C.V.* précise les cas où une municipalité ne peut pas agir en vertu de son pouvoir général de gestion des affaires publiques. Les règlements portant sur des matières visées par la *Loi sur les pesticides* ne figurent pas parmi les domaines de réglementation interdits. Les appelantes soutiennent que le par. 410(1) n'autorise pas la Ville à interdire les pesticides. La Cour d'appel conclut qu'une interdiction absolue serait interdite, mais que le règlement en question n'impose pas une telle interdiction.

La Cour d'appel examine ensuite la question de savoir si le règlement 270 entre en conflit avec la *Loi sur les pesticides* et s'il est en conséquence inopérant. Selon la cour, l'art. 102 de la *Loi sur les pesticides* — qui prévoit que le Code de gestion des pesticides et les règlements d'application de la *Loi sur les pesticides* prévalent sur tout règlement municipal incompatible — vise la réglementation par les municipalités de l'utilisation des pesticides. La cour fait aussi remarquer que la version modifiée de l'art. 102, de même que les art. 105 à 107 relatifs au Code de gestion des pesticides, n'étaient pas encore en vigueur. Elle conclut donc que, contrairement à un conflit réel, une éventuelle incompatibilité entre le règlement et le Code ne suffit pas pour rendre le règlement inopérant.

Enfin, la Cour d'appel souligne que, même si la nouvelle version de l'art. 102 de la *Loi sur les pesticides* n'était pas encore en vigueur, elle permettait aux municipalités d'adopter des règlements sur les pesticides dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec le Code de gestion des pesti-

14

15

16



ity arises, the by-laws can continue to be operative if they relate to landscaping activities, or if they aim to prevent or reduce injury or damage to people, animals, the environment or property. As such, this new regime would enable municipalities to enact by-laws that are more restrictive than the provisions set out in the provincial Pesticide Management Code. Based on these reasons, the Court of Appeal dismissed the appeal, holding that By-law 270 was validly enacted and operative.

#### IV. Issues

17 There are two issues raised by this appeal:

(1) Did the Town have the statutory authority to enact By-law 270?

(2) Even if the Town had authority to enact it, was By-law 270 rendered inoperative because of a conflict with federal or provincial legislation?

#### V. Analysis

A. *Did the Town Have the Statutory Authority to Enact By-law 270?*

18 In *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, at p. 668, this Court recognized “the principle that, as statutory bodies, municipalities ‘may exercise only those powers expressly conferred by statute, those powers necessarily or fairly implied by the expressed power in the statute, and those indispensable powers essential and not merely convenient to the effectuation of the purposes of the corporation’ (Makuch, *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), at p. 115)”. Included in this authority are “general welfare” powers, conferred by provisions in provincial enabling legislation, on which municipalities can draw. As I. M. Rogers points out, “the legislature cannot possibly foresee all the powers that are necessary to the statutory equipment of its creatures. . . . Undoubtedly the inclusion of ‘general welfare’ provisions was intended to circumvent, to some extent, the effect of the doctrine of *ultra vires* which puts the municipalities in the position of having to point to an express

cides. Par ailleurs, même en cas d’incompatibilité, les règlements continuent de s’appliquer s’ils ont trait à l’aménagement paysager ou s’ils visent à prévenir ou à réduire les blessures causées aux personnes ou aux animaux ou les dommages causés à l’environnement ou à la propriété. Ainsi, ce nouveau régime permettrait aux municipalités d’adopter des règlements plus restrictifs que le Code de gestion des pesticides de la province. Pour ces motifs, la Cour d’appel rejette le pourvoi, concluant que le règlement 270 a été valablement adopté et qu’il s’applique.

#### IV. Les questions en litige

Le pourvoi soulève deux questions :

1) La Ville avait-elle le pouvoir légal d’adopter le règlement 270?

2) Dans l’hypothèse où la Ville avait le pouvoir de l’adopter, le règlement 270 a-t-il été rendu inopérant du fait de son incompatibilité avec la législation fédérale ou provinciale?

#### V. Analyse

A. *La Ville avait-elle le pouvoir légal d’adopter le règlement 270?*

Dans l’arrêt *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, p. 668, notre Cour reconnaît que le « principe selon lequel, en tant qu’organismes créés par la loi, les municipalités [TRADUCTION] “peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir explicite conféré dans la loi, et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l’organisme” (Makuch, *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), à la p. 115) ». Y sont inclus les pouvoirs en matière de « bien-être général » conférés par la loi provinciale habilitante, sur laquelle les municipalités peuvent se fonder. Comme le souligne I. M. Rogers, [TRADUCTION] « la législature ne peut pas prévoir tous les pouvoirs de réglementation nécessaires à ses créatures [. . .] Sans doute, l’inclusion de dispositions en matière de “bien-être général” visait à contourner dans une certaine mesure l’effet de la

grant of authority to justify each corporate act” (*The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. (loose-leaf)), Cum. Supp. to vol. 1, at p. 367).

Section 410 *C.T.A.* is an example of such a general welfare provision and supplements the specific grants of power in s. 412. More open-ended or “omnibus” provisions such as s. 410 allow municipalities to respond expeditiously to new challenges facing local communities, without requiring amendment of the provincial enabling legislation. There are analogous provisions in other provinces’ and territories’ municipal enabling legislation: see *Municipal Government Act*, S.A. 1994, c. M-26.1, ss. 3(c) and 7; *Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, c. 323, s. 249; *Municipal Act*, S.M. 1996, c. 58, C.C.S.M. c. M225, ss. 232 and 233; *Municipalities Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-22, s. 190(2), First Schedule; *Municipal Government Act*, S.N.S. 1998, c. 18, s. 172; *Cities, Towns and Villages Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. C-8, ss. 54 and 102; *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 102; *Municipal Act*, R.S.Y. 1986, c. 119, s. 271.

While enabling provisions that allow municipalities to regulate for the “general welfare” within their territory authorize the enactment of by-laws genuinely aimed at furthering goals such as public health and safety, it is important to keep in mind that such open-ended provisions do not confer an unlimited power. Rather, courts faced with an impugned by-law enacted under an “omnibus” provision such as s. 410 *C.T.A.* must be vigilant in scrutinizing the true purpose of the by-law. In this way, a municipality will not be permitted to invoke the implicit power granted under a “general welfare” provision as a basis for enacting by-laws that are in fact related to ulterior objectives, whether mischievous or not. As a Justice of the Ontario Divisional Court, Cory J. commented instructively on this subject in *Re Weir and The*

théorie de l’excès de pouvoir qui oblige les municipalités à invoquer une attribution expresse de pouvoir pour justifier chaque acte qu’elles accomplissent » (*The Law of Canadian Municipal Corporations* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), suppl. cum. du vol. 1, p. 367).

L’article 410 *L.C.V.* constitue un exemple d’une telle disposition générale de bien-être et il ajoute aux pouvoirs spécifiques conférés par l’art. 412. Les dispositions moins limitatives ou « omnibus », tel l’art. 410, permettent aux municipalités de relever rapidement les nouveaux défis auxquels font face les collectivités locales sans qu’il soit nécessaire de modifier la loi provinciale habilitante. Les lois habilitantes des autres provinces et des territoires qui autorisent l’adoption de règlements municipaux contiennent des dispositions analogues: voir *Municipal Government Act*, S.A. 1994, ch. M-26.1, al. 3c) et art. 7; *Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 249; *Loi sur les municipalités*, L.M. 1996, ch. 58, C.P.L.M., ch. M225, art. 232-233; *Loi sur les municipalités*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-22, par. 190(2), annexe I; *Municipal Government Act*, S.N.S. 1998, ch. 18, art. 172; *Loi sur les cités, villes et villages*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. C-8, art. 54 et 102; *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 102; *Loi municipale*, L.R.Y. 1986, ch. 119, art. 271.

Bien que les dispositions habilitantes permettant aux municipalités de réglementer pour le « bien-être général » sur leur territoire autorisent l’adoption de règlements visant véritablement à faciliter la réalisation d’objectifs telles la santé et la sécurité publiques, il importe de garder à l’esprit le fait que ces dispositions non limitatives ne confèrent pas un pouvoir illimité. Les tribunaux saisis d’un règlement contesté adopté en vertu d’une disposition « omnibus » comme l’art. 410 *L.C.V.* doivent plutôt être vigilants lorsqu’ils cherchent à déterminer le but véritable du règlement. Ainsi, une municipalité ne pourra pas invoquer le pouvoir implicite conféré par une disposition de « bien-être général » pour adopter des règlements qui sont en fait liés à des objectifs inavoués, que ceux-ci soient ou non malicieux. Lorsqu’il était juge à la Cour division-

19

20

*Queen* (1979), 26 O.R. (2d) 326 (Div. Ct.), at p. 334. Although he found that the City of Toronto's power to regulate matters pertaining to health, safety and general welfare (conferred by the *Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284, s. 242) empowered it to pass a by-law regulating smoking in public retail shops, Cory J. also made the following remark about the enabling provision: "There is no doubt that a by-law passed pursuant to the provisions of s. 242 must be approached with caution. If such were not the case, the municipality could be deemed to be empowered to legislate in a most sweeping manner."

naire de l'Ontario, le juge Cory a fait des commentaires instructifs sur ce sujet dans l'affaire *Re Weir and The Queen* (1979), 26 O.R. (2d) 326 (C. div.), p. 334. Même s'il a conclu que le pouvoir de réglementation de la ville de Toronto en matière de santé, de sécurité et de bien-être général (conféré par la *Municipal Act*, R.S.O. 1970, ch. 284, art. 242) lui permettait d'adopter un règlement sur l'usage du tabac dans les commerces de détail, le juge Cory a aussi fait la remarque suivante au sujet de la disposition habilitante : [TRADUCTION] « Il ne fait aucun doute qu'un règlement adopté en vertu de l'art. 242 doit être examiné avec prudence. Sinon, la municipalité pourrait être réputée avoir un pouvoir de réglementation extrêmement étendu. »

21

Within this framework, I turn now to the specifics of the appeal. As a preliminary matter, I agree with the courts below that By-law 270 was not enacted under s. 412(32) *C.T.A.* This provision authorizes councils to "make by-laws: To regulate or prohibit the storage and use of gun-powder, dry pitch, resin, coal oil, benzine, naphtha, gasoline, turpentine, gun-cotton, nitro-glycerine, and other combustible, explosive, corrosive, toxic or radioactive or other materials that are harmful to public health or safety, in the territory of the municipality or within 1 km therefrom" (emphasis added). In replicating the definition of "pesticides" found in the provincial *Pesticides Act*, By-law 270 avoids falling under the ambit of s. 412(32). There is no equation of pesticides and "toxic . . . materials" either in the terms of the by-law or in any evidence presented during this litigation. The provincial government did not consider By-law 270 to fall under s. 412(32): see letter of July 5, 1991 from the Deputy Minister of the Environment. As Y. Duplessis and J. Héту state in *Les pouvoirs des municipalités en matière de protection de l'environnement* (2nd ed. 1994), at p. 110,

C'est sur cette toile de fond que j'aborde maintenant les questions spécifiques soulevées par ce pourvoi. Tout d'abord, je suis d'accord avec les cours d'instance inférieure que le règlement 270 n'a pas été adopté en vertu du par. 412(32) *L.C.V.* Cette disposition autorise les conseils à « faire des règlements: Pour réglementer ou défendre l'emmagasinage et l'usage de poudre, poix sèche, résine, pétrole, benzine, naphte, gazoline, térébenthine, fulmicoton, nitroglycérine, ainsi que d'autres matières combustibles, explosives, corrosives, toxiques, radioactives ou autrement dangereuses pour la santé ou la sécurité publiques, sur le territoire de la municipalité ou dans un rayon de 1 km à l'extérieur de ce territoire » (je souligne). Reprenant la définition de « pesticide » dans la *Loi sur les pesticides* de la province, le règlement 270 évite de tomber sous l'égide du par. 412(32). Le texte du règlement et la preuve présentée au cours du présent litige n'assimilent pas les pesticides aux « matières [. . .] toxiques ». Selon le gouvernement provincial, le règlement 270 ne relève pas du par. 412(32) : voir la lettre du 5 juillet 1991 du sous-ministre de l'Environnement. Comme le disent Y. Duplessis et J. Héту dans *Les pouvoirs des municipalités en matière de protection de l'environnement* (2<sup>e</sup> éd. 1994), p. 110 :

[TRANSLATION] . . . these subsections concerning "corrosive, toxic or radioactive materials" in no way limit the other more general powers granted to municipalities that

. . . ces paragraphes relatifs aux « matières corrosives, toxiques, radioactives » ne viennent aucunement limiter les autres pouvoirs plus généraux confiés aux munici-

could justify municipal intervention in relation to pesticides.

As a result, since there is no specific provision in the provincial enabling legislation referring to pesticides, the by-law must fall within the purview of s. 410(1) *C.T.A.* The party challenging a by-law's validity bears the burden of proving that it is *ultra vires*: see *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, [1945] S.C.R. 234, at p. 239, and *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368, at p. 395.

The conclusion that By-law 270 does not fall within the purview of s. 412(32) *C.T.A.* distinguishes this appeal from *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674. In that case, various express provisions of the provincial enabling legislation at issue covered the regulation of Toronto sidewalks. The appellant was therefore trying to expand the ambit of these specific authorizations by recourse to the "omnibus" provision in Ontario's *Municipal Act*. Moreover, that provision, s. 102, stated that "[e]very council may pass such by-laws and make such regulations for the health, safety, morality and welfare of the inhabitants of the municipality in matters not specifically provided for by this Act as may be deemed expedient and are not contrary to law . . ." (emphasis added). The Court thus held in *Greenbaum*, at p. 693, that "[t]hese express powers are . . . taken out of any power included in the general grant of power". Since the *C.T.A.* contains no such specific provisions concerning pesticides (nor a clause limiting its purview to matters not specifically provided for in the Act) the "general welfare" provision of the *C.T.A.*, s. 410(1), is not limited in this fashion.

Section 410(1) *C.T.A.* provides that councils may make by-laws:

(1) To secure peace, order, good government, health and general welfare in the territory of the municipality, provided such by-laws are not contrary to the laws of

paux [*sic*] et pouvant justifier une intervention municipale dans le domaine des pesticides.

Par conséquent, étant donné qu'aucune disposition particulière de la loi provinciale habilitante ne mentionne les pesticides, le règlement doit tomber dans le champ d'application du par. 410(1) *L.C.V.* Il incombe à la partie qui conteste la validité d'un règlement de prouver qu'il est *ultra vires* : voir *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234, p. 239, et *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, p. 395.

La conclusion selon laquelle le règlement 270 n'est pas visé par le par. 412(32) *L.C.V.* établit une distinction entre le présent pourvoi et l'affaire *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674. Dans cette affaire, différentes dispositions expresses de la loi provinciale habilitante en cause portaient sur la réglementation des trottoirs de Toronto. L'appelante tentait donc d'élargir la portée de ces autorisations spécifiques au moyen de la disposition « omnibus » de la *Loi sur les municipalités* de l'Ontario. De plus, cette disposition, soit l'art. 102, prévoit que « [l]e conseil peut adopter les règlements municipaux, ainsi que les règlements qui ne sont pas contraires à la loi, qui sont réputés pertinents, et qui portent sur la santé, la sécurité, la moralité et le bien-être des habitants de la municipalité, au sujet de questions qui ne sont pas expressément prévues par la présente loi . . . » (je souligne). Notre Cour a en conséquence conclu dans *Greenbaum*, p. 693, que [TRADUCTION] « [c]es pouvoirs explicites sont [ . . . ] soustraits de ceux qui sont compris dans le pouvoir général ». Étant donné que la *L.C.V.* ne contient aucune disposition particulière de ce genre au sujet des pesticides (et aucune disposition qui en limite la portée aux matières non expressément prévues par la loi), la disposition en matière de « bien-être général » de la *L.C.V.*, soit le par. 410(1), n'est pas ainsi limitée.

Le paragraphe 410(1) *L.C.V.* prévoit que les conseils peuvent faire des règlements :

1<sup>o</sup> Pour assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, la salubrité et le bien-être général sur le territoire de la municipalité, pourvu que ces règlements ne soient pas

22

23

Canada, or of Québec, nor inconsistent with any special provision of this Act or of the charter.

contraires aux lois du Canada ou du Québec, ni incompatibles avec quelque disposition spéciale de la présente loi ou de la charte.

In *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13, at para. 36, this Court quoted with approval the following statement by McLachlin J. (as she then was) in *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, at p. 244:

Dans *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13, par. 36, notre Cour cite avec approbation l'énoncé suivant du juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 244 :

Recent commentary suggests an emerging consensus that courts must respect the responsibility of elected municipal bodies to serve the people who elected them and exercise caution to avoid substituting their views of what is best for the citizens for those of municipal councils. Barring clear demonstration that a municipal decision was beyond its powers, courts should not so hold. In cases where powers are not expressly conferred but may be implied, courts must be prepared to adopt the "benevolent construction" which this Court referred to in *Greenbaum*, and confer the powers by reasonable implication. Whatever rules of construction are applied, they must not be used to usurp the legitimate role of municipal bodies as community representatives. [Emphasis added.]

Il ressort d'un commentaire récent que l'on commence à s'accorder pour dire que les tribunaux doivent respecter la responsabilité qu'ont les conseils municipaux élus de servir leurs électeurs et de prendre garde de substituer à l'opinion de ces conseils leur propre avis quant à ce qui est dans le meilleur intérêt des citoyens. À moins qu'il ne soit clairement démontré qu'une municipalité a excédé ses pouvoirs en prenant une décision donnée, les tribunaux ne devraient pas conclure qu'il en est ainsi. Dans les cas où il n'y a pas d'attribution expresse de pouvoirs, mais où ceux-ci peuvent être implicites, les tribunaux doivent se montrer prêts à adopter l'interprétation «bienveillante» évoquée par notre Cour dans l'arrêt *Greenbaum* et à conférer les pouvoirs par déduction raisonnable. Quelles que soient les règles d'interprétation appliquées, elles ne doivent pas servir à usurper le rôle légitime de représentants de la collectivité que jouent les conseils municipaux. [Je souligne.]

24

The appellants argue that By-law 270 imposes an impermissible absolute ban on pesticide use. They focus on s. 2 of the by-law, which states that: "The spreading and use of a pesticide is prohibited throughout the territory of the Town." In my view, the by-law read as a whole does not impose such a prohibition. By-law 270's ss. 3 to 6 state locations and situations for pesticide use. As one commentary notes, "by-laws like Hudson's typically target non-essential uses of pesticides. That is, it is not a total prohibition, but rather permits the use of pesticides in certain situations where the use of pesticides is not purely an aesthetic pursuit (e.g. for the production of crops)": Swaigen, *supra*, at p. 178.

Les appelantes prétendent que le règlement 270 impose une interdiction absolue non permise relativement à l'utilisation de pesticides. Elles mettent l'accent sur l'art. 2 du règlement : « L'épandage et l'utilisation de tout pesticide est interdit partout sur le territoire de la Ville. » Selon moi, le règlement, interprété dans son ensemble, n'impose pas une telle interdiction. Les articles 3 à 6 du règlement 270 indiquent les lieux et les cas où l'utilisation de pesticides est permise. Comme le souligne Swaigen, *loc. cit.*, p. 178 : [TRADUCTION] « les règlements comme celui de Hudson visent généralement les usages non essentiels de pesticides. C'est-à-dire qu'ils ne prévoient pas une interdiction totale, mais permettent plutôt l'usage de pesticides dans certains cas où cet usage n'a pas un but purement esthétique (p. ex. pour la production de récoltes) ».

The appellants further submit that the province's adoption in 1997 of s. 463.1 *C.T.A.*, which states that a municipality may get permission to introduce pesticides onto private property, indicates, by virtue of the principle of *expressio unius est exclusio alterius* (express mention of one is the exclusion of the other), that the province did not intend to allow municipal regulation of pesticides. I find this argument to be without merit, since, even if this subsequent enactment were considered to instantiate prior legislative intent, there is absolutely no implication in s. 463.1 *C.T.A.*, a permissive provision, that it is meant to exhaust municipalities' freedom of action concerning pesticides.

In *Shell, supra*, at pp. 276-77, Sopinka J. for the majority quoted the following with approval from Rogers, *supra*, § 64.1:

In approaching a problem of construing a municipal enactment a court should endeavour firstly to interpret it so that the powers sought to be exercised are in consonance with the purposes of the corporation. The provision at hand should be construed with reference to the object of the municipality: to render services to a group of persons in a locality with a view to advancing their health, welfare, safety and good government.

In that case, Sopinka J. enunciated the test of whether the municipal enactment was "passed for a municipal purpose". Provisions such as s. 410(1) *C.T.A.*, while benefiting from the generosity of interpretation discussed in *Nanaimo, supra*, must have a reasonable connection to the municipality's permissible objectives. As stated in *Greenbaum, supra*, at p. 689: "municipal by-laws are to be read to fit within the parameters of the empowering provincial statute where the by-laws are susceptible to more than one interpretation. However, courts must be vigilant in ensuring that municipalities do not impinge upon the civil or common law rights of citizens in passing *ultra vires* by-laws".

Les appelantes soutiennent, en outre, que l'adoption par la province en 1997 de l'art. 463.1 *L.C.V.*, selon lequel une municipalité peut obtenir la permission d'épandre des pesticides sur une propriété privée, indique, d'après le principe *expressio unius est exclusio alterius* (la mention explicite de l'un signifie l'exclusion de l'autre), que la province n'avait pas l'intention de permettre la réglementation des pesticides par les municipalités. J'estime cet argument mal fondé, car, même si l'on considère que l'adoption ultérieure de cette disposition confirme l'intention antérieure du législateur, absolument rien dans l'art. 463.1 *L.C.V.*, une disposition permissive, ne vise à retirer aux municipalités leur liberté d'action en ce qui a trait aux pesticides.

Dans l'arrêt *Shell*, précité, p. 276-277, le juge Sopinka, au nom de la majorité, cite avec approbation l'extrait suivant tiré de l'ouvrage de Rogers, *op. cit.*, § 64.1 :

[TRADUCTION] Devant un problème d'interprétation d'une résolution ou d'un règlement adopté par une municipalité, les tribunaux doivent s'efforcer en premier lieu de donner une interprétation qui harmonise les pouvoirs que l'on cherche à exercer avec les objectifs de la municipalité. La disposition en cause devrait s'interpréter en fonction de l'objectif de la municipalité : fournir des services à un groupe de personnes, dans une localité, en vue d'en améliorer la santé, le bien-être, la sécurité et le bon gouvernement;

Dans cet arrêt, le juge Sopinka énonce le critère applicable afin de déterminer si le règlement municipal a été « adopt[é] à des fins municipales ». Même si elles bénéficient de l'interprétation large mentionnée dans *Nanaimo*, précité, les dispositions tel le par. 410(1) *L.C.V.* doivent être raisonnablement liées aux objectifs municipaux permis. Comme le mentionne l'arrêt *Greenbaum*, précité, p. 689 : « lorsqu'ils sont susceptibles de recevoir plus d'une interprétation, les règlements municipaux doivent être interprétés de manière à respecter les paramètres de la loi provinciale habilitante. Toutefois, les tribunaux doivent veiller à ce que les municipalités n'empiètent pas sur les droits civils ou de common law des citoyens en adoptant des règlements *ultra vires* ».

25

26

27

Whereas in *Shell*, the enactments' purpose was found to be "to affect matters beyond the boundaries of the City without any identifiable benefit to its inhabitants" (p. 280), that is not the case here. The Town's By-law 270 responded to concerns of its residents about alleged health risks caused by non-essential uses of pesticides within Town limits. Unlike *Shell*, in which the Court felt bound by the municipal enactments' "detailed recital of . . . purposes" (p. 277), the by-law at issue requires what Sopinka J. called the reading in of an implicit purpose. Based on the distinction between essential and non-essential uses of pesticides, it is reasonable to conclude that the Town by-law's purpose is to minimize the use of allegedly harmful pesticides in order to promote the health of its inhabitants. This purpose falls squarely within the "health" component of s. 410(1). As R. Sullivan appositely explains in a hypothetical example illustrating the purposive approach to statutory interpretation:

Suppose, for example, that a municipality passed a by-law prohibiting the use of chemical pesticides on residential lawns. With no additional information, one might well conclude that the purpose of this by-law was to protect persons from health hazards contained in the chemical spray. This inference would be based on empirical beliefs about the harms chemical pesticides can cause and the risks of exposure created by their use on residential lawns. It would also be based on assumptions about the relative value of grass, insects and persons in society and the desirability of possible consequences of the by-law, such as putting people out of work, restricting the free use of property, interfering with the conduct of businesses and the like. These assumptions make it implausible to suppose that the municipal council was trying to promote the spread of plant-destroying insects or to put chemical workers out of work, but plausible to suppose that it was trying to suppress a health hazard.

Alors que, dans l'arrêt *Shell*, les règlements adoptés ont été jugés avoir « pour objet d'exercer une influence à l'extérieur des limites de la ville et ne comport[a]nt aucun bénéfice précis pour ses citoyens » (p. 280), tel n'est pas le cas ici. Le règlement 270 de la Ville répondait aux craintes de ses résidents au sujet des risques que pourrait présenter pour la santé l'usage non essentiel de pesticides dans les limites de la Ville. Contrairement à la situation dans *Shell*, où notre Cour s'est sentie liée par « l'énumération détaillée des objets » (p. 277) des règlements municipaux, le règlement en cause exige ce que le juge Sopinka a recommandé de faire, soit de lui prêter un objectif implicite. Selon la distinction entre l'usage essentiel et l'usage non essentiel des pesticides, il est raisonnable de conclure que le règlement de la Ville a pour objet de minimiser l'utilisation de pesticides qui seraient nocifs afin de protéger la santé de ses habitants. Cet objet relève directement de l'aspect « santé » du par. 410(1). Comme R. Sullivan l'explique pertinemment dans un exemple hypothétique illustrant l'interprétation téléologique des lois :

[TRADUCTION] Supposons, par exemple, qu'une municipalité adopte un règlement interdisant l'utilisation de pesticides chimiques sur les pelouses résidentielles. Sans autre renseignement, on pourrait bien conclure que le règlement avait pour objet la protection contre les risques pour la santé que présente la vaporisation de produits chimiques. Cette conclusion serait fondée sur des croyances empiriques au sujet des problèmes que les pesticides chimiques peuvent causer et des risques d'exposition créés par leur utilisation sur des pelouses résidentielles. Elle serait également fondée sur des présomptions au sujet de la valeur relative de l'herbe, des insectes et des personnes dans la société ainsi qu'au sujet du caractère souhaitable des conséquences possibles du règlement, comme le fait de causer des pertes d'emploi, de restreindre la liberté d'utilisation de la propriété, de s'ingérer dans l'exploitation des entreprises et les autres conséquences semblables. Ces présomptions font en sorte qu'il n'est pas plausible de supposer que le conseil municipal tentait de favoriser la propagation des insectes qui détruisent les plantes ou de causer la mise à pied de travailleurs du domaine des produits chimiques, mais qu'il est plausible de supposer qu'il tentait d'éliminer un risque pour la santé.

(*Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 53)

Kennedy J. correctly found (at pp. 230-31) that the Town Council, “faced with a situation involving health and the environment”, “was addressing a need of their community.” In this manner, the municipality is attempting to fulfill its role as what the Ontario Court of Appeal has called a “trustee of the environment” (*Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255, at p. 257).

The appellants claim that By-law 270 is discriminatory and therefore *ultra vires* because of what they identify as impermissible distinctions that affect their commercial activities. There is no specific authority in the C.T.A. for these distinctions. Writing for the Court in *Sharma, supra*, at p. 668, Iacobucci J. stated the principle that:

... in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc., supra*, this Court recognized that discrimination in the municipal law sense was no more permissible between than within classes (at pp. 405-6). Further, the general reasonableness or rationality of the distinction is not at issue: discrimination can only occur where the enabling legislation specifically so provides or where the discrimination is a necessary incident to exercising the power delegated by the province (*Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc., supra*, at pp. 404-6). [Emphasis added.]

See also *Shell, supra*, at p. 282; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, at p. 413.

Without drawing distinctions, By-law 270 could not achieve its permissible goal of aiming to improve the health of the Town's inhabitants by banning non-essential pesticide use. If all pesticide uses and users were treated alike, the protection of health and welfare would be sub-optimal. For example, withdrawing the special status given to farmers under the by-law's s. 4 would work at cross-purposes with its salubrious intent. Section 4 thus justifiably furthers the objective of By-law 270. Having held that the Town can regulate the use of pesticides, I conclude that the distinctions

(*Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), p. 53)

Le juge Kennedy a conclu à bon droit (aux p. 230-231) que, [TRADUCTION] « devant une situation où la santé et l'environnement sont en jeu », le conseil municipal « voyait à un besoin de sa collectivité ». Ainsi, la municipalité tente d'exercer son rôle, qualifié par la Cour d'appel de l'Ontario de [TRADUCTION] « fiduciaire de l'environnement » (*Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255, p. 257).

Les appelantes font valoir que le règlement 270 est discriminatoire et en conséquence est *ultra vires* en raison de ce qu'elles identifient comme des distinctions non permises affectant leurs activités commerciales. La L.C.V. n'autorise pas explicitement de telles distinctions. S'exprimant au nom de la Cour dans *Sharma*, précité, p. 668, le juge Iacobucci énonce le principe suivant :

... dans l'arrêt *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, notre Cour a reconnu que la discrimination au sens du droit municipal n'était pas plus permise entre des catégories qu'au sein de catégories (aux pp. 405 et 406). En outre, le caractère raisonnable ou rationnel général de la distinction n'est pas en cause: il ne saurait y avoir de discrimination que si la loi habilitante le prévoit précisément ou si la discrimination est nécessairement accessoire à l'exercice du pouvoir délégué par la province (*Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, aux pp. 404 à 406). [Je souligne.]

Voir également *Shell*, précité, p. 282; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371, p. 413.

Sans faire ces distinctions, le règlement 270 ne pourrait pas atteindre l'objectif y autorisé, soit d'améliorer la santé des habitants de la Ville en interdisant l'usage non essentiel de pesticides. Si l'on traitait de façon similaire tous les usages et utilisateurs de pesticides, la protection de la santé et du bien-être ne serait pas optimale. Par exemple, le retrait du statut spécial que l'art. 4 du règlement confère aux fermiers irait à l'encontre de l'objectif de salubrité de ce règlement. L'article 4 facilite ainsi, et il est justifié de le faire, la réalisation de l'objectif visé par le règlement 270. Ayant conclu

28

29



impugned by the appellants for restricting their businesses are necessary incidents to the power delegated by the province under s. 410(1) *C.T.A.* They are “so absolutely necessary to the exercise of those powers that [authorization has] to be found in the enabling provisions, by necessary inference or implicit delegation”; *Arcade Amusements*, *supra*, at p. 414, quoted in *Greenbaum*, *supra*, at p. 695.

que la Ville peut réglementer l'utilisation des pesticides, je juge que les distinctions contestées par les appelantes au motif qu'elles restreignent leurs activités commerciales sont des conséquences nécessaires à l'application du pouvoir délégué par la province en vertu du par. 410(1) *L.C.V.* Elles sont « indispensable[s] à l'exercice de ces pouvoirs de telle sorte que [l'autorisation] doive [être] trouv[ée] dans ces dispositions habilitantes, par inférence nécessaire ou délégation implicite »; *Arcade Amusements*, précité, p. 414, cité dans *Greenbaum*, précité, p. 695.

30 To conclude this section on statutory authority, I note that reading s. 410(1) to permit the Town to regulate pesticide use is consistent with principles of international law and policy. My reasons for the Court in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 70, observed that “the values reflected in international human rights law may help inform the contextual approach to statutory interpretation and judicial review”. As stated in *Driedger on the Construction of Statutes*, *supra*, at p. 330:

En conclusion quant à cette partie relative au pouvoir conféré par la loi, je souligne qu'interpréter le par. 410(1) comme permettant à la Ville de réglementer l'utilisation des pesticides correspond aux principes de droit et de politique internationaux. Au nom de la Cour dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70, je note dans mon opinion que « [l]es valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent [...] être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire ». Comme il est mentionné dans *Driedger on the Construction of Statutes*, *op. cit.*, p. 330 :

[T]he legislature is presumed to respect the values and principles enshrined in international law, both customary and conventional. These constitute a part of the legal context in which legislation is enacted and read. In so far as possible, therefore, interpretations that reflect these values and principles are preferred. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] [L]a législature est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes. [Je souligne.]

31 The interpretation of By-law 270 contained in these reasons respects international law's “precautionary principle”, which is defined as follows at para. 7 of the *Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Development* (1990):

L'interprétation que je fais ici du règlement 270 respecte le « principe de précaution » du droit international, qui est défini ainsi au par. 7 de la *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable* (1990) :

In order to achieve sustainable development, policies must be based on the precautionary principle. Environmental measures must anticipate, prevent and attack the causes of environmental degradation. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for

Un développement durable implique des politiques fondées sur le principe de précaution. Les mesures adoptées doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de la détérioration de l'environnement. Lorsque des dommages graves ou irréversibles risquent d'être infligés, l'absence d'une totale certitude scientifique ne

postponing measures to prevent environmental degradation.

Canada “advocated inclusion of the precautionary principle” during the Bergen Conference negotiations (D. VanderZwaag, CEPA Issue Elaboration Paper No. 18, *CEPA and the Precautionary Principle/Approach* (1995), at p. 8). The principle is codified in several items of domestic legislation: see for example the *Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, Preamble (para. 6); *Canadian Environmental Protection Act*, 1999, S.C. 1999, c. 33, s. 2(1)(a); *Endangered Species Act*, S.N.S. 1998, c. 11, ss. 2(1)(h) and 11(1).

Scholars have documented the precautionary principle’s inclusion “in virtually every recently adopted treaty and policy document related to the protection and preservation of the environment” (D. Freestone and E. Hey, “Origins and Development of the Precautionary Principle”, in D. Freestone and E. Hey, eds., *The Precautionary Principle and International Law* (1996), at p. 41. As a result, there may be “currently sufficient state practice to allow a good argument that the precautionary principle is a principle of customary international law” (J. Cameron and J. Abouchar, “The Status of the Precautionary Principle in International Law”, in *ibid.*, at p. 52). See also O. McIntyre and T. Mosedale, “The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law” (1997), 9 *J. Env. L.* 221, at p. 241 (“the precautionary principle has indeed crystallised into a norm of customary international law”). The Supreme Court of India considers the precautionary principle to be “part of the Customary International Law” (*A.P. Pollution Control Board v. Nayudu*, 1999 S.O.L. Case No. 53, at para. 27). See also *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India*, [1996] Supp. 5 S.C.R. 241. In the context of the precautionary principle’s tenets, the Town’s concerns about pesticides fit well under their rubric of preventive action.

devrait pas servir de prétexte pour ajourner l’adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l’environnement.

Le Canada « a préconisé l’inclusion du principe de précaution » au cours des négociations de la Conférence de Bergen (D. VanderZwaag, Examen de la LCPE : Document d’élaboration des enjeux 18, *La LCPE et le principe ou l’approche précaution* (1995), p. 11). Ce principe est intégré dans plusieurs dispositions de législation interne : voir par exemple la *Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, Préambule (par. 6); la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement* (1999), L.C. 1999, ch. 33, al. 2(1)a); la *Endangered Species Act*, S.N.S. 1998, ch. 11, al. 2(1)(h) et par. 11(1).

Des auteurs ont démontré que le principe de précaution est repris [TRADUCTION] « dans pratiquement tous les traités et documents de politique récents en matière de protection et de préservation de l’environnement » (D. Freestone et E. Hey, « Origins and Development of the Precautionary Principle », dans D. Freestone et E. Hey, dir., *The Precautionary Principle and International Law* (1996), p. 41. Par conséquent, il y a peut-être [TRADUCTION] « actuellement suffisamment de pratiques de la part des États pour qu’il soit permis de prétendre de façon convaincante que le principe de précaution est un principe de droit international coutumier » (J. Cameron et J. Abouchar, « The Status of the Precautionary Principle in International Law », *ibid.*, p. 52). Voir également O. McIntyre et T. Mosedale, « The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law » (1997), 9 *J. Env. L.* 221, p. 241 [TRADUCTION] (« le principe de précaution s’est vraiment cristallisé en une norme de droit international coutumier »). La Cour suprême de l’Inde considère le principe de précaution comme faisant [TRADUCTION] « partie du droit international coutumier » (*A.P. Pollution Control Board c. Nayudu*, 1999 S.O.L. Case No. 53, par. 27). Voir également *Vellore Citizens Welfare Forum c. Union of India*, [1996] Suppl. 5 S.C.R. 241. Dans le contexte des postulats du principe de précaution, les craintes de la Ville au sujet des pesticides s’inscrivent confortablement sous la rubrique de l’action préventive.

B. *Even if the Town Had Authority to Enact it, Was By-law 270 Rendered Inoperative Because of a Conflict with Federal or Provincial Legislation?*

B. *Dans l'hypothèse où la Ville avait le pouvoir de l'adopter, le règlement 270 a-t-il été rendu inopérant du fait de son incompatibilité avec la législation fédérale ou provinciale?*

33

This Court stated in *Hydro-Québec*, *supra*, at para. 112, that *Oldman River*, *supra*, “made it clear that the environment is not, as such, a subject matter of legislation under the *Constitution Act, 1867*. As it was put there, ‘the *Constitution Act, 1867* has not assigned the matter of “environment” *sui generis* to either the provinces or Parliament’ (p. 63). Rather, it is a diffuse subject that cuts across many different areas of constitutional responsibility, some federal, some provincial (pp. 63-64).” As there is bijurisdictional responsibility for pesticide regulation, the appellants allege conflicts between By-law 270 and both federal and provincial legislation. These contentions will be examined in turn.

#### 1. Federal Legislation

34

The appellants argue that ss. 4(1), 4(3) and 6(1)(j) of the *Pest Control Products Act* (“PCPA”), and s. 45 of the *Pest Control Products Regulations* allowed them to make use of the particular pesticide products they employed in their business practices. They allege a conflict between these legislative provisions and By-law 270. In *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 187, Dickson J. (as he then was) for the majority of the Court reviewed the “express contradiction test” of conflict between federal and provincial legislation. At p. 191, he explained that “there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says ‘yes’ and the other says ‘no’; ‘the same citizens are being told to do inconsistent things’; compliance with one is defiance of the other”. See also *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, at paras. 17 and 40; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121,

Notre Cour a dit dans *Hydro-Québec*, précité, par. 112, que l’arrêt *Oldman River*, précité, « a précisé [...] que l’environnement n’est pas, comme tel, un domaine de compétence législative en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme il y est affirmé, “la *Loi constitutionnelle de 1867* n’a pas conféré le domaine de ‘l’environnement’ comme tel aux provinces ou au Parlement” (p. 63). Il s’agit plutôt d’un sujet diffus qui touche plusieurs domaines différents de responsabilité constitutionnelle, dont certains sont fédéraux et d’autres provinciaux (pp. 63 et 64). » Étant donné qu’il existe une responsabilité bijuridictionnelle en matière de réglementation de pesticides, les appelantes allèguent que le règlement 270 entre en conflit tant avec la législation fédérale qu’avec la législation provinciale. Je discuterai de ces prétentions à tour de rôle.

#### 1. La législation fédérale

Les appelantes prétendent que les par. 4(1) et 4(3) ainsi que l’al. 6(1)(j) de la *Loi sur les produits antiparasitaires* (la « LPAP ») et l’art. 45 du *Règlement sur les produits antiparasitaires* leur permettaient d’utiliser les pesticides particuliers qu’elles employaient dans le cadre de leurs activités commerciales. Elles allèguent qu’il existe un conflit entre ces dispositions et le règlement 270. Dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 187, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), au nom de la majorité de la Cour, examine le « critère du conflit explicite » entre la législation fédérale et la législation provinciale. À la page 191, il explique qu’« il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d’exclusion sauf lorsqu’il y a un conflit véritable, comme lorsqu’une loi dit “oui” et que l’autre dit “non”; “on demande aux mêmes citoyens d’accomplir des actes incompatibles”; l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre ». Voir également *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 17 et 40; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S.

at p. 151. By-law 270, as a product of provincial enabling legislation, is subject to this test.

Federal legislation relating to pesticides extends to the regulation and authorization of their import, export, sale, manufacture, registration, packaging and labelling. The *PCPA* regulates which pesticides can be registered for manufacture and/or use in Canada. This legislation is permissive, rather than exhaustive, and there is no operational conflict with By-law 270. No one is placed in an impossible situation by the legal imperative of complying with both regulatory regimes. Analogies to motor vehicles or cigarettes that have been approved federally, but the use of which can nevertheless be restricted municipally, well illustrate this conclusion. There is, moreover, no concern in this case that application of By-law 270 displaces or frustrates “the legislative purpose of Parliament”. See *Multiple Access*, *supra*, at p. 190; *Bank of Montreal*, *supra*, at pp. 151 and 154.

## 2. Provincial Legislation

*Multiple Access* also applies to the inquiry into whether there is a conflict between the by-law and provincial legislation, except for cases (unlike this one) in which the relevant provincial legislation specifies a different test. The *Multiple Access* test, namely “impossibility of dual compliance”, see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 16-13, was foreshadowed for provincial-municipal conflicts in *dicta* contained in this Court’s decision in *Arcade Amusements*, *supra*, at p. 404. There, Beetz J. wrote that “otherwise valid provincial statutes which are directly contrary to federal statutes are rendered inoperative by that conflict. Only the same type of conflict with provincial statutes can make by-laws inoperative: I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 1, 2nd ed., 1971, No. 63.16” (emphasis added).

121, p. 151. Découlant d’une loi provinciale habilitante, le règlement 270 est sujet à ce critère.

La législation fédérale relative aux pesticides s’étend à la réglementation et à l’autorisation de leur importation, de leur exportation, de leur vente, de leur fabrication, de leur agrément, de leur emballage et de leur étiquetage. La *LPAP* dicte quels pesticides peuvent être agréés à des fins de fabrication et/ou d’utilisation au Canada. Cette loi est permissive, et non pas exhaustive, de sorte qu’il n’y a aucun conflit opérationnel avec le règlement 270. Nul n’est placé dans la situation impossible d’avoir l’obligation légale de se conformer aux deux régimes de réglementation. L’analogie avec les véhicules automobiles et les cigarettes qui ont été approuvés au niveau fédéral mais dont l’usage peut toutefois être restreint au niveau municipal illustre bien cette conclusion. Il n’y a, en outre, aucune crainte en l’espèce que l’application du règlement 270 écarte ou déjoue « l’intention du Parlement ». Voir *Multiple Access*, précité, p. 190; *Banque de Montréal*, précité, p. 151 et 154.

## 2. La législation provinciale

L’arrêt *Multiple Access* s’applique également à l’examen de la question de savoir s’il y a un conflit entre le règlement municipal et la législation provinciale, sauf dans les cas (différents de la présente affaire) où la loi provinciale pertinente spécifie un critère autre. La remarque incidente faite dans la décision rendue par notre Cour dans *Arcade Amusements*, précité, p. 404, présageait le critère de l’arrêt *Multiple Access*, à savoir [TRADUCTION] « l’impossibilité de se conformer aux deux textes », voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 16-13. Dans cette décision, le juge Beetz écrit que « des lois provinciales, valides par ailleurs, mais qui se heurtent directement à des lois fédérales, sont rendues inopérantes par suite de ce conflit. Seule la même sorte de conflit avec des lois provinciales peut rendre des règlements inopérants: I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., 1971, n<sup>o</sup> 63.16 » (je souligne).

35

36

37

One of the competing tests to *Multiple Access* suggested in this litigation is based on *Attorney General for Ontario v. City of Mississauga* (1981), 15 M.P.L.R. 212 (Ont. C.A.). In that case, decided before *Multiple Access*, Morden J.A. saw “no objection to borrowing, in this field, relevant principles of accommodation which have been developed in cases involving alleged federal-provincial areas of conflict. In both fields great care is, and should be, taken before it is held that an otherwise properly enacted law is inoperative” (p. 232). He added, at p. 233, the important point that “a by-law is not void or ineffective merely because it ‘enhances’ the statutory scheme of regulation by imposing higher standards of control than those in the related statute. This is not conflict or incompatibility per se” (quoting *Township of Uxbridge v. Timber Bros. Sand & Gravel Ltd.* (1975), 7 O.R. (2d) 484 (C.A.)). See also P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 353 (“In some cases, the courts have held that the provincial statute does not imply full repeal of the municipal power. The municipality retains its authority as long as there is no conflict with provincial legislation. It may be more demanding than the province, but not less so”).

L’un des critères opposés à celui de l’arrêt *Multiple Access* qui ont été proposés dans le présent litige est fondé sur l’arrêt *Attorney General for Ontario c. City of Mississauga* (1981), 15 M.P.L.R. 212 (C.A. Ont.). Dans cette décision rendue avant l’arrêt *Multiple Access*, le juge Morden de la Cour d’appel de l’Ontario ne voit [TRADUCTION] « aucun problème à introduire dans ce domaine les principes d’accommodement pertinents qui ont été élaborés dans les affaires portant sur des présumés domaines de conflit entre les textes fédéraux et les textes provinciaux. Dans les deux domaines, on fait, et il faut faire, bien attention avant de déclarer inopérante une disposition qui a été autrement valablement adoptée » (p. 232). Il ajoute, à la p. 233, un point important, qui est qu’ [TRADUCTION] « un règlement n’est pas nul ou sans effet simplement parce qu’il “rehausse” le régime législatif de réglementation en imposant des normes de contrôle plus sévères que celles prévues dans la loi connexe. Cela n’est pas un conflit ou une incompatibilité en soi » (citation de *Township of Uxbridge c. Timber Bros. Sand & Gravel Ltd.* (1975), 7 O.R. (2d) 484 (C.A.)). Voir également P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3<sup>e</sup> éd. 1999), p. 446-447 (« Dans certaines affaires, on a jugé que l’adoption de la loi provinciale ne devait pas s’interpréter comme une abrogation complète du pouvoir municipal : celui-ci pouvait continuer à s’exercer à la condition toutefois de ne pas contredire la réglementation provinciale, c’est-à-dire que la municipalité pouvait être plus exigeante, mais non moins exigeante que la province »).

38

Some courts have already made use of the *Multiple Access* test to examine alleged provincial-municipal conflicts. For example, in *British Columbia Lottery Corp. v. Vancouver (City)* (1999), 169 D.L.R. (4th) 141, at pp. 147-48, the British Columbia Court of Appeal stated that cases pre-dating *Multiple Access*, including the Ontario Court of Appeal decision in *Mississauga*, *supra*, “must be read in the light of [that] decision”.

Certains tribunaux ont déjà recouru au critère de l’arrêt *Multiple Access* pour examiner les présumés conflits entre des textes provinciaux et des textes municipaux. Par exemple, dans *British Columbia Lottery Corp. c. Vancouver (City)* (1999), 169 D.L.R. (4th) 141, p. 147-148, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique déclare que les décisions rendues avant l’arrêt *Multiple Access*, notamment la décision de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Mississauga*, précité, [TRADUCTION] « doivent être interprétées selon [cette] décision ».

It is no longer the key to this kind of problem to look at one comprehensive scheme, and then to look at the other comprehensive scheme, and to decide which

[TRADUCTION] On ne résout plus ce genre de problème en examinant un régime complet, en examinant l’autre régime complet et en décidant quel régime

scheme entirely occupies the field to the exclusion of the other. Instead, the correct course is to look at the precise provisions and the way they operate in the precise case, and ask: Can they coexist in this particular case in their operation? If so, they should be allowed to co-exist, and each should do its own parallel regulation of one aspect of the same activity, or two different aspects of the same activity. [Emphasis added.]

The court summarized the applicable standard as follows: “A true and outright conflict can only be said to arise when one enactment compels what the other forbids.” See also *Law Society of Upper Canada v. Barrie (City)* (2000), 46 O.R. (3d) 620 (S.C.J.), at pp. 629-30: “Compliance with the provincial Act does not necessitate defiance of the municipal By-law; dual compliance is certainly possible”; *Huot v. St-Jérôme (Ville de)*, J.E. 93-1052 (Sup. Ct.), at p. 19: [TRANSLATION] “A finding that a municipal by-law is inconsistent with a provincial statute (or a provincial statute with a federal statute) requires, first, that they both deal with similar subject matters and, second, that obeying one necessarily means disobeying the other.”

As a general principle, the mere existence of provincial (or federal) legislation in a given field does not oust municipal prerogatives to regulate the subject matter. As stated by the Quebec Court of Appeal in an informative environmental decision, *St-Michel-Archange (Municipalité de) v. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875 (C.A.), at pp. 888-91:

[TRANSLATION] According to proponents of the unitary theory, although the provincial legislature has not said so clearly, it has nonetheless established a provincial scheme for managing waste disposal sites. It has therefore reserved exclusive jurisdiction in this matter for itself, and taken the right to pass by-laws concerning local waste management away from municipalities. The *Environment Quality Act* therefore operated to remove those powers from municipal authorities.

According to proponents of the pluralist theory, the provincial legislature very definitely did not intend to abolish the municipality's power to regulate; rather, it

occupe tout le domaine à l'exclusion de l'autre. Il faut plutôt examiner les dispositions précises et la manière dont elles s'appliquent dans le cas particulier et se demander si elles peuvent s'appliquer de façon harmonieuse dans ce cas précis? Dans l'affirmative, il faut permettre leur coexistence et elles doivent chacune réglementer en parallèle une facette, ou deux facettes différentes, de la même activité. [Je souligne.]

La cour a résumé ainsi la norme applicable : [TRANSLATION] « On peut dire qu'il y a un conflit réel et direct seulement lorsqu'un texte impose ce que l'autre interdit. » Voir également *Law Society of Upper Canada c. Barrie (City)* (2000), 46 O.R. (3d) 620 (C.S.J.), p. 629-630 : [TRANSLATION] « La conformité à la loi provinciale ne requiert pas l'inobservation du règlement municipal; il est certainement possible de se conformer aux deux textes; *Huot c. St-Jérôme (Ville de)*, J.E. 93-1052 (C.S.), p. 19 : « En effet, pour qu'un règlement municipal soit incompatible avec une loi provinciale (ou une loi provinciale avec une loi fédérale), il faut d'abord que les deux touchent des sujets similaires et, ensuite, qu'un citoyen, pour obéir à l'une doive enfreindre l'autre. »

De façon générale, la simple existence d'une loi provinciale (ou fédérale) dans un domaine donné n'écarte pas le pouvoir des municipalités de réglementer cette matière. Comme le dit la Cour d'appel du Québec dans un arrêt instructif en matière d'environnement, *St-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875 (C.A.), p. 888-891 :

Pour les tenants de la thèse unitaire, le législateur provincial, sans le dire d'une façon claire, a néanmoins instauré un système provincial de gestion des sites de réception des déchets. Il s'est donc réservé l'exclusivité des compétences en la matière et a enlevé aux municipalités le droit de faire des règlements sur la gestion locale des déchets. La *Loi sur la qualité de l'environnement* aurait donc eu pour effet de retirer ces pouvoirs aux autorités municipales.

Pour les tenants de la thèse pluraliste, le législateur provincial n'a pas, bien au contraire, entendu abolir le pouvoir municipal de réglementation, mais simplement

intended merely to better circumscribe that power, to ensure complementarity with the municipal management scheme. . . .

. . . .

The pluralist theory accordingly concedes that the intention is to give priority to provincial statutory and regulatory provisions. However, it does not believe that it can be deduced from this that any complementary municipal provision in relation to planning and development that affects the quality of the environment is automatically invalid.

. . . .

A thorough analysis of the provisions cited *supra* and a review of the environmental policy as a whole as it was apparently intended by the legislature leads to the conclusion that it is indeed the pluralist theory, or at least a pluralist theory, that the legislature seems to have taken as the basis for the statutory scheme.

In this case, there is no barrier to dual compliance with By-law 270 and the *Pesticides Act*, nor any plausible evidence that the legislature intended to preclude municipal regulation of pesticide use. The *Pesticides Act* establishes a permit and licensing system for vendors and commercial applicators of pesticides and thus complements the federal legislation's focus on the products themselves. Along with By-law 270, these laws establish a tri-level regulatory regime.

l'encadrer davantage dans une perspective de complémentarité de gestion avec les autorités municipales. . .

. . . .

La thèse pluraliste admet donc qu'il y a intention de donner priorité aux dispositions législatives et réglementaires provinciales. Elle ne croit cependant pas que l'on puisse en déduire qu'automatiquement toute disposition municipale complémentaire en matière d'urbanisme et d'aménagement et qui touche la qualité de l'environnement soit nulle.

. . . .

Une analyse approfondie des textes précités et l'examen de l'ensemble de la politique environnementale que semble avoir voulue le législateur mènent à la conclusion que c'est bien la thèse pluraliste, ou du moins une certaine thèse pluraliste, que celui-ci semble avoir pris comme base de l'ensemble législatif.

Dans la présente affaire, rien n'empêche que l'on se conforme à la fois au règlement 270 et à la *Loi sur les pesticides*, et il n'y a aucun élément de preuve plausible indiquant que la législature avait l'intention d'empêcher la réglementation par les municipalités de l'utilisation des pesticides. La *Loi sur les pesticides* établit un régime de permis pour les vendeurs et les applicateurs commerciaux de pesticides et elle est donc complémentaire à la législation fédérale, qui porte sur les produits eux-mêmes. Conjointement avec le règlement 270, ces lois établissent un régime de réglementation à trois niveaux.

40

According to s. 102 of the *Pesticides Act*, as it was at the time By-law 270 was passed: "The provisions of the Pesticide Management Code and of the other regulations of this Act prevail over any inconsistent provision of any by-law passed by a municipality or an urban community." Evidently, the *Pesticides Act* envisions the existence of complementary municipal by-laws. As Duplessis and Héту, *supra*, at p. 109, put it, [TRANSLATION] "the Quebec legislature gave the municipalities the right to regulate pesticides, provided that the by-law was not incompatible with the regulations and the Management Code enacted under the *Pesticides Act*". Since no Pesticide Management Code has been enacted by the province under s. 105, the

En vertu de l'art. 102 de la *Loi sur les pesticides*, tel qu'il existait au moment de l'adoption du règlement 270 : « Toute disposition du Code de gestion des pesticides et des autres règlements édictés en vertu de la présente loi prévaut sur toute disposition inconciliable d'un règlement édicté par une municipalité ou une communauté urbaine. » Il est clair que la *Loi sur les pesticides* envisage l'existence de règlements municipaux complémentaires. Comme le disent Duplessis et Héту, *op. cit.*, p. 109, « le législateur provincial reconnaissait aux municipalités le droit de réglementer les pesticides en autant que cette réglementation n'était pas inconciliable avec les règlements et le Code de gestion adoptés en vertu de la *Loi sur les pesti-*

lower courts in this case correctly found that the by-law and the *Pesticides Act* could co-exist. In the words of the Court of Appeal, at p. 16: [TRANSLATION] “The *Pesticides Act* thus itself contemplated the existence of municipal regulation of pesticides, since it took the trouble to impose restrictions.”

I also agree with the Court of Appeal at p. 16, that: [TRANSLATION] “A potential inconsistency is not sufficient to invalidate a by-law; there must be a real conflict”. In this regard, the Court of Appeal quoted, at p. 17, *St-Michel-Archange, supra*, at p. 891, to the effect that: [TRANSLATION] “However, to the extent that and for as long as the provincial regulation is not in force, the municipal by-law continues to regulate the activity, provided, of course, that it complies with all the rules established by the law and the courts concerning its validity.”

I note in conclusion that the 1993 revision to the *Pesticide Act* added a new s. 102 stating:

The Pesticide Management Code and any other regulation enacted pursuant to this Act shall render inoperative any regulatory provision concerning the same matter enacted by a municipality or an urban community, except where the provision

- concerns landscaping or extermination activities, such as fumigation, as defined by government regulation, and

- prevents or further mitigates harmful effects on the health of humans or of other living species or damage to the environment or to property.

This revised language indicates more explicitly that the *Pesticides Act* is meant to co-exist with stricter municipal by-laws of the type at issue in this case. Indeed, the new s. 102, by including the word “health”, echoes the enabling legislation that underpins By-law-270, namely s. 410(1) *C.T.A.* Once a Pesticide Management Code is enacted,

*cides* ». Étant donné qu’aucun Code de gestion des pesticides n’a été adopté par la province aux termes de l’art. 105, les tribunaux antérieurs en l’espèce ont eu raison de conclure que le règlement et la *Loi sur les pesticides* pouvaient coexister. Pour reprendre les termes de la Cour d’appel, à la p. 16 : « La *Loi sur les pesticides* envisageait donc elle-même l’existence d’une réglementation municipale sur les pesticides, puisqu’elle prenait la peine d’imposer des contraintes. »

Je suis également d’accord avec la Cour d’appel à la p. 16 pour dire qu’« [u]ne éventuelle incompatibilité ne suffit pas pour invalider un règlement; il faut une réelle opposition ». À cet égard, la Cour d’appel a cité, à la p. 17, l’arrêt *St-Michel-Archange*, précité, p. 891, selon lequel « [t]ant et aussi longtemps toutefois que le règlement provincial n’est pas en vigueur, le règlement municipal continue à régir l’activité à condition, naturellement, qu’il respecte toutes les normes fixées par la loi et par la jurisprudence relativement à sa validité ».

Je souligne, en terminant, que la version modifiée de 1993 de la *Loi sur les pesticides* comporte un nouvel art. 102, ainsi libellé :

Le Code de gestion des pesticides et tout autre règlement édictés en application de la présente loi rendent inopérante toute disposition réglementaire portant sur une même matière qui est édictée par une municipalité ou une communauté urbaine, sauf dans le cas où cette disposition réglementaire satisfait aux conditions suivantes :

- elle porte sur les activités d’entretien paysager ou d’extermination, notamment la fumigation, déterminées par règlement du gouvernement;

- elle prévient ou atténue davantage les atteintes à la santé des êtres humains ou des autres espèces vivantes, ainsi que les dommages à l’environnement ou aux biens.

Ce nouveau libellé indique de façon encore plus explicite que la *Loi sur les pesticides* vise à coexister avec des règlements municipaux plus sévères du genre de celui qui est en cause en l’espèce. En fait, l’inclusion du mot « santé » dans le nouvel art. 102 reflète la disposition habilitant le règlement 270, soit le par. 410(1) *L.C.V.* Dès l’adoption

41

42



municipalities will be able to draw on s. 102 in order to continue their independent regulation of pesticides. As Duplessis and Hétu, *supra*, explain at p. 111: [TRANSLATION] “the Quebec legislature has again recognized that municipalities have a role to play in pesticide control while at the same time indicating that it intends to make the municipal power subordinate to its own regulatory activity”.

#### VI. Disposition

43 I have found that By-law 270 was validly enacted under s. 410(1) *C.T.A.* Moreover, the by-law does not render dual compliance with its dictates and either federal or provincial legislation impossible. For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Iacobucci, Major and LeBel JJ. were delivered by

LEBEL J. —

#### Introduction

44 I agree with Justice L’Heureux-Dubé that the impugned by-law on pesticide use adopted by the respondent, the Town of Hudson, is valid. It does not conflict with relevant federal and provincial legislation on the use and control of pesticides and is a valid exercise of municipal regulatory power under s. 410(1) of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19 (“*C.T.A.*”).

45 I view this case as an administrative and local government law issue. Although I agree with L’Heureux-Dubé J. on the disposition of the appeal, I wish to add some comments on some of the problems raised by the appellants. First, I will discuss the alleged operational conflict with the regulatory and legislative systems put in place by other levels of government. I will then turn to the difficulties created by the use of broad provisions like s. 410 and the application of the general prin-

du Code de gestion des pesticides, les municipalités pourront se fonder sur l’art. 102 pour continuer de réglementer les pesticides de façon indépendante. Comme Duplessis et Hétu, *op. cit.*, l’expliquent à la p. 111 : « le législateur québécois reconnaît une fois de plus que les municipalités ont un rôle à jouer en matière de contrôle des pesticides tout en voulant subordonner le pouvoir municipal à son activité réglementaire ».

#### VI. Dispositif

J’ai conclu que le règlement 270 a été valablement adopté en vertu du par. 410(1) *L.C.V.* De plus, le règlement ne rend pas impossible la conformité à ses prescriptions ainsi qu’à la législation fédérale et à la législation provinciale. Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major et LeBel rendus par

LE JUGE LEBEL —

#### Introduction

Je conviens avec le juge L’Heureux-Dubé que le règlement sur l’utilisation des pesticides contesté qui a été adopté par l’intimée la ville de Hudson est valide. Il n’entre pas en conflit avec la législation fédérale et la législation provinciale pertinentes sur l’utilisation et le contrôle des pesticides, et il constitue un exercice valide du pouvoir de réglementation que confère aux municipalités le par. 410(1) de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19 (« *L.C.V.* »).

Je considère la présente affaire comme une question de droit administratif et de droit municipal. Je suis d’accord avec le juge L’Heureux-Dubé quant à l’issue du pourvoi, mais je désire ajouter quelques observations au sujet de certains problèmes soulevés par les appelantes. J’aborde en premier lieu le présumé conflit d’application avec les régimes réglementaire et législatif mis en place par les autres ordres de gouvernement. Je traite ensuite des difficultés que créent l’application de

ciples of administrative law governing delegated legislation.

### The Operational Conflict

As its first line of attack against By-law 270 of the Town of Hudson, the appellants raise the issue of an operational conflict with the federal *Pest Control Products Act*, R.S.C. 1985, c. P-9, and the *Pest Control Products Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1253. The appellants also assert that the by-law conflicts with the Quebec *Pesticides Act*, R.S.Q., c. P-9.3. As L'Heureux-Dubé J. points out, the applicable test to determine whether an operational conflict arises is set out in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at pp. 187 and 189. There must be an actual conflict, in the sense that compliance with one set of rules would require a breach of the other. This principle was recently reexamined and restated by Binnie J. in *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, at paras. 39-42. The basic test remains the impossibility of dual compliance. From this perspective, the alleged conflict with federal legislation simply does not exist. The federal Act and its regulations merely authorize the importation, manufacturing, sale and distribution of the products in Canada. They do not purport to state where, when and how pesticides could or should be used. They do not grant a blanket authority to pesticides' manufacturers or distributors to spread them on every spot of greenery within Canada. This matter is left to other legislative and regulatory schemes. Nor does a conflict exist with the provincial *Pesticides Act*, and I agree with L'Heureux-Dubé J.'s analysis on this particular point. The operational conflict argument thus fails.

### The Administrative Law Issues

The most serious problems raised by the appeal involve pure administrative law issues. The appellants' arguments raise some basic issues of admin-

dispositions larges comme l'art. 410 et celle des principes généraux de droit administratif régissant la législation déléguée.

### Le conflit d'application

Comme premier moyen de contestation du règlement 270 de la ville de Hudson, les appelantes soulèvent la question du conflit d'application avec la *Loi sur les produits antiparasitaires*, L.R.C. 1985, ch. P-9, et le *Règlement sur les produits antiparasitaires*, C.R.C. 1978, ch. 1253, adoptés au niveau fédéral. Les appelantes affirment également que le règlement va à l'encontre de la *Loi sur les pesticides* du Québec, L.R.Q., ch. P-9.3. Comme le souligne le juge L'Heureux-Dubé, le critère servant à déterminer s'il existe un conflit d'application est établi dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 187 et 189. Il faut qu'il y ait un conflit véritable, en ce sens que l'observation d'un ensemble de règles entraîne l'inobservation de l'autre. Le juge Binnie a récemment réexaminé et réaffirmé ce principe dans *M. & D. Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 39-42. Le critère fondamental demeure l'impossibilité de se conformer aux deux textes. Dans cette optique, le présumé conflit avec la législation fédérale n'existe tout simplement pas. La loi fédérale et son règlement d'application ne font qu'autoriser l'importation, la fabrication, la vente et la distribution des produits au Canada. Ils ne visent pas à prescrire où, quand et comment les pesticides peuvent ou doivent être utilisés. Ils ne confèrent pas aux fabricants et aux distributeurs de pesticides l'autorisation générale de les appliquer partout où il y a un bout de verdure au Canada. Cette question relève d'autres régimes législatifs et réglementaires. Il n'y a pas non plus conflit avec la *Loi sur les pesticides* de la province, et je souscris à l'analyse du juge L'Heureux-Dubé sur ce point particulier. L'argument reposant sur le conflit d'application n'est donc pas fondé.

### Les questions de droit administratif

Les problèmes les plus graves mentionnés dans le pourvoi portent sur des questions de droit administratif pur. Dans leurs arguments, les appelantes

istrative law as applied in the field of municipal governance.

soulèvent des questions de droit administratif fondamentales appliquées au domaine de la gestion des affaires municipales.

48

The appellants assert that no provision of the *C.T.A.* authorizes By-law 270. If such legislative authority exists, the by-law is nevertheless void because of its discriminatory and prohibitory nature. A solution is to be found in the principles governing the interpretation and application of the laws governing cities and towns like the respondent in the Province of Quebec. Interesting as they may be, references to international sources have little relevance. They confirm the general importance placed in modern society and shared by most citizens of this country on the environment and the need to protect it. Nevertheless, no matter how laudable the purpose of the by-law may be, and although it may express the will of the members of the community to protect their local environment, the means to do it must be found somewhere in the law. The issues in this case remain strictly, first, whether the *C.T.A.* authorizes municipalities to regulate the use of pesticides within their territorial limits and, second, whether the particular regulation conforms with the general principles applicable to delegated legislation.

Les appelantes affirment qu'aucune disposition de la *L.C.V.* n'autorise le règlement 270. Même si une telle autorisation législative existe, le règlement est nul en raison de son caractère discriminatoire et prohibitif. Une solution se trouve dans les principes régissant l'interprétation et l'application des lois visant les cités et les villes comme l'intimée au Québec. Si intéressants soient-ils, les renvois aux sources internationales ne sont guère pertinents. Ils confirment l'importance que la société moderne accorde généralement à l'environnement et à la nécessité de le protéger, position que partagent la plupart des citoyens de ce pays. Cependant, aussi louable que soit l'objet du règlement et même si celui-ci exprime la volonté des membres de la collectivité de protéger son environnement local, les moyens pour ce faire doivent être tirés de la loi. En l'espèce, les questions se résument à savoir, premièrement, si la *L.C.V.* autorise les municipalités à réglementer l'utilisation des pesticides sur leur territoire et, deuxièmement, si le règlement en cause respecte les principes généraux applicables à la législation déléguée.

49

A tradition of strong local government has become an important part of the Canadian democratic experience. This level of government usually appears more attuned to the immediate needs and concerns of the citizens. Nevertheless, in the Canadian legal order, as stated on a number of occasions, municipalities remain creatures of provincial legislatures (see *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45, at paras. 33-34; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 1 S.C.R. 470, 2001 SCC 15, at paras. 29 and 58-59). Municipalities exercise such powers as are granted to them by legislatures. This principle is illustrated by numerous decisions of our Court (see, for example, *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650). They are not endowed with residuary general powers, which would allow them to exercise dor-

La tradition d'établir des administrations publiques locales fortes est devenue une partie importante de l'expérience démocratique canadienne. Cet ordre d'administration publique paraît généralement mieux adapté aux besoins et préoccupations immédiats des citoyens. Toutefois, dans l'ordre juridique canadien, comme on l'a dit à plusieurs reprises, les municipalités demeurent des créatures du législateur provincial (voir *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45, par. 33-34; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15, par. 29 et 58-59). Les municipalités exercent les pouvoirs que leur confèrent les législatures. Nombre de décisions de notre Cour illustrent ce principe (voir, par exemple, *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650). Elles ne possèdent aucun pouvoir résiduaire

mant provincial powers (see I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. (loose-leaf)), Cum. Supp. to vol. 1, at pp. 358 and 364; J. Héту, Y. Duplessis and D. Pakenham, *Droit Municipal: Principes généraux et contentieux* (1998), at p. 651). If a local government body exercises a power, a grant of authority must be found somewhere in the provincial laws. Although such a grant of power must be construed reasonably and generously (*Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13), it cannot receive such an interpretation unless it already exists. Interpretation may not supplement the absence of power.

The appellants argue that no power to regulate the use of pesticides was delegated to municipalities in Quebec, either under a specific grant of power or under the more general provisions of s. 410(1) *C.T.A.* The respondent concedes that the only provision under which its by-law can be upheld is the general clause of s. 410(1). It no longer asserts that it could be supported under s. 412(32) concerning toxic materials.

As the appellants interpret a general clause like s. 410 *C.T.A.*, it would amount to an empty shell. Any exercise of municipal regulatory authority would require a specific and express grant of power. The history of the *C.T.A.* confirms that the Quebec legislature has generally favoured a drafting technique of delegating regulatory or administrative powers to municipalities through a myriad of specific provisions, which are amended frequently. The reader is then faced with layers of complex and sometimes inconsistent legislation.

In the case of a specific grant of power, its limits must be found in the provision itself. Non-included powers may not be supplemented through the use of the general residuary clauses often found in municipal laws (*R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674).

général qui leur permettrait d'exercer des pouvoirs provinciaux non attribués (voir I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), suppl. cum. du vol. 1, p. 358 et 364; J. Héту, Y. Duplessis et D. Pakenham, *Droit Municipal: Principes généraux et contentieux* (1998), p. 651). Une administration publique locale ne peut exercer un pouvoir que s'il est conféré par une loi provinciale. Certes, ce pouvoir doit être interprété de façon raisonnable et libérale (*Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13), mais il ne peut recevoir cette interprétation que s'il existe. L'interprétation ne peut pas suppléer à l'absence de pouvoir.

Les appelantes prétendent qu'aucun pouvoir de réglementation de l'utilisation des pesticides n'a été délégué aux municipalités du Québec, que ce soit par un pouvoir particulier ou en vertu des dispositions plus générales du par. 410(1) *L.C.V.* L'intimée admet que la seule disposition qui permette de confirmer la légalité de son règlement est la clause générale du par. 410(1). Elle n'affirme plus que son règlement pourrait s'appuyer sur le par. 412(32), qui porte sur les matières toxiques.

Si l'on acceptait l'interprétation par les appelantes d'une clause générale comme l'art. 410 *L.C.V.*, cette disposition équivaldrait à une coquille vide. L'exercice de tout pouvoir de réglementation municipal nécessiterait un pouvoir particulier et explicite. L'historique de la *L.C.V.* confirme que la législature du Québec privilégie généralement la technique de rédaction consistant à déléguer des pouvoirs de réglementation ou administratifs aux municipalités par d'innombrables dispositions particulières qui sont modifiées fréquemment. Le lecteur se retrouve donc avec une série de dispositions législatives complexes et parfois incohérentes.

Dans le cas d'un pouvoir particulier, la disposition elle-même doit en préciser les limites. L'application des clauses générales relatives aux pouvoirs non attribués que comportent souvent les lois municipales ne peut pas suppléer aux pouvoirs non visés (*R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674).

50

51

52

53

The case at bar raises a different issue: absent a specific grant of power, does a general welfare provision like s. 410(1) authorize By-law 270? A provision like s. 410(1) must be given some meaning. It reflects the reality that the legislature and its drafters cannot foresee every particular situation. It appears to be sound legislative and administrative policy, under such provisions, to grant local governments a residual authority to deal with the unforeseen or changing circumstances, and to address emerging or changing issues concerning the welfare of the local community living within their territory. Nevertheless, such a provision cannot be construed as an open and unlimited grant of provincial powers. It is not enough that a particular issue has become a pressing concern in the opinion of a local community. This concern must relate to problems that engage the community as a local entity, not a member of the broader polity. It must be closely related to the immediate interests of the community within the territorial limits defined by the legislature in a matter where local governments may usefully intervene. In *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, the Court emphasized the local ambit of such power. It does not allow local governments and communities to exercise powers in questions that lie outside the traditional area of municipal interests, even if municipal powers should be interpreted broadly and generously (see F. Hoehn, *Municipalities and Canadian Law: Defining the Authority of Local Governments* (1996), at pp. 17-24).

La question qui se pose en l'espèce est différente : en l'absence d'un pouvoir particulier, une disposition de bien-être général comme le par. 410(1) autorise-t-elle le règlement 270? Il faut donner un sens à une disposition comme le par. 410(1). Celui-ci correspond à la réalité que la législature et ses rédacteurs ne peuvent pas prévoir tous les cas particuliers. Il paraît donc logique, sur les plans législatif et administratif, de recourir à de telles dispositions pour conférer aux administrations publiques locales le pouvoir résiduaire d'intervenir en cas d'imprévu et de changements ainsi que de traiter des questions nouvelles ou évolutives relativement au bien-être de la collectivité locale vivant sur leur territoire. On ne peut toutefois pas interpréter une telle disposition comme conférant de façon absolue des pouvoirs provinciaux. Il ne suffit pas qu'une question particulière soit devenue une préoccupation urgente selon la collectivité locale. Cette préoccupation doit avoir trait à des problèmes touchant la collectivité comme entité locale et non pas comme membre de la société au sens large. Elle doit être étroitement liée aux intérêts immédiats de la collectivité se trouvant dans les limites territoriales définies par la législature pour ce qui concerne toute question pour laquelle l'intervention des administrations publiques locales peut se révéler utile. Dans *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, notre Cour a souligné la portée locale d'un tel pouvoir. Elle ne permet pas aux administrations publiques locales et aux collectivités locales d'exercer des pouvoirs pour des questions ne relevant pas du domaine traditionnel des intérêts municipaux, même si les pouvoirs municipaux doivent être interprétés de façon large et libérale (voir F. Hoehn, *Municipalities and Canadian Law: Defining the Authority of Local Governments* (1996), p. 17-24).

54

In the present case, the subject matter of the by-law lies within the ambit of normal local government activities. It concerns the use and protection of the local environment within the community. The regulation targets problems of use of land and property, and addresses neighbourhood concerns that have always been within the realm of local government activity. Thus, the by-law was prop-

En l'espèce, l'objet du règlement relève des activités normales des administrations publiques locales. Il s'agit de l'utilisation et de la protection de l'environnement local de la collectivité. La réglementation vise les problèmes liés à l'utilisation des terres et des biens, et elle porte sur des préoccupations de quartier qui ont toujours relevé du domaine d'activité des administrations

erly authorized by s. 410(1). I must then turn briefly to the second part of the administrative law argument raised by the appellants, that the particular exercise of the existing municipal power breached principles of delegated legislation against prohibitory and discriminatory regulations.

Two basic and longstanding principles of delegated legislation state that a by-law may not be prohibitory and may not discriminate unless the enabling legislation so authorizes. (See P. Garant, *Droit administratif* (4th ed. 1996), vol. 1, at pp. 407 *et seq.*; R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1985), vol. 1, at pp. 435 *et seq.*; Héту, Duplessis and Pakenham, *supra*, at pp. 677-82 and 691-96.) The drafting technique used in the present case creates an apparent problem. On its face, the by-law involves a general prohibition and then authorizes some specific uses. This obstacle may be overcome through global interpretation of the by-law. When it is read as a whole, its overall effect is to prohibit purely aesthetic use of pesticides while allowing other uses, mainly for business or agricultural purposes. It does not appear as a purely prohibitory legal instrument. As such, it conforms with this first basic principle of municipal law. There remains the problem of the discriminatory aspect of the by-law. Although the by-law discriminates, I agree with L'Heureux-Dubé J. that this kind of regulation implies a necessary component of discrimination. There can be no regulation on such a topic without some form of discrimination in the sense that the by-law must determine where, when and how a particular product may be used. The regulation needed to identify the various distinctions between different situations. Otherwise, no regulation would have been possible. An implied authority to discriminate was then unavoidably part of the delegated regulatory power.

publiques locales. Par conséquent, le règlement était autorisé en bonne et due forme par le par. 410(1). Je dois donc aborder brièvement la deuxième partie de l'argument de droit administratif soulevé par les appelantes, selon lequel l'exercice particulier du pouvoir municipal existant a contrevenu aux principes de législation déléguée interdisant la prise de règlements prohibitifs et discriminatoires.

Selon deux principes fondamentaux établis depuis longtemps en matière de législation déléguée, un règlement ne peut pas être prohibitif et discriminatoire à moins que la loi habilitante ne l'autorise. (Voir P. Garant, *Droit administratif* (4<sup>e</sup> éd. 1996), vol. 1, p. 407 *et suiv.*; R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1984), t. I, p. 557 *et suiv.*; Héту, Duplessis et Pakenham, *op. cit.*, p. 677-682 et 691-696.) La technique de rédaction employée en l'espèce crée un problème apparent. Le règlement établit de prime abord une prohibition générale pour ensuite permettre certaines utilisations particulières. L'interprétation globale du règlement permet de contourner cet obstacle. Lu dans son ensemble, le règlement a comme effet d'interdire l'utilisation des pesticides pour des raisons purement esthétiques tout en permettant d'autres utilisations, surtout pour des activités commerciales et agricoles. Il ne paraît pas constituer un texte juridique purement prohibitif. À ce titre, il respecte ce premier principe fondamental du droit municipal. Il reste le problème de l'aspect discriminatoire du règlement. Bien que le règlement soit discriminatoire, je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que ce genre de réglementation comporte nécessairement une composante de discrimination. Il ne peut y avoir aucune réglementation sur un tel sujet sans une certaine forme de discrimination, en ce sens que le règlement doit établir où, quand et comment un produit particulier peut être utilisé. La réglementation devait établir les diverses distinctions entre les différentes situations. Autrement, aucune réglementation n'aurait été possible. Le pouvoir de réglementation délégué comportait donc inévitablement le pouvoir implicite de faire de la discrimination.

56

For these reasons, the appeal is dismissed, with costs to the respondent the Town of Hudson.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Fraser Milner Casgrain, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Bélanger Sauvé, Montréal.*

*Solicitors for the interveners Federation of Canadian Municipalities, Nature-Action Québec Inc. and World Wildlife Fund Canada: Sierra Legal Defence Fund, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Toronto Environmental Alliance, Sierra Club of Canada, Canadian Environmental Law Association, Parents' Environmental Network, Healthy Lawns — Healthy People, Pesticide Action Group Kitchener, Working Group on the Health Dangers of the Urban Use of Pesticides, Environmental Action Barrie, Breast Cancer Prevention Coalition, Vaughan Environmental Action Committee and Dr. Merryl Hammond: Canadian Environmental Law Association, Toronto.*

*Solicitors for the intervenor Fédération interdisciplinaire de l'horticulture ornementale du Québec: Ogilvy Renault, Québec.*

Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur de l'intimée la ville de Hudson.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelantes : Fraser Milner Casgrain, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée : Bélanger Sauvé, Montréal.*

*Procureurs des intervenants la Fédération canadienne des municipalités, Nature-Action Québec Inc. et le Fonds mondial pour la nature (Canada) : Sierra Legal Defence Fund, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Toronto Environmental Alliance, Sierra Club du Canada, l'Association canadienne du droit de l'environnement, Parents' Environmental Network, Healthy Lawns — Healthy People, Pesticide Action Group Kitchener, Working Group on the Health Dangers of the Urban Use of Pesticides, Environmental Action Barrie, Breast Cancer Prevention Coalition, Vaughan Environmental Action Committee et Dr Merryl Hammond : Association canadienne du droit de l'environnement, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération interdisciplinaire de l'horticulture ornementale du Québec : Ogilvy Renault, Québec.*

**Mavis Baker** *Appellant*

v.

**Minister of Citizenship and Immigration** *Respondent*

and

**The Canadian Council of Churches, the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, the Defence for Children International-Canada, the Canadian Council for Refugees, and the Charter Committee on Poverty Issues** *Interveners***INDEXED AS: BAKER v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

File No.: 25823.

1998: November 4; 1999: July 9.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Immigration — Humanitarian and compassionate considerations — Children's interests — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Application denied without hearing or formal reasons — Whether procedural fairness violated — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1(1), 114(2) — Immigration Regulations, 1978, SOR/93-44, s. 2.1 — Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Arts. 3, 9, 12.*

*Administrative law — Procedural fairness — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Whether participatory rights accorded consistent with duty of procedural fairness — Whether failure to provide reasons violated principles of procedural fairness — Whether reasonable apprehension of bias.*

**Mavis Baker** *Appelante*

c.

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** *Intimé*

et

**Le Conseil canadien des églises, la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, la Défense des enfants-International-Canada, le Conseil canadien pour les réfugiés et le Comité de la Charte et des questions de pauvreté** *Intervenants***RÉPERTORIÉ: BAKER c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)**

N° du greffe: 25823.

1998: 4 novembre; 1999: 9 juillet.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Immigration — Raisons d'ordre humanitaire — Intérêts des enfants — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Demande rejetée sans audience ni motifs écrits — Y a-t-il eu violation de l'équité procédurale? — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1(1), 114(2) — Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/93-44, art. 2.1 — Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3, 9, 12.*

*Droit administratif — Équité procédurale — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Les droits de participation accordés étaient-ils compatibles avec l'obligation d'équité procédurale? — Le défaut d'exposer les motifs de décision a-t-il enfreint les principes d'équité procédurale? — Y a-t-il une crainte raisonnable de partialité?*



*Courts — Appellate review — Judge on judicial review certifying question for consideration of Court of Appeal — Legal effect of certified question — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83(1).*

*Immigration — Humanitarian and compassionate considerations — Standard of review of humanitarian and compassionate decision — Best interests of claimant's children — Approach to be taken in reviewing humanitarian and compassionate decision where children affected.*

*Administrative law — Review of discretion — Approach to review of discretionary decision making.*

The appellant, a woman with Canadian-born dependent children, was ordered deported. She then applied for an exemption, based on humanitarian and compassionate considerations under s. 114(2) of the *Immigration Act*, from the requirement that an application for permanent residence be made from outside Canada. This application was supported by letters indicating concern about the availability of medical treatment in her country of origin and the effect of her possible departure on her Canadian-born children. A senior immigration officer replied by letter stating that there were insufficient humanitarian and compassionate reasons to warrant processing the application in Canada. This letter contained no reasons for the decision. Counsel for the appellant, however, requested and was provided with the notes made by the investigating immigration officer and used by the senior officer in making his decision. The Federal Court — Trial Division, dismissed an application for judicial review but certified the following question pursuant to s. 83(1) of the Act: "Given that the Immigration Act does not expressly incorporate the language of Canada's international obligations with respect to the International Convention on the Rights of the Child, must federal immigration authorities treat the best interests of the Canadian child as a primary consideration in assessing an applicant under s. 114(2) of the *Immigration Act*?" The Court of Appeal limited its consideration to the question and found that the best interests of the children did not need to be given primacy in assessing such an application. The order that the appellant be removed from Canada, which was made after the immigration officer's decision, was stayed pending the result of this appeal.

*Tribunaux — Contrôle en appel — Certification, par le juge siégeant en contrôle judiciaire, d'une question à soumettre à la Cour d'appel — Effet juridique d'une question certifiée — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83(1).*

*Immigration — Raisons d'ordre humanitaire — Norme de contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire — Intérêt supérieur des enfants de la demanderesse — Approche du contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire touchant des enfants.*

*Droit administratif — Contrôle du pouvoir discrétionnaire — Approche du contrôle de décisions discrétionnaires.*

Une mesure d'expulsion a été prise contre l'appelante, mère d'enfants à charge nés au Canada. Elle a alors demandé d'être dispensée de faire sa demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada, pour des raisons d'ordre humanitaire, conformément au par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Sa demande était appuyée de lettres exprimant des inquiétudes quant à la possibilité d'obtenir un traitement médical dans son pays d'origine et quant à l'effet de son départ éventuel sur ses enfants nés au Canada. Un agent d'immigration supérieur a répondu par lettre qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons humanitaires pour justifier de traiter sa demande au Canada. Cette lettre ne donnait pas les motifs de la décision. L'avocat de l'appelante a cependant demandé et reçu les notes de l'agent investigateur, que l'agent supérieur d'immigration avait utilisées pour rendre sa décision. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire mais a certifié la question suivante en application du par. 83(1) de la Loi: «Vu que la Loi sur l'immigration n'incorpore pas expressément le langage des obligations internationales du Canada en ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, les autorités d'immigration fédérales doivent-elles considérer l'intérêt supérieur de l'enfant né au Canada comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*?» La Cour d'appel a limité son examen à cette question et a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'accorder la primauté à l'intérêt supérieur des enfants dans l'appréciation d'une telle demande. Un sursis à la mesure d'expulsion de l'appelante prononcée après la décision de l'agent d'immigration, a été ordonné jusqu'à l'issue du présent pourvoi.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.: Section 83(1) of the *Immigration Act* does not require the Court of Appeal to address only the certified question. Once a question has been certified, the Court of Appeal may consider all aspects of the appeal lying within its jurisdiction.

The duty of procedural fairness is flexible and variable and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected. The purpose of the participatory rights contained within it is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional and social context, with an opportunity for those affected to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker. Several factors are relevant to determining the content of the duty of fairness: (1) the nature of the decision being made and process followed in making it; (2) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the body operates; (3) the importance of the decision to the individual or individuals affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; (5) the choices of procedure made by the agency itself. This list is not exhaustive.

A duty of procedural fairness applies to humanitarian and compassionate decisions. In this case, there was no legitimate expectation affecting the content of the duty of procedural fairness. Taking into account the other factors, although some suggest stricter requirements under the duty of fairness, others suggest more relaxed requirements further from the judicial model. The duty of fairness owed in these circumstances is more than minimal, and the claimant and others whose important interests are affected by the decision in a fundamental way must have a meaningful opportunity to present the various types of evidence relevant to their case and have it fully and fairly considered. Nevertheless, taking all the factors into account, the lack of an oral hearing or notice of such a hearing did not constitute a violation of the requirement of procedural fairness. The opportunity to produce full and complete written documentation was sufficient.

It is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, including when the decision has important significance for the individual, or when there is a statutory right of appeal, the duty of procedural fairness will require a written explanation for a decision. Reasons are

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie: Le paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration* n'exige pas que la Cour d'appel traite seulement la question certifiée. Lorsqu'une question a été certifiée, la Cour d'appel peut examiner tous les aspects de l'appel qui relèvent de sa compétence.

L'obligation d'équité procédurale est souple et variable et repose sur une appréciation du contexte de la loi et des droits visés. Les droits de participation qui en font partie visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal, institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées de présenter leur point de vue et des éléments de preuve qui seront dûment pris en considération par le décideur. Plusieurs facteurs sont pertinents pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale: (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; (2) la nature du régime législatif et les termes de la loi régissant l'organisme; (3) l'importance de la décision pour les personnes visées; (4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; (5) les choix de procédure que l'organisme fait lui-même. Cette liste de facteurs n'est pas exhaustive.

L'obligation d'équité procédurale s'applique aux décisions d'ordre humanitaire. En l'espèce, il n'y avait pas d'attente légitime ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité procédurale. Compte tenu des autres facteurs, bien que certains indiquent des exigences plus strictes en vertu de l'obligation d'équité, d'autres indiquent des exigences moins strictes et plus éloignées du modèle judiciaire. L'obligation d'équité dans ces circonstances est plus que minimale, et le demandeur et les personnes dont les intérêts sont profondément touchés par la décision doivent avoir une possibilité valable de présenter les divers types de preuves qui se rapportent à leur affaire et de les voir évalués de façon complète et équitable. Néanmoins, compte tenu de tous ces facteurs, le fait qu'il n'y ait pas eu d'audience ni d'avis d'audience ne constituait pas un manquement à l'obligation d'équité procédurale. La possibilité de produire une documentation écrite complète était suffisante.

Il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, notamment lorsque la décision revêt une grande importance pour l'individu, ou lorsqu'il existe un droit d'appel prévu par la loi, l'obligation d'équité procédurale requerra une explication écrite de

required here given the profound importance of this decision to those affected. This requirement was fulfilled by the provision of the junior immigration officer's notes, which are to be taken to be the reasons for decision. Accepting such documentation as sufficient reasons upholds the principle that individuals are entitled to fair procedures and open decision-making, but recognizes that, in the administrative context, this transparency may take place in various ways.

Procedural fairness also requires that decisions be made free from a reasonable apprehension of bias, by an impartial decision-maker. This duty applies to all immigration officers who play a role in the making of decisions. Because they necessarily relate to people of diverse backgrounds, from different cultures, races, and continents, immigration decisions demand sensitivity and understanding by those making them. They require a recognition of diversity, an understanding of others, and an openness to difference. Statements in the immigration officer's notes gave the impression that he may have been drawing conclusions based not on the evidence before him, but on the fact that the appellant was a single mother with several children and had been diagnosed with a psychiatric illness. Here, a reasonable and well-informed member of the community would conclude that the reviewing officer had not approached this case with the impartiality appropriate to a decision made by an immigration officer. The notes therefore give rise to a reasonable apprehension of bias.

The concept of discretion refers to decisions where the law does not dictate a specific outcome, or where the decision-maker is given a choice of options within a statutorily imposed set of boundaries. Administrative law has traditionally approached the review of decisions classified as discretionary separately from those seen as involving the interpretation of rules of law. Review of the substantive aspects of discretionary decisions is best approached within the pragmatic and functional framework defined by this Court's decisions, especially given the difficulty in making rigid classifications between discretionary and non-discretionary decisions. Though discretionary decisions will generally be given considerable respect, that discretion must be exercised in accordance with the boundaries imposed in the statute, the principles of the rule of law, the principles of administrative law, the fundamental values of Canadian society, and the principles of the *Charter*.

la décision. Des motifs écrits sont nécessaires en l'espèce, étant donné l'importance cruciale de la décision pour les personnes visées. Cette obligation a été remplie par la production des notes de l'agent subalterne, qui doivent être considérées comme les motifs de la décision. L'admission de ces documents comme motifs de la décision confirme le principe selon lequel les individus ont droit à une procédure équitable et à la transparence de la prise de décision, mais reconnaît aussi qu'en matière administrative, cette transparence peut être atteinte de différentes façons.

L'équité procédurale exige également que les décisions soient rendues par un décideur impartial, sans crainte raisonnable de partialité. Cette obligation s'applique à tous les agents d'immigration qui jouent un rôle significatif dans la prise de décision. Parce qu'elles visent nécessairement des personnes de provenances diverses, issues de cultures, de races et de continents différents, les décisions en matière d'immigration exigent de ceux qui les rendent sensibilité et compréhension. Elles exigent la reconnaissance de la diversité, la compréhension des autres et l'ouverture d'esprit à la différence. Les déclarations contenues dans les notes de l'agent d'immigration donnent l'impression qu'il peut avoir tiré des conclusions en se fondant non pas sur la preuve dont il disposait, mais sur le fait que l'appelante était une mère célibataire ayant plusieurs enfants, et était atteinte de troubles psychiatriques. En l'espèce, un membre raisonnable et bien informé de la communauté conclurait que l'agent n'a pas traité cette affaire avec l'impartialité requise dans une décision rendue par un agent d'immigration. Les notes donnent donc lieu à une crainte raisonnable de partialité.

La notion de pouvoir discrétionnaire s'applique dans les cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur de limites imposées par la loi. Le droit administratif a traditionnellement abordé le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément de décisions sur l'interprétation de règles de droit. Le contrôle des éléments de fond d'une décision discrétionnaire est mieux envisagé selon la démarche pragmatique et fonctionnelle définie par la jurisprudence de notre Cour, compte tenu particulièrement de la difficulté de faire des classifications rigides entre les décisions discrétionnaires et les décisions non discrétionnaires. Même si en général il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*.

In applying the applicable factors to determining the standard of review, considerable deference should be accorded to immigration officers exercising the powers conferred by the legislation, given the fact-specific nature of the inquiry, its role within the statutory scheme as an exception, and the considerable discretion evidenced by the statutory language. Yet the absence of a privative clause, the explicit contemplation of judicial review by the Federal Court — Trial Division, and the individual rather than polycentric nature of the decision also suggest that the standard should not be as deferential as “patent unreasonableness”. The appropriate standard of review is, therefore, reasonableness *simpliciter*.

The wording of the legislation shows Parliament’s intention that the decision be made in a humanitarian and compassionate manner. A reasonable exercise of the power conferred by the section requires close attention to the interests and needs of children since children’s rights, and attention to their interests, are central humanitarian and compassionate values in Canadian society. Indications of these values may be found in the purposes of the Act, in international instruments, and in the Minister’s guidelines for making humanitarian and compassionate decisions. Because the reasons for this decision did not indicate that it was made in a manner which was alive, attentive, or sensitive to the interests of the appellant’s children, and did not consider them as an important factor in making the decision, it was an unreasonable exercise of the power conferred by the legislation. In addition, the reasons for decision failed to give sufficient weight or consideration to the hardship that a return to the appellant’s country of origin might cause her.

*Per Cory and Iacobucci JJ.:* The reasons and disposition of L’Heureux-Dubé J. were agreed with apart from the effect of international law on the exercise of ministerial discretion under s. 114(2) of the *Immigration Act*. The certified question must be answered in the negative. The principle that an international convention ratified by the executive is of no force or effect within the Canadian legal system until incorporated into domestic law does not survive intact the adoption of a principle of law which permits reference to an unincorporated convention during the process of statutory interpretation.

Dans l’application des facteurs pertinents à la détermination de la norme de contrôle appropriée, on devrait faire preuve d’une retenue considérable envers les décisions d’agents d’immigration exerçant les pouvoirs conférés par la loi, compte tenu de la nature factuelle de l’analyse, de son rôle d’exception au sein du régime législatif et de la large discrétion accordée par le libellé de la loi. Toutefois, l’absence de clause privative, la possibilité expressément prévue d’un contrôle judiciaire par la Cour fédérale — Section de première instance, ainsi que la nature individuelle plutôt que polycentrique de la décision, tendent aussi à indiquer que la norme applicable ne devrait pas en être une d’aussi grande retenue que celle du caractère «manifestement déraisonnable». La norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

Le libellé de la législation révèle l’intention du Parlement de faire en sorte que la décision soit fondée sur des raisons d’ordre humanitaire. L’exercice raisonnable du pouvoir conféré par l’article exige que soit prêtée une attention minutieuse aux intérêts et aux besoins des enfants puisque les droits des enfants, et la considération de leurs intérêts, sont des valeurs humanitaires centrales dans la société canadienne. Une indication de ces valeurs se trouve dans les objectifs de la Loi, dans les instruments internationaux, et dans les lignes directrices régissant les décisions d’ordre humanitaire publiées par le ministre. Étant donné que les motifs de la décision n’indiquent pas qu’elle a été rendue d’une manière réceptive, attentive ou sensible à l’intérêt des enfants de l’appelante, ni que leur intérêt a été considéré comme un facteur décisionnel important, elle constituait un exercice déraisonnable du pouvoir conféré par la loi. En outre, les motifs de la décision n’accordent pas suffisamment d’importance ou de poids aux difficultés qu’un retour de l’appelante dans son pays d’origine pouvait lui susciter.

*Les juges Cory et Iacobucci:* Les motifs du juge L’Heureux-Dubé et le dispositif qu’elle propose sont acceptés sauf pour ce qui concerne la question de l’effet du droit international sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par le par. 114(2) de la *Loi sur l’immigration*. La question certifiée devrait recevoir une réponse négative. Le principe qu’une convention internationale ratifiée par le pouvoir exécutif n’a aucun effet en droit canadien tant qu’elle n’est pas incorporée dans le droit interne ne peut pas survivre intact après l’adoption d’un principe de droit qui autorise le recours dans le processus d’interprétation des lois, aux dispositions d’une convention qui n’a pas été intégrée dans la législation.

## Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Applied:** *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **disapproved:** *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4; *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238; **not followed:** *Tylo v. Minister of Employment and Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157; *Gheorlan v. Canada (Secretary of State)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170; *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62; *Marques v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (No. 1)* (1995), 116 F.T.R. 241; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; *Public Service Board of New South Wales v. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646; **referred to:** *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370; *Minister of Employment and Immigration v. Jiminez-Perez*, [1984] 2 S.C.R. 565; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81; *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Qi v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57; *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16; *Canada (Attorney General) v. Human Rights Tribunal Panel (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *R. v. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310; *R. v. Secretary of*

## Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts appliqués:** *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **arrêts critiqués:** *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4; *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238; **arrêts non suivis:** *Tylo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157; *Gheorlan c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170; *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62; *Marques c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (n° 1)* (1995), 116 F.T.R. 241; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; *Public Service Board of New South Wales c. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646; **arrêts mentionnés:** *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Jiminez-Perez*, [1984] 2 R.C.S. 565; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81; *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57; *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16; *Canada (Procureur général) c. Comité du tribunal des droits de la personne (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1; *IWA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour*

*State for the Home Department, ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531; *Norton Tool Co. v. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. v. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120; *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541; *R.D.R. Construction Ltd. v. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71; *Taabea v. Refugee Status Advisory Committee*, [1980] 2 F.C. 316; *Boyle v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (1996), 179 N.B.R. (2d) 43; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Tavita v. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257; *Vishaka v. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

By Iacobucci J.

**Applied:** *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; **referred to:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, preamble, Arts. 3(1), (2), 9, 12.  
*Declaration of the Rights of the Child* (1959), preamble.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3(c), 9(1), 82.1(1) [rep. & sub. 1992, c. 49, s. 73], 83(1) [*idem*], 114(2) [*ibid.*, s. 102].

*provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *R. c. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531; *Norton Tool Co. c. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. c. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120; *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541; *R.D.R. Construction Ltd. c. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71; *Taabea c. Comité consultatif sur le statut de réfugié*, [1980] 2 C.F. 316; *Boyle c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1996), 179 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 43; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Tavita c. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257; *Vishaka c. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

Citée par le juge Iacobucci

**Arrêt appliqué:** *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; **arrêt mentionné:** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, préambule, art. 3(1), (2), 9, 12.  
*Déclaration des droits de l'enfant* (1959), préambule.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3c), 9(1), 82.1(1) [abr. & rempl. 1992, ch. 49, art. 73], 83(1) [*idem*], 114(2) [*ibid.*, art. 102].

*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 2.1 [ad. SOR/93-44, s. 2].

#### Authors Cited

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).
- Canada. Employment and Immigration Canada. *Immigration Manual: Examination and Enforcement*. Ottawa: Employment and Immigration Canada, 1983 (loose-leaf updated 1991, release 2).
- Davis, Kenneth Culp. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.
- de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.
- Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
- Macdonald, Roderick A., and David Lametti. "Reasons for Decision in Administrative Law" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123.
- Morris, Michael H. "Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate" (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155.
- Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Shapiro, Debra. "Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law" (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] 2 F.C. 127, 207 N.R. 57, 142 D.L.R. (4th) 554, [1996] F.C.J. No. 1726 (QL), dismissing an appeal from a judgment of Simpson J. (1995), 101 F.T.R. 110, 31 Imm. L.R. (2d) 150, [1995] F.C.J. No. 1441 (QL), dismissing an application for judicial review. Appeal allowed.

*Roger Rowe and Rocco Galati*, for the appellant.

*Urszula Kaczmarczyk and Cheryl D. Mitchell*, for the respondent.

*Sheena Scott and Sharryn Aiken*, for the interveners the Canadian Foundation for Children,

*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2.1 [aj. DORS/93-44, art. 2].

#### Doctrine citée

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).
- Canada. Emploi et Immigration Canada. *Guide de l'immigration: examen et application de la loi*. Ottawa: Emploi et Immigration Canada, 1983 (feuilles mobiles mises à jour 1991, envoi n° 2).
- Davis, Kenneth Culp. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.
- de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.
- Dyzenhaus, David. «The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy», in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
- Macdonald, Roderick A., and David Lametti. «Reasons for Decision in Administrative Law» (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123.
- Morris, Michael H. «Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate» (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155.
- Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Shapiro, Debra. «Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law» (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] 2 C.F. 127, 207 N.R. 57, 142 D.L.R. (4th) 554, [1996] A.C.F. n° 1726 (QL), qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Simpson (1995), 101 F.T.R. 110, 31 Imm. L.R. (2d) 150, [1995] A.C.F. n° 1441 (QL), qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire. Pourvoi accueilli.

*Roger Rowe et Rocco Galati*, pour l'appelante.

*Urszula Kaczmarczyk et Cheryl D. Mitchell*, pour l'intimé.

*Sheena Scott et Sharryn Aiken*, pour les intervenants la Canadian Foundation for Children, Youth

Youth and the Law, the Defence for Children International-Canada, and the Canadian Council for Refugees.

*John Terry and Craig Scott*, for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues.

*Barbara Jackman and Marie Chen*, for the intervener the Canadian Council of Churches.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Regulations made pursuant to s. 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, empower the respondent Minister to facilitate the admission to Canada of a person where the Minister is satisfied, owing to humanitarian and compassionate considerations, that admission should be facilitated or an exemption from the regulations made under the Act should be granted. At the centre of this appeal is the approach to be taken by a court to judicial review of such decisions, both on procedural and substantive grounds. It also raises issues of reasonable apprehension of bias, the provision of written reasons as part of the duty of fairness, and the role of children's interests in reviewing decisions made pursuant to s. 114(2).

## I. Factual Background

Mavis Baker is a citizen of Jamaica who entered Canada as a visitor in August of 1981 and has remained in Canada since then. She never received permanent resident status, but supported herself illegally as a live-in domestic worker for 11 years. She has had four children (who are all Canadian citizens) while living in Canada: Paul Brown, born in 1985, twins Patricia and Peter Robinson, born in 1989, and Desmond Robinson, born in 1992. After Desmond was born, Ms. Baker suffered from post-partum psychosis and was diagnosed with paranoid schizophrenia. She applied for welfare at that time. When she was first diagnosed with mental illness, two of her children were placed in the care of their

and the Law, la Défense des enfants-International-Canada et le Conseil canadien pour les réfugiés.

*John Terry et Craig Scott*, pour l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté.

*Barbara Jackman et Marie Chen*, pour l'intervenant le Conseil canadien des églises.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le règlement passé en vertu du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, autorise le ministre intimé à faciliter l'admission au Canada d'une personne quand il est convaincu, pour des raisons d'ordre humanitaire, que l'admission devrait être facilitée ou qu'une dispense d'application des règlements passés aux termes de la Loi devrait être accordée. Le présent pourvoi porte essentiellement sur la démarche à suivre lorsqu'un tribunal procède au contrôle judiciaire de ces décisions, à la fois sur le fond et sur le plan de la procédure. Ce pourvoi soulève également des questions relatives à la crainte raisonnable de partialité, à la rédaction de motifs écrits dans le cadre de l'obligation d'agir équitablement et au rôle de l'intérêt des enfants dans le contrôle judiciaire de décisions rendues conformément au par. 114(2).

## I. Les faits

Mavis Baker, citoyenne de la Jamaïque, est entrée au Canada à titre de visiteur en août 1981 et y vit depuis. Elle n'a jamais obtenu le statut de résidente permanente, mais a subvenu illégalement à ses besoins en travaillant pendant 11 ans comme travailleur domestique. Elle a eu quatre enfants (qui sont tous citoyens canadiens) au Canada: Paul Brown, né en 1985, les jumeaux Patricia et Peter Robinson, nés en 1989, et Desmond Robinson, né en 1992. Après la naissance de Desmond, M<sup>me</sup> Baker a souffert d'une psychose post-partum et on a diagnostiqué qu'elle était atteinte d'une schizophrénie paranoïde. À cette époque, elle a présenté une demande d'assistance sociale. Quand



natural father, and the other two were placed in foster care. The two who were in foster care are now again under her care, since her condition has improved.

on a découvert qu'elle était atteinte de troubles mentaux, deux de ses enfants ont été confiés aux soins de leur père naturel et les deux autres ont été placés en foyer d'accueil. Son état s'étant amélioré, elle a de nouveau la garde des deux enfants placés en foyer d'accueil.

3 The appellant was ordered deported in December 1992, after it was determined that she had worked illegally in Canada and had overstayed her visitor's visa. In 1993, Ms. Baker applied for an exemption from the requirement to apply for permanent residence outside Canada, based upon humanitarian and compassionate considerations, pursuant to s. 114(2) of the *Immigration Act*. She had the assistance of counsel in filing this application, and included, among other documentation, submissions from her lawyer, a letter from her doctor, and a letter from a social worker with the Children's Aid Society. The documentation provided indicated that, although she was still experiencing psychiatric problems, she was making progress. It also stated that she might become ill again if she were forced to return to Jamaica, since treatment might not be available for her there. Ms. Baker's submissions also clearly indicated that she was the sole caregiver for two of her Canadian-born children, and that the other two depended on her for emotional support and were in regular contact with her. The documentation suggested that she too would suffer emotional hardship if she were separated from them.

En décembre 1992, une ordonnance d'expulsion a été prise contre l'appelante, lorsqu'on a découvert qu'elle avait travaillé illégalement au Canada et avait séjourné au-delà de son visa de visiteur. En 1993, M<sup>me</sup> Baker a demandé d'être dispensée de faire sa demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada, pour des raisons d'ordre humanitaire, conformément au par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Elle a obtenu l'aide d'un avocat pour remplir cette demande, et a notamment ajouté, comme documents additionnels, des observations de son avocat, une lettre de son médecin et une lettre d'un travailleur social de la Société d'aide à l'enfance. Les documents présentés indiquaient que, même si elle éprouvait toujours des problèmes psychiatriques, elle faisait des progrès, mais qu'elle pourrait retomber malade si elle était forcée de retourner en Jamaïque, parce qu'elle ne pourrait peut-être pas y bénéficier d'un traitement. Madame Baker a aussi clairement indiqué qu'elle était la seule à pouvoir prendre soin de deux de ses enfants nés au Canada et que ses deux autres enfants avaient besoin de son soutien affectif et étaient régulièrement en contact avec elle. Les documents mentionnaient également qu'elle subirait aussi des difficultés d'ordre émotionnel si elle était séparée d'eux.

4 The response to this request was contained in a letter dated April 18, 1994 and signed by Immigration Officer M. Caden, stating that a decision had been made that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant processing Ms. Baker's application for permanent residence within Canada. This letter contained no reasons for the decision.

En réponse à cette demande, une lettre datée du 18 avril 1994 et signée par l'agent d'immigration M. Caden a informé M<sup>me</sup> Baker de la décision qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons humanitaires pour justifier de traiter au Canada sa demande de résidence permanente, sans toutefois donner les motifs de la décision.

5 Upon request of the appellant's counsel, she was provided with the notes made by Immigration Officer G. Lorenz, which were used by Officer Caden when making his decision. After a summary

À la demande de l'avocat de l'appelante, les notes de l'agent d'immigration G. Lorenz, que l'agent Caden a utilisées pour rendre sa décision, ont été remises à l'appelante. Après un résumé de

of the history of the case, Lorenz's notes read as follows:

PC is unemployed — on Welfare. No income shown — no assets. Has four Cdn.-born children — four other children in Jamaica — HAS A TOTAL OF EIGHT CHILDREN

Says only two children are in her "direct custody". (No info on who has ghe [*sic*] other two). There is nothing for her in Jamaica — hasn't been there in a long time — no longer close to her children there — no jobs there — she has no skills other than as a domestic — children would suffer — can't take them with her and can't leave them with anyone here. Says has suffered from a mental disorder since '81 — is now an outpatient and is improving. If sent back will have a relapse.

Letter from Children's Aid — they say PC has been diagnosed as a paranoid schizophrenic. — children would suffer if returned — Letter of Aug. '93 from psychiatrist from Ont. Govm't. Says PC had post-partum psychosis and had a brief episode of psychosis in Jam. when was 25 yrs. old. Is now an out-patient and is doing relatively well — deportation would be an extremely stressful experience.

Lawyer says PS [*sic*] is sole caregiver and single parent of two Cdn born children. Pc's mental condition would suffer a setback if she is deported etc.

This case is a catastrophe [*sic*]. It is also an indictment of our "system" that the client came as a visitor in Aug. '81, was not ordered deported until Dec. '92 and in APRIL '94 IS STILL HERE!

The PC is a paranoid schizophrenic and on welfare. She has no qualifications other than as a domestic. She has FOUR CHILDREN IN JAMAICA AND ANOTHER FOUR BORN HERE. She will, of course, be a tremendous strain on our social welfare systems for (probably) the rest of her life. There are no H&C factors other than her FOUR CANADIAN-BORN CHILDREN. Do we let her stay because of that? I am of the opinion that Canada can no longer afford this type of generosity. However, because of the circumstances involved, there

l'historique de l'affaire, les notes de M. Lorenz se lisent:

[TRADUCTION] PC est sans emploi — reçoit l'assistance sociale. Aucun revenu connu — pas de biens. A quatre enfants nés au Canada, quatre autres en Jamaïque — HUIT ENFANTS AU TOTAL

Dit que seulement deux enfants sont sous sa garde directe. (Aucun renseignement sur la garde des deux autres). Il n'y a rien qui l'attend en Jamaïque — n'y est pas allée depuis longtemps — n'est plus proche de ses enfants qui s'y trouvent — pas d'emplois — n'a pas d'autre métier que celui de domestique — les enfants souffriraient — elle ne peut pas les emmener avec elle et elle n'a personne ici à qui les confier. Dit qu'elle souffre de troubles mentaux depuis 1981 — elle est actuellement une patiente en consultation externe et son état s'améliore. Si elle est renvoyée là-bas, elle fera une rechute.

Lettre de la Société d'aide à l'enfance — dit que PC souffre d'une schizophrénie paranoïde — les enfants souffriraient, si elle était renvoyée. Lettre d'août 1993 d'un psychiatre du gouvernement de l'Ontario — dit que PC a une psychose post-partum et a eu une brève période de psychose en Jamaïque quand elle avait 25 ans. Elle est maintenant patiente en consultation externe et se porte relativement bien — l'expulsion serait une expérience extrêmement stressante.

L'avocat dit que PC est une mère célibataire et qu'elle est la seule à pouvoir prendre soin de deux de ses enfants nés au Canada. L'état mental de PC se détériorerait si elle devait être déportée etc.

Cette affaire est une catastrophe. C'est aussi une condamnation de notre système: la cliente est arrivée comme visiteur en août 1981, une ordonnance d'expulsion n'a été prise qu'en décembre 1992 et en AVRIL 1994 ELLE EST TOUJOURS ICI!

PC est atteinte de schizophrénie paranoïde et reçoit l'assistance sociale. Elle n'a pas d'autres qualifications que de domestique. Elle a QUATRE ENFANTS EN JAMAÏQUE ET QUATRE AUTRES NÉS ICI. Elle sera, bien entendu, un fardeau excessif pour nos systèmes d'aide sociale (probablement) pour le reste de sa vie. Il n'existe pas d'autres facteurs d'ordre humanitaire que ses QUATRE ENFANTS NÉS AU CANADA. Devons-nous lui permettre de rester pour ça? Je suis d'avis que le Canada ne peut plus se permettre cette sorte de générosité. Toutefois, compte tenu des circonstances, il est possible qu'il y ait une mauvaise presse.

is a potential for adverse publicity. I recommend refusal but you may wish to clear this with someone at Region.

There is also a potential for violence — see charge of “assault with a weapon” [Capitalization in original.]

<sup>6</sup> Following the refusal of her application, Ms. Baker was served, on May 27, 1994, with a direction to report to Pearson Airport on June 17 for removal from Canada. Her deportation has been stayed pending the result of this appeal.

## II. Relevant Statutory Provisions and Provisions of International Treaties

<sup>7</sup> *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2

**82.1** (1) An application for judicial review under the *Federal Court Act* with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be commenced only with leave of a judge of the Federal Court — Trial Division.

**83.** (1) A judgment of the Federal Court — Trial Division on an application for judicial review with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be appealed to the Federal Court of Appeal only if the Federal Court — Trial Division has at the time of rendering judgment certified that a serious question of general importance is involved and has stated that question.

### 114. . . .

(2) The Governor in Council may, by regulation, authorize the Minister to exempt any person from any regulation made under subsection (1) or otherwise facilitate the admission of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

*Immigration Regulations*, 1978, SOR/78-172, as amended by SOR/93-44

2.1 The Minister is hereby authorized to exempt any person from any regulation made under subsection 114(1) of the Act or otherwise facilitate the admission to

Je recommande le rejet, mais vous désirerez peut-être obtenir l'approbation de quelqu'un au centre régional.

Violence possible — voir l'accusation d'agression armée. [Majuscules dans l'original.]

À la suite du rejet de sa demande, M<sup>me</sup> Baker a reçu signification, le 27 mai 1994, de l'ordre de se présenter à l'aéroport Pearson le 17 juin pour son renvoi du Canada. Un sursis d'expulsion a été ordonné jusqu'à l'issue du présent pourvoi.

## II. Les dispositions législatives et des traités internationaux

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2

**82.1** (1) La présentation d'une demande de contrôle judiciaire aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut, pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues, des mesures prises ou de toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application — règlements ou règles — se faire qu'avec l'autorisation d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale.

**83.** (1) Le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale rendu sur une demande de contrôle judiciaire relative à une décision ou ordonnance rendue, une mesure prise ou toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application — règlements ou règles — ne peut être porté en appel devant la Cour d'appel fédérale que si la Section de première instance certifie dans son jugement que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

### 114. . . .

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, autoriser le ministre à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe (1) ou à faciliter l'admission de toute autre manière.

*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, modifié par DORS/93-44

2.1 Le ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe 114(1) de

Canada of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

*Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3

Article 3

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.

Article 9

1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.

2. In any proceedings pursuant to paragraph 1 of the present article, all interested parties shall be given an opportunity to participate in the proceedings and make their views known.

3. States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.

4. Where such separation results from any action initiated by a State Party, such as the detention, imprisonment, exile, deportation or death (including death arising from any cause while the person is in the custody of the State) of one or both parents or of the child, that State Party shall, upon request, provide the parents, the child or, if appropriate, another member of the family

la Loi ou à faciliter l'admission au Canada de toute autre manière.

*Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3

Article 3

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

Article 9

1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3. Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un État partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'État partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements

with the essential information concerning the whereabouts of the absent member(s) of the family unless the provision of the information would be detrimental to the well-being of the child. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall of itself entail no adverse consequences for the person(s) concerned.

#### Article 12

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

#### III. Judgments

A. *Federal Court — Trial Division* (1995), 101 F.T.R. 110

8

Simpson J. delivered oral reasons dismissing the appellant's judicial review application. She held that since there were no reasons given by Officer Caden for his decision, no affidavit was provided, and no reasons were required, she would assume, in the absence of evidence to the contrary, that he acted in good faith and made a decision based on correct principles. She rejected the appellant's argument that the statement in Officer Lorenz's notes that Ms. Baker would be a strain on the welfare system was not supported by the evidence, holding that it was reasonable to conclude from the reports provided that Ms. Baker would not be able to return to work. She held that the language of Officer Lorenz did not raise a reasonable apprehension of bias, and also found that the views expressed in his notes were unimportant, because they were not those of the decision-maker, Officer Caden. She rejected the appellant's argument that the *Convention on the Rights of the Child* mandated that the appellant's interests be given priority in s. 114(2) decisions, holding that the Convention did not apply to this situation, and was not part of domestic law. She also held that the evidence

essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées.

#### Article 12

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

#### III. Les jugements

A. *Cour fédérale — Section de première instance* (1995), 101 F.T.R. 110

Le juge Simpson a prononcé à l'audience les motifs rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelante. Elle a statué que, puisque l'agent Caden n'avait pas motivé sa décision, qu'aucun affidavit n'avait été fourni, et qu'aucun motif n'était requis, elle présumerait, en l'absence de preuve contraire, qu'il avait agi de bonne foi et avait rendu la décision en se fondant sur des principes appropriés. Elle a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel l'affirmation dans les notes de l'agent Lorenz que M<sup>me</sup> Baker serait un fardeau pour le système d'aide sociale n'était pas étayée par la preuve, concluant qu'il était raisonnable de conclure au vu des rapports fournis que M<sup>me</sup> Baker ne pourrait pas reprendre le travail. Elle a conclu que le langage de l'agent Lorenz ne donnait pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, et a également conclu que les opinions exprimées dans ses notes étaient sans importance parce qu'elles n'étaient pas celles du décideur, l'agent Caden. Elle a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel la *Convention relative aux droits de l'enfant* commandait que l'intérêt de l'appelante prime dans les décisions fondées sur le par. 114(2), concluant que

showed the children were a significant factor in the decision-making process. She rejected the appellant's submission that the Convention gave rise to a legitimate expectation that the children's interests would be a primary consideration in the decision.

Simpson J. certified the following as a "serious question of general importance" under s. 83(1) of the *Immigration Act*: "Given that the Immigration Act does not expressly incorporate the language of Canada's international obligations with respect to the International Convention on the Rights of the Child, must federal immigration authorities treat the best interests of the Canadian child as a primary consideration in assessing an applicant under s. 114(2) of the *Immigration Act*?"

B. *Federal Court of Appeal*, [1997] 2 F.C. 127

The reasons of the Court of Appeal were delivered by Strayer J.A. He held that pursuant to s. 83(1) of the *Immigration Act*, the appeal was limited to the question certified by Simpson J. He also rejected the appellant's request to challenge the constitutional validity of s. 83(1). Strayer J.A. noted that a treaty cannot have legal effect in Canada unless implemented through domestic legislation, and that the Convention had not been adopted in either federal or provincial legislation. He held that although legislation should be interpreted, where possible, to avoid conflicts with Canada's international obligations, interpreting s. 114(2) to require that the discretion it provides for must be exercised in accordance with the Convention would interfere with the separation of powers between the executive and legislature. He held that such a principle could also alter rights and obligations within the jurisdiction of provincial legislatures. Strayer J.A. also rejected the argument that any articles of the Convention could be interpreted to impose an obligation upon the government to give primacy to the interests of the children in a proceeding such as deportation. He

la Convention ne s'appliquait pas à cette situation, et ne faisait pas partie du droit interne. Elle a également conclu que la preuve démontrait que les enfants avaient constitué un facteur important dans le processus décisionnel et a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel la Convention donnait lieu à une attente légitime que l'intérêt des enfants serait une considération primordiale dans la décision.

Le juge Simpson a certifié la question suivante comme «question grave de portée générale» en vertu du par. 83(1) de la *Loi sur l'immigration*: «Vu que la Loi sur l'immigration n'incorpore pas expressément le langage des obligations internationales du Canada en ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, les autorités d'immigration fédérales doivent-elles considérer l'intérêt supérieur de l'enfant né au Canada comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*?»

B. *Cour d'appel fédérale*, [1997] 2 C.F. 127

Les motifs de la Cour d'appel sont exposés par le juge Strayer. Il déclare que, conformément au par. 83(1) de la *Loi sur l'immigration*, l'appel est limité à la question certifiée par le juge Simpson. Il rejette également la contestation par l'appelante de la constitutionnalité du par. 83(1). Le juge Strayer note qu'un traité ne peut pas avoir d'effet juridique au Canada s'il n'a pas été mis en vigueur par une loi adoptée à cet effet, et que la Convention n'avait pas été adoptée par une loi fédérale ou provinciale. Il conclut que, bien que la loi doive, dans la mesure du possible, être interprétée de façon à ne pas entraîner de conflit avec les obligations internationales du Canada, dire que le par. 114(2) exige que le pouvoir discrétionnaire conféré s'exerce conformément à la Convention enfreindrait la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif. Il conclut qu'un tel principe pourrait également toucher des droits et obligations relevant de la compétence des législatures provinciales. Le juge Strayer rejette également l'argument selon lequel quelque article de la Convention peut s'interpréter de façon à imposer l'obligation au gouvernement d'accorder priorité à l'intérêt des

9

10

held that the deportation of a parent was not a decision “concerning” children within the meaning of article 3. Finally, Strayer J.A. considered the appellant’s argument based on the doctrine of legitimate expectations. He noted that because the doctrine does not create substantive rights, and because a requirement that the best interests of the children be given primacy by a decision-maker under s. 114(2) would be to create a substantive right, the doctrine did not apply.

#### IV. Issues

<sup>11</sup> Because, in my view, the issues raised can be resolved under the principles of administrative law and statutory interpretation, I find it unnecessary to consider the various *Charter* issues raised by the appellant and the interveners who supported her position. The issues raised by this appeal are therefore as follows:

(1) What is the legal effect of a stated question under s. 83(1) of the *Immigration Act* on the scope of appellate review?

(2) Were the principles of procedural fairness violated in this case?

(i) Were the participatory rights accorded consistent with the duty of procedural fairness?

(ii) Did the failure of Officer Caden to provide his own reasons violate the principles of procedural fairness?

(iii) Was there a reasonable apprehension of bias in the making of this decision?

(3) Was this discretion improperly exercised because of the approach taken to the interests of Ms. Baker’s children?

I note that it is the third issue that raises directly the issues contained in the certified question of general importance stated by Simpson J.

enfants dans une procédure comme l’expulsion. Il conclut que l’expulsion du père ou de la mère n’est pas une décision «concernant» les enfants au sens de l’article 3. Enfin, le juge Strayer, examinant l’argument de l’appelante fondé sur la doctrine de l’attente légitime, conclut que puisque l’attente légitime ne crée aucun droit matériel et que le fait d’exiger qu’un décideur donne priorité à l’intérêt supérieur des enfants sous le régime du par. 114(2) aurait pour effet de créer un droit matériel, la doctrine ne s’appliquait pas.

#### IV. Les questions en litige

Comme, à mon avis, l’appel peut être tranché en vertu des principes du droit administratif et de l’interprétation des lois, il n’est pas nécessaire d’examiner les divers moyens fondés sur la *Charte* qui ont été invoqués par l’appelante et les intervenants qui l’ont appuyée. Par conséquent, les questions examinées sont les suivantes:

(1) Quel effet juridique la question énoncée aux termes du par. 83(1) de la *Loi sur l’immigration* a-t-elle sur la portée de l’examen en appel?

(2) Les principes d’équité procédurale ont-ils été enfreints en l’espèce?

(i) Les droits de participation accordés étaient-ils compatibles avec l’obligation d’équité procédurale?

(ii) Le défaut de l’agent Caden d’exposer les motifs de sa décision a-t-il enfreint les principes d’équité procédurale?

(iii) Y avait-il une crainte raisonnable de partialité dans la prise de cette décision?

(3) Le pouvoir discrétionnaire a-t-il été incorrectement exercé en raison de la façon d’aborder l’intérêt des enfants de M<sup>me</sup> Baker?

Je note que c’est la troisième question qui soulève directement les points mentionnés dans la question certifiée de portée générale énoncée par le juge Simpson.

V. AnalysisA. *Stated Questions Under Section 83(1) of the Immigration Act*

The Court of Appeal held, in accordance with its decision in *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, that the requirement, in s. 83(1), that a “serious question of general importance” be certified for an appeal to be permitted restricts an appeal court to addressing the issues raised by the certified question. However, in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 25, this Court held that s. 83(1) does not require that the Court of Appeal address only the stated question and issues related to it:

The certification of a “question of general importance” is the trigger by which an appeal is justified. The object of the appeal is still the judgment itself, not merely the certified question.

Rothstein J. noted in *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370 (T.D.), that once a question has been certified, all aspects of the appeal may be considered by the Court of Appeal, within its jurisdiction. I agree. The wording of s. 83(1) suggests, and *Pushpanathan* confirms, that if a “question of general importance” has been certified, this allows for an appeal from the judgment of the Trial Division which would otherwise not be permitted, but does not confine the Court of Appeal or this Court to answering the stated question or issues directly related to it. All issues raised by the appeal may therefore be considered here.

B. *The Statutory Scheme and the Nature of the Decision*

Before examining the various grounds for judicial review, it is appropriate to discuss briefly the nature of the decision made under s. 114(2) of the *Immigration Act*, the role of this decision in the statutory scheme, and the guidelines given by the Minister to immigration officers in relation to it.

V. AnalyseA. *Les questions énoncées en vertu du par. 83(1) de la Loi sur l'immigration*

La Cour d'appel a conclu, conformément à son arrêt *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, que le par. 83(1), en exigeant qu'une «question grave de portée générale» soit certifiée pour qu'un appel puisse être autorisé, limite l'appel aux questions soulevées par la question certifiée. Toutefois, dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au par. 25, notre Cour a conclu que le par. 83(1) n'exige pas que la Cour d'appel traite uniquement de la question énoncée et des points qui s'y rapportent:

Sans la certification d'une «question grave de portée générale», l'appel ne serait pas justifié. L'objet de l'appel est bien le jugement lui-même, et non simplement la question certifiée.

Le juge Rothstein dit, dans le jugement *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370 (1<sup>re</sup> inst.), que lorsqu'une question a été certifiée, la Cour d'appel peut examiner tous les aspects de l'appel qui relèvent de sa compétence. Je suis d'accord. Le libellé du par. 83(1) indique, et l'arrêt *Pushpanathan* le confirme, que la certification d'une «question grave de portée générale» permet un appel du jugement de première instance qui, normalement, ne serait pas autorisé, mais ne limite pas la Cour d'appel ni notre Cour à la question énoncée ou aux points qui s'y rapportent directement. Par conséquent, nous pouvons examiner tous les points soulevés dans le pourvoi.

B. *Le régime législatif et la nature de la décision*

Avant d'examiner les divers moyens invoqués dans la demande de contrôle judiciaire, il est nécessaire d'aborder brièvement la nature de la décision rendue en vertu du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, du rôle que joue cette décision dans le régime législatif, et des directives données par le ministre aux agents d'immigration à ce sujet.

12

13



14 Section 114(2) itself authorizes the Governor in Council to authorize the Minister to exempt a person from a regulation made under the Act, or to facilitate the admission to Canada of any person. The Minister's power to grant an exemption based on humanitarian and compassionate (H & C) considerations arises from s. 2.1 of the *Immigration Regulations*, which I reproduce for convenience:

The Minister is hereby authorized to exempt any person from any regulation made under subsection 114(1) of the Act or otherwise facilitate the admission to Canada of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

For the purpose of clarity, I will refer throughout these reasons to decisions made pursuant to the combination of s. 114(2) of the Act and s. 2.1 of the Regulations as "H & C decisions".

15 Applications for permanent residence must, as a general rule, be made from outside Canada, pursuant to s. 9(1) of the Act. One of the exceptions to this is when admission is facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations. In law, pursuant to the Act and the Regulations, an H & C decision is made by the Minister, though in practice, this decision is dealt with in the name of the Minister by immigration officers: see, for example, *Minister of Employment and Immigration v. Jiminez-Perez*, [1984] 2 S.C.R. 565, at p. 569. In addition, while in law, the H & C decision is one that provides for an exemption from regulations or from the Act, in practice, it is one that, in cases like this one, determines whether a person who has been in Canada but does not have status can stay in the country or will be required to leave a place where he or she has become established. It is an important decision that affects in a fundamental manner the future of individuals' lives. In addition, it may also have an important impact on the lives of any Canadian children of the person whose humanitarian and compassionate application is being considered, since they may be separated from one of their parents and/or uprooted from their country of

Le paragraphe 114(2) habilite le gouverneur en conseil à autoriser le ministre à accorder une dispense d'application d'un règlement pris aux termes de la Loi, ou à faciliter l'admission d'une personne au Canada. Le pouvoir du ministre d'accorder une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire découle de l'art. 2.1 du *Règlement sur l'immigration*:

Le ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe 114(1) de la Loi ou à faciliter l'admission au Canada de toute autre manière.

Pour plus de clarté, je référerai aux décisions rendues conformément à une combinaison du par. 114(2) de la Loi et de l'art. 2.1 du règlement de «décisions d'ordre humanitaire».

Les demandes de résidence permanente doivent normalement être présentées à l'extérieur du Canada, conformément au par. 9(1) de la Loi. L'une des exceptions à cette règle est l'admission fondée sur des raisons d'ordre humanitaire. En droit, conformément à la Loi et au règlement, c'est le ministre qui prend les décisions d'ordre humanitaire, alors qu'en pratique, ces décisions sont prises en son nom par des agents d'immigration: voir, par exemple, *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Jiminez-Perez*, [1984] 2 R.C.S. 565, à la p. 569. En outre, même si, en droit, une décision d'ordre humanitaire est une décision qui prévoit une dispense d'application du règlement ou de la Loi, en pratique, il s'agit d'une décision, dans des affaires comme celle dont nous sommes saisis, qui détermine si une personne qui est au Canada, mais qui n'a pas de statut, peut y demeurer ou sera tenue de quitter l'endroit où elle s'est établie. Il s'agit d'une décision importante qui a des conséquences capitales sur l'avenir des personnes visées. Elle peut également avoir des répercussions importantes sur la vie des enfants canadiens de la personne qui a fait la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire puisqu'ils peuvent être séparés d'un de leurs parents ou déracinés de leur pays de

citizenship, where they have settled and have connections.

Immigration officers who make H & C decisions are provided with a set of guidelines, contained in chapter 9 of the *Immigration Manual: Examination and Enforcement*. The guidelines constitute instructions to immigration officers about how to exercise the discretion delegated to them. These guidelines are also available to the public. A number of statements in the guidelines are relevant to Ms. Baker's application. Guideline 9.05 emphasizes that officers have a duty to decide which cases should be given a favourable recommendation, by carefully considering all aspects of the case, using their best judgment and asking themselves what a reasonable person would do in such a situation. It also states that although officers are not expected to "delve into areas which are not presented during examination or interviews, they should attempt to clarify possible humanitarian grounds and public policy considerations even if these are not well articulated".

The guidelines also set out the bases upon which the discretion conferred by s. 114(2) and the Regulations should be exercised. Two different types of criteria that may lead to a positive s. 114(2) decision are outlined — public policy considerations and humanitarian and compassionate grounds. Immigration officers are instructed, under guideline 9.07, to assure themselves, first, whether a public policy consideration is present, and if there is none, whether humanitarian and compassionate circumstances exist. Public policy reasons include marriage to a Canadian resident, the fact that the person has lived in Canada, has become established, and has become an "illegal de facto resident", and the fact that the person may be a long-term holder of employment authorization or has worked as a foreign domestic. Guideline 9.07 states that humanitarian and compassionate grounds will exist if "unusual, undeserved or disproportionate hardship would be caused to the person seeking consideration if he or she had to leave Canada". The guidelines also directly address

citoyenneté, où ils se sont installés et ont des attaches.

Les agents d'immigration qui prennent des décisions d'ordre humanitaire reçoivent une série de lignes directrices, figurant au chapitre 9 du *Guide de l'immigration: examen et application de la loi*, qui leur servent d'instructions sur la façon d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui leur est délégué. Le public a aussi accès à ces lignes directrices. Dans ces lignes directrices, plusieurs énoncés s'appliquent à la demande de M<sup>me</sup> Baker. La directive 9.05 met l'accent sur le devoir des agents de décider quelles affaires devraient recevoir une recommandation favorable, en étudiant avec soin les cas sous tous leurs aspects, en faisant preuve de discernement, et en se demandant ce qu'une personne sensée ferait dans une telle situation. Elle dit également que les agents ne doivent pas «tente[r] d'approfondir des questions qui ne sont pas soulevées au cours des examens ou des entrevues. Toutefois, ils doivent essayer d'obtenir des précisions relativement à des raisons possibles d'intérêt public ou d'ordre humanitaire, même si celles-ci ne sont pas clairement formulées».

Ces directives définissent également les fondements de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 114(2) et le règlement. Deux types de raisons pouvant mener à une décision favorable sont indiqués — les raisons d'intérêt public et les considérations humanitaires. Conformément à la directive 9.07, les agents d'immigration doivent s'assurer d'abord qu'il n'existe pas de raisons d'intérêt public, et, s'il n'y en a pas, s'il existe des considérations humanitaires. Les raisons d'intérêt public comprennent, notamment, le mariage à un résident du Canada, le fait qu'une personne a vécu au Canada, s'y est établie et est devenue un résident «de fait en situation administrative irrégulière», et le fait que la personne est titulaire d'un permis de travail de longue date ou a travaillé comme travailleur domestique étranger. La directive 9.07 dit qu'il existe des considérations humanitaires lorsque «des difficultés inhabituelles, injustes ou indues seraient causées à la personne sollicitant l'examen de son cas si celle-ci devait quitter le Canada». Les directives traitent expressé-

16

17

situations involving family dependency, and emphasize that the requirement that a person leave Canada to apply from abroad may result in hardship for close family members of a Canadian resident, whether parents, children, or others who are close to the claimant, but not related by blood. They note that in such cases, the reasons why the person did not apply from abroad and the existence of family or other support in the person's home country should also be considered.

### C. Procedural Fairness

18 The first ground upon which the appellant challenges the decision made by Officer Caden is the allegation that she was not accorded procedural fairness. She suggests that the following procedures are required by the duty of fairness when parents have Canadian children and they make an H & C application: an oral interview before the decision-maker, notice to her children and the other parent of that interview, a right for the children and the other parent to make submissions at that interview, and notice to the other parent of the interview and of that person's right to have counsel present. She also alleges that procedural fairness requires the provision of reasons by the decision-maker, Officer Caden, and that the notes of Officer Lorenz give rise to a reasonable apprehension of bias.

19 In addressing the fairness issues, I will consider first the principles relevant to the determination of the content of the duty of procedural fairness, and then address Ms. Baker's arguments that she was accorded insufficient participatory rights, that a duty to give reasons existed, and that there was a reasonable apprehension of bias.

20 Both parties agree that a duty of procedural fairness applies to H & C decisions. The fact that a decision is administrative and affects "the rights, privileges or interests of an individual" is sufficient to trigger the application of the duty of fairness: *Cardinal v. Director of Kent Institution*,

ment de situations où il existe des liens familiaux de dépendance, et soulignent que l'obligation de quitter le Canada pour présenter une demande de l'étranger peut occasionner des difficultés à certains membres de la famille proche d'un résident canadien, parents, enfants ou autres proches qui n'ont pas de liens de sang avec le demandeur. Elles précisent que dans de tels cas, il faut aussi tenir compte des raisons pour lesquelles la personne n'a pas présenté sa demande à l'étranger et de la présence d'une famille ou d'autres personnes susceptibles de l'aider dans son pays d'origine.

### C. L'équité procédurale

Comme premier moyen pour contester la décision de l'agent Caden, l'appelante allègue qu'elle n'a pas bénéficié de l'équité procédurale. L'appelante estime que l'obligation d'agir équitablement exige le respect des procédures suivantes quand des parents ayant des enfants canadiens présentent une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire: une entrevue orale devant le décideur, un avis de la tenue de cette entrevue aux enfants et à l'autre parent, un droit pour les enfants et l'autre parent de présenter des arguments au cours de cette entrevue, un avis à l'autre parent de la tenue de l'entrevue et du droit de cette personne d'être représentée par un avocat. Elle allègue également que l'équité procédurale exige que le décideur, soit l'agent Caden, motive sa décision, et que les notes de l'agent Lorenz donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité.

En traitant des questions d'équité, j'examinerai d'abord les principes applicables à la détermination de la nature de l'obligation d'équité procédurale, et ensuite les arguments de M<sup>me</sup> Baker sur l'insuffisance des droits de participation qui lui ont été accordés, sur l'existence d'une obligation de motiver la décision et sur la crainte raisonnable de partialité.

Les deux parties admettent que l'obligation d'équité procédurale s'applique aux décisions d'ordre humanitaire. Le fait qu'une décision soit administrative et touche «les droits, privilèges ou biens d'une personne» suffit pour entraîner l'application de l'obligation d'équité: *Cardinal c.*

[1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653. Clearly, the determination of whether an applicant will be exempted from the requirements of the Act falls within this category, and it has been long recognized that the duty of fairness applies to H & C decisions: *Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (F.C.T.D.), at p. 88; *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23 (F.C.T.D.); *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (F.C.A.).

(1) Factors Affecting the Content of the Duty of Fairness

The existence of a duty of fairness, however, does not determine what requirements will be applicable in a given set of circumstances. As I wrote in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, “the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case”. All of the circumstances must be considered in order to determine the content of the duty of procedural fairness: *Knight*, at pp. 682-83; *Cardinal, supra*, at p. 654; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, *per* Sopinka J.

Although the duty of fairness is flexible and variable, and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected, it is helpful to review the criteria that should be used in determining what procedural rights the duty of fairness requires in a given set of circumstances. I emphasize that underlying all these factors is the notion that the purpose of the participatory rights contained within the duty of procedural fairness is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

*Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 653. Il est évident que la décision quant à savoir si un demandeur sera dispensé des exigences prévues par la Loi entre dans cette catégorie, et il est admis depuis longtemps que l'obligation d'équité s'applique aux décisions d'ordre humanitaire: *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 88; *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (C.A.F.).

(1) Les facteurs ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité

L'existence de l'obligation d'équité, toutefois, ne détermine pas quelles exigences s'appliqueront dans des circonstances données. Comme je l'écrivais dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682, «la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas». Il faut tenir compte de toutes les circonstances pour décider de la nature de l'obligation d'équité procédurale: *Knight*, aux pp. 682 et 683; *Cardinal*, précité, à la p. 654; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, le juge Sopinka.

Bien que l'obligation d'équité soit souple et variable et qu'elle repose sur une appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés, il est utile d'examiner les critères à appliquer pour définir les droits procéduraux requis par l'obligation d'équité dans des circonstances données. Je souligne que l'idée sous-jacente à tous ces facteurs est que les droits de participation faisant partie de l'obligation d'équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leur points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur.

21

22

23

Several factors have been recognized in the jurisprudence as relevant to determining what is required by the common law duty of procedural fairness in a given set of circumstances. One important consideration is the nature of the decision being made and the process followed in making it. In *Knight, supra*, at p. 683, it was held that “the closeness of the administrative process to the judicial process should indicate how much of those governing principles should be imported into the realm of administrative decision making”. The more the process provided for, the function of the tribunal, the nature of the decision-making body, and the determinations that must be made to reach a decision resemble judicial decision making, the more likely it is that procedural protections closer to the trial model will be required by the duty of fairness. See also *Old St. Boniface, supra*, at p. 1191; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.), at p. 118; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at p. 896, *per Sopinka J.*

24

A second factor is the nature of the statutory scheme and the “terms of the statute pursuant to which the body operates”: *Old St. Boniface, supra*, at p. 1191. The role of the particular decision within the statutory scheme and other surrounding indications in the statute help determine the content of the duty of fairness owed when a particular administrative decision is made. Greater procedural protections, for example, will be required when no appeal procedure is provided within the statute, or when the decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted: see D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 7-66 to 7-67.

25

A third factor in determining the nature and extent of the duty of fairness owed is the importance of the decision to the individual or individuals affected. The more important the decision is to the lives of those affected and the greater its

La jurisprudence reconnaît plusieurs facteurs pertinents en ce qui a trait aux exigences de l'obligation d'équité procédurale en common law dans des circonstances données. Un facteur important est la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir. Dans l'arrêt *Knight*, précité, à la p. 683, on a conclu que «la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire est de nature à indiquer jusqu'à quel point ces principes directeurs devraient s'appliquer dans le domaine de la prise de décisions administratives». Plus le processus prévu, la fonction du tribunal, la nature de l'organisme rendant la décision et la démarche à suivre pour parvenir à la décision ressemblent à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que l'obligation d'agir équitablement exigera des protections procédurales proches du modèle du procès. Voir également *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1191; *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.), à la p. 118; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, à la p. 896, le juge Sopinka.

Le deuxième facteur est la nature du régime législatif et les «termes de la loi en vertu de laquelle agit l'organisme en question»: *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1191. Le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, et d'autres indications qui s'y rapportent dans la loi, aident à définir la nature de l'obligation d'équité dans le cadre d'une décision administrative précise. Par exemple, des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d'appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu'il n'est plus possible de présenter d'autres demandes: voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), aux pp. 7-66 et 7-67.

Le troisième facteur permettant de définir la nature et l'étendue de l'obligation d'équité est l'importance de la décision pour les personnes visées. Plus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont

impact on that person or those persons, the more stringent the procedural protections that will be mandated. This was expressed, for example, by Dickson J. (as he then was) in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1113:

A high standard of justice is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake. . . . A disciplinary suspension can have grave and permanent consequences upon a professional career.

As Sedley J. (now Sedley L.J.) stated in *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), at p. 667:

In the modern state the decisions of administrative bodies can have a more immediate and profound impact on people's lives than the decisions of courts, and public law has since *Ridge v. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40 been alive to that fact. While the judicial character of a function may elevate the practical requirements of fairness above what they would otherwise be, for example by requiring contentious evidence to be given and tested orally, what makes it "judicial" in this sense is principally the nature of the issue it has to determine, not the formal status of the deciding body.

The importance of a decision to the individuals affected, therefore, constitutes a significant factor affecting the content of the duty of procedural fairness.

Fourth, the legitimate expectations of the person challenging the decision may also determine what procedures the duty of fairness requires in given circumstances. Our Court has held that, in Canada, this doctrine is part of the doctrine of fairness or natural justice, and that it does not create substantive rights: *Old St. Boniface, supra*, at p. 1204; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 557. As applied in Canada, if a legitimate expectation is found to exist, this will affect the content of the duty of fairness owed to the individual or individuals affected by the decision. If the claimant has a legitimate expectation that a certain procedure will be followed, this procedure will be required by the duty

grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses. C'est ce que dit par exemple le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la p. 1113:

Une justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu. [. . .] Une suspension de nature disciplinaire peut avoir des conséquences graves et permanentes sur une carrière.

Comme le juge Sedley (maintenant Lord juge Sedley) le dit dans *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), à la p. 667:

[TRADUCTION] Dans le monde moderne, les décisions rendues par des organismes administratifs peuvent avoir un effet plus immédiat et plus important sur la vie des gens que les décisions des tribunaux et le droit public a depuis l'arrêt *Ridge c. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40, reconnu ce fait. Bien que le caractère judiciaire d'une fonction puisse élever les exigences pratiques en matière d'équité au-delà de ce qu'elles seraient autrement, par exemple en exigeant que soit présenté et vérifié oralement un élément de preuve contesté, ce qui le rend «judiciaire» dans ce sens est principalement la nature de la question à trancher, et non le statut formel de l'organisme décisionnel.

L'importance d'une décision pour les personnes visées a donc une incidence significative sur la nature de l'obligation d'équité procédurale.

Quatrièmement, les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision peuvent également servir à déterminer quelles procédures l'obligation d'équité exige dans des circonstances données. Notre Cour a dit que, au Canada, l'attente légitime fait partie de la doctrine de l'équité ou de la justice naturelle, et qu'elle ne crée pas de droits matériels: *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1204; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 557. Au Canada, la reconnaissance qu'une attente légitime existe aura une incidence sur la nature de l'obligation d'équité envers les personnes visées par la décision. Si le demandeur s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obliga-

of fairness: *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.); *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16 (C.A.). Similarly, if a claimant has a legitimate expectation that a certain result will be reached in his or her case, fairness may require more extensive procedural rights than would otherwise be accorded: D. J. Mullan, *Administrative Law* (3rd ed. 1996), at pp. 214-15; D. Shapiro, "Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law" (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282, at p. 297; *Canada (Attorney General) v. Human Rights Tribunal Panel (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. Nevertheless, the doctrine of legitimate expectations cannot lead to substantive rights outside the procedural domain. This doctrine, as applied in Canada, is based on the principle that the "circumstances" affecting procedural fairness take into account the promises or regular practices of administrative decision-makers, and that it will generally be unfair for them to act in contravention of representations as to procedure, or to backtrack on substantive promises without according significant procedural rights.

tion d'équité exigera cette procédure: *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.). De même, si un demandeur s'attend légitimement à un certain résultat, l'équité peut exiger des droits procéduraux plus étendus que ceux qui seraient autrement accordés: D. J. Mullan, *Administrative Law* (3<sup>e</sup> éd. 1996), aux pp. 214 et 215; D. Shapiro, «Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law» (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282, à la p. 297; *Canada (Procureur général) c. Comité du tribunal des droits de la personne (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. Néanmoins, la doctrine de l'attente légitime ne peut pas donner naissance à des droits matériels en dehors du domaine de la procédure. Cette doctrine, appliquée au Canada, est fondée sur le principe que les «circonstances» touchant l'équité procédurale comprennent les promesses ou pratiques habituelles des décideurs administratifs, et qu'il serait généralement injuste de leur part d'agir en contravention d'assurances données en matière de procédures, ou de revenir sur des promesses matérielles sans accorder de droits procéduraux importants.

27 Fifth, the analysis of what procedures the duty of fairness requires should also take into account and respect the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances: Brown and Evans, *supra*, at pp. 7-66 to 7-70. While this, of course, is not determinative, important weight must be given to the choice of procedures made by the agency itself and its institutional constraints: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, *per* Gonthier J.

Cinquièmement, l'analyse des procédures requises par l'obligation d'équité devrait également prendre en considération et respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances: Brown et Evans, *op. cit.*, aux pp. 7-66 à 7-70. Bien que, de toute évidence, cela ne soit pas déterminant, il faut accorder une grande importance au choix de procédures par l'organisme lui-même et à ses contraintes institutionnelles: *IWA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, le juge Gonthier.

28 I should note that this list of factors is not exhaustive. These principles all help a court determine whether the procedures that were followed

Je dois mentionner que cette liste de facteurs n'est pas exhaustive. Tous ces principes aident le tribunal à déterminer si les procédures suivies res-

respected the duty of fairness. Other factors may also be important, particularly when considering aspects of the duty of fairness unrelated to participatory rights. The values underlying the duty of procedural fairness relate to the principle that the individual or individuals affected should have the opportunity to present their case fully and fairly, and have decisions affecting their rights, interests, or privileges made using a fair, impartial, and open process, appropriate to the statutory, institutional, and social context of the decision.

## (2) Legitimate Expectations

I turn now to an application of these principles to the circumstances of this case to determine whether the procedures followed respected the duty of procedural fairness. I will first determine whether the duty of procedural fairness that would otherwise be applicable is affected, as the appellant argues, by the existence of a legitimate expectation based upon the text of the articles of the Convention and the fact that Canada has ratified it. In my view, however, the articles of the Convention and their wording did not give rise to a legitimate expectation on the part of Ms. Baker that when the decision on her H & C application was made, specific procedural rights above what would normally be required under the duty of fairness would be accorded, a positive finding would be made, or particular criteria would be applied. This Convention is not, in my view, the equivalent of a government representation about how H & C applications will be decided, nor does it suggest that any rights beyond the participatory rights discussed below will be accorded. Therefore, in this case there is no legitimate expectation affecting the content of the duty of fairness, and the fourth factor outlined above therefore does not affect the analysis. It is unnecessary to decide whether an international instrument ratified by Canada could, in other circumstances, give rise to a legitimate expectation.

pectent l'obligation d'équité. D'autres facteurs peuvent également être importants, notamment dans l'examen des aspects de l'obligation d'agir équitablement non reliés aux droits de participation. Les valeurs qui sous-tendent l'obligation d'équité procédurale relèvent du principe selon lequel les personnes visées doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position, et ont droit à ce que les décisions touchant leurs droits, intérêts ou privilèges soient prises à la suite d'un processus équitable, impartial et ouvert, adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision.

## (2) L'attente légitime

Je passe maintenant à une application de ces principes aux circonstances de l'espèce pour déterminer si les procédures suivies respectaient l'obligation d'équité procédurale. Je déciderai d'abord si l'existence d'une attente légitime fondée sur le texte des articles de la Convention et le fait que le Canada l'ait ratifiée a une incidence, comme l'appelante le soutient, sur l'obligation d'équité procédurale qui serait autrement applicable. À mon avis, les articles de la Convention et leur libellé n'ont pas créé chez M<sup>me</sup> Baker l'attente légitime que sa demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire donne lieu à l'application de droits procéduraux particuliers autres que ceux qui seraient normalement exigés en vertu de l'obligation d'équité, à une conclusion positive, ou à l'utilisation de critères particuliers. Cette convention n'est pas, à mon avis, l'équivalent d'une déclaration gouvernementale sur la façon dont les demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire doivent être tranchées, elle n'indique pas non plus que des droits autres que les droits de participation dont il est question ci-dessous seront accordés. Par conséquent, dans la présente affaire, il n'existe pas d'attente légitime ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité et le quatrième facteur identifié plus haut n'affecte donc pas l'analyse. Il n'est pas nécessaire de décider si un instrument international ratifié par le Canada pourrait, dans d'autres circonstances, donner lieu à une attente légitime.



### (3) Participatory Rights

30

The next issue is whether, taking into account the other factors related to the determination of the content of the duty of fairness, the failure to accord an oral hearing and give notice to Ms. Baker or her children was inconsistent with the participatory rights required by the duty of fairness in these circumstances. At the heart of this analysis is whether, considering all the circumstances, those whose interests were affected had a meaningful opportunity to present their case fully and fairly. The procedure in this case consisted of a written application with supporting documentation, which was summarized by the junior officer (Lorenz), with a recommendation being made by that officer. The summary, recommendation, and material was then considered by the senior officer (Caden), who made the decision.

31

Several of the factors described above enter into the determination of the type of participatory rights the duty of procedural fairness requires in the circumstances. First, an H & C decision is very different from a judicial decision, since it involves the exercise of considerable discretion and requires the consideration of multiple factors. Second, its role is also, within the statutory scheme, as an exception to the general principles of Canadian immigration law. These factors militate in favour of more relaxed requirements under the duty of fairness. On the other hand, there is no appeal procedure, although judicial review may be applied for with leave of the Federal Court — Trial Division. In addition, considering the third factor, this is a decision that in practice has exceptional importance to the lives of those with an interest in its result — the claimant and his or her close family members — and this leads to the content of the duty of fairness being more extensive. Finally, applying the fifth factor described above, the statute accords considerable flexibility to the Minister to decide on the proper procedure, and immigration officers, as a matter of practice, do not conduct interviews in all cases. The institutional practices and choices made by the Minister are significant, though of course not determinative

### (3) Les droits de participation

La question suivante est de savoir si, compte tenu des autres facteurs déterminant la nature de l'obligation d'équité, le défaut d'accorder une audience et de donner avis à M<sup>me</sup> Baker ou à ses enfants était incompatible avec les droits de participation qu'exige l'obligation d'équité dans ces circonstances. Au cœur de cette analyse, il faut se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, les personnes dont les intérêts étaient en jeu ont eu une occasion valable de présenter leur position pleinement et équitablement. La procédure en l'espèce se composait d'une demande écrite accompagnée de documents justificatifs, résumée par l'agent subalterne (Lorenz) et transmise avec une recommandation faite par ce dernier. Le résumé, la recommandation et les documents ont alors été examinés par l'agent principal (Caden), qui a pris la décision.

Plusieurs des facteurs susmentionnés servent à déterminer quel type de droits de participation sont requis par l'obligation d'équité procédurale dans les circonstances. En premier lieu, une décision d'ordre humanitaire est très différente d'une décision judiciaire, car elle suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire étendu et l'examen de facteurs multiples. Deuxièmement, son rôle est aussi, dans le cadre du régime législatif, une exception aux principes généraux du droit canadien de l'immigration. Ces facteurs militent en faveur d'une application moins stricte de l'obligation d'équité. D'autre part, il n'existe pas de procédure d'appel, bien qu'il puisse y avoir un contrôle judiciaire sur autorisation de la Cour fédérale, Section de première instance. En outre, au vu du troisième facteur, il s'agit là d'une décision qui, en pratique, a une importance exceptionnelle sur la vie des personnes concernées — le demandeur et les membres de sa famille proche, ce qui accroît l'étendue de l'obligation d'équité. Enfin, appliquant le cinquième facteur ci-haut décrit, la loi donne au ministre une grande latitude pour décider de la procédure appropriée, et les agents d'immigration, dans la pratique, ne procèdent pas à des entrevues dans tous les cas. Les pratiques et les choix institutionnels que fait le ministre sont

factors to be considered in the analysis. Thus, it can be seen that although some of the factors suggest stricter requirements under the duty of fairness, others suggest more relaxed requirements further from the judicial model.

Balancing these factors, I disagree with the holding of the Federal Court of Appeal in *Shah*, *supra*, at p. 239, that the duty of fairness owed in these circumstances is simply “minimal”. Rather, the circumstances require a full and fair consideration of the issues, and the claimant and others whose important interests are affected by the decision in a fundamental way must have a meaningful opportunity to present the various types of evidence relevant to their case and have it fully and fairly considered.

However, it also cannot be said that an oral hearing is always necessary to ensure a fair hearing and consideration of the issues involved. The flexible nature of the duty of fairness recognizes that meaningful participation can occur in different ways in different situations. The Federal Court has held that procedural fairness does not require an oral hearing in these circumstances: see, for example, *Said*, *supra*, at p. 30.

I agree that an oral hearing is not a general requirement for H & C decisions. An interview is not essential for the information relevant to an H & C application to be put before an immigration officer, so that the humanitarian and compassionate considerations presented may be considered in their entirety and in a fair manner. In this case, the appellant had the opportunity to put forward, in written form through her lawyer, information about her situation, her children and their emotional dependence on her, and documentation in support of her application from a social worker at the Children’s Aid Society and from her psychiatrist. These documents were before the decision-makers, and they contained the information relevant to making this decision. Taking all the factors relevant to determining the content of the duty of fairness into account, the lack of an oral hearing or

importants, bien que ce ne soient évidemment pas des facteurs déterminants dans l’analyse. On peut donc voir que, si certains facteurs indiquent des exigences plus strictes en matière d’obligation d’équité, d’autres indiquent des exigences moins strictes, plus éloignées du modèle judiciaire.

Pondérant ces facteurs, je ne suis pas d’accord avec la conclusion de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Shah*, précité, à la p. 239, que l’obligation d’équité dans ces circonstances est simplement «minimale». Au contraire, les circonstances nécessitent un examen complet et équitable des questions litigieuses, et le demandeur et les personnes dont les intérêts sont profondément touchés par la décision doivent avoir une possibilité valable de présenter les divers types de preuves qui se rapportent à leur affaire et de les voir évalués de façon complète et équitable.

Toutefois, on ne peut pas dire non plus qu’une audience est toujours nécessaire pour garantir l’audition et l’examen équitables des questions en jeu. La nature souple de l’obligation d’équité reconnaît qu’une participation valable peut se faire de différentes façons dans des situations différentes. La Cour fédérale a statué que l’équité procédurale n’exige pas la tenue d’une audience dans ces circonstances: voir, par exemple, *Said*, précité, à la p. 30.

Je conviens que la tenue d’une audience n’est pas une exigence générale pour les décisions fondées sur des raisons d’ordre humanitaire. Il n’est pas indispensable qu’il y ait une entrevue pour exposer à un agent d’immigration les renseignements relatifs à une demande fondée sur des raisons d’ordre humanitaire et pour que les raisons d’ordre humanitaire présentées puissent être évaluées de façon complète et équitable. En l’espèce, l’appelante a eu la possibilité d’exposer par écrit, par l’entremise de son avocat, sa situation, celle de ses enfants et leur dépendance émotive vis-à-vis d’elle, et de présenter à l’appui de sa demande des lettres d’un travailleur social de la Société d’aide à l’enfance et de son psychiatre. Ces documents étaient à la disposition des décideurs, et ils contenaient les renseignements nécessaires pour la prise de décision. Compte tenu de tous les facteurs

32

33

34

notice of such a hearing did not, in my opinion, constitute a violation of the requirements of procedural fairness to which Ms. Baker was entitled in the circumstances, particularly given the fact that several of the factors point toward a more relaxed standard. The opportunity, which was accorded, for the appellant or her children to produce full and complete written documentation in relation to all aspects of her application satisfied the requirements of the participatory rights required by the duty of fairness in this case.

#### (4) The Provision of Reasons

<sup>35</sup> The appellant also submits that the duty of fairness, in these circumstances, requires that reasons be given by the decision-maker. She argues either that the notes of Officer Lorenz should be considered the reasons for the decision, or that it should be held that the failure of Officer Caden to give written reasons for his decision or a subsequent affidavit explaining them should be taken to be a breach of the principles of fairness.

<sup>36</sup> This issue has been addressed in several cases of judicial review of humanitarian and compassionate applications. The Federal Court of Appeal has held that reasons are unnecessary: *Shah, supra*, at pp. 239-40. It has also been held that the case history notes prepared by a subordinate officer are not to be considered the decision-maker's reasons: see *Tylo v. Minister of Employment and Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157, at pp. 159-60. In *Gheorlan v. Canada (Secretary of State)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170 (F.C.T.D.), and *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62, it was held that the notes of the reviewing officer should not be taken to be the reasons for decision, but may help in determining whether a reviewable error exists. In *Marques v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (No. 1)* (1995), 116 F.T.R. 241, an H & C decision was set aside because the decision-making officer

pertinents pour évaluer le contenu de l'obligation d'équité, le fait qu'il n'y a pas eu d'audience ni d'avis d'audience ne constituait pas, selon moi, un manquement à l'obligation d'équité procédurale envers Mme Baker dans les circonstances, particulièrement en raison du fait que plusieurs des facteurs militaient en faveur d'une norme plus souple. La possibilité qui a été offerte à l'appelante et à ses enfants de produire une documentation écrite complète relativement à tous les aspects de sa demande remplit les exigences en matière de droits de participation que commandait l'obligation d'équité en l'espèce.

#### (4) L'exposé des motifs

L'appelante soutient également que l'obligation d'équité, dans les circonstances, exige que le décideur motive ses décisions. Elle soutient qu'il faut soit considérer les notes de l'agent Lorenz comme les motifs de la décision, soit conclure que le défaut de l'agent Caden de donner les motifs écrits de sa décision, ou un affidavit subséquent les expliquant, est un manquement aux principes d'équité.

Cette question a été abordée dans plusieurs cas de contrôle judiciaire de demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire. La Cour d'appel fédérale a statué qu'il n'était pas nécessaire que les décisions soient motivées: *Shah*, précité, aux pp. 239 et 240. Elle a également statué que les notes de l'historique des faits préparées par un agent subalterne ne doivent pas être considérées comme les motifs du décideur: voir *Tylo c. Ministère de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157, aux pp. 159 et 160. Les décisions *Gheorlan c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62, concluent qu'il ne faut pas considérer les notes de l'agent de réexamen comme des motifs de décision, mais que ces notes peuvent servir à déterminer s'il existe une erreur susceptible de contrôle judiciaire. Dans *Marques c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (n° 1)* (1995), 116 F.T.R. 241, une décision d'ordre humanitaire a été annulée parce que le décideur n'avait pas motivé sa

failed to provide reasons or an affidavit explaining the reasons for his decision.

More generally, the traditional position at common law has been that the duty of fairness does not require, as a general rule, that reasons be provided for administrative decisions: *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219, at p. 233; *Public Service Board of New South Wales v. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656 (H.C.A.), at pp. 665-66.

Courts and commentators have, however, often emphasized the usefulness of reasons in ensuring fair and transparent decision-making. Though *Northwestern Utilities* dealt with a statutory obligation to give reasons, Estey J. held as follows, at p. 706, referring to the desirability of a common law reasons requirement:

This obligation is a salutary one. It reduces to a considerable degree the chances of arbitrary or capricious decisions, reinforces public confidence in the judgment and fairness of administrative tribunals, and affords parties to administrative proceedings an opportunity to assess the question of appeal. . . .

The importance of reasons was recently reemphasized by this Court in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paras. 180-81.

Reasons, it has been argued, foster better decision making by ensuring that issues and reasoning are well articulated and, therefore, more carefully thought out. The process of writing reasons for decision by itself may be a guarantee of a better decision. Reasons also allow parties to see that the applicable issues have been carefully considered, and are invaluable if a decision is to be appealed, questioned, or considered on judicial review: R. A. Macdonald and D. Lametti, "Reasons for Decision in Administrative Law" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123, at p. 146; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.), at para. 38. Those affected may

décision, ni fourni d'affidavit expliquant les motifs de sa décision.

Plus généralement, la common law a traditionnellement reconnu que l'obligation d'équité n'exige pas, en règle générale, que les décisions administratives soient motivées: *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, à la p. 233; *Public Service Board of New South Wales c. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656 (H.C.A.), aux pp. 665 et 666.

Toutefois, les tribunaux et les auteurs ont maintes fois souligné l'utilité des motifs pour assurer la transparence et l'équité de la prise de décision. Quoique l'arrêt *Northwestern Utilities* traite d'une obligation légale de motiver des décisions, le juge Estey fait l'observation suivante, à la p. 706, sur l'utilité d'une règle de common law qui exigerait la production de motifs:

Cette obligation est salutaire: elle réduit considérablement les risques de décisions arbitraires, raffermir la confiance du public dans le jugement et l'équité des tribunaux administratifs et permet aux parties aux procédures d'évaluer la possibilité d'un appel . . .

L'importance des motifs a récemment été réitérée par la Cour dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, aux par. 180 et 181.

On a soutenu que la rédaction de motifs favorise une meilleure prise de décision en ce qu'elle exige une bonne formulation des questions et du raisonnement et, en conséquence, une analyse plus rigoureuse. Le processus de rédaction des motifs d'une décision peut en lui-même garantir une meilleure décision. Les motifs permettent aussi aux parties de voir que les considérations applicables ont été soigneusement étudiées, et ils sont de valeur inestimable si la décision est portée en appel, contestée ou soumise au contrôle judiciaire: R. A. Macdonald et D. Lametti, «Reasons for Decision in Administrative Law» (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123, à la p. 146; *Williams c. Canada*

37

38

39

be more likely to feel they were treated fairly and appropriately if reasons are given: de Smith, Woolf, & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at pp. 459-60. I agree that these are significant benefits of written reasons.

(*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*), [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), au par. 38. Il est plus probable que les personnes touchées ont l'impression d'être traitées avec équité et de façon appropriée si des motifs sont fournis: de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5<sup>e</sup> éd. 1995), aux pp. 459 et 460. Je suis d'accord qu'il s'agit là d'avantages importants de la rédaction de motifs écrits.

40

Others have expressed concerns about the desirability of a written reasons requirement at common law. In *Osmond*, *supra*, Gibbs C.J. articulated, at p. 668, the concern that a reasons requirement may lead to an inappropriate burden being imposed on administrative decision-makers, that it may lead to increased cost and delay, and that it "might in some cases induce a lack of candour on the part of the administrative officers concerned". Macdonald and Lametti, *supra*, though they agree that fairness should require the provision of reasons in certain circumstances, caution against a requirement of "archival" reasons associated with court judgments, and note that the special nature of agency decision-making in different contexts should be considered in evaluating reasons requirements. In my view, however, these concerns can be accommodated by ensuring that any reasons requirement under the duty of fairness leaves sufficient flexibility to decision-makers by accepting various types of written explanations for the decision as sufficient.

D'autres ont émis des réserves quant à l'utilité d'une règle de common law qui exigerait la production de motifs écrits. Dans l'arrêt *Osmond*, précité, le juge en chef Gibbs a dit, à la p. 668, qu'il craignait qu'une obligation de rédiger des motifs puisse finir par imposer un fardeau indu aux décideurs administratifs, entraîner une augmentation des coûts et des délais, et [TRADUCTION] «dans certains cas occasionner un manque de sincérité de la part des fonctionnaires concernés». Même s'ils conviennent que l'équité devrait exiger que des motifs soient donnés dans certaines circonstances, Macdonald et Lametti, *loc. cit.*, font une mise en garde contre une exigence donnant lieu à des motifs [TRADUCTION] «d'archives» s'apparentant aux décisions judiciaires, et notent qu'il faut tenir compte de la nature particulière de l'organisme décisionnel dans différents contextes pour évaluer l'exigence des motifs. À mon avis, cependant, on peut répondre à ces préoccupations en veillant à ce que toute obligation de motiver la décision en raison de l'obligation d'équité laisse aux décideurs assez de latitude, en acceptant comme suffisants divers types d'explications écrites.

41

In England, a common law right to reasons in certain circumstances has developed in the case law: see M. H. Morris, "Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate" (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155, at pp. 164-68; de Smith, Woolf & Jowell, *supra*, at pp. 462-65. In *R. v. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310 (C.A.), reasons were required of a board deciding the appeal of the dismissal of a prison official. The House of Lords, in *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531, imposed a reasons requirement on the Home

En Angleterre, un droit de common law à la production de motifs dans certaines circonstances est apparu dans la jurisprudence: voir M. H. Morris, «Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate» (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155, aux pp. 164 à 168; de Smith, Woolf & Jowell, *op. cit.*, aux pp. 462 à 465. L'arrêt *R. c. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310 (C.A.), a conclu qu'une commission décidant de l'appel du congédiement d'un agent de prison devait motiver sa décision. La Chambre des lords, dans l'arrêt *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex*

Secretary when exercising the statutory discretion to decide on the period of imprisonment that a prisoner who had been imposed a life sentence should serve before being entitled to a review. Lord Mustill, speaking for all the law lords on the case, held that although there was no general duty to give reasons at common law, in those circumstances, a failure to give reasons was unfair. Other English cases have held that reasons are required at common law when there is a statutory right of appeal: see *Norton Tool Co. v. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45 (N.I.R.C.), at p. 49; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. v. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120 (N.I.R.C.).

Some Canadian courts have imposed, in certain circumstances, a common law obligation on administrative decision-makers to provide reasons, while others have been more reluctant. In *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541 (B.C.C.A.), at pp. 551-52, it was held that reasons would generally be required for decisions of a review board under Part XX.1 of the *Criminal Code*, based in part on the existence of a statutory right of appeal from that decision, and also on the importance of the interests affected by the decision. In *R.D.R. Construction Ltd. v. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71 (C.A.), the court also held that because of the existence of a statutory right of appeal, there was an implied duty to give reasons. Smith D.J., in *Taabea v. Refugee Status Advisory Committee*, [1980] 2 F.C. 316 (T.D.), imposed a reasons requirement on a ministerial decision relating to refugee status, based upon the right to apply to the Immigration Appeal Board for redetermination. Similarly, in the context of evaluating whether a statutory reasons requirement had been adequately fulfilled in *Boyle v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (1996), 179 N.B.R. (2d) 43 (C.A.), Bastarache J.A. (as he then was) emphasized, at p. 55, the importance of adequate reasons when appealing a decision. However, the Federal Court of Appeal recently rejected the submission that reasons were required in rela-

parte *Doody*, [1994] 1 A.C. 531, a exigé que le Secrétaire de l'Intérieur fournisse des motifs quand il exerce le pouvoir discrétionnaire dont l'investit la loi de décider du temps qu'une personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité devait passer en prison avant d'avoir droit à un réexamen. Lord Mustill, au nom de tous les lords juristes dans l'affaire, conclut que même s'il n'existe pas d'obligation générale de fournir des motifs en common law, dans les circonstances visées, il était inéquitable de ne pas fournir des motifs. D'autres décisions anglaises ont conclu que la common law exige que les décisions soient motivées quand il existe un droit d'appel prévu par la loi: voir *Norton Tool Co. c. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45 (N.I.R.C.), à la p. 49; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. c. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120 (N.I.R.C.).

Certains tribunaux canadiens ont imposé aux décideurs administratifs, dans des circonstances particulières, une obligation de common law de motiver leurs décisions, tandis que d'autres ont été plus hésitants à le faire. L'arrêt *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541 (C.A.C.-B.), aux pp. 551 et 552, conclut qu'en général une commission d'examen agissant sous le régime de la partie XX.1 du *Code criminel* devait motiver ses décisions, en raison notamment de l'existence d'un droit d'appel prévu par la loi et de l'importance des droits touchés par ces décisions. Dans l'arrêt *R.D.R. Construction Ltd. c. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71 (C.A.), la cour a statué qu'en raison de l'existence d'un droit d'appel prévu par la loi, il existait implicitement une obligation de donner des motifs. Le juge suppléant Smith, dans l'affaire *Taabea c. Comité consultatif sur le statut de réfugié*, [1980] 2 C.F. 316 (1<sup>re</sup> inst.), a imposé une obligation de motiver une décision ministérielle portant sur le statut de réfugié, en raison du droit d'en demander le réexamen devant la Commission d'appel de l'immigration. De même, alors qu'il examinait si l'exigence prévue par la loi de donner des motifs avait été convenablement remplie, le juge Bastarache (alors juge à la Cour d'appel) a souligné, dans l'arrêt *Boyle c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1996), 179 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 43

tion to a decision to declare a permanent resident a danger to the public under s. 70(5) of the *Immigration Act*: *Williams, supra*.

(C.A.), à la p. 55, qu'il était important de disposer de motifs appropriés quand une décision est portée en appel. Toutefois, la Cour d'appel fédérale a récemment conclu qu'il n'était pas nécessaire de motiver une décision dont le but était de déclarer qu'un résident permanent constituait un danger pour le public en vertu du par. 70(5) de la *Loi sur l'immigration*: *Williams, précité*.

43

In my opinion, it is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, the duty of procedural fairness will require the provision of a written explanation for a decision. The strong arguments demonstrating the advantages of written reasons suggest that, in cases such as this where the decision has important significance for the individual, when there is a statutory right of appeal, or in other circumstances, some form of reasons should be required. This requirement has been developing in the common law elsewhere. The circumstances of the case at bar, in my opinion, constitute one of the situations where reasons are necessary. The profound importance of an H & C decision to those affected, as with those at issue in *Orlowski, Cunningham, and Doody*, militates in favour of a requirement that reasons be provided. It would be unfair for a person subject to a decision such as this one which is so critical to their future not to be told why the result was reached.

À mon avis, il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, l'obligation d'équité procédurale requerra une explication écrite de la décision. Les solides arguments démontrant les avantages de motifs écrits indiquent que, dans des cas comme en l'espèce où la décision revêt une grande importance pour l'individu, dans des cas où il existe un droit d'appel prévu par la loi, ou dans d'autres circonstances, une forme quelconque de motifs écrits est requise. Cette exigence est apparue dans la common law ailleurs. Les circonstances de l'espèce, à mon avis, constituent l'une de ces situations où des motifs écrits sont nécessaires. L'importance cruciale d'une décision d'ordre humanitaire pour les personnes visées, comme celles dont il est question dans les arrêts *Orlowski, Cunningham et Doody*, milite en faveur de l'obligation de donner des motifs. Il serait injuste à l'égard d'une personne visée par une telle décision, si essentielle pour son avenir, de ne pas lui expliquer pourquoi elle a été prise.

44

In my view, however, the reasons requirement was fulfilled in this case since the appellant was provided with the notes of Officer Lorenz. The notes were given to Ms. Baker when her counsel asked for reasons. Because of this, and because there is no other record of the reasons for making the decision, the notes of the subordinate reviewing officer should be taken, by inference, to be the reasons for decision. Accepting documents such as these notes as sufficient reasons is part of the flexibility that is necessary, as emphasized by Macdonald and Lametti, *supra*, when courts evaluate the requirements of the duty of fairness with recognition of the day-to-day realities of administrative agencies and the many ways in which the values underlying the principles of procedural fairness

J'estime, toutefois, que cette obligation a été remplie en l'espèce par la production des notes de l'agent Lorenz à l'appelante. Les notes ont été remises à M<sup>me</sup> Baker lorsque son avocat a demandé des motifs. Pour cette raison, et parce qu'il n'existe pas d'autres documents indiquant les motifs de la décision, les notes de l'agent subalterne devraient être considérées, par déduction, comme les motifs de la décision. L'admission de documents tels que ces notes comme motifs de la décision fait partie de la souplesse nécessaire, ainsi que l'ont souligné Macdonald et Lametti, *loc. cit.*, quand des tribunaux évaluent les exigences de l'obligation d'équité tout en tenant compte de la réalité quotidienne des organismes administratifs et des nombreuses façons d'assurer le respect des

can be assured. It upholds the principle that individuals are entitled to fair procedures and open decision-making, but recognizes that in the administrative context, this transparency may take place in various ways. I conclude that the notes of Officer Lorenz satisfy the requirement for reasons under the duty of procedural fairness in this case, and they will be taken to be the reasons for decision.

#### (5) Reasonable Apprehension of Bias

Procedural fairness also requires that decisions be made free from a reasonable apprehension of bias by an impartial decision-maker. The respondent argues that Simpson J. was correct to find that the notes of Officer Lorenz cannot be considered to give rise to a reasonable apprehension of bias because it was Officer Caden who was the actual decision-maker, who was simply reviewing the recommendation prepared by his subordinate. In my opinion, the duty to act fairly and therefore in a manner that does not give rise to a reasonable apprehension of bias applies to all immigration officers who play a significant role in the making of decisions, whether they are subordinate reviewing officers, or those who make the final decision. The subordinate officer plays an important part in the process, and if a person with such a central role does not act impartially, the decision itself cannot be said to have been made in an impartial manner. In addition, as discussed in the previous section, the notes of Officer Lorenz constitute the reasons for the decision, and if they give rise to a reasonable apprehension of bias, this taints the decision itself.

The test for reasonable apprehension of bias was set out by de Grandpré J., writing in dissent, in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. . . [T]hat test is "what would an

valeurs qui fondent les principes de l'équité procédurale. Cela confirme le principe selon lequel les individus ont droit à une procédure équitable et à la transparence de la prise de décision, mais reconnaît aussi qu'en matière administrative, cette transparence peut être atteinte de différentes façons. Je conclus qu'en l'espèce les notes de l'agent Lorenz remplissent l'obligation de donner des motifs en vertu de l'obligation d'équité procédurale, et qu'elles seront considérées comme les motifs de la décision.

#### (5) La crainte raisonnable de partialité

L'équité procédurale exige également que les décisions soient rendues par un décideur impartial, sans crainte raisonnable de partialité. L'intimé soutient que le juge Simpson a eu raison de conclure que les notes de l'agent Lorenz ne peuvent pas donner lieu à une crainte raisonnable de partialité, parce que le vrai décideur était l'agent Caden, qui a simplement fait une revue de la recommandation préparée par son subalterne. L'obligation d'agir équitablement et, en conséquence, d'une façon qui ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, s'applique, à mon avis, à tous les agents d'immigration qui jouent un rôle significatif dans la prise de décision, qu'ils soient des agents de réexamen subalternes, ou ceux qui rendent la décision finale. L'agent subordonné joue un rôle important dans le processus, et si une personne ayant un rôle aussi central n'agit pas de façon impartiale, la décision elle-même ne peut pas être considérée comme ayant été rendue de façon impartiale. En outre, comme je le dis au paragraphe précédent, les notes de l'agent Lorenz constituent les motifs de la décision, et si elles donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité, la décision elle-même en est viciée.

Le test de la crainte raisonnable de partialité a été exposé par le juge de Grandpré, dissident, dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394:

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. [...] [C]e critère consiste à se

45

46



informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.”

This expression of the test has often been endorsed by this Court, most recently in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 11, *per* Major J.; at para. 31, *per* L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ.; and at para. 111, *per* Cory J.

demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

Notre Cour a souvent souscrit à cette définition du test, plus récemment dans l’arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, au par. 11, le juge Major; au par. 31, les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin; et au par. 111, le juge Cory.

47

It has been held that the standards for reasonable apprehension of bias may vary, like other aspects of procedural fairness, depending on the context and the type of function performed by the administrative decision-maker involved: *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Old St. Boniface*, *supra*, at p. 1192. The context here is one where immigration officers must regularly make decisions that have great importance to the individuals affected by them, but are also often critical to the interests of Canada as a country. They are individualized, rather than decisions of a general nature. They also require special sensitivity. Canada is a nation made up largely of people whose families migrated here in recent centuries. Our history is one that shows the importance of immigration, and our society shows the benefits of having a diversity of people whose origins are in a multitude of places around the world. Because they necessarily relate to people of diverse backgrounds, from different cultures, races, and continents, immigration decisions demand sensitivity and understanding by those making them. They require a recognition of diversity, an understanding of others, and an openness to difference.

Il a été décidé que le test relatif à la crainte raisonnable de partialité pouvait varier, comme d’autres éléments de l’équité procédurale, selon le contexte et le genre de fonction exercée par le décideur administratif concerné: *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1192. Le contexte en l’espèce est que les agents d’immigration doivent régulièrement prendre des décisions qui ont une très grande importance pour les personnes visées, mais qui souvent ont aussi une incidence sur les intérêts du Canada comme pays. Ce sont des décisions de nature individuelle plutôt que générale. Elles exigent également une grande sensibilité. Le Canada est une nation en grande partie composée de gens dont les familles ont émigré dans les siècles derniers. Notre histoire démontre l’importance de l’immigration, et notre société est l’exemple des avantages de la diversité de gens originaires d’une multitude de pays. Parce qu’elles visent nécessairement des personnes de provenances diverses, issues de cultures, de races et de continents différents, les décisions en matière d’immigration exigent de ceux qui les rendent sensibilité et compréhension. Elles exigent qu’on reconnaisse la diversité ainsi qu’une compréhension des autres et une ouverture d’esprit à la différence.

48

In my opinion, the well-informed member of the community would perceive bias when reading Officer Lorenz’s comments. His notes, and the manner in which they are written, do not disclose the existence of an open mind or a weighing of the particular circumstances of the case free from stereotypes. Most unfortunate is the fact that they

À mon avis, les membres bien informés de la communauté percevraient la partialité dans les commentaires de l’agent Lorenz. Ses notes, et la façon dont elles sont rédigées, ne témoignent ni d’un esprit ouvert ni d’une absence de stéréotypes dans l’évaluation des circonstances particulières de l’affaire. Plus regrettable encore est le fait qu’elles

seem to make a link between Ms. Baker's mental illness, her training as a domestic worker, the fact that she has several children, and the conclusion that she would therefore be a strain on our social welfare system for the rest of her life. In addition, the conclusion drawn was contrary to the psychiatrist's letter, which stated that, with treatment, Ms. Baker could remain well and return to being a productive member of society. Whether they were intended in this manner or not, these statements give the impression that Officer Lorenz may have been drawing conclusions based not on the evidence before him, but on the fact that Ms. Baker was a single mother with several children, and had been diagnosed with a psychiatric illness. His use of capitals to highlight the number of Ms. Baker's children may also suggest to a reader that this was a reason to deny her status. Reading his comments, I do not believe that a reasonable and well-informed member of the community would conclude that he had approached this case with the impartiality appropriate to a decision made by an immigration officer. It would appear to a reasonable observer that his own frustration with the "system" interfered with his duty to consider impartially whether the appellant's admission should be facilitated owing to humanitarian or compassionate considerations. I conclude that the notes of Officer Lorenz demonstrate a reasonable apprehension of bias.

*D. Review of the Exercise of the Minister's Discretion*

Although the finding of reasonable apprehension of bias is sufficient to dispose of this appeal, it does not address the issues contained in the "serious question of general importance" which was certified by Simpson J. relating to the approach to be taken to children's interests when reviewing the exercise of the discretion conferred by the Act and the Regulations. Since it is important to address the central questions which led to this appeal, I will also consider whether, as a substantive matter, the H & C decision was improperly made in this case.

semblent établir un lien entre les troubles mentaux de M<sup>me</sup> Baker, sa formation comme domestique, le fait qu'elle ait plusieurs enfants, et la conclusion qu'elle serait, en conséquence, un fardeau pour notre système d'aide sociale pour le restant de sa vie. En outre, la conclusion tirée était contraire à la lettre du psychiatre, qui disait qu'avec un traitement, l'état de M<sup>me</sup> Baker pouvait continuer de s'améliorer et qu'elle pouvait redevenir un membre productif de la société. Qu'elles aient été faites dans cette intention ou non, ces déclarations donnent l'impression que l'agent Lorenz peut avoir tiré des conclusions en se fondant non pas sur la preuve dont il disposait, mais sur le fait que M<sup>me</sup> Baker était une mère célibataire ayant plusieurs enfants, et était atteinte de troubles psychiatriques. L'utilisation de majuscules par l'agent pour souligner le nombre des enfants de M<sup>me</sup> Baker peut également indiquer au lecteur que c'était là une raison de lui refuser sa demande. À la lecture des commentaires de l'agent, je ne crois pas qu'un membre raisonnable et bien informé de la communauté conclurait que l'agent a traité cette affaire avec l'impartialité requise de la part d'un agent d'immigration rendant ce genre de décision. Un observateur raisonnable noterait que la propre frustration de l'agent face au «système» l'empêchait d'évaluer avec impartialité si l'admission de l'appelante devrait être facilitée pour des raisons d'ordre humanitaire. Je conclus que les notes de l'agent Lorenz donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité.

*D. Le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre*

Bien que l'existence d'une crainte raisonnable de partialité suffise pour trancher le présent pourvoi, cette conclusion ne règle pas les points litigieux énoncés dans la «question grave de portée générale», certifiée par le juge Simpson, concernant la façon d'aborder l'intérêt des enfants dans le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi et le règlement. Comme il est important de traiter des questions centrales qui ont conduit au présent pourvoi, j'examinerai également si, sur le fond, la décision d'ordre humanitaire a été incorrectement rendue dans la présente affaire.

50 The appellant argues that the notes provided to her show that, as a matter of law, the decision should be overturned on judicial review. She submits that the decision should be held to a standard of review of correctness, that principles of administrative law require this discretion to be exercised in accordance with the Convention, and that the Minister should apply the best interests of the child as a primary consideration in H & C decisions. The respondent submits that the Convention has not been implemented in Canadian law, and that to require that s. 114(2) and the Regulations made under it be interpreted in accordance with the Convention would be improper, since it would interfere with the broad discretion granted by Parliament, and with the division of powers between the federal and provincial governments.

(1) The Approach to Review of Discretionary Decision-Making

51 As stated earlier, the legislation and Regulations delegate considerable discretion to the Minister in deciding whether an exemption should be granted based upon humanitarian and compassionate considerations. The Regulations state that “[t]he Minister is . . . authorized to” grant an exemption or otherwise facilitate the admission to Canada of any person “where the Minister is satisfied that” this should be done “owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations”. This language signals an intention to leave considerable choice to the Minister on the question of whether to grant an H & C application.

52 The concept of discretion refers to decisions where the law does not dictate a specific outcome, or where the decision-maker is given a choice of options within a statutorily imposed set of boundaries. As K. C. Davis wrote in *Discretionary Justice* (1969), at p. 4:

A public officer has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction.

It is necessary in this case to consider the approach to judicial review of administrative discretion,

L'appelante allègue que les notes qu'on lui a remises montrent que, en droit, la décision devrait être annulée par voie de contrôle judiciaire. Elle soutient que la décision devrait respecter la norme de la décision correcte, que les principes de droit administratif exigent que ce pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément à la Convention, et que le ministre devrait faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale dans les décisions d'ordre humanitaire. L'intimé soutient que la Convention n'a pas été incorporée dans le droit canadien, et qu'il serait inapproprié d'exiger que le par. 114(2) et son règlement d'application soient interprétés conformément à la Convention, parce que cela empiéterait sur le pouvoir discrétionnaire étendu conféré par le Parlement, et sur le partage des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux.

(1) La démarche relative au contrôle de décisions discrétionnaires

Comme je l'ai dit précédemment, la loi et le règlement délèguent un très large pouvoir discrétionnaire au ministre dans la décision d'accorder une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire. Le règlement dit que «[l]e ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense [. . .] ou à faciliter l'admission au Canada de toute autre manière». Ce langage témoigne de l'intention de laisser au ministre une grande latitude dans sa décision d'accorder ou non une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire.

La notion de pouvoir discrétionnaire s'applique dans les cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur de limites imposées par la loi. K. C. Davis écrit ceci dans *Discretionary Justice* (1969), à la p. 4:

[TRADUCTION] Un fonctionnaire possède un pouvoir discrétionnaire quand les limites réelles de son pouvoir lui donnent la liberté de choisir entre divers modes d'action ou d'inaction possibles.

Il faut examiner en l'espèce l'approche du contrôle judiciaire en matière de pouvoir discrétionnaire

taking into account the “pragmatic and functional” approach to judicial review that was first articulated in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and has been applied in subsequent cases including *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 601-7, *per* L’Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this issue; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; and *Pushpanathan*, *supra*.

Administrative law has traditionally approached the review of decisions classified as discretionary separately from those seen as involving the interpretation of rules of law. The rule has been that decisions classified as discretionary may only be reviewed on limited grounds such as the bad faith of decision-makers, the exercise of discretion for an improper purpose, and the use of irrelevant considerations: see, for example, *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pp. 7-8; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231. A general doctrine of “unreasonableness” has also sometimes been applied to discretionary decisions: *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.). In my opinion, these doctrines incorporate two central ideas — that discretionary decisions, like all other administrative decisions, must be made within the bounds of the jurisdiction conferred by the statute, but that considerable deference will be given to decision-makers by courts in reviewing the exercise of that discretion and determining the scope of the decision-maker’s jurisdiction. These doctrines recognize that it is the intention of a legislature, when using statutory language that confers broad choices on administrative agencies, that courts should not lightly interfere with such decisions, and should give considerable respect to decision-makers when reviewing the manner in which discretion was exercised. However, discretion must still be exercised in a manner that is within a reasonable interpretation of the margin of manoeuvre contemplated by the legislature, in accordance with the principles of the rule of law (*Roncarelli v.*

administratif, en tenant compte de l’analyse «pragmatique et fonctionnelle» du contrôle judiciaire qui a été énoncée pour la première fois dans l’arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et appliquée dans des arrêts postérieurs dont *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 601 à 607, le juge L’Heureux-Dubé, dissidente sur d’autres points; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; et *Pushpanathan*, précité.

Le droit administratif a traditionnellement abordé le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément de décisions sur l’interprétation de règles de droit. Le principe est qu’on ne peut exercer un contrôle judiciaire sur les décisions discrétionnaires que pour des motifs limités, comme la mauvaise foi des décideurs, l’exercice du pouvoir discrétionnaire dans un but incorrect, et l’utilisation de considérations non pertinentes: voir, par exemple, *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux pp. 7 et 8; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231. Un principe général relatif au «caractère déraisonnable» a parfois été appliqué aussi à des décisions discrétionnaires: *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.). À mon avis, ces principes englobent deux idées centrales — qu’une décision discrétionnaire, comme toute autre décision administrative, doit respecter les limites de la compétence conférée par la loi, mais que les tribunaux devront exercer une grande retenue à l’égard des décideurs lorsqu’ils contrôlent ce pouvoir discrétionnaire et déterminent l’étendue de la compétence du décideur. Ces principes reconnaissent que lorsque le législateur confère par voie législative des choix étendus aux organismes administratifs, son intention est d’indiquer que les tribunaux ne devraient pas intervenir à la légère dans de telles décisions, et devraient accorder une marge considérable de respect aux décideurs lorsqu’ils révisent la façon dont les décideurs ont exercé leur discrétion. Toutefois, l’exercice du pouvoir discrétionnaire doit quand même rester dans les limites d’une

*Duplessis*, [1959] S.C.R. 121), in line with general principles of administrative law governing the exercise of discretion, and consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038).

interprétation raisonnable de la marge de manœuvre envisagée par le législateur, conformément aux principes de la primauté du droit (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121), suivant les principes généraux de droit administratif régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et de façon conciliable avec la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038).

54

It is, however, inaccurate to speak of a rigid dichotomy of “discretionary” or “non-discretionary” decisions. Most administrative decisions involve the exercise of implicit discretion in relation to many aspects of decision making. To give just one example, decision-makers may have considerable discretion as to the remedies they order. In addition, there is no easy distinction to be made between interpretation and the exercise of discretion; interpreting legal rules involves considerable discretion to clarify, fill in legislative gaps, and make choices among various options. As stated by Brown and Evans, *supra*, at p. 14-47:

The degree of discretion in a grant of power can range from one where the decision-maker is constrained only by the purposes and objects of the legislation, to one where it is so specific that there is almost no discretion involved. In between, of course, there may be any number of limitations placed on the decision-maker's freedom of choice, sometimes referred to as “structured” discretion.

J'estime qu'il est inexact de parler d'une dichotomie stricte entre les décisions «discrétionnaires» et les décisions «non discrétionnaires». La plupart des décisions administratives comporte l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire implicite relativement à de nombreux aspects de la prise de décision. Pour ne donner qu'un seul exemple, les décideurs peuvent avoir un pouvoir discrétionnaire très étendu dans les réparations qu'ils accordent. En outre, il n'est pas facile d'établir une distinction entre l'interprétation et l'exercice du pouvoir discrétionnaire; l'interprétation de règles de droit comporte un pouvoir discrétionnaire étendu pour ce qui est de clarifier, de combler les vides juridiques, et de choisir entre différentes options. Comme le disent Brown et Evans, *op. cit.*, à la p. 14-47:

[TRADUCTION] Le degré de discrétion dans l'attribution d'un pouvoir peut aller d'un pouvoir dans lequel le décideur est contraint seulement par les objectifs de la loi, à un pouvoir si défini que n'intervient pratiquement pas de discrétion. Entre les deux, évidemment, il existe plusieurs limites à la liberté de choix du décideur, parfois appelé une discrétion «structurée».

55

The “pragmatic and functional” approach recognizes that standards of review for errors of law are appropriately seen as a spectrum, with certain decisions being entitled to more deference, and others entitled to less: *Pezim*, *supra*, at pp. 589-90; *Southam*, *supra*, at para. 30; *Pushpanathan*, *supra*, at para. 27. Three standards of review have been defined: patent unreasonableness, reasonableness *simpliciter*, and correctness: *Southam*, at paras. 54-56. In my opinion the standard of review of the substantive aspects of discretionary decisions is best approached within this framework, especially given the difficulty in making rigid classifications

La démarche «pragmatique et fonctionnelle» reconnaît qu'il y a une large gamme de normes de contrôle judiciaire des erreurs de droit, certaines décisions exigeant plus de retenue, et d'autres moins: *Pezim*, précité, aux pp. 589 et 590; *Southam*, précité, au par. 30; *Pushpanathan*, précité, au par. 27. Trois normes de contrôle ont été définies: la décision manifestement déraisonnable, la décision raisonnable *simpliciter* et la décision correcte: *Southam*, précité, aux par. 54 à 56. Je suis d'avis que la norme de contrôle des éléments de fond d'une décision discrétionnaire est mieux envisagée dans ce cadre, compte tenu particulièrement

between discretionary and non-discretionary decisions. The pragmatic and functional approach takes into account considerations such as the expertise of the tribunal, the nature of the decision being made, and the language of the provision and the surrounding legislation. It includes factors such as whether a decision is “polycentric” and the intention revealed by the statutory language. The amount of choice left by Parliament to the administrative decision-maker and the nature of the decision being made are also important considerations in the analysis. The spectrum of standards of review can incorporate the principle that, in certain cases, the legislature has demonstrated its intention to leave greater choices to decision-makers than in others, but that a court must intervene where such a decision is outside the scope of the power accorded by Parliament. Finally, I would note that this Court has already applied this framework to statutory provisions that confer significant choices on administrative bodies, for example, in reviewing the exercise of the remedial powers conferred by the statute at issue in *Southam*, *supra*.

Incorporating judicial review of decisions that involve considerable discretion into the pragmatic and functional analysis for errors of law should not be seen as reducing the level of deference given to decisions of a highly discretionary nature. In fact, deferential standards of review may give substantial leeway to the discretionary decision-maker in determining the “proper purposes” or “relevant considerations” involved in making a given determination. The pragmatic and functional approach can take into account the fact that the more discretion that is left to a decision-maker, the more reluctant courts should be to interfere with the manner in which decision-makers have made choices among various options. However, though discretionary decisions will generally be given considerable respect, that discretion must be exercised in accordance with the boundaries imposed in the statute, the principles of the rule of law, the principles of administrative law, the fundamental values of Canadian society, and the principles of the *Charter*.

de la difficulté de faire des classifications rigides entre les décisions discrétionnaires et les décisions non discrétionnaires. La démarche pragmatique et fonctionnelle tient compte de considérations comme l’expertise du tribunal, la nature de la décision qui est prise, et le libellé de la disposition et des lois qui s’y rapportent. Elle comprend des facteurs comme le caractère «polycentrique» d’une décision et l’intention exprimée par le langage employé par la loi. La latitude que laisse le Parlement au décideur administratif et la nature de la décision qui est prise sont également d’importantes considérations dans l’analyse. La gamme de normes de contrôle peut comprendre le principe que, dans certains cas, la législature a fait part de son intention de laisser des choix plus grands aux décideurs que dans d’autres, mais qu’il faut qu’un tribunal intervienne quand une telle décision dépasse l’étendue du pouvoir conféré par le Parlement. Enfin, je signalerais que notre Cour a déjà appliqué ce cadre à des dispositions législatives qui accordent une latitude importante à des organismes administratifs, par exemple, en contrôlant l’exercice des pouvoirs de réparation conférés par la loi en cause dans l’arrêt *Southam*, précité.

L’intégration du contrôle judiciaire de décisions comportant un large pouvoir discrétionnaire dans l’analyse pragmatique et fonctionnelle en raison d’erreurs de droit ne devrait pas être considérée comme une diminution du niveau de retenue accordé aux décisions de nature hautement discrétionnaire. En fait, des normes de contrôle judiciaire empreintes de retenue peuvent donner au décideur discrétionnaire une grande liberté d’action dans la détermination des «objectifs appropriés» ou des «considérations pertinentes». La démarche pragmatique et fonctionnelle peut tenir compte du fait que plus le pouvoir discrétionnaire accordé à un décideur est grand, plus les tribunaux devraient hésiter à intervenir dans la manière dont les décideurs ont choisi entre diverses options. Toutefois, même si, en général, il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*.

(2) The Standard of Review in This Case

57

I turn now to an application of the pragmatic and functional approach to determine the appropriate standard of review for decisions made under s. 114(2) and Regulation 2.1, and the factors affecting the determination of that standard outlined in *Pushpanathan*, *supra*. It was held in that case that the decision, which related to the determination of a question of law by the Immigration and Refugee Board, was subject to a standard of review of correctness. Although that decision was also one made under the *Immigration Act*, the type of decision at issue was very different, as was the decision-maker. The appropriate standard of review must, therefore, be considered separately in the present case.

58

The first factor to be examined is the presence or absence of a privative clause, and, in appropriate cases, the wording of that clause: *Pushpanathan*, at para. 30. There is no privative clause contained in the *Immigration Act*, although judicial review cannot be commenced without leave of the Federal Court — Trial Division under s. 82.1. As mentioned above, s. 83(1) requires the certification of a “serious question of general importance” by the Federal Court — Trial Division before that decision may be appealed to the Court of Appeal. *Pushpanathan* shows that the existence of this provision means there should be a lower level of deference on issues related to the certified question itself. However, this is only one of the factors involved in determining the standard of review, and the others must also be considered.

59

The second factor is the expertise of the decision-maker. The decision-maker here is the Minister of Citizenship and Immigration or his or her delegate. The fact that the formal decision-maker is the Minister is a factor militating in favour of deference. The Minister has some expertise relative to courts in immigration matters, particularly with respect to when exemptions should be given from the requirements that normally apply.

(2) La norme de contrôle en l'espèce

J'examine maintenant l'application de la démarche pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle appropriée à l'égard de décisions rendues en vertu du par. 114(2) et de l'art. 2.1 du règlement, et les facteurs à considérer mis en évidence dans l'arrêt *Pushpanathan*, précité. Cet arrêt conclut que la décision, qui se rapportait à la détermination d'une question de droit par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, devait respecter la norme de la décision correcte. Bien qu'elle ait également été rendue sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, la décision en litige était très différente, tout comme l'était le décideur. Il faut donc évaluer la norme de contrôle appropriée distinctement dans la présente affaire.

Le premier facteur à examiner est la présence ou l'absence d'une clause privative et, le cas échéant, le libellé de cette clause: *Pushpanathan*, au par. 30. La *Loi sur l'immigration* ne contient pas de clause privative, mais le contrôle judiciaire ne peut se faire sans l'autorisation de la Cour fédérale, Section de première instance, selon l'art. 82.1. Comme je l'ai dit précédemment, le par. 83(1) exige la certification d'une «question grave de portée générale» par la Cour fédérale, Section de première instance, pour que cette décision puisse être portée en appel devant la Cour d'appel. L'arrêt *Pushpanathan* montre que l'existence de cette disposition signifie un degré moindre de retenue à l'égard des points litigieux liés à la question certifiée. Toutefois, il ne s'agit que de l'un des facteurs à considérer pour déterminer la norme de contrôle, et il faut également évaluer les autres.

Le deuxième facteur est l'expertise du décideur. En l'espèce, le décideur est le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ou son représentant. Le fait que, officiellement, le décideur soit le ministre est un facteur militant en faveur de la retenue. Le ministre a une certaine expertise par rapport aux tribunaux en matière d'immigration, surtout en ce qui concerne les dispenses d'application des exigences habituelles.

The third factor is the purpose of the provision in particular, and of the Act as a whole. This decision involves considerable choice on the part of the Minister in determining when humanitarian and compassionate considerations warrant an exemption from the requirements of the Act. The decision also involves applying relatively “open-textured” legal principles, a factor militating in favour of greater deference: *Pushpanathan*, *supra*, at para. 36. The purpose of the provision in question is also to exempt applicants, in certain circumstances, from the requirements of the Act or its Regulations. This factor, too, is a signal that greater deference should be given to the Minister. However, it should also be noted, in favour of a stricter standard, that this decision relates directly to the rights and interests of an individual in relation to the government, rather than balancing the interests of various constituencies or mediating between them. Its purpose is to decide whether the admission to Canada of a particular individual, in a given set of circumstances, should be facilitated.

The fourth factor outlined in *Pushpanathan* considers the nature of the problem in question, especially whether it relates to the determination of law or facts. The decision about whether to grant an H & C exemption involves a considerable appreciation of the facts of that person’s case, and is not one which involves the application or interpretation of definitive legal rules. Given the highly discretionary and fact-based nature of this decision, this is a factor militating in favour of deference.

These factors must be balanced to arrive at the appropriate standard of review. I conclude that considerable deference should be accorded to immigration officers exercising the powers conferred by the legislation, given the fact-specific nature of the inquiry, its role within the statutory scheme as an exception, the fact that the decision-maker is the Minister, and the considerable discretion evidenced by the statutory language. Yet the absence of a privative clause, the explicit contemplation of judicial review by the Federal Court — Trial Division and the Federal Court of Appeal in certain circumstances, and the individual rather

Le troisième facteur est l’objet de la disposition en particulier, et de la Loi dans son ensemble. Cette décision implique une grande latitude pour le ministre qui doit décider si des raisons d’ordre humanitaire justifient une dispense des exigences de la Loi. La décision commande aussi l’application de principes juridiques relativement peu «limitatifs», un facteur militant en faveur d’une plus grande retenue: *Pushpanathan*, précité, au par. 36. L’objet de la disposition en question est également de dispenser les demandeurs, dans certaines circonstances, des exigences de la Loi ou de son règlement. Ce facteur joue aussi en faveur d’une plus grande retenue envers la décision du ministre. Toutefois, il faut également signaler, en faveur d’une norme plus stricte, que cette décision vise directement les droits et les intérêts d’un individu par rapport au gouvernement plutôt qu’elle n’évalue ou ne pondère les intérêts de divers groupes. Le but de la décision est de déterminer si l’admission au Canada d’un individu particulier, dans des circonstances données, devrait être facilitée.

Le quatrième facteur mis en relief dans l’arrêt *Pushpanathan* vise la nature du problème en question, particulièrement s’il s’agit de droit ou de faits. La décision d’accorder une dispense fondée sur des raisons d’ordre humanitaire demande principalement l’appréciation de faits relatifs au cas d’une personne, et ne porte pas sur l’application ni sur l’interprétation de règles de droit précises. Le fait que cette décision soit de nature hautement discrétionnaire et factuelle est un facteur qui milite en faveur de la retenue.

Tous ces facteurs doivent être soupesés afin d’en arriver à la norme d’examen appropriée. Je conclus qu’on devrait faire preuve d’une retenue considérable envers les décisions d’agents d’immigration exerçant les pouvoirs conférés par la loi, compte tenu de la nature factuelle de l’analyse, de son rôle d’exception au sein du régime législatif, du fait que le décideur est le ministre, et de la large discrétion accordée par le libellé de la loi. Toutefois, l’absence de clause privative, la possibilité expressément prévue d’un contrôle judiciaire par la Cour fédérale, Section de première instance, et la Cour d’appel fédérale dans certaines circonstances, ainsi

60

61

62



than polycentric nature of the decision, also suggest that the standard should not be as deferential as “patent unreasonableness”. I conclude, weighing all these factors, that the appropriate standard of review is reasonableness *simpliciter*.

### (3) Was this Decision Unreasonable?

<sup>63</sup> I will next examine whether the decision in this case, and the immigration officer’s interpretation of the scope of the discretion conferred upon him, were unreasonable in the sense contemplated in the judgment of Iacobucci J. in *Southam*, *supra*, at para. 56:

An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it. The defect, if there is one, could presumably be in the evidentiary foundation itself or in the logical process by which conclusions are sought to be drawn from it.

In particular, the examination of this question should focus on the issues arising from the “serious question of general importance” stated by Simpson J.: the question of the approach to be taken to the interests of children when reviewing an H & C decision.

<sup>64</sup> The notes of Officer Lorenz, in relation to the consideration of “H & C factors”, read as follows:

The PC is a paranoid schizophrenic and on welfare. She has no qualifications other than as a domestic. She has FOUR CHILDREN IN JAMAICA AND ANOTHER FOUR BORN HERE. She will, of course, be a tremendous strain on our social welfare systems for (probably) the rest of her life. There are no H&C factors other than her FOUR CANADIAN-BORN CHILDREN. Do we let her stay because of that? I am of the opinion that Canada can no longer afford this type of generosity.

<sup>65</sup> In my opinion, the approach taken to the children’s interests shows that this decision was unreasonable in the sense contemplated in *Southam*,

que la nature individuelle plutôt que polycentrique de la décision, tendent aussi à indiquer que la norme applicable ne devrait pas en être une d’aussi grande retenue que celle du caractère «manifestement déraisonnable». Je conclus, après avoir évalué tous ces facteurs, que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

### (3) La décision était-elle déraisonnable?

J’examinerai maintenant si la décision dans la présente affaire, et l’interprétation par l’agent d’immigration de l’étendue du pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré, étaient déraisonnables au sens où l’entend le juge Iacobucci dans l’arrêt *Southam*, précité, au par. 56:

Est déraisonnable la décision qui, dans l’ensemble, n’est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s’il existe quelque motif étayant cette conclusion. Le défaut, s’il en est, pourrait découler de la preuve elle-même ou du raisonnement qui a été appliqué pour tirer les conclusions de cette preuve.

L’examen de cette question devrait être axé sur les points découlant de la «question grave de portée générale» énoncée par le juge Simpson: la façon d’aborder la question de l’intérêt des enfants dans le contrôle d’une décision d’ordre humanitaire.

Les notes de l’agent Lorenz relatives à l’examen des raisons d’ordre humanitaire, disent ceci:

[TRADUCTION] PC est atteinte de schizophrénie paranoïde et reçoit l’assistance sociale. Elle n’a pas d’autres qualifications que de domestique. Elle a QUATRE ENFANTS EN JAMAÏQUE ET QUATRE AUTRES NÉS ICI. Elle sera, bien entendu, un fardeau excessif pour nos systèmes d’aide sociale (probablement) pour le reste de sa vie. Il n’existe pas d’autres facteurs d’ordre humanitaire que ses QUATRE ENFANTS NÉS AU CANADA. Devons-nous lui permettre de rester pour ça? Je suis d’avis que le Canada ne peut plus se permettre cette sorte de générosité.

À mon avis, la façon dont elle traite l’intérêt des enfants montre que cette décision était déraisonnable au sens de l’arrêt *Southam*, précité. L’agent n’a

*supra*. The officer was completely dismissive of the interests of Ms. Baker's children. As I will outline in detail in the paragraphs that follow, I believe that the failure to give serious weight and consideration to the interests of the children constitutes an unreasonable exercise of the discretion conferred by the section, notwithstanding the important deference that should be given to the decision of the immigration officer. Professor Dyzenhaus has articulated the concept of "deference as respect" as follows:

Deference as respect requires not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision. . . .

(D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286.)

The reasons of the immigration officer show that his decision was inconsistent with the values underlying the grant of discretion. They therefore cannot stand up to the somewhat probing examination required by the standard of reasonableness.

The wording of s. 114(2) and of Regulation 2.1 requires that a decision-maker exercise the power based upon "compassionate or humanitarian considerations" (emphasis added). These words and their meaning must be central in determining whether an individual H & C decision was a reasonable exercise of the power conferred by Parliament. The legislation and regulations direct the Minister to determine whether the person's admission should be facilitated owing to the existence of such considerations. They show Parliament's intention that those exercising the discretion conferred by the statute act in a humanitarian and compassionate manner. This Court has found that it is necessary for the Minister to consider an H & C request when an application is made: *Jimenez-Perez*, *supra*. Similarly, when considering it, the request must be evaluated in a manner that is respectful of humanitarian and compassionate considerations.

prêté aucune attention à l'intérêt des enfants de M<sup>me</sup> Baker. Comme je le démontrerai avec plus de détails dans les paragraphes qui suivent, j'estime que le défaut d'accorder de l'importance et de la considération à l'intérêt des enfants constitue un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article, même s'il faut exercer un degré élevé de retenue envers la décision de l'agent d'immigration. Le professeur Dyzenhaus énonce ainsi la notion de la [TRADUCTION] «retenue au sens de respect»:

[TRADUCTION] La retenue au sens de respect ne demande pas la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision . . .

(D. Dyzenhaus, «The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy», dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, à la p. 286.)

Les motifs de l'agent d'immigration démontrent que sa décision n'était pas compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire. Ils ne peuvent donc pas résister à l'examen assez poussé qu'exige la norme du caractère raisonnable.

Le libellé du par. 114(2) et de l'art. 2.1 du règlement exige que le décideur exerce le pouvoir en se fondant sur «des raisons d'ordre humanitaire» (je souligne). Ces mots et leur sens doivent se situer au cœur de la réponse à la question de savoir si une décision d'ordre humanitaire particulière constituait un exercice raisonnable du pouvoir conféré par le Parlement. La loi et le règlement demandent au ministre de décider si l'admission d'une personne devrait être facilitée pour des raisons humanitaires. Ils démontrent que l'intention du Parlement est que ceux qui exercent le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi agissent de façon humanitaire. Notre Cour a jugé que le ministre est tenu d'examiner les demandes d'ordre humanitaire qui sont présentées: *Jimenez-Perez*, précité. De même, quand il procède à cet examen, le ministre doit évaluer la demande d'une manière qui soit respectueuse des raisons d'ordre humanitaire.

67

Determining whether the approach taken by the immigration officer was within the boundaries set out by the words of the statute and the values of administrative law requires a contextual approach, as is taken to statutory interpretation generally: see *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 20-23. In my opinion, a reasonable exercise of the power conferred by the section requires close attention to the interests and needs of children. Children's rights, and attention to their interests, are central humanitarian and compassionate values in Canadian society. Indications of children's interests as important considerations governing the manner in which H & C powers should be exercised may be found, for example, in the purposes of the Act, in international instruments, and in the guidelines for making H & C decisions published by the Minister herself.

(a) *The Objectives of the Act*

68

The objectives of the Act include, in s. 3(c):

to facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives from abroad;

Although this provision speaks of Parliament's objective of reuniting citizens and permanent residents with their close relatives from abroad, it is consistent, in my opinion, with a large and liberal interpretation of the values underlying this legislation and its purposes to presume that Parliament also placed a high value on keeping citizens and permanent residents together with their close relatives who are already in Canada. The obligation to take seriously and place important weight on keeping children in contact with both parents, if possible, and maintaining connections between close family members is suggested by the objective articulated in s. 3(c).

(b) *International Law*

69

Another indicator of the importance of considering the interests of children when making a compassionate and humanitarian decision is the ratifi-

Afin de décider si la démarche de l'agent d'immigration respectait les limites imposées par le libellé de la loi et les valeurs du droit administratif, une analyse contextuelle est requise comme l'exige en général l'interprétation des lois: voir *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux par. 20 à 23. À mon avis, l'exercice raisonnable du pouvoir conféré par l'article exige que soit prêté une attention minutieuse aux intérêts et aux besoins des enfants. Les droits des enfants, et la considération de leurs intérêts, sont des valeurs d'ordre humanitaire centrales dans la société canadienne. Une indication que l'intérêt des enfants est une considération importante dans l'exercice des pouvoirs en matière humanitaire se trouve, par exemple, dans les objectifs de la Loi, dans les instruments internationaux, et dans les lignes directrices régissant les décisions d'ordre humanitaire publiées par le ministre lui-même.

a) *Les objectifs de la Loi*

Un des objectifs de la Loi est notamment, selon l'al. 3c):

de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger;

Bien que cette disposition traite de l'objectif du Parlement de réunir des citoyens et des résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger, elle permet, à mon avis, en utilisant une interprétation large et libérale des valeurs sous-jacentes à cette loi et à son objet, de présumer que le Parlement estime important également de garder ensemble des citoyens et des résidents permanents avec leurs proches parents qui sont déjà au Canada. L'objectif à l'al. 3c) énonce l'obligation d'accorder une grande importance au maintien des enfants en contact avec leurs deux parents, si cela est possible, et au maintien du lien entre les membres d'une proche famille.

b) *Le droit international*

Un autre indice de l'importance de tenir compte de l'intérêt des enfants dans une décision d'ordre humanitaire est la ratification par le Canada de la

cation by Canada of the *Convention on the Rights of the Child*, and the recognition of the importance of children's rights and the best interests of children in other international instruments ratified by Canada. International treaties and conventions are not part of Canadian law unless they have been implemented by statute: *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, at p. 621; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, at pp. 172-73. I agree with the respondent and the Court of Appeal that the Convention has not been implemented by Parliament. Its provisions therefore have no direct application within Canadian law.

Nevertheless, the values reflected in international human rights law may help inform the contextual approach to statutory interpretation and judicial review. As stated in R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 330:

[T]he legislature is presumed to respect the values and principles enshrined in international law, both customary and conventional. These constitute a part of the legal context in which legislation is enacted and read. In so far as possible, therefore, interpretations that reflect these values and principles are preferred. [Emphasis added.]

The important role of international human rights law as an aid in interpreting domestic law has also been emphasized in other common law countries: see, for example, *Tavita v. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257 (C.A.), at p. 266; *Vishaka v. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361 (S.C. India), at p. 367. It is also a critical influence on the interpretation of the scope of the rights included in the *Charter*: *Slaight Communications*, *supra*; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

The values and principles of the Convention recognize the importance of being attentive to the rights and best interests of children when decisions are made that relate to and affect their future. In addition, the preamble, recalling the *Universal Declaration of Human Rights*, recognizes that "childhood is entitled to special care and assis-

*Convention relative aux droits de l'enfant*, et la reconnaissance de l'importance des droits des enfants et de l'intérêt supérieur des enfants dans d'autres instruments internationaux ratifiés par le Canada. Les conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi: *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, à la p. 621; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, aux pp. 172 et 173. Je suis d'accord avec l'intimé et la Cour d'appel que la Convention n'a pas été mise en vigueur par le Parlement. Ses dispositions n'ont donc aucune application directe au Canada.

Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire. Comme le dit R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), à la p. 330:

[TRADUCTION] [L]a législature est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes. [Je souligne.]

D'autres pays de common law ont aussi mis en relief le rôle important du droit international des droits de la personne dans l'interprétation du droit interne: voir, par exemple, *Tavita c. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257 (C.A.), à la p. 266; *Vishaka c. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361 (C.S. Inde), à la p. 367. Il a également une incidence cruciale sur l'interprétation de l'étendue des droits garantis par la *Charte*: *Slaight Communications*, précité; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

Les valeurs et les principes de la Convention reconnaissent l'importance d'être attentif aux droits des enfants et à leur intérêt supérieur dans les décisions qui ont une incidence sur leur avenir. En outre, le préambule, rappelant la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, reconnaît que «l'enfance a droit à une aide et à une assistance

tance”. A similar emphasis on the importance of placing considerable value on the protection of children and their needs and interests is also contained in other international instruments. The United Nations *Declaration of the Rights of the Child* (1959), in its preamble, states that the child “needs special safeguards and care”. The principles of the Convention and other international instruments place special importance on protections for children and childhood, and on particular consideration of their interests, needs, and rights. They help show the values that are central in determining whether this decision was a reasonable exercise of the H & C power.

(c) *The Ministerial Guidelines*

72

Third, the guidelines issued by the Minister to immigration officers recognize and reflect the values and approach discussed above and articulated in the Convention. As described above, immigration officers are expected to make the decision that a reasonable person would make, with special consideration of humanitarian values such as keeping connections between family members and avoiding hardship by sending people to places where they no longer have connections. The guidelines show what the Minister considers a humanitarian and compassionate decision, and they are of great assistance to the Court in determining whether the reasons of Officer Lorenz are supportable. They emphasize that the decision-maker should be alert to possible humanitarian grounds, should consider the hardship that a negative decision would impose upon the claimant or close family members, and should consider as an important factor the connections between family members. The guidelines are a useful indicator of what constitutes a reasonable interpretation of the power conferred by the section, and the fact that this decision was contrary to their directives is of great help in assessing whether the decision was an unreasonable exercise of the H & C power.

spéciales». D’autres instruments internationaux mettent également l’accent sur la grande valeur à accorder à la protection des enfants, à leurs besoins et à leurs intérêts. La *Déclaration des droits de l’enfant* (1959) de l’Organisation des Nations Unies, dans son préambule, dit que l’enfant «a besoin d’une protection spéciale et de soins spéciaux». Les principes de la Convention et d’autres instruments internationaux accordent une importance spéciale à la protection des enfants et de l’enfance, et à l’attention particulière que méritent leurs intérêts, besoins et droits. Ils aident à démontrer les valeurs qui sont essentielles pour déterminer si la décision en l’espèce constituait un exercice raisonnable du pouvoir en matière humanitaire.

c) *Les lignes directrices ministérielles*

Troisièmement, les directives données par le ministre aux agents d’immigration reconnaissent et révèlent les valeurs et la démarche qui sont décrites ci-dessus et qui sont énoncées dans la Convention. Comme il est dit plus haut, les agents d’immigration sont censés rendre la décision qu’une personne raisonnable rendrait, en portant une attention particulière à des considérations humanitaires comme maintenir des liens entre les membres d’une famille et éviter de renvoyer des gens à des endroits où ils n’ont plus d’attaches. Les directives révèlent ce que le ministre considère comme une décision d’ordre humanitaire, et elles sont très utiles à notre Cour pour décider si les motifs de l’agent Lorenz sont valables. Elles soulignent que le décideur devrait être conscient des considérations humanitaires possibles, devrait tenir compte des difficultés qu’une décision défavorable imposerait au demandeur ou aux membres de sa famille proche, et devrait considérer comme un facteur important les liens entre les membres d’une famille. Les directives sont une indication utile de ce qui constitue une interprétation raisonnable du pouvoir conféré par l’article, et le fait que cette décision était contraire aux directives est d’une grande utilité pour évaluer si la décision constituait un exercice déraisonnable du pouvoir en matière humanitaire.

The above factors indicate that emphasis on the rights, interests, and needs of children and special attention to childhood are important values that should be considered in reasonably interpreting the “humanitarian” and “compassionate” considerations that guide the exercise of the discretion. I conclude that because the reasons for this decision do not indicate that it was made in a manner which was alive, attentive, or sensitive to the interests of Ms. Baker’s children, and did not consider them as an important factor in making the decision, it was an unreasonable exercise of the power conferred by the legislation, and must, therefore, be overturned. In addition, the reasons for decision failed to give sufficient weight or consideration to the hardship that a return to Jamaica might cause Ms. Baker, given the fact that she had been in Canada for 12 years, was ill and might not be able to obtain treatment in Jamaica, and would necessarily be separated from at least some of her children.

It follows that I disagree with the Federal Court of Appeal’s holding in *Shah*, *supra*, at p. 239, that a s. 114(2) decision is “wholly a matter of judgment and discretion” (emphasis added). The wording of s. 114(2) and of the Regulations shows that the discretion granted is confined within certain boundaries. While I agree with the Court of Appeal that the Act gives the applicant no right to a particular outcome or to the application of a particular legal test, and that the doctrine of legitimate expectations does not mandate a result consistent with the wording of any international instruments, the decision must be made following an approach that respects humanitarian and compassionate values. Therefore, attentiveness and sensitivity to the importance of the rights of children, to their best interests, and to the hardship that may be caused to them by a negative decision is essential for an H & C decision to be made in a reasonable manner. While deference should be given to immigration officers on s. 114(2) judicial review applications, decisions cannot stand when the manner in which the decision was made and the approach taken are in conflict with humanitarian and compassionate values. The Minister’s guidelines them-

Les facteurs susmentionnés montrent que les droits, les intérêts, et les besoins des enfants, et l’attention particulière à prêter à l’enfance sont des valeurs importantes à considérer pour interpréter de façon raisonnable les raisons d’ordre humanitaire qui guident l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Je conclus qu’étant donné que les motifs de la décision n’indiquent pas qu’elle a été rendue d’une manière réceptive, attentive ou sensible à l’intérêt des enfants de M<sup>me</sup> Baker, ni que leur intérêt ait été considéré comme un facteur décisionnel important, elle constituait un exercice déraisonnable du pouvoir conféré par la loi et doit donc être infirmée. En outre, les motifs de la décision n’accordent pas suffisamment d’importance ou de poids aux difficultés qu’un retour en Jamaïque pouvait susciter pour M<sup>me</sup> Baker, alors qu’elle avait passé 12 ans au Canada, qu’elle était malade et n’était pas assurée de pouvoir suivre un traitement en Jamaïque, et qu’elle serait forcément séparée d’au moins certains de ses enfants.

Il en résulte que je ne suis pas d’accord avec la conclusion de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Shah*, précité, à la p. 239, qu’une décision en vertu du par. 114(2) «relève entièrement [du] jugement et [du] pouvoir discrétionnaire» (je souligne). Le libellé du par. 114(2) et du règlement montre que le pouvoir discrétionnaire conféré est assorti de limites. Bien que je sois d’accord avec la Cour d’appel que la Loi ne donne au demandeur aucun droit à un résultat précis ou à l’application d’un critère juridique particulier, et que la doctrine de l’attente légitime ne commande pas un résultat conforme au libellé d’instruments internationaux, la décision doit être prise suivant une démarche qui respecte les valeurs humanitaires. Par conséquent, l’attention et la sensibilité à l’importance des droits des enfants, de leur intérêt supérieur, et de l’épreuve qui pourrait leur être infligée par une décision défavorable sont essentielles pour qu’une décision d’ordre humanitaire soit raisonnable. Même s’il faut faire preuve de retenue dans le contrôle judiciaire de décisions rendues par les agents d’immigration en vertu du par. 114(2), ces décisions ne doivent pas être maintenues quand elles résultent d’une démarche ou sont elles-mêmes en

selves reflect this approach. However, the decision here was inconsistent with it.

conflit avec des valeurs humanitaires. Les directives du ministre elles-mêmes soutiennent cette approche. Toutefois, la décision en l'espèce était incompatible avec cette approche.

75 The certified question asks whether the best interests of children must be a primary consideration when assessing an applicant under s. 114(2) and the Regulations. The principles discussed above indicate that, for the exercise of the discretion to fall within the standard of reasonableness, the decision-maker should consider children's best interests as an important factor, give them substantial weight, and be alert, alive and sensitive to them. That is not to say that children's best interests must always outweigh other considerations, or that there will not be other reasons for denying an H & C claim even when children's interests are given this consideration. However, where the interests of children are minimized, in a manner inconsistent with Canada's humanitarian and compassionate tradition and the Minister's guidelines, the decision will be unreasonable.

La question certifiée demande s'il faut considérer l'intérêt supérieur des enfants comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un demandeur sous le régime du par. 114(2) et du règlement. Les principes susmentionnés montrent que, pour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire respecte la norme du caractère raisonnable, le décideur devrait considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt. Cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur d'autres considérations, ni qu'il n'y aura pas d'autres raisons de rejeter une demande d'ordre humanitaire même en tenant compte de l'intérêt des enfants. Toutefois, quand l'intérêt des enfants est minimisé, d'une manière incompatible avec la tradition humanitaire du Canada et les directives du ministre, la décision est déraisonnable.

#### E. *Conclusions and Disposition*

#### E. *Conclusions et dispositif*

76 Therefore, both because there was a violation of the principles of procedural fairness owing to a reasonable apprehension of bias, and because the exercise of the H & C discretion was unreasonable, I would allow this appeal.

En conséquence, parce qu'il y a eu manquement aux principes d'équité procédurale en raison d'une crainte raisonnable de partialité, et parce que l'exercice du pouvoir en matière humanitaire était déraisonnable, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi.

77 The appellant requested that solicitor-client costs be awarded to her if she were successful in her appeal. The majority of this Court held as follows in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 134:

L'appelante a demandé que lui soient adjugés les dépens comme entre procureur et client si elle avait gain de cause dans son pourvoi. Notre Cour a conclu à la majorité dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, à la p. 134:

Solicitor-client costs are generally awarded only where there has been reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties.

Les dépens comme entre procureur et client ne sont généralement accordés que s'il y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d'une des parties.

There has been no such conduct on the part of the Minister shown during this litigation, and I do not believe that this is one of the exceptional cases where solicitor-client costs should be awarded. I would allow the appeal, and set aside the decision of Officer Caden of April 18, 1994, with party-

Il n'a pas été démontré que le ministre a eu une telle conduite au cours du présent litige, et je ne crois pas qu'il s'agisse d'un des cas exceptionnels où les dépens devraient être adjugés comme entre procureur et client. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, et d'annuler la décision de l'agent Caden

and-party costs throughout. The matter will be returned to the Minister for redetermination by a different immigration officer.

The reasons of Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. — I agree with L'Heureux-Dubé J.'s reasons and disposition of this appeal, except to the extent that my colleague addresses the effect of international law on the exercise of ministerial discretion pursuant to s. 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. The certified question at issue in this appeal concerns whether federal immigration authorities must treat the best interests of the child as a primary consideration in assessing an application for humanitarian and compassionate consideration under s. 114(2) of the Act, given that the legislation does not implement the provisions contained in the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, a multi-lateral convention to which Canada is party. In my opinion, the certified question should be answered in the negative.

It is a matter of well-settled law that an international convention ratified by the executive branch of government is of no force or effect within the Canadian legal system until such time as its provisions have been incorporated into domestic law by way of implementing legislation: *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141. I do not agree with the approach adopted by my colleague, wherein reference is made to the underlying values of an unimplemented international treaty in the course of the contextual approach to statutory interpretation and administrative law, because such an approach is not in accordance with the Court's jurisprudence concerning the status of international law within the domestic legal system.

In my view, one should proceed with caution in deciding matters of this nature, lest we adversely affect the balance maintained by our Parliamentary tradition, or inadvertently grant the executive the

en date du 18 avril 1994, avec les dépens entre parties dans toutes les cours. L'affaire sera renvoyée au ministre pour qu'un agent d'immigration différent rende une nouvelle décision.

Version française des motifs des juges Cory et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI — Je souscris aux motifs du juge L'Heureux-Dubé et au dispositif qu'elle propose dans le présent pourvoi, sauf pour la question de l'effet du droit international sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par le par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. La question certifiée en l'espèce vise à déterminer si les autorités d'immigration fédérales doivent traiter l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale dans l'examen d'une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire en vertu du par. 114(2) de la Loi, alors que cette loi ne donne pas effet aux dispositions de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, une convention multilatérale dont le Canada est signataire. À mon avis, la question certifiée devrait recevoir une réponse négative.

Il est bien établi qu'une convention internationale ratifiée par le pouvoir exécutif n'a aucun effet en droit canadien tant que ses dispositions ne sont pas incorporées dans le droit interne par une loi les rendant applicables: *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141. Je ne suis pas d'accord avec l'analyse de ma collègue lorsqu'elle se réfère aux valeurs sous-jacentes à un traité international non-applicable dans une approche contextuelle de l'interprétation des lois et du droit administratif, parce qu'une telle approche n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour sur la question du statut du droit international dans le système juridique interne.

À mon avis, il faut aborder avec prudence des décisions de ce genre, sous peine de rompre l'équilibre établi par notre tradition parlementaire ou de conférer par inadvertance à l'exécutif le pouvoir de

78

79

80



power to bind citizens without the necessity of involving the legislative branch. I do not share my colleague's confidence that the Court's precedent in *Capital Cities*, *supra*, survives intact following the adoption of a principle of law which permits reference to an unincorporated convention during the process of statutory interpretation. Instead, the result will be that the appellant is able to achieve indirectly what cannot be achieved directly, namely, to give force and effect within the domestic legal system to international obligations undertaken by the executive alone that have yet to be subject to the democratic will of Parliament.

lier les administrés sans la participation du pouvoir législatif. Je ne partage pas la certitude de ma collègue que le précédent établi par notre Cour dans *Capital Cities*, précité, peut survivre intact après l'adoption d'un principe de droit qui autorise le recours, dans le processus d'interprétation des lois, aux dispositions d'une convention qui n'a pas été intégrée dans la législation. Au lieu de cela, le résultat sera que l'appelante pourra parvenir indirectement à ce qu'elle ne peut faire directement, c'est-à-dire donner effet dans le système juridique interne à des obligations internationales assumées par le pouvoir exécutif seul et qui n'ont pas encore été soumises à la volonté démocratique du Parlement.

81 The primacy accorded to the rights of children in the Convention, assuming for the sake of argument that the factual circumstances of this appeal are included within the scope of the relevant provisions, is irrelevant unless and until such provisions are the subject of legislation enacted by Parliament. In answering the certified question in the negative, I am mindful that the result may well have been different had my colleague concluded that the appellant's claim fell within the ambit of rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Had this been the case, the Court would have had an opportunity to consider the application of the interpretive presumption, established by the Court's decision in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and confirmed in subsequent jurisprudence, that administrative discretion involving *Charter* rights be exercised in accordance with similar international human rights norms.

La primauté donnée aux droits des enfants dans la Convention — à supposer pour les fins de la discussion que les faits du pourvoi ressortissent aux dispositions pertinentes — est sans effet tant et aussi longtemps que ces dispositions n'ont pas été incorporées par une loi adoptée par le Parlement. En donnant une réponse négative à la question certifiée, je suis conscient du fait que le résultat aurait pu être différent si ma collègue avait conclu que la demande de l'appelante relevait de l'application des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si cela avait été le cas, la Cour aurait eu la possibilité d'envisager l'application de la présomption interprétative établie par notre Cour dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et confirmée dans la jurisprudence qui a suivi, selon laquelle le pouvoir administratif discrétionnaire touchant des droits garantis par la *Charte* doit être exercé en conformité avec des normes internationales similaires en matière de droits de la personne.

*Appeal allowed with costs.*

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Solicitors for the appellant: Roger Rowe and Rocco Galati, North York.*

*Procureurs de l'appelante: Roger Rowe et Rocco Galati, North York.*

*Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Le sous-procureur général du Canada, Toronto.*

*Solicitor for the interveners the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, the Defence for Children International-Canada, and*

*Procureur des intervenants la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, la Défense des enfants-International-Canada et le*

*the Canadian Council for Refugees: The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Council of Churches: Jackman and Associates, Toronto.*

*Conseil canadien pour les réfugiés: La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des églises: Jackman and Associates, Toronto.*

**David Beckman, in his capacity as Director, Agriculture Branch, Department of Energy, Mines and Resources, Minister of Energy, Mines and Resources, and Government of Yukon** *Appellants/ Respondents on cross-appeal*

v.

**Little Salmon/Carmacks First Nation and Johnny Sam and Eddie Skookum, on behalf of themselves and all other members of the Little Salmon/Carmacks First Nation** *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Gwich'in Tribal Council, Sahtu Secretariat Inc., Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/ Cree Regional Authority, Council of Yukon First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Nunavut Tunngavik Inc., Tlicho Government, Te'Mexw Nations and Assembly of First Nations** *Interveners*

**INDEXED AS: BECKMAN v. LITTLE SALMON/ CARMACKS FIRST NATION**

**2010 SCC 53**

File No.: 32850.

2009: November 12; 2010: November 19.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE YUKON TERRITORY

*Constitutional law — Aboriginal peoples — Aboriginal rights — Land claims — Duty of Crown to consult*

**David Beckman, en sa qualité de directeur, Direction de l'agriculture, ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources, Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, et gouvernement du Yukon** *Appellants/Intimés au pourvoi incident*

c.

**Première nation de Little Salmon/Carmacks et Johnny Sam et Eddie Skookum, en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation de Little Salmon/Carmacks** *Intimés/Appellants au pourvoi incident*

et

**Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Conseil tribal des Gwich'in, Sahtu Secretariat Inc., Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/ Administration régionale crie, Conseil des Premières nations du Yukon, Première nation de Kwanlin Dün, Nunavut Tunngavik Inc., gouvernement tlicho, Nations Te'Mexw et Assemblée des Premières Nations** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BECKMAN c. PREMIÈRE NATION DE LITTLE SALMON/CARMACKS**

**2010 CSC 53**

N° du greffe : 32850.

2009 : 12 novembre; 2010 : 19 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU YUKON

*Droit constitutionnel — Autochtones — Droits ancestraux — Revendications territoriales — Obligation de la*

*and accommodate in the context of a modern comprehensive land claims treaty — Treaty provides Aboriginal right of access for hunting and fishing for subsistence in their traditional territory — Application by non-Aboriginal for an agricultural land grant within territory approved by Crown — Whether Crown had duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — If so, whether Crown discharged its duty — Constitution Act, 1982, s. 35.*

*Crown law — Honour of the Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown has duty to consult and accommodate prior to making decisions that might adversely affect Aboriginal rights and title claims.*

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Whether decision maker had duty to consult and accommodate — If so, whether decision maker discharged this duty — Lands Act, R.S.Y. 2002, c. 132; Territorial Lands (Yukon) Act, S.Y. 2003, c. 17.*

Little Salmon/Carmacks entered into a land claims agreement with the governments of Canada and the Yukon Territory in 1997, after 20 years of negotiations. Under the treaty, Little Salmon/Carmacks members have a right of access for hunting and fishing for subsistence in their traditional territory, which includes a parcel of 65 hectares for which P submitted an application for an agricultural land grant in November 2001. The land applied for by P is within the trapline of S, who is a member of Little Salmon/Carmacks.

Little Salmon/Carmacks disclaim any allegation that a grant to P would violate the treaty, which itself contemplates that surrendered land may be taken up from time to time for other purposes, including agriculture. Nevertheless, until such taking up occurs, the members of Little Salmon/Carmacks attach importance to their ongoing treaty interest in surrendered Crown lands (of which the 65 acres forms a small part). Little Salmon/Carmacks contend that in considering the grant to P the territorial government proceeded without proper consultation and without proper regard to relevant First Nation's concerns.

The Yukon government's Land Application Review Committee ("LARC") considered P's application at a

*Couronne de consulter et d'accommoder les Autochtones dans le contexte d'un traité récent relatif à des revendications territoriales globales — Traité accordant aux Autochtones l'accès à leur territoire traditionnel pour y pratiquer la chasse et la pêche de subsistance — Approbation, par la Couronne, d'une demande de concession de terres agricoles dans ce territoire présentée par un non-Autochtone — La Couronne avait-elle l'obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones? — Si oui, la Couronne s'est-elle acquittée de cette obligation? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.*

*Droit de la Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones — La Couronne a-t-elle l'obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir des conséquences négatives sur leurs revendications de titre et de droits?*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Le décideur avait-il l'obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones? — Si oui, s'est-il acquitté de cette obligation? — Loi sur les terres, L.R.Y. 2002, ch. 132; Loi du Yukon sur les terres territoriales, L.Y. 2003, ch. 17.*

En 1997, après 20 ans de négociations, la Première nation Little Salmon/Carmacks a conclu avec les gouvernements du Canada et du Territoire du Yukon un accord sur les revendications territoriales. Aux termes du traité, les membres de la première nation possèdent, à des fins de chasse et de pêche de subsistance, un droit d'accès à leur territoire traditionnel qui englobe une parcelle de 65 hectares à l'égard de laquelle P a fait une demande de concession de terres agricoles en novembre 2001. La parcelle visée par la demande de P se trouve dans le territoire de piégeage de S, un membre de la première nation.

La première nation rejette toute allégation que la concession d'une parcelle à P violerait le traité, qui prévoit lui-même que des terres cédées peuvent à l'occasion être prises à d'autres fins, notamment à des fins agricoles. Mais jusqu'à ce que des terres aient été ainsi prises, les membres de la première nation accordent de l'importance à l'intérêt qu'ils conservent sur les terres cédées à la Couronne (dont les 65 hectares forment une petite partie). La première nation soutient qu'en examinant la demande de concession de P, le gouvernement territorial a agi sans tenir la consultation requise et sans prendre en compte les préoccupations pertinentes de la première nation.

Le Comité d'examen des demandes d'aliénation de terres (« CEDAT ») du gouvernement du Yukon a

meeting to which it invited Little Salmon/Carmacks. The latter submitted a letter of opposition to P's application prior to the meeting, but did not attend. At the meeting, LARC recommended approval of the application and, in October 2004, the Director, Agriculture Branch, Yukon Department of Energy, Mines and Resources, approved it. Little Salmon/Carmacks appealed the decision to the Assistant Deputy Minister, who rejected its review request. On judicial review, however, the Director's decision was quashed and set aside. The chambers judge held that the Yukon failed to comply with the duty to consult and accommodate. The Court of Appeal allowed the Yukon's appeal.

*Held:* The appeal and cross-appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: When a modern land claim treaty has been concluded, the first step is to look at its provisions and try to determine the parties' respective obligations, and whether there is some form of consultation provided for in the treaty itself. While consultation may be shaped by agreement of the parties, the Crown cannot contract out of its duty of honourable dealing with Aboriginal people — it is a doctrine that applies independently of the intention of the parties as expressed or implied in the treaty itself.

In this case, a continuing duty to consult existed. Members of Little Salmon/Carmacks possessed an express treaty right to hunt and fish for subsistence on their traditional lands, now surrendered and classified as Crown lands. While the Treaty did not prevent the government from making land grants out of the Crown's holdings, and indeed it contemplated such an eventuality, it was obvious that such grants might adversely affect the traditional economic and cultural activities of Little Salmon/Carmacks, and the Yukon was required to consult with Little Salmon/Carmacks to determine the nature and extent of such adverse effects.

The treaty itself set out the elements the parties regarded as an appropriate level of consultation (where the treaty requires consultation) including proper notice of a matter to be decided in sufficient form and detail to allow that party to prepare its view on the matter; a reasonable period of time in which the party to be consulted may prepare its views on the matter, and an opportunity to present such views to the party obliged

examiné la demande de P lors d'une réunion à laquelle étaient invités les représentants de la première nation. Cette dernière ne s'est pas fait représenter à la réunion mais avait présenté une lettre d'opposition à la demande de P. À la réunion, le CEDAT a recommandé l'approbation de la demande, et le directeur de la Direction de l'agriculture du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources du Yukon l'a approuvée au mois d'octobre 2004. La première nation a fait appel de la décision auprès du sous-ministre adjoint, qui a rejeté la demande de révision. À l'issue du contrôle judiciaire toutefois, la décision du directeur a été annulée. Le juge siégeant en cabinet a conclu que le Yukon n'avait pas respecté son obligation de consulter et d'accommoder. La Cour d'appel a accueilli l'appel du Yukon.

*Arrêt :* Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

*La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell :* Lorsqu'un traité récent relatif aux revendications territoriales a été conclu, la première étape consiste à examiner les dispositions et à tenter de déterminer les obligations respectives des parties et l'existence, dans le traité lui-même, d'une forme quelconque de consultation. Les parties peuvent s'entendre sur les modalités de la consultation, mais la Couronne ne peut se soustraire à son obligation de traiter honorablement avec les Autochtones — il s'agit d'une doctrine qui s'applique indépendamment de l'intention des parties, que cette intention soit expresse ou implicite dans le traité lui-même.

En l'espèce, l'obligation de consulter était permanente. Les membres de la première nation possédaient un droit, prévu expressément au traité, de pratiquer la chasse et la pêche de subsistance sur leur territoire traditionnel qui a maintenant été cédé et est considéré comme des terres de la Couronne. Même si le traité n'empêchait pas le gouvernement de concéder des terres de la Couronne, cette possibilité y était même prévue, il était évident que cela risquait d'avoir des conséquences négatives sur les activités économiques et culturelles traditionnelles de la première nation, et le Yukon était tenu de consulter cette dernière afin de déterminer la nature et l'étendue de ces conséquences négatives.

Le traité lui-même précise les éléments considérés par les parties comme constituant une consultation appropriée (lorsqu'une consultation est nécessaire). Ces éléments comprennent un avis suffisamment détaillé concernant la question à trancher afin de permettre à la partie consultée de préparer sa position sur la question, un délai suffisant pour permettre à la partie devant être consultée de préparer sa position sur la question ainsi

to consult; and full and fair consideration by the party obliged to consult of any views presented.

The actual treaty provisions themselves did not govern the process for agricultural grants at the time. However, given the existence of the treaty surrender and the legislation in place to implement it, and the decision of the parties not to incorporate a more elaborate consultation process in the Treaty itself, the scope of the duty of consultation in this situation was at the lower end of the spectrum.

Accordingly, the Director was required, as a matter of compliance with the legal duty to consult based on the honour of the Crown, to be informed about and consider the nature and severity of any adverse impact of the proposed grant before he made a decision to determine (amongst other things) whether accommodation was necessary or appropriate. The purpose of consultation was not to re-open the Treaty or to re-negotiate the availability of the lands for an agricultural grant. Such availability was already established in the Treaty. Consultation was required to help manage the important ongoing relationship between the government and the Aboriginal community in a way that upheld the honour of the Crown and promoted the objective of reconciliation.

In this case, the duty of consultation was discharged. Little Salmon/Carmacks acknowledges that it received appropriate notice and information. The Little Salmon/Carmacks objections were made in writing and they were dealt with at a meeting at which Little Salmon/Carmacks was entitled to be present (but failed to attend). Both Little Salmon/Carmacks' objections and the response of those who attended the meeting were before the Director when, in the exercise of his delegated authority, he approved P's application. Neither the honour of the Crown nor the duty to consult required more.

Nor was there any breach of procedural fairness. While procedural fairness is a flexible concept, and takes into account the Aboriginal dimensions of the decision facing the Director, it is nevertheless a doctrine that applies as a matter of administrative law to regulate relations between the government decision makers and all residents of the Yukon, Aboriginal as well as non-Aboriginal.

While the Yukon had a duty to consult, there was no further duty of accommodation on the facts of this case. Nothing in the treaty itself or in

que l'occasion de présenter cette position à la partie obligée de tenir la consultation, et un examen complet et équitable de toutes les positions présentées, par la partie obligée de tenir la consultation.

Le processus de concession de terres à des fins agricoles n'était pas régi à l'époque par les dispositions elles-mêmes du traité. Cependant, étant donné l'existence de la cession opérée par le traité et les textes législatifs adoptés en vue de la mise en œuvre de celui-ci, ainsi que la décision des parties de ne pas incorporer dans le traité lui-même un processus de consultation plus élaboré, la portée de l'obligation de consultation dans une telle situation se situait au bas du continuum.

Par conséquent, le directeur était tenu, pour se conformer à l'obligation juridique de consulter fondée sur l'honneur de la Couronne, d'être informé de la nature et de la gravité de toute incidence négative de la concession projetée et d'en tenir compte avant de prendre une décision, pour déterminer (entre autres choses) si des accommodements étaient nécessaires ou appropriés. La consultation n'avait pas pour objet de rouvrir le traité ou de renégocier la possibilité de concéder les terres à des fins agricoles. Cette possibilité était déjà prévue au traité. La consultation était requise afin de faciliter la gestion de la relation importante entre le gouvernement et la communauté autochtone en conformité avec la préservation de l'honneur de la Couronne et la réalisation de l'objectif de réconciliation.

En l'espèce, l'obligation de consultation a été respectée. La première nation reconnaît avoir reçu un avis suffisant et l'information utile. Elle a communiqué ses objections par écrit, et celles-ci ont été étudiées lors d'une réunion à laquelle la première nation avait le droit d'assister (mais à laquelle elle ne s'est pas fait représenter). Le directeur avait pris connaissance des objections de la première nation et de la réponse fournie par les personnes présentes à la réunion lorsque, dans l'exercice de son pouvoir délégué, il a approuvé la demande de P. L'honneur de la Couronne et l'obligation de consultation n'exigeaient rien de plus.

Il n'y a eu non plus aucun manquement à l'équité procédurale. Si l'équité procédurale est une notion souple et prend en compte les aspects qui, dans la décision que doit prendre le directeur, touchent directement les Autochtones, il n'en demeure pas moins que cette doctrine s'applique en droit administratif pour encadrer les relations entre les décideurs gouvernementaux et tous les habitants du Yukon, Autochtones comme non-Autochtones.

Si le Yukon avait une obligation de consultation, les faits de l'espèce ne donnent lieu à aucune autre obligation d'accommodement. Le traité lui-même ou

the surrounding circumstances gave rise to such a requirement.

In exercising his discretion in this case, as in all others, the Director was required to respect legal and constitutional limits. The constitutional limits included the honour of the Crown and its supporting doctrine of the duty to consult. The standard of review in that respect, including the adequacy of the consultation, is correctness. Within the limits established by the law and the Constitution, however, the Director's decision should be reviewed on a standard of reasonableness.

In this case, the Director did not err in law in concluding that the level of consultation that had taken place was adequate. The advice the Director received from his officials after consultation is that the impact of the grant of 65 hectares would not be significant. There is no evidence that he failed to give full and fair consideration to the concerns of Little Salmon/Carmacks. The material filed by the parties on the judicial review application does not demonstrate any palpable error of fact in his conclusion. Whether or not a court would have reached a different conclusion is not relevant. The decision to approve or not to approve the grant was given by the legislature to the Minister who, in the usual way, delegated the authority to the Director. His disposition was reasonable in the circumstances.

*Per LeBel and Deschamps JJ.:* Whereas past cases have concerned unilateral actions by the Crown that triggered a duty to consult for which the terms had not been negotiated, in the case at bar, the parties have moved on to another stage. Formal consultation processes are now a permanent feature of treaty law, and the Little Salmon/Carmacks Final Agreement affords just one example of this. To give full effect to the provisions of a treaty such as the Final Agreement is to renounce a paternalistic approach to relations with Aboriginal peoples. It is a way to recognize that Aboriginal peoples have full legal capacity. To disregard the provisions of such a treaty can only encourage litigation, hinder future negotiations and threaten the ultimate objective of reconciliation.

To allow one party to renege unilaterally on its constitutional undertaking by superimposing further rights and obligations relating to matters already provided for in the treaty could result in a paternalistic legal contempt, compromise the national treaty negotiation

l'ensemble des circonstances ne donnent en aucun cas ouverture à une telle obligation.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans ce cas, comme dans tous les autres cas, le directeur devait respecter des limites légales et constitutionnelles. Les limites constitutionnelles incluaient l'honneur de la Couronne et le principe de l'obligation de consulter qui l'appuie. La norme de contrôle à cet égard, y compris à l'égard du caractère adéquat de la consultation, est celle de la décision correcte. Dans les limites établies par le droit et la Constitution, toutefois, la décision du directeur doit être examinée selon la norme de la raisonabilité.

En l'espèce, le directeur n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que la consultation menée était adéquate. Selon l'avis reçu de ses fonctionnaires par le directeur après la consultation, les incidences de la concession de 65 hectares de terres ne seraient pas importantes. Rien n'indique que les préoccupations de la première nation n'ont pas fait l'objet d'un examen complet et équitable de sa part. Les documents déposés par les parties lors de la demande de contrôle judiciaire ne révèlent l'existence d'aucune erreur de fait manifeste dans sa conclusion. Le fait qu'un tribunal judiciaire aurait éventuellement pu arriver à une conclusion différente n'est pas pertinent. La décision d'approuver ou de ne pas approuver la concession de la parcelle de terre a été confiée par l'assemblée législative au ministre qui, de la façon habituelle, a délégué ce pouvoir au directeur. La décision prise par ce dernier était raisonnable dans les circonstances.

*Les juges LeBel et Deschamps :* Si, jusqu'ici, les litiges ont mis en cause une action unilatérale de la Couronne qui déclenchait une obligation de consulter dont les modalités n'avaient pas été négociées, le présent dossier indique que les parties sont maintenant passées à une autre étape. Les processus formels de consultation font maintenant résolument partie de l'univers juridique des traités. L'Entente définitive de Little Salmon/Carmacks n'en est qu'un exemple. Donner leur plein effet aux stipulations d'un traité comme l'Entente définitive c'est renoncer à toute approche paternaliste à l'égard des peuples autochtones. Il s'agit d'une façon de reconnaître leur pleine capacité juridique. Méconnaître les stipulations d'un tel traité ne peut qu'encourager le recours aux tribunaux, nuire aux négociations futures et compromettre la réalisation de l'objectif ultime de réconciliation.

Permettre à une partie de revenir unilatéralement sur son engagement constitutionnel en y superposant des droits et obligations additionnels portant sur des matières déjà prévues au traité risque de se traduire par un mépris juridique paternaliste, de compromettre le

process and frustrate the ultimate objective of reconciliation. This is the danger of what seems to be an unfortunate attempt to take the constitutional principle of the honour of the Crown hostage together with the principle of the duty to consult Aboriginal peoples that flows from it.

In concluding a treaty, the Crown does not act dishonourably in agreeing with an Aboriginal community on an elaborate framework involving various forms of consultation with respect to the exercise of that community's rights. Nor does the Crown act dishonourably if it requires the Aboriginal party to agree that no parallel mechanism relating to a matter covered by the treaty will enable that party to renege on its undertakings. Legal certainty is the primary objective of all parties to a comprehensive land claim agreement.

Legal certainty cannot be attained if one of the parties to a treaty can unilaterally renege on its undertakings with respect to a matter provided for in the treaty where there is no provision for its doing so in the treaty. This does not rule out the possibility of there being matters not covered by a treaty with respect to which the Aboriginal party has not surrendered possible Aboriginal rights. Nor does legal certainty imply that an equitable review mechanism cannot be provided for in a treaty.

Thus, it should be obvious that the best way for a court to contribute to ensuring that a treaty fosters a positive long relationship between Aboriginal and non-Aboriginal communities consists in ensuring that the parties cannot unilaterally renege on their undertakings. And once legal certainty has been pursued as a common objective at the negotiation stage, it cannot become a one-way proposition at the stage of implementation of the treaty. On the contrary, certainty with respect to one party's rights implies that the party in question must discharge its obligations and respect the other party's rights. Having laboured so hard, in their common interest, to substitute a well-defined legal system for an uncertain normative system, both the Aboriginal party and the Crown party have an interest in seeing their efforts bear fruit.

It is in fact because the agreement in issue does provide that the Aboriginal party has a right to various forms of consultation with respect to the rights the Crown wishes to exercise in this case that rights and obligations foreign to the mechanism provided for in the treaty must not be superimposed on it, and not simply because this is a "modern" treaty constituting a land claims agreement.

processus national de négociation de traités et de nuire à la poursuite de l'objectif ultime de réconciliation. Voilà le péril auquel nous expose ce qui semble être une malheureuse prise en otage du principe constitutionnel d'honneur de la Couronne et du principe en découlant, l'obligation de consulter les Autochtones.

Dans le cadre de la conclusion d'un traité, il n'y a rien de déshonorant pour la Couronne à s'entendre avec une communauté autochtone sur un régime détaillé et multi-forme de consultation relative à l'exercice des droits de cette communauté. Il n'y a rien non plus de déshonorant de la part de la Couronne à exiger de la partie autochtone qu'aucun régime parallèle relatif à une matière prévue au traité ne permette à celle-ci de revenir sur ses engagements. En effet, la sécurité juridique est l'objectif premier de toutes les parties à un accord portant règlement de revendication territoriale globale.

Il ne saurait y avoir de sécurité juridique si une des parties à un traité pouvait — unilatéralement et sans que cela ne soit prévu au traité — revenir sur ses engagements à l'égard d'une matière prévue à ce traité. Cela ne veut pas dire qu'il ne peut pas exister de matières dont les parties n'auront pas traité et à l'égard desquelles la partie autochtone pourra ne pas avoir renoncé à d'éventuels droits ancestraux. La sécurité juridique n'exclut pas non plus la possibilité de prévoir, dans un traité, un mécanisme équitable de réexamen.

En ce sens, il devrait être évident que la meilleure façon pour les tribunaux de contribuer à ce qu'un traité favorise une longue relation positive entre parties autochtone et étatique consiste à s'assurer que les parties ne puissent revenir unilatéralement sur leurs engagements. Et il se trouve que, en aval de sa poursuite en tant qu'objectif partagé à l'étape de la négociation, la sécurité juridique ne saurait, à l'étape de la mise en œuvre d'un traité, opérer à sens unique. Au contraire, la sécurité des droits d'une partie implique nécessairement que celle-ci s'acquitte de ses obligations et respecte les droits de l'autre partie. S'étant toutes deux échinées, dans leur intérêt commun, à substituer un système juridique précis à un régime normatif incertain, la partie autochtone et la partie étatique ont toutes deux intérêt à ce que leur œuvre produise ses effets.

En l'espèce, c'est justement parce que l'accord en cause traite bel et bien des différentes formes de consultation auxquelles a droit la partie autochtone concernant les droits que la Couronne veut exercer qu'il faut se garder de superposer à ce régime des droits et obligations qui lui sont étrangers, et non pas simplement parce qu'il s'agit d'un traité « moderne » constituant un accord portant règlement de revendications territoriales.



Even when the treaty in issue is a land claims agreement, the Court must first identify the common intention of the parties and then decide whether the common law constitutional duty to consult applies to the Aboriginal party. Therefore, where there is a treaty, the common law duty to consult will apply only if the parties to the treaty have failed to address the issue of consultation.

The consultation that must take place if a right of the Aboriginal party is impaired will consist in either: (1) the measures provided for in the treaty in this regard; or (2) if no such measures are provided for in the treaty, the consultation required under the common law framework.

Where a treaty provides for a mechanism for consultation, what it does is to override the common law duty to consult Aboriginal peoples; it does not affect the general administrative law principle of procedural fairness, which may give rise to a duty to consult rights holders individually.

The courts are not blind to omissions, or gaps left in the treaty, by the parties with respect to consultation, and the common law duty to consult could always be applied to fill such a gap. But no such gap can be found in this case.

These general considerations alone would form a sufficient basis for dismissing the appeal.

But the provisions of the Final Agreement also confirm this conclusion. The Final Agreement includes general and interpretive provisions that are reproduced from the Umbrella Agreement. More precisely, this framework was first developed by the parties to the Umbrella Agreement, and was then incorporated by the parties into the various final agreements concluded under the Umbrella Agreement. Where there is any inconsistency or conflict, the rules of this framework prevail over the common law principles on the interpretation of treaties between governments and Aboriginal peoples.

These general and interpretive provisions also establish certain rules with respect to the relationships of the Umbrella Agreement and any final agreement concluded under it, not only the relationship between them, but also that with the law in general. These rules can be summarized in the principle that the Final Agreement prevails over any other non-constitutional legal rule, subject to the requirement that its provisions not be so construed as to affect the rights of “Yukon Indian people” as Canadian citizens and their entitlement to

Même lorsque le traité en cause est un accord portant règlement de revendications territoriales, la Cour doit d’abord dégager l’intention commune des parties, elle se prononcera ensuite sur l’application, à la partie autochtone, du régime jurisprudentiel relatif à l’obligation constitutionnelle de consultation. Par conséquent, en présence d’un traité, l’obligation jurisprudentielle de consultation ne s’appliquera qu’en cas d’omission des parties au traité d’avoir prévu cette matière.

La consultation requise lorsqu’il y a atteinte à un droit des Autochtones comportera : (1) soit les mesures prévues par le traité à cet égard; (2) soit, à défaut de telles mesures dans le traité, un degré de consultation que le régime jurisprudentiel établit.

Lorsqu’un traité établit des mesures de consultation, ce que le traité a pour effet d’écarter dans un tel cas est bien l’obligation jurisprudentielle de consultation des peuples autochtones, non pas toute obligation de consulter individuellement le titulaire d’un droit pouvant découler du principe général du droit administratif qu’est l’équité procédurale.

Les tribunaux ne sont pas aveugles aux omissions ou lacunes des parties au traité en matière de consultation et l’obligation jurisprudentielle de consultation pourrait toujours s’appliquer pour combler cette lacune. Mais aucune lacune de ce genre ne peut être constatée dans la présente affaire.

Il serait possible, sur la seule base de ces considérations d’ordre général, de rejeter l’appel principal.

Cependant, les dispositions de l’Entente définitive confirment elles aussi cette conclusion. L’Entente définitive comporte des dispositions générales et interprétatives qui ont été reprises de l’Accord-cadre. Plus exactement, ce régime a d’abord été élaboré par les parties à l’Accord-cadre, puis repris par les parties aux différentes ententes définitives conclues conformément aux stipulations de cet accord. Advenant toute incompatibilité, ce régime l’emporte sur les principes dégagés par la jurisprudence en matière d’interprétation de traités conclus par les gouvernements et les peuples autochtones.

Ces dispositions interprétatives et générales posent aussi certaines normes relatives aux rapports qu’entretiennent l’Accord-cadre et toute entente définitive conclue conformément à ses stipulations, non seulement entre eux, mais avec le reste du droit également. Ces normes peuvent être résumées par le principe selon lequel l’Entente définitive l’emporte sur toute autre règle de droit infraconstitutionnel, sous réserve du fait que ses dispositions ne doivent pas être interprétées d’une manière portant atteinte aux droits des Indiens du Yukon en tant

all the rights, benefits and protections of other citizens. In short, therefore, with certain exceptions, the treaty overrides Aboriginal rights related to the matters to which it applies, and in cases of conflict or inconsistency, it prevails over all other non-constitutional law.

Regarding the relationship between the treaty in issue and the rest of our constitutional law other than the case law on Aboriginal rights, such a treaty clearly cannot on its own amend the Constitution of Canada. In other words, the Final Agreement contains no provisions that affect the general principle that the common law duty to consult will apply only where the parties have failed to address the issue of consultation. This will depend on whether the parties have come to an agreement on this issue, and if they have, the treaty will — unless, of course, the treaty itself provides otherwise — override the application to the parties of any parallel framework, including the common law framework.

In this case, the parties included provisions in the treaty that deal with consultation on the very question of the Crown's right to transfer Crown land upon an application like the one made by P.

P's application constituted a project to which the assessment process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement applied. Although that process had not yet been implemented, Chapter 12, including the transitional legal rules it contains, had been. Under those rules, any existing development assessment process would remain applicable. The requirements of the processes in question included not only consultation with the First Nation concerned, but also its participation in the assessment of the project. Any such participation would involve a more extensive consultation than would be required by the common law duty in that regard. Therefore, nothing in this case can justify resorting to a duty other than the one provided for in the Final Agreement.

Moreover, the provisions of Chapter 16 on fish and wildlife management establish a framework under which the First Nations are generally invited to participate in the management of those resources at the pre-decision stage. In particular, the invitation they receive to propose fish and wildlife management plans can be regarded as consultation.

The territorial government's conduct raises questions in some respects. In particular, there is the fact that the Director did not notify the First Nation of his decision of October 18, 2004 until July 27, 2005.

que citoyens canadiens ni à leur droit de jouir de tous les droits, avantages et protections reconnus aux autres citoyens. En somme, donc, sauf exception le traité se substitue aux droits ancestraux relativement aux matières dont il dispose et il a préséance, en cas d'incompatibilité, sur le reste du droit infraconstitutionnel.

En ce qui a trait à la relation entre le traité en cause et le reste de notre droit constitutionnel au-delà du seul régime jurisprudentiel des droits ancestraux, un tel traité ne saurait évidemment à lui seul modifier la Constitution du Canada. Autrement dit, l'Entente définitive ne contient pas de dispositions qui auraient une incidence sur le principe général selon lequel l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel ne s'appliquera qu'en cas d'omission des parties au traité d'avoir prévu cette matière. En effet, tout dépendra de ce que les parties auront ou non convenu sur la question, auquel cas le traité, sauf bien sûr renvoi à l'effet contraire dans celui-ci, aura écarté l'application entre les parties de tout régime parallèle, y compris le régime jurisprudentiel.

En l'espèce, les parties ont prévu, dans le traité des dispositions concernant la consultation sur la question précise du droit de la Couronne de céder de ses terres à la suite d'une demande comme celle de P.

La demande de P constituait un projet soumis au processus d'évaluation prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive. Ce processus n'avait pas été mis en œuvre, mais le chapitre 12 l'avait été, y compris les règles de droit provisoire y figurant. En vertu de ces règles, tout processus existant d'évaluation des activités de développement demeurait en vigueur. Ces processus prévoyaient non seulement la consultation de la nation autochtone concernée, mais aussi sa participation à l'évaluation du projet. Une telle participation impliquait un niveau de consultation supérieur à celui qui aurait été fondé sur l'obligation faite par la jurisprudence à cet égard. En conséquence, rien, en l'espèce, ne saurait justifier le recours à une obligation externe à celle prévue par l'Entente définitive.

De plus, les dispositions du chapitre 16 qui concernent la gestion des ressources halieutiques et fauniques instaurent un régime par lequel les premières nations sont généralement invitées à participer à la gestion de ces ressources sur une base prédécisionnelle. Notamment, l'invitation qui leur est faite de proposer des plans de gestion des ressources halieutiques et fauniques peut être considérée comme une consultation.

À certains égards, la conduite des autorités territoriales soulève des interrogations. C'est notamment le cas en ce qui a trait au fait que le directeur n'a signifié que le 27 juillet 2005 à la première nation sa décision

Under s. 81(1) of the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7 (“YESAA”), the “designated office” and, if applicable, the executive committee of the Yukon Development Assessment Board would have been entitled to receive copies of that decision and, one can only assume, to receive them within a reasonable time. Here, the functional equivalent of the designated office is the Land Application Review Committee (“LARC”). Even if representatives of the First Nation did not attend the August 13, 2004 meeting, it would be expected that the Director would inform that First Nation of his decision within a reasonable time. Nonetheless, the time elapsed after the decision did not affect the quality of the prior consultation.

The territorial government’s decision to proceed with P’s application at the “prescreening” stage despite the requirement of consultation in the context of the First Nation’s fish and wildlife management plan was not an exemplary practice either. However, the First Nation did not express concern about this in its letter of July 27, 2004 to Yukon’s Lands Branch. And as can be seen from the minutes of the August 13, 2004 meeting, the concerns of the First Nation with respect to resource conservation were taken into consideration. Also, the required consultation in the context of the fish and wildlife management plan was far more limited than the consultation to which the First Nation was entitled in participating in LARC, which was responsible for assessing the specific project in issue in this appeal. Finally, the First Nation, the renewable resources council and the Minister had not agreed on a provisional suspension of the processing of applications for land in the area in question.

Despite these aspects of the handling of P’s application that are open to criticism, it can be seen from the facts as a whole that the respondents received what they were entitled to receive from the appellants where consultation as a First Nation is concerned. In fact, in some respects they were consulted to an even greater extent than they would have been under the YESAA.

The only right the First Nation would have had under the YESAA was to be heard by the assessment district office as a stakeholder. That consultation would have been minimal, whereas the First Nation was invited to participate directly in the assessment of P’s application as a member of LARC.

du 18 octobre 2004. En vertu du par. 81(1) de la *Loi sur l’évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7, (« LÉESY »), le « bureau désigné » et, le cas échéant, le comité de direction de la Commission d’évaluation des activités de développement du Yukon auraient eu droit de recevoir une copie de cette décision, et ce, on peut le supposer, à l’intérieur d’un délai raisonnable. L’équivalent fonctionnel du bureau désigné est ici le Comité d’examen des demandes d’aliénation de terres (« CEDAT »). Même si les représentants de la première nation ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août 2004, on se serait attendu à ce que le directeur informe cette première nation de sa décision dans un délai raisonnable. Ce délai, survenu après la décision, n’a cependant pas affecté la qualité de la consultation préalable.

La décision qu’a prise l’administration territoriale, au terme de l’examen préalable, de poursuivre le traitement de la demande de P malgré la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques de la première nation n’est pas davantage un exemple de bonne pratique. Cependant, la première nation n’a pas exprimé cette préoccupation dans sa lettre du 27 juillet 2004 à la Direction des Terres du Yukon. De plus, comme le démontre le procès-verbal de la réunion du 13 août 2004, les préoccupations de la première nation concernant la conservation des ressources ont été prises en considération. Au surplus, la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques était beaucoup plus limitée que celle à laquelle donnait droit la participation de la première nation au CEDAT qui était chargé d’évaluer le projet spécifique faisant l’objet du présent pourvoi. De surcroît, la première nation, le conseil des ressources renouvelables et le ministre ne s’étaient pas entendus sur la suspension provisoire du traitement de toute demande d’aliénation de terres dans la région visée.

Au-delà de ces aspects critiquables du cheminement de la demande de P, l’ensemble des faits révèle que les intimés ont reçu des appelants ce à quoi ils avaient droit de la part de ceux-ci en matière de consultation à titre de première nation. En réalité, ils ont même obtenu à certains égards davantage que ce que leur aurait procuré la LÉESY.

Le seul droit qu’aurait obtenu la première nation en vertu de la LÉESY est celui d’être entendue à titre de personne intéressée par le bureau de circonscription. Il s’agissait là d’une consultation minimale, alors que la première nation a été invitée à participer directement, à titre d’évaluateur membre du CEDAT, à l’évaluation de la demande de P.

It is true that the First Nation's representatives did not attend the August 13, 2004 meeting. They did not notify the other members of LARC that they would be absent and did not request that the meeting be adjourned, but they had already submitted comments in a letter.

Thus, the process that led to the October 18, 2004 decision on P's application was consistent with the transitional law provisions of Chapter 12 of the Final Agreement. There is no legal basis for finding that the Crown breached its duty to consult.

### Cases Cited

By Binnie J.

**Considered:** *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; **applied:** *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557; **referred to:** *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256.

By Deschamps J.

**Considered:** *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; **referred to:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Reference*

Il est vrai que les représentants de la première nation ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août 2004. Cela est survenu sans qu'ils ne préviennent au préalable les autres membres du CEDAT et sans demander l'ajournement de la réunion mais alors qu'ils avaient fait des commentaires par lettre.

Par conséquent, le processus qui a mené à la décision du 18 octobre 2004 relativement à la demande de P respectait les dispositions de droit provisoire prévues au chapitre 12 de l'Entente définitive. Il n'existe aucun motif juridique permettant de conclure que l'obligation de consultation de la Couronne a été violée.

### Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

**Arrêts examinés :** *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; **arrêts appliqués :** *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557; **arrêts mentionnés :** *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, autorisation d'appel refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256.

Citée par le juge Deschamps

**Arrêt examiné :** *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; **arrêts mentionnés :** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004]

*re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *R. v. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, aff'd (1965), 52 D.L.R. (2d) 481; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1895), 25 S.C.R. 434; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746.

### Statutes and Regulations Cited

*Assessable Activities, Exceptions and Executive Committee Projects Regulations*, SOR/2005-379, ss. 2, 5, Sch. 1, Part 13, item 27.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37.  
*Constitution Act, 1867*, Part VI.  
*Constitution Act, 1982*, ss. 25, 35, 52, Part V.  
*Environmental Assessment Act*, S.Y. 2003, c. 2 [rep. O.I.C. 2005/202, (2006) 25 Y. Gaz. II, 32].  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.  
*Lands Act*, R.S.Y. 2002, c. 132, s. 7(1)(a).  
*Royal Proclamation* (1763), R.S.C. 1985, App. II, No. 1.  
*Territorial Lands (Yukon) Act*, S.Y. 2003, c. 17.  
*Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229, ss. 13(1), 82, 187.  
*Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7, ss. 2(1) "territory", 5, 8, 20(1), 23(1), 47(2), 50(1), 55(1)(b), 55(4), 60, 63, 81(1), 82(1), 83(1), 84(1), 122(c), 134.  
*Yukon First Nations Land Claims Settlement Act*, S.C. 1994, c. 34, ss. 5, 6(2), 13.

### Treaties and Agreements

*James Bay and Northern Québec Agreement* (1975).  
 Little Salmon/Carmacks First Nation Final Agreement, July 1, 1997 (online: [http://www.eco.gov.yk.ca/pdf/little\\_salmon\\_carmacks\\_fa.pdf](http://www.eco.gov.yk.ca/pdf/little_salmon_carmacks_fa.pdf)).  
*Treaty No. 8* (1899).  
*Treaty No. 11* (1921).

3 R.C.S. 550; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, conf. par (1965), 52 D.L.R. (2d) 481; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, partie VI.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 25, 35, 52, partie V.  
*Loi du Yukon sur les terres territoriales*, L.Y. 2003, ch. 17.  
*Loi sur l'évaluation environnementale*, L.Y. 2003, ch. 2 [abr. D. 2005/202, (2006) 25 Gaz. Y. II, 32].  
*Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7, art. 2(1) « territoire », 5, 8, 20(1), 23(1), 47(2), 50(1), 55(1)(b), 55(4), 60, 63, 81(1), 82(1), 83(1), 84(1), 122(c), 134.  
*Loi sur la faune*, L.R.Y. 2002, ch. 229, art. 13(1), 82, 187.  
*Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, ch. 34, art. 5, 6(2), 13.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5.  
*Loi sur les terres*, L.R.Y. 2002, ch. 132, art. 7(1)a).  
*Proclamation royale* (1763), L.R.C. 1985, app. II, n° 1.  
*Règlement sur les activités susceptibles d'évaluation, les exceptions et les projets de développement soumis au comité de direction*, DORS/2005-379, art. 2, 5, ann. 1, partie 13, art. 27.

### Traités et ententes

Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon (1993).  
*Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (1975).

Umbrella Final Agreement between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of the Yukon (1993).

### Authors Cited

- Canada. Indian and Northern Affairs. *Federal Policy for the Settlement of Native Claims*. Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 1993.
- Grammond, Sébastien. *Aménager la coexistence: Les peuples autochtones et le droit canadien*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
- Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich Publishing, 2009.
- Saint-Hilaire, Maxime. “La proposition d’entente de principe avec les Innus: vers une nouvelle génération de traités?” (2003), 44 *C. de D.* 395.
- Stevenson, Mark L. “Visions of Certainty: Challenging Assumptions”, in Law Commission of Canada, ed., *Speaking Truth to Power: A Treaty Forum*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 2001, 113.
- Williams, Robert A. *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*. New York: Oxford University Press, 1997.
- Yukon. *Agriculture for the 90s: A Yukon Policy*. Whitehorse: Yukon Government, 1991.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (Newbury, Kirkpatrick and Tysoe J.J.A.), 2008 YKCA 13, 296 D.L.R. (4th) 99, 258 B.C.A.C. 160, 434 W.A.C. 160, [2008] 4 C.N.L.R. 25, 71 R.P.R. (4th) 162, [2008] Y.J. No. 55 (QL), 2008 CarswellYukon 62, setting aside the decision of Veale J., 2007 YKSC 28, [2007] 3 C.N.L.R. 42, [2007] Y.J. No. 24 (QL), 2007 CarswellYukon 18, quashing the approval of application for land grant. Appeal and cross-appeal dismissed.

*Brad Armstrong, Q.C., Keith Bergner, Penelope Gawn and Lesley McCullough*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

*Jean Teillet, Arthur Pape and Richard B. Salter*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

*Mitchell R. Taylor, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks, 1 juillet 1997 (en ligne : <http://www.ainc-inac.gc.ca/al/ldc/ccl/fagr/ykn/slmon/lfsa/lfsa-fra.pdf>).

*Traité n° 8* (1899).

*Traité n° 11* (1921).

### Doctrine citée

- Canada. Affaires indiennes et du Nord. *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*. Ottawa : Affaires indiennes et du Nord Canada, 1993.
- Grammond, Sébastien. *Aménager la coexistence : Les peuples autochtones et le droit canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
- Newman, Dwight G. *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon : Purich Publishing, 2009.
- Saint-Hilaire, Maxime. « La proposition d’entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités? » (2003), 44 *C. de D.* 395.
- Stevenson, Mark L. « Visions de certitude : question d’hypothèses », dans Commission du droit du Canada, dir., *Parlons franchement à propos des traités*. Ottawa : Ministère des travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2001, 123.
- Williams, Robert A. *Linking Arms Together : American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*. New York : Oxford University Press, 1997.
- Yukon. *Agriculture for the 90s : A Yukon Policy*. Whitehorse : Yukon Government, 1991.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel du Yukon (les juges Newbury, Kirkpatrick et Tysoe), 2008 YKCA 13, 296 D.L.R. (4th) 99, 258 B.C.A.C. 160, 434 W.A.C. 160, [2008] 4 C.N.L.R. 25, 71 R.P.R. (4th) 162, [2008] Y.J. No. 55 (QL), 2008 CarswellYukon 62, qui a infirmé une décision du juge Veale, 2007 YKSC 28, [2007] 3 C.N.L.R. 42, [2007] Y.J. No. 24 (QL), 2007 CarswellYukon 18, annulant l’approbation de la demande de concession de terres. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

*Brad Armstrong, c.r., Keith Bergner, Penelope Gawn et Lesley McCullough*, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

*Jean Teillet, Arthur Pape et Richard B. Salter*, pour les intimés/appelants au pourvoi incident.

*Mitchell R. Taylor, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Hugues Melançon and Natacha Lavoie*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Rolf Pritchard and Justin S. C. Mellor*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

*Brian A. Crane, Q.C.*, for the interveners the Gwich'in Tribal Council and Sahtu Secretariat Inc.

*Jean-Sébastien Clément and François Dandonneau*, for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority.

*James M. Coady, Dave Joe and Daryn R. Leas*, for the intervener the Council of Yukon First Nations.

*Joseph J. Arvay, Q.C.*, and *Bruce Elwood*, for the intervener the Kwanlin Dün First Nation.

*James R. Aldridge, Q.C.*, and *Dominique Nouvet*, for the intervener Nunavut Tunngavik Inc.

*John Donihee*, for the intervener the Tlicho Government.

*Robert J. M. Janes and Karey M. Brooks*, for the intervener the Te'Mexw Nations.

*Peter W. Hutchins and Julie Corry*, for the intervener the Assembly of First Nations.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal raises important questions about the interpretation and implementation of modern comprehensive land claims treaties between the Crown and First Nations and other levels of government.

[2] The treaty at issue here is the Little Salmon/Carmacks First Nation Final Agreement (the “LSCFN Treaty”), which was finalized in 1996 and ratified by members of the First Nation in

*Hugues Melançon et Natacha Lavoie*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Rolf Pritchard et Justin S. C. Mellor*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

*Brian A. Crane, c.r.*, pour les intervenants le Conseil tribal des Gwich'in et Sahtu Secretariat Inc.

*Jean-Sébastien Clément et François Dandonneau*, pour l'intervenant le Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie.

*James M. Coady, Dave Joe et Daryn R. Leas*, pour l'intervenant le Conseil des Premières nations du Yukon.

*Joseph J. Arvay, c.r.*, et *Bruce Elwood*, pour l'intervenante la Première nation de Kwanlin Dün.

*James R. Aldridge, c.r.*, et *Dominique Nouvet*, pour l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc.

*John Donihee*, pour l'intervenant le gouvernement tlicho.

*Robert J. M. Janes et Karey M. Brooks*, pour l'intervenante les Nations Te'Mexw.

*Peter W. Hutchins et Julie Corry*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Ce pourvoi soulève d'importantes questions touchant l'interprétation et la mise en œuvre des traités récents relatifs à des revendications territoriales globales conclus entre la Couronne, les Premières Nations et d'autres paliers de gouvernement.

[2] Le traité en cause en l'espèce est l'Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (le « traité PNLSC »), finalisée en 1996 et ratifiée par les membres de la première nation



1997. The LSCFN Treaty is one of 11 that arose out of and implement an umbrella agreement signed in 1993 after 20 years of negotiations between representatives of all of the Yukon First Nations and the federal and territorial governments. It was a monumental achievement. These treaties fall within the protection of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, which gives constitutional protection to existing Aboriginal and treaty rights.

[3] The present dispute relates to an application for judicial review of a decision by the Yukon territorial government dated October 18, 2004, to approve the grant of 65 hectares of surrendered land to a Yukon resident named Larry Paulsen. The plot borders on the settlement lands of the Little Salmon/Carmacks First Nation, and forms part of its traditional territory, to which its members have a treaty right of access for hunting and fishing for subsistence. In the result, Mr. Paulsen still awaits the outcome of the grant application he submitted on November 5, 2001.

[4] The First Nation disclaims any allegation that the Paulsen grant would violate the LSCFN Treaty, which itself contemplates that surrendered land may be taken up from time to time for other purposes, including agriculture. Nevertheless, until such taking up occurs, the members of the LSCFN have an ongoing treaty interest in surrendered Crown lands (of which the 65 hectares form a small part), to which they have a treaty right of access for hunting and fishing for subsistence. The LSCFN contends that the territorial government proceeded without proper consultation and without proper regard to relevant First Nation's concerns. They say the decision of October 18, 2004, to approve the Paulsen grant should be quashed.

[5] The territorial government responds that no consultation was required. The LSCFN Treaty,

en 1997. Le traité PNLSC s'inscrit dans une série de 11 traités découlant et assurant la mise en œuvre d'un accord-cadre signé en 1993 après 20 ans de négociations entre des représentants de l'ensemble des premières nations du Yukon et les gouvernements fédéral et territorial. Il s'agissait d'une réalisation des plus imposantes. Ces traités sont visés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui accorde une protection constitutionnelle aux droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada.

[3] Le litige concerne une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le gouvernement territorial du Yukon a approuvé, le 18 octobre 2004, la concession à un habitant du Yukon nommé Larry Paulsen de 65 hectares de terres cédées. La parcelle en question est contiguë aux terres visées par le règlement de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (« PNLSC »), et fait partie de son territoire traditionnel, auquel ses membres ont un droit d'accès issu d'un traité à des fins de chasse et de pêche de subsistance. En raison de ce litige, M. Paulsen attend toujours le résultat de sa demande de concession de terre présentée le 5 novembre 2001.

[4] La première nation rejette toute allégation suivant laquelle la concession de la parcelle à M. Paulsen violerait le traité PNLSC, qui lui-même prévoit que des terres cédées peuvent à l'occasion être prises à d'autres fins, notamment à des fins agricoles. Mais jusqu'à ce que des terres aient été ainsi prises, les membres de la PNLSC conservent un intérêt issu d'un traité relativement aux terres de la Couronne cédées (dont les 65 hectares forment une petite partie), à l'égard desquelles ils ont un droit d'accès issu d'un traité à des fins de chasse et de pêche de subsistance. La PNLSC soutient que le gouvernement territorial a agi sans effectuer la consultation requise et sans tenir compte des préoccupations pertinentes de la première nation. Selon elle, la décision du 18 octobre 2004 approuvant la concession de terres à M. Paulsen devrait être annulée.

[5] Le gouvernement territorial réplique qu'aucune consultation n'était exigée. Le traité



it says, is a complete code. The treaty refers to consultation in over 60 different places but a land grant application is not one of them. Where not specifically included, the duty to consult, the government says, is excluded.

[6] The important context of this appeal, therefore, is an application for judicial review of a decision that was required to be made by the territorial government having regard to relevant constitutional as well as administrative law constraints. The Yukon Court of Appeal held, as had the trial judge, that the LSCFN Treaty did not exclude the duty of consultation, although in this case the content of that duty was at the lower end of the spectrum (2007 YKSC 28; 2008 YKCA 13). The Court of Appeal went on to hold, disagreeing in this respect with the trial judge, that on the facts the government's duty of consultation had been fulfilled.

[7] I agree that the duty of consultation was not excluded by the LSCFN Treaty, although its terms were relevant to the exercise of the territorial government discretion, as were other principles of administrative and Aboriginal law, as will be discussed. On the facts of the Paulsen application, however, I agree with the conclusion of the Court of Appeal that the First Nation did not make out its case. The First Nation received ample notice of the Paulsen application, an adequate information package, and the means to make known its concerns to the decision maker. The LSCFN's objections were made in writing and they were dealt with at a meeting at which the First Nation was entitled to be present (but failed to show up). Both the First Nation's objections and the response of those who attended the meeting were before the appellant when, in the exercise of his delegated authority, he approved the Paulsen application. In light of the consultation provisions contained in the treaty, neither the honour of the Crown nor the duty to consult were breached. Nor was there any breach of procedural fairness. Nor can it be said that the appellant acted unreasonably in making

PNLSC constitue, dit-il, un code complet. Il est question de consultation à plus de 60 endroits différents dans le traité, mais jamais à propos d'une demande de concession de terres. Lorsque l'obligation de consulter n'est pas spécifiquement mentionnée, dit le gouvernement, elle est exclue.

[6] Le pourvoi s'inscrit donc dans le contexte important d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision que le gouvernement territorial devait prendre en tenant compte des contraintes applicables qu'imposent tant le droit constitutionnel que le droit administratif. La Cour d'appel du Yukon a conclu, comme le juge de première instance, que le traité PNLSC n'excluait pas l'obligation de consulter, bien que le contenu de cette obligation se situait en l'espèce au bas du continuum (2007 YKSC 28; 2008 YKCA 13). La Cour d'appel a ensuite conclu, en désaccord sur ce point avec le juge de première instance, que selon les faits, le gouvernement s'était acquitté de son obligation de consulter.

[7] J'estime moi aussi que l'obligation de consulter n'était pas exclue par le traité PNLSC, même si les clauses de ce dernier étaient pertinentes à l'égard de l'exercice, par le gouvernement territorial, de son pouvoir discrétionnaire, à l'instar d'autres principes du droit administratif et du droit des Autochtones, comme nous le verrons. Mais devant les faits relatifs à la demande de M. Paulsen, je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la première nation n'a pas réussi à démontrer le bien-fondé de ses arguments. La première nation a été avisée longtemps d'avance de la demande de M. Paulsen; on lui a fourni une documentation adéquate et on lui a donné le moyen de faire connaître ses préoccupations au décideur. La PNLSC a communiqué ses objections par écrit, et celles-ci ont été étudiées lors d'une réunion à laquelle la première nation avait le droit d'assister (mais à laquelle elle ne s'est pas fait représenter). L'appellant avait pris connaissance des objections soulevées par la première nation et de la réponse fournie par les personnes présentes à la réunion lorsque, dans l'exercice de son pouvoir délégué, il a approuvé la demande de M. Paulsen. Vu les dispositions relatives à la consultation contenues

the decision that he did. I would dismiss the appeal and cross-appeal.

### I. Overview

[8] Historically, treaties were the means by which the Crown sought to reconcile the Aboriginal inhabitants of what is now Canada to the assertion of European sovereignty over the territories traditionally occupied by First Nations. The objective was not only to build alliances with First Nations but to keep the peace and to open up the major part of those territories to colonization and settlement. No treaties were signed with the Yukon First Nations until modern times.

[9] Unlike their historical counterparts, the modern comprehensive treaty is the product of lengthy negotiations between well-resourced and sophisticated parties. The negotiation costs to Yukon First Nations of their various treaties, financed by the federal government through reimbursable loans, were enormous. The LSCFN share alone exceeded seven million dollars. Under the Yukon treaties, the Yukon First Nations surrendered their Aboriginal rights in almost 484,000 square kilometres, roughly the size of Spain, in exchange for defined treaty rights in respect of land tenure and a quantum of settlement land (41,595 square kilometres), access to Crown lands, fish and wildlife harvesting, heritage resources, financial compensation, and participation in the management of public resources. To this end, the LSCFN Treaty creates important institutions of self-government and authorities such as the Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Board and the Carmacks Renewable Resources Council, whose members are jointly nominated by the First Nation and the territorial government.

au traité, l'honneur de la Couronne a été préservé et il n'y a eu aucun manquement à l'obligation de consultation. Il n'y a eu non plus aucun manquement à l'équité procédurale. On ne peut en outre affirmer que l'appelant a agi de manière déraisonnable en prenant la décision qu'il a prise. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident.

### I. Vue d'ensemble

[8] Dans le passé, les traités ont constitué le moyen par lequel la Couronne s'est efforcée de faire accepter aux habitants autochtones de ce qui est maintenant le Canada l'affirmation de la souveraineté européenne sur les territoires traditionnellement occupés par les Premières Nations. L'objectif ne consistait pas seulement à construire des alliances avec celles-ci, mais à maintenir la paix et à ouvrir la majeure partie de ces territoires à la colonisation. Aucun traité n'a été signé avec les premières nations du Yukon avant l'ère moderne.

[9] Contrairement aux traités historiques, les traités récents portant sur des revendications globales sont le fruit de longues négociations entre des parties qui sont averties et disposent de ressources importantes. Le coût énorme de la négociation des divers traités, pour les premières nations du Yukon, a été financé par le gouvernement fédéral au moyen de prêts remboursables. Pour la seule PNLSC, le coût a dépassé les sept millions de dollars. En vertu des traités du Yukon, les premières nations du Yukon ont cédé leurs droits ancestraux sur presque 484 000 kilomètres carrés, soit environ la superficie de l'Espagne, contre des droits définis par traités au chapitre de la tenure et une certaine quantité de terres visées par le règlement (41 595 kilomètres carrés), l'accès aux terres de la Couronne, à la récolte de poissons et d'animaux sauvages et aux ressources patrimoniales, une indemnisation pécuniaire et la participation à la gestion des ressources publiques. À cette fin, le traité PNLSC établit d'importantes institutions d'autonomie gouvernementale et des autorités comme l'Office d'évaluation environnementale et socioéconomique du Yukon et le Conseil des ressources renouvelables de Carmacks, dont les membres sont désignés conjointement par la première nation et le gouvernement territorial.

[10] The reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship is the grand purpose of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The modern treaties, including those at issue here, attempt to further the objective of reconciliation not only by addressing grievances over the land claims but by creating the legal basis to foster a positive long-term relationship between Aboriginal and non-Aboriginal communities. Thoughtful administration of the treaty will help manage, even if it fails to eliminate, some of the misunderstandings and grievances that have characterized the past. Still, as the facts of this case show, the treaty will not accomplish its purpose if it is interpreted by territorial officials in an ungenerous manner or as if it were an everyday commercial contract. The treaty is as much about building relationships as it is about the settlement of ancient grievances. The future is more important than the past. A canoeist who hopes to make progress faces forwards, not backwards.

[11] Equally, however, the LSCFN is bound to recognize that the \$34 million and other treaty benefits it received in exchange for the surrender has earned the territorial government a measure of flexibility in taking up surrendered lands for other purposes.

[12] The increased detail and sophistication of modern treaties represents a quantum leap beyond the pre-Confederation historical treaties such as the 1760-61 Treaty at issue in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, and post-Confederation treaties such as Treaty No. 8 (1899) at issue in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, and *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388. The historical treaties were typically expressed in lofty terms of high generality and were often ambiguous. The courts were obliged to resort to general principles (such as the honour of the Crown) to fill the gaps and achieve a fair outcome. Modern comprehensive land claim agreements, on the other hand, starting perhaps with the *James Bay and Northern Québec Agreement* (1975), while still to be interpreted and

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

[11] La PNLSC doit cependant reconnaître du même coup que les 34 millions de dollars et les autres avantages qu'elle a reçus en échange de la cession autorisent le gouvernement territorial à faire preuve d'une certaine souplesse dans l'utilisation à d'autres fins des terres cédées.

[12] Par leur complexité et leur caractère détaillé, les traités récents marquent un énorme progrès, à la fois par rapport aux traités historiques antérieurs à la Confédération tels les traités de 1760 et 1761 en cause dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, et par rapport aux traités postérieurs à la Confédération tel le Traité n° 8 (1899) dont il est question dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, et dans *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388. Les traités historiques, habituellement formulés en termes nobles d'une grande généralité, étaient souvent ambigus. Les tribunaux se sont ainsi vus forcés de recourir à des principes généraux (comme l'honneur de la Couronne) pour pallier les lacunes et parvenir à un résultat équitable. En revanche, si les ententes récentes sur des revendications

applied in a manner that upholds the honour of the Crown, were nevertheless intended to create some precision around property and governance rights and obligations. Instead of *ad hoc* remedies to smooth the way to reconciliation, the modern treaties are designed to place Aboriginal and non-Aboriginal relations in the mainstream legal system with its advantages of continuity, transparency, and predictability. It is up to the parties, when treaty issues arise, to act diligently to advance their respective interests. Good government requires that decisions be taken in a timely way. To the extent the Yukon territorial government argues that the Yukon treaties represent a new departure and not just an elaboration of the *status quo*, I think it is correct. However, as the trial judge Veale J. aptly remarked, the new departure represents but a step — albeit a very important step — in the long journey of reconciliation (para. 69).

[13] There was in this case, as mentioned, an express treaty right of members of the First Nation to hunt and fish for subsistence on their traditional lands, now surrendered and classified as Crown lands. While the LSCFN Treaty did not prevent the government from making land grants out of the Crown's land holdings, and indeed it contemplated such an eventuality, it was obvious that such grants might adversely affect the traditional economic activities of the LSCFN, and the territorial government was required to consult with the LSCFN to determine the nature and extent of such adverse effects.

[14] The delegated statutory decision maker was the appellant David Beckman, the Director of the Agriculture Branch of the territorial Department of Energy, Mines and Resources. He was authorized, subject to the treaty provisions, to issue land grants

territoriales globales — que l'on pourrait sans doute faire remonter à la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (1975) — doivent elles aussi être interprétées et appliquées en conformité avec l'honneur de la Couronne, elles étaient néanmoins censées procurer une certaine précision quant aux droits et obligations relatifs à la propriété et à la gouvernance. Au lieu d'instituer des mécanismes ponctuels facilitant la réconciliation, les traités récents visent à inscrire les relations entre Autochtones et non-Autochtones dans le système juridique général, avec les avantages que cela présente au plan de la continuité, de la transparence et de la prévisibilité. Il appartient aux parties, lorsque l'application des traités suscite des difficultés, d'agir de façon diligente pour faire valoir leurs intérêts respectifs. Une bonne gouvernance suppose que les décisions soient prises en temps opportun. Dans la mesure où le gouvernement territorial du Yukon plaide que les traités du Yukon constituent un nouveau départ et non pas simplement un prolongement du *statu quo*, je crois qu'il a raison. Toutefois, comme le juge Veale l'a si justement fait remarquer en première instance, le nouveau départ ne représente qu'une étape — mais une étape très importante — dans le long voyage de la réconciliation (par. 69).

[13] Comme je l'ai indiqué, le traité PNLSC conférait expressément aux membres de la première nation, dans le cas présent, un droit de chasse et de pêche de subsistance sur leurs terres ancestrales, qui ont fait l'objet d'une cession et sont maintenant considérées comme des terres de la Couronne. Même si le traité n'interdisait pas aux autorités d'octroyer des terres faisant partie des terres de la Couronne, — en fait, cette possibilité y était envisagée — il était évident que cela risquait d'avoir des conséquences négatives sur les activités économiques traditionnelles de la PNLSC, et le gouvernement territorial était tenu de consulter cette dernière afin de déterminer la nature et l'étendue de ces conséquences négatives.

[14] Le décideur délégué en vertu de la loi était l'appellant David Beckman, le directeur de la Direction de l'agriculture du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources du Yukon. Il était autorisé, sous réserve des clauses du traité, à concéder

to non-settlement lands under the *Lands Act*, R.S.Y. 2002, c. 132, and the *Territorial Lands (Yukon) Act*, S.Y. 2003, c. 17. The First Nation argues that in exercising his discretion to approve the grant the Director was required to have regard to First Nation's concerns and to engage in consultation. This is true. The First Nation goes too far, however, in seeking to impose on the territorial government not only the procedural protection of consultation but also a substantive right of accommodation. The First Nation protests that its concerns were not taken seriously — if they had been, it contends, the Paulsen application would have been denied. This overstates the scope of the duty to consult in this case. The First Nation does not have a veto over the approval process. No such substantive right is found in the treaty or in the general law, constitutional or otherwise. The Paulsen application had been pending almost three years before it was eventually approved. It was a relatively minor parcel of 65 hectares whose agricultural use, according to the advice received by the Director (and which he was entitled to accept), would not have any significant adverse effect on First Nation's interests.

[15] Unlike *Mikisew Cree* where some accommodation was possible through a rerouting of the proposed winter road, in this case, the stark decision before the appellant Director was to grant or refuse the modified Paulsen application. He had before him the relevant information. Face-to-face consultation between the First Nation and the Director (as decision maker) was not required. In my view, the decision was reasonable having regard to the terms of the treaty, and in reaching it the Director did not breach the requirements of the duty to consult, natural justice, or procedural fairness. There was no *constitutional* impediment to approval of the Paulsen application and from an *administrative* law perspective the outcome fell within a range of reasonable outcomes.

des terres non visées par un règlement en vertu de la *Loi sur les terres*, L.R.Y. 2002, ch. 132, et de la *Loi du Yukon sur les terres territoriales*, L.Y. 2003, ch. 17. Selon la première nation, le directeur était obligé, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'approuver la concession de terres, de tenir compte des préoccupations de la première nation et de tenir des consultations. C'est exact. Mais la première nation va trop loin lorsqu'elle prétend imposer au gouvernement territorial non seulement la protection procédurale qu'offre la consultation, mais également le respect d'un droit substantif à l'accommodement. La première nation se plaint de ce que ses préoccupations n'ont pas été prises au sérieux — sinon, dit-elle, la demande de M. Paulsen aurait été rejetée. Elle se trouve ainsi à élargir indûment l'obligation de consulter en l'espèce. La première nation ne jouit pas d'un droit de veto à l'égard du processus d'approbation. Aucun droit semblable n'est prévu par le traité ni par le droit commun, constitutionnel ou autre. La demande de M. Paulsen est demeurée en suspens pendant près de trois ans avant d'être finalement approuvée. Elle concernait une parcelle relativement petite de 65 hectares dont l'utilisation à des fins agricoles, suivant l'avis reçu par le directeur — un avis qu'il était en droit d'accepter — n'aurait aucune incidence négative notable sur les intérêts de la première nation.

[15] Contrairement à la situation dans *Première nation crie Mikisew*, où un accommodement était possible par la modification du tracé de la route hivernale projetée, dans la présente affaire, la décision consistait purement et simplement, pour le directeur appelant, à accorder ou à rejeter la demande modifiée de M. Paulsen. Il disposait de l'information pertinente. Les représentants de la première nation et le directeur (en tant que décideur) n'étaient pas tenus de se rencontrer pour tenir des consultations. Je suis d'avis que la décision était raisonnable, compte tenu des termes du traité, et que le directeur, lorsqu'il l'a prise, n'a en aucun cas écarté l'obligation de tenir des consultations, la justice naturelle ou l'équité procédurale. Il n'existait aucun obstacle *constitutionnel* à l'approbation de la demande de M. Paulsen, et du point de vue du droit *administratif*, le résultat entrait dans la gamme des résultats raisonnables.

## II. Facts

[16] On November 5, 2001, Larry Paulsen submitted his application for an agricultural land grant of 65 hectares. He planned to grow hay, put up some buildings and raise livestock. The procedure governing such grant applications was set out in a pre-treaty territorial government policy, *Agriculture for the 90s: A Yukon Policy* (1991) (the “1991 Agriculture Policy”).

[17] The Paulsen application (eventually in the form of a “Farm Development Plan”) was pre-screened by the Agriculture Branch and the Lands Branch as well as the Land Claims and Implementation Secretariat (all staffed by territorial civil servants) for completeness and compliance with current government policies.

[18] The Paulsen application was then sent to the Agriculture Land Application Review Committee (“ALARC”) for a more in-depth technical review by various Yukon government officials. ALARC was established under the 1991 Agriculture Policy. It predates and is completely independent from the treaty. The civil servants on ALARC recommended that Mr. Paulsen reconfigure his parcel to include only the “bench” of land set back from the Yukon River for reasons related to the suitability of the soil and unspecified environmental, wildlife, and trapping concerns. Mr. Paulsen complied.

[19] On February 24, 2004, ALARC recommended that the Paulsen application for the parcel, as reconfigured, proceed to the next level of review, namely, the Land Application Review Committee (“LARC”), which includes First Nation’s representatives. LARC also functioned under the 1991 Agriculture Policy and, as well, existed entirely independently of the treaties.

## II. Les faits

[16] Le 5 novembre 2001, Larry Paulsen a présenté une demande de concession de 65 hectares de terres agricoles. Il projetait de cultiver du fourrage, de construire quelques bâtiments et d'élever du bétail. La façon de traiter de telles demandes était énoncée dans une politique du gouvernement territorial antérieure au traité, intitulée *Agriculture for the 90s : A Yukon Policy* (1991) (la « Politique agricole pour 1991 »).

[17] La Direction de l'agriculture et la Direction des terres ainsi que le Secrétariat des revendications territoriales (le personnel de tous ces services étant formé de fonctionnaires territoriaux) ont procédé à un examen préliminaire de la demande de M. Paulsen (devenue depuis un « plan de développement agricole »), afin de vérifier si la demande était complète et respectait les politiques gouvernementales en vigueur.

[18] La demande de M. Paulsen a ensuite été transmise au Comité d'examen des demandes concernant les terres agricoles (« CEDTA »), où elle devait faire l'objet d'un examen technique plus approfondi par divers fonctionnaires du Yukon. Institué en vertu de la Politique agricole pour 1991, le CEDTA est antérieur au traité et n'a rien à voir avec celui-ci. Les fonctionnaires du CEDTA ont recommandé à M. Paulsen de redélimiter sa parcelle de terre de façon à n'y inclure que la partie du terrain formant terrasse en retrait du fleuve Yukon, pour des raisons liées aux caractéristiques du sol et à des préoccupations non précisées concernant l'environnement, la faune et la flore ainsi que le piégeage. M. Paulsen s'est conformé à cette recommandation.

[19] Le 24 février 2004, le CEDTA a recommandé que la demande de M. Paulsen, ainsi redélimitée, soit soumise au palier d'examen supérieur, soit celui du Comité d'examen des demandes d'aliénation de terres (« CEDAT »), où siègent des représentants des premières nations. Le CEDAT exerçait des fonctions prévues à la Politique agricole pour 1991 et il n'avait lui non plus rien à voir avec les traités.

[20] Reference should also be made at this point to the Fish and Wildlife Management Board — a treaty body composed of persons nominated by the First Nation and Yukon government — which in August 2004 (i.e. while the Paulsen application was pending) adopted a Fish and Wildlife Management Plan (“FWMP”) that identified a need to protect wildlife and habitat in the area of the Yukon River, which includes the Paulsen lands. It proposed that an area in the order of some 10,000 hectares be designated as a Habitat Protection Area under the *Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229. The FWMP also recognized the need to preserve the First Nation’s ability to transfer its culture and traditions to its youth through opportunities to participate in traditional activities. The FWMP did not, however, call for a freeze on approval of agricultural land grants in the area pending action on the FWMP proposals.

[21] Trapline #143 was registered to Johnny Sam, a member of the LSCFN. His trapline is in a category administered by the Yukon government, not the First Nation. It helps him to earn a livelihood as well as to provide a training ground for his grandchildren and other First Nation youth in the ways of trapping and living off the land. The trapline covers an area of approximately 21,435 hectares. As noted by the Court of Appeal, the 65 hectares applied for by Mr. Paulsen is approximately one-third of one percent of the trapline. A portion of the trapline had already been damaged by forest fire, which, in the LSCFN view, added to the significance of the loss of a further 65 hectares. The severity of the impact of land grants, whether taken individually or cumulatively, properly constituted an important element of the consultation with LARC and, ultimately, a relevant consideration to be taken into account by the Director in reaching his decision.

[20] Il faut aussi mentionner la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques — un organe constitué par le traité dont les membres sont désignés par la première nation et le gouvernement du Yukon — qui, en août 2004 (soit pendant que la demande de M. Paulsen était toujours à l’étude) a adopté un plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques (« PGRHF ») faisant état de la nécessité de protéger la faune et son habitat dans la région du fleuve Yukon où se trouvent les terres demandées par M. Paulsen. Il y était proposé qu’une superficie de quelque 10 000 hectares soit désignée comme région de protection de l’habitat sous le régime de la *Loi sur la faune*, L.R.Y. 2002, ch. 229. Était en outre reconnue dans le PGRHF la nécessité de préserver la capacité de la première nation de transmettre sa culture et ses traditions aux nouvelles générations en leur donnant l’occasion de participer à des activités traditionnelles. Le PGRHF ne prévoyait cependant pas le gel des approbations de concession de terres agricoles dans la région jusqu’à ce qu’il ait été donné suite aux propositions contenues dans le plan.

[21] Le territoire de piégeage n° 143 a été enregistré au nom de Johnny Sam, un membre de la PNLSC. Ce territoire de piégeage appartient à une catégorie administrée par le gouvernement du Yukon, et non par la première nation. Johnny Sam l’utilise comme gagne-pain partiel et comme une base où ses petits-enfants ainsi que d’autres jeunes de la première nation s’y entraînent aux méthodes de piégeage et y apprennent à vivre des ressources de la nature. Le territoire de piégeage s’étend sur une superficie d’environ 21 435 hectares. Comme l’a relevé la Cour d’appel, la parcelle de 65 hectares visée par la demande de M. Paulsen correspond approximativement à un tiers de un pour cent du territoire de piégeage en question. Une partie du territoire de piégeage avait déjà été détériorée par un incendie de forêt, ce qui, pour la PNLSC, avait pour effet de rendre plus onéreuse la perte de 65 autres hectares. La grande incidence des concessions de terres, prises individuellement ou cumulativement, constituait à juste titre pour le CEDAT un élément important de la consultation et, en définitive, une considération pertinente que le directeur devait prendre en compte pour rendre sa décision.



[22] The LARC meeting to discuss the Paulsen application was scheduled for August 13, 2004. The First Nation received notice and was invited to provide comments prior to the meeting and to participate in the discussion as a member of LARC.

[23] On July 27, 2004, the First Nation submitted a letter of opposition to the Paulsen application. The letter identified concerns about impacts on Trapline #143, nearby timber harvesting, the loss of animals to hunt in the area, and adjacent cultural and heritage sites. No reference was made in the First Nation's letter to Johnny Sam's concerns about cultural transfer or to the FWMP. The letter simply states that "[t]he combination of agricultural and timber harvesting impacts on this already-damaged trapline would certainly be a significant deterrent to the ability of the trapper to continue his traditional pursuits" (A.R., vol. II, at p. 22).

[24] Nobody from the LSCFN attended the August 13, 2004 meeting. Susan Davis, its usual representative, was unable to attend for undisclosed reasons. The meeting went on as planned.

[25] The members of LARC who were present (mainly territorial government officials) considered the Paulsen application and recommended approval in principle. The minutes of the August 13 meeting show that LARC *did* consider the concerns voiced by the LSCFN in its July 27, 2004 letter. Those present at the meeting concluded that the impact of the loss of 65 hectares on Trapline #143 would be minimal as the Paulsen application covered a very small portion of the trapline's overall area and noted that Johnny Sam could apply under Chapter 16 of the LSCFN Treaty for compensation for any diminution in its value. LARC recommended an archaeological survey to address potential heritage and cultural sites. (An archaeological assessment was later conducted and reported on

[22] Le CEDAT devait se réunir le 13 août 2004 pour discuter de la demande de M. Paulsen. La première nation en a été avisée; elle a été invitée à présenter des observations avant la réunion et à participer à la discussion en sa qualité de membre du CEDAT.

[23] Le 27 juillet 2004, la première nation a exprimé par lettre son opposition à la demande de M. Paulsen. La lettre faisait état de préoccupations touchant les incidences sur le territoire de piégeage n° 143, la récolte de bois dans les environs, la perte d'animaux pour la chasse dans la région et certains sites d'intérêt culturel et patrimonial. La lettre de la première nation ne faisait pas mention des préoccupations de Johnny Sam concernant la transmission de la culture, ni du PGRHF. Il y était simplement écrit que [TRADUCTION] « [I]l y a conjugaison d'incidences relatives à l'agriculture et à la récolte de bois sur ce territoire de piégeage déjà détérioré aurait certainement un effet dissuasif notable quant à la possibilité pour le trappeur de continuer à se livrer à ses activités traditionnelles » (d.a., vol. II, p. 22).

[24] Aucun représentant de la PNLSC n'était présent à la réunion du 13 août 2004. Susan Davis, la personne qui représentait habituellement la première nation, n'a pu y assister pour des raisons non précisées. La réunion a eu lieu comme prévu.

[25] Les membres du CEDAT qui étaient présents (principalement des fonctionnaires du gouvernement territorial) ont étudié la demande de M. Paulsen et en ont recommandé l'approbation de principe. Le procès-verbal de la réunion du 13 août indique que le CEDAT a *bel et bien* pris en considération les préoccupations exprimées par la PNLSC dans sa lettre du 27 juillet 2004. Les personnes présentes à la réunion sont arrivées à la conclusion que la perte de 65 hectares aurait une incidence minime sur le territoire de piégeage n° 143, du fait que la demande de M. Paulsen visait une très petite partie du territoire en question. Elles ont signalé que Johnny Sam pouvait, en vertu du chapitre 16 du traité PNLSC, demander une indemnisation pour toute diminution de la valeur du



September 2, 2004, that it was unable to identify any sites that would be impacted adversely by the grant.)

[26] On September 8, 2004, the First Nation representatives met with Agriculture Branch staff who were conducting an agricultural policy review. The meeting did not focus specifically on the Paulsen application. Nevertheless, the First Nation made the general point that its concerns were not being taken seriously. Agriculture Branch officials replied that they consult on such matters through LARC but they were not required by the Final Agreement to consult on such issues. Meetings and discussions with the First Nation had been conducted, they said, only as a courtesy.

[27] On October 18, 2004, the Director approved the Paulsen application and sent a letter to Larry Paulsen, informing him of that fact. He did not notify the LSCFN of his decision, as he ought to have done.

[28] Apparently unaware that the Paulsen application had been approved, the First Nation continued to express its opposition by way of a series of letters from Chief Eddie Skookum to the Yukon government. Johnny Sam also wrote letters expressing his opposition. It seems the government officials failed to disclose that the Director's decision to approve the grant had already been made. This had the unfortunate effect of undermining appropriate communication between the parties.

[29] In the summer of 2005, Susan Davis, representing the First Nation, made enquiries of the Agriculture Branch and obtained confirmation that the Paulsen application had already been approved. She was sent a copy of the October 18, 2004 approval letter.

territoire de piégeage. Le CEDAT a recommandé qu'on procède à une reconnaissance archéologique au sujet des sites d'intérêt patrimonial et culturel. (Une évaluation archéologique a été effectuée par la suite, et selon le rapport en date du 2 septembre 2004, elle n'a permis l'identification d'aucun site sur lequel l'octroi de la parcelle aurait des incidences négatives.)

[26] Le 8 septembre 2004, des représentants de la première nation ont rencontré les fonctionnaires de la Direction de l'agriculture qui procédaient à un examen de la politique agricole. Cette rencontre n'a pas porté spécifiquement sur la demande de M. Paulsen. La première nation a tout de même signalé que ses préoccupations n'avaient pas été prises au sérieux. Les fonctionnaires ont répondu qu'ils tiennent des consultations sur ces questions dans le cadre du CEDAT, mais que l'Entente définitive ne les obligeait pas à tenir des consultations sur de telles questions. C'est uniquement par courtoisie, ont-ils dit, qu'on avait tenu des réunions et des discussions avec la première nation.

[27] Le 18 octobre 2004, le Directeur a approuvé la demande de M. Paulsen et lui a envoyé une lettre pour l'en informer. Il n'a pas avisé la PNLSC de sa décision, ce qu'il aurait dû faire.

[28] N'étant apparemment pas au courant de l'approbation de la demande de M. Paulsen, la première nation a continué à manifester son opposition par une série de lettres adressées par le chef Eddie Skookum au gouvernement du Yukon. Johnny Sam a lui aussi écrit des lettres dans lesquelles il faisait part de son opposition. Les fonctionnaires semblent avoir tu le fait que le directeur avait déjà décidé d'approuver la concession de la parcelle de terre. Cette omission a eu pour effet malheureux de miner la communication opportune entre les parties.

[29] Au cours de l'été 2005, Susan Davis, la représentante de la première nation, a demandé à la Direction de l'agriculture où en était le dossier. On lui a confirmé que la demande de M. Paulsen avait déjà été approuvée et on lui a fait parvenir une copie de la lettre d'approbation du 18 octobre 2004.

[30] In response, by letter dated August 24, 2005, the First Nation launched an administrative appeal of the Paulsen grant to the Assistant Deputy Minister.

[31] On December 12, 2005, the request to review the decision was rejected on the basis that the First Nation had no right of appeal because it was a member of LARC, and not just an intervener under the LARC Terms of Reference. The Terms of Reference specify that only applicants or interveners may initiate an appeal. The Terms of Reference had no legislative or treaty basis whatsoever, but the Yukon government nevertheless treated them as binding both on the government and on the First Nation.

[32] Frustrated by the territorial government's approach, which it believed broadly misconceived and undermined relations between the territorial government and the LSCFN, the First Nation initiated the present application for judicial review.

### III. Analysis

[33] The decision to entrench in s. 35 of the *Constitution Act, 1982* the recognition and affirmation of existing Aboriginal and treaty rights, signalled a commitment by Canada's political leaders to protect and preserve constitutional space for Aboriginal peoples to be Aboriginal. At the same time, Aboriginal people do not, by reason of their Aboriginal heritage, cease to be citizens who fully participate with other Canadians in their collective governance. This duality is particularly striking in the Yukon, where about 25 percent of the population identify themselves as Aboriginal. The territorial government, elected in part by Aboriginal people, represents Aboriginal people as much as it does non-Aboriginal people, even though Aboriginal culture and tradition are and will remain distinctive.

[34] Underlying the present appeal is not only the need to respect the rights and reasonable expectations of Johnny Sam and other members of his community, but the rights and expectations of

[30] En réponse, la première nation, par une lettre du 24 août 2005, a fait appel de la concession de la parcelle à M. Paulsen auprès du sous-ministre adjoint.

[31] Le 12 décembre 2005, la demande d'examen de la décision a été rejetée au motif que la première nation n'avait aucun droit d'appel, puisqu'en vertu du mandat du CEDAT, elle était un membre de ce comité et non simplement un intervenant. Il est précisé dans ce mandat que seuls les demandeurs ou les intervenants peuvent former un appel. Le mandat ne trouvait aucun fondement dans un texte législatif ou un traité, mais le gouvernement du Yukon considérait tout de même qu'il liait tant le gouvernement que la première nation.

[32] Irritée par la démarche du gouvernement territorial qui, selon elle, dénaturait et bafouait gravement les relations entre le gouvernement et la PNLSC, la première nation a présenté la demande de contrôle judiciaire à l'origine du pourvoi.

### III. Analyse

[33] Par la décision d'inscrire à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* la reconnaissance et la confirmation des droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones, les dirigeants politiques du Canada s'engageaient à protéger et à préserver un espace constitutionnel permettant aux Autochtones d'être des Autochtones. Mais l'existence de leur héritage autochtone ne fait pas en sorte que les Autochtones cessent d'être des citoyens qui participent pleinement avec les autres Canadiens à leur gouvernance collective. Cette dualité est particulièrement frappante au Yukon, où environ 25 pour 100 de la population se réclame d'une identité autochtone. Le gouvernement territorial, élu en partie par les Autochtones, représente tout autant ces derniers que les non-Autochtones, même si la culture et la tradition autochtones conservent maintenant et pour l'avenir leur caractère distinctif.

[34] À la base du présent pourvoi, il y a la nécessité de respecter non seulement les droits et les attentes raisonnables de Johnny Sam et d'autres membres de sa communauté, mais aussi ceux d'autres habitants

other Yukon residents, including both Aboriginal people *and* Larry Paulsen, to good government. The Yukon treaties are intended, in part, to replace expensive and time-consuming *ad hoc* procedures with mutually agreed upon legal mechanisms that are efficient but fair.

[35] I believe the existence of Larry Paulsen's stake in this situation is of considerable importance. Unlike *Mikisew Cree*, which involved a dispute between the Federal government and the Mikisew Cree First Nation over the route of a winter road, Mr. Paulsen made his application as an ordinary citizen who was entitled to a government decision reached with procedural fairness within a reasonable time. On the other hand, the entitlement of the trapper Johnny Sam was a derivative benefit based on the collective interest of the First Nation of which he was a member. I agree with the Court of Appeal that he was not, as an individual, a necessary party to the consultation.

A. *The LSCFN Treaty Reflects a Balance of Interests*

[36] Under the treaty, the LSCFN surrendered all undefined Aboriginal rights, title, and interests in its traditional territory in return for which it received:

- title to 2,589 square kilometres of "settlement land" [Chapters 9 and 15];
- financial compensation of \$34,179,210 [Chapter 19];
- potential for royalty sharing [Chapter 23];
- economic development measures [Chapter 22];
- rights of access to Crown land (except that disposed of by agreement for sale, surface licence, or lease) [Chapter 6];
- special management areas [Chapter 10];

du Yukon, y compris les Autochtones *et* Larry Paulsen, relativement à un bon gouvernement. Les traités du Yukon visent notamment à substituer à des procédures ponctuelles coûteuses en temps et en argent des mécanismes juridiques mutuellement acceptés qui sont efficaces tout en étant équitables.

[35] Je crois que l'existence de l'intérêt de Larry Paulsen dans la présente situation revêt une importance considérable. Contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Première nation crie Mikisew*, où le litige opposait le gouvernement fédéral et la Première nation crie Mikisew au sujet du tracé d'une route hivernale, M. Paulsen a présenté sa demande en qualité de simple citoyen ayant droit à une décision gouvernementale prise conformément à l'équité procédurale dans un délai raisonnable. Par ailleurs, le droit du trappeur Johnny Sam constituait un avantage dérivé qu'il tenait de l'intérêt collectif de la première nation dont il était membre. Je suis d'accord avec la cour d'appel pour dire qu'il n'était pas, à titre individuel, une partie nécessaire à la consultation.

A. *Le traité PNLSC présente un juste équilibre des intérêts*

[36] Aux termes du traité, la PNLSC a renoncé à la totalité de ses droits, titres et intérêts ancestraux non précisés concernant son territoire traditionnel, en échange de quoi elle a reçu :

[TRADUCTION]

- un titre à l'égard d'une superficie de 2 589 kilomètres carrés de « terres visées par le règlement » [chapitres 9 et 15];
- une indemnisation pécuniaire de 34 179 210 \$ [chapitre 19];
- une possibilité de partage des redevances [chapitre 23];
- des mesures de développement économique [chapitre 22];
- des droits d'accès aux terres de la Couronne (à l'exception de celles faisant l'objet d'un contrat de vente, d'un permis ou d'un bail de surface) [chapitre 6];
- des zones spéciales de gestion [chapitre 10];

- protection of access to settlement land [s. 6.2.7];
- rights to harvest fish and wildlife [Chapter 16];
- rights to harvest forest resources [Chapter 17];
- rights to representation and involvement in land use planning [Chapter 11] and resource management [Chapters 14, 16-18].

(C.A. reasons, para. 41)

These are substantial benefits, especially when compared to the sparse offerings of earlier treaties such as those provided to the Mikisew Cree in Treaty No. 8. With the substantive benefits, however, came not only rights but duties and obligations. It is obvious that the long-term interdependent relationship thus created will require work and good will on both sides for its success.

[37] The reason for the government's tight-lipped reaction to the unfolding Paulsen situation, as explained to us at the hearing by its counsel, was the fear that if the duty of consultation applies, "these parties will be in court like parties are in areas where there are no treaties, and there will be litigation over whether the consultation applies; what is the appropriate level of the consultation? Is accommodation required? It is all under court supervision" (transcript, at p. 18). The history of this appeal shows, however, that taking a hard line does not necessarily speed matters up or make litigation go away.

[38] The denial by the Yukon territorial government of any duty to consult except as specifically listed in the LSCFN Treaty complicated the Paulsen situation because at the time the Director dealt with the application the treaty implementation provision contemplated in Chapter 12 had itself not yet been implemented. I do not believe the Yukon Treaty was intended to be a "complete code". Be that as it

- la protection de l'accès aux terres visées par le règlement [art. 6.2.7];
- des droits relatifs à la récolte des ressources halieutiques et fauniques [chapitre 16];
- des droits relatifs à la récolte des ressources forestières [chapitre 17];
- des droits relatifs à la représentation et à la participation dans le cadre de l'aménagement du territoire [chapitre 11] et de la gestion des ressources [chapters 14, 16-18].

(motifs de la C.A., par. 41)

Il s'agit là d'avantages substantiels, surtout si on les compare aux rares avantages offerts par les anciens traités comme ceux accordés à la Première nation crie Mikisew dans le Traité n° 8. Ces avantages considérables, toutefois, s'accompagnaient non seulement de droits, mais aussi d'obligations. La réussite de la relation d'interdépendance à long terme qui a été établie nécessitera de toute évidence du travail et de la bonne volonté de part et d'autre.

[37] Le silence du gouvernement face à la situation que présentait la demande de M. Paulsen, comme l'a expliqué l'avocat du gouvernement à l'audience, était attribuable à la crainte que, dans le cas où l'obligation de consulter s'appliquerait, [TRADUCTION] « les parties se trouveront devant le tribunal dans la même situation que dans les domaines où il n'existe pas de traité, et on débattrait la question de savoir si la consultation s'applique, ainsi que celles de savoir quel est le niveau de consultation requis et si un accommodement est nécessaire. Tout est soumis à la supervision du tribunal » (transcription, p. 18). L'historique du présent pourvoi montre cependant que l'adoption de la ligne dure n'accélère pas nécessairement les choses, pas plus qu'elle n'élimine les litiges.

[38] La négation, par le gouvernement territorial du Yukon, de toute obligation de consulter sauf dans les cas prévus spécifiquement dans le traité PNLSC a compliqué la situation que présentait la demande de M. Paulsen car, à l'époque où le directeur a pris une décision sur la demande, la disposition relative à la mise en œuvre du traité envisagée au chapitre 12 n'avait elle-même pas encore été mise en

may, the duty to consult is derived from the honour of the Crown which applies independently of the expressed or implied intention of the parties (see below, at para. 61). In any event, the procedural gap created by the failure to implement Chapter 12 had to be addressed, and the First Nation, in my view, was quite correct in calling in aid the duty of consultation in putting together an appropriate procedural framework.

[39] Nevertheless, consultation *was* made available and *did* take place through the LARC process under the 1991 Agriculture Policy, and the ultimate question is whether what happened in this case (even though it was mischaracterized by the territorial government as a courtesy rather than as the fulfilment of a legal obligation) was sufficient. In *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, the Court held that participation in a forum created for other purposes may nevertheless satisfy the duty to consult if *in substance* an appropriate level of consultation is provided.

#### B. *The Relationship Between Section 35 and the Duty to Consult*

[40] The First Nation relies in particular on the following statements in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 20:

It is a corollary of s. 35 that the Crown act honourably in defining the rights it guarantees and in reconciling them with other rights and interests. This, in turn, implies a duty to consult and, if appropriate, accommodate.

Further, at para. 32:

The jurisprudence of this Court supports the view that the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution. Reconciliation is not a final

œuvre. Je ne crois pas que le traité du Yukon était censé constituer un « code complet ». Quoi qu'il en soit, l'obligation de consulter découle du principe de l'honneur de la Couronne, qui s'applique indépendamment de l'intention expresse ou implicite des parties (voir le par. 61 ci-après). De toute façon, il fallait remédier à la lacune procédurale suscitée par l'absence de mise en œuvre du chapitre 12, et la première nation a eu tout à fait raison à mon avis d'invoquer l'obligation de consulter et d'établir un cadre de procédure approprié.

[39] Quoi qu'il en soit, la consultation *a effectivement* été rendue possible et *a bel et bien* eu lieu dans le cadre du processus du CEDAT en vertu de la Politique agricole pour 1991. En dernière analyse, la question à trancher est de savoir si, dans la présente affaire, ce que l'on a fait était suffisant (bien que le gouvernement territorial y ait vu à tort une mesure de courtoisie plutôt que l'exécution d'une obligation juridique). Dans *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, la Cour a conclu que la participation à un forum créé pour d'autres besoins peut tout de même satisfaire à l'obligation de consulter si, *pour l'essentiel*, un niveau approprié de consultation a été rendu possible.

#### B. *La relation entre l'art. 35 et l'obligation de consulter*

[40] La première nation se fonde en particulier sur le passage suivant de l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 20 :

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.

Également, au par. 32 :

La jurisprudence de la Cour étaye le point de vue selon lequel l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du

legal remedy in the usual sense. Rather, it is a process flowing from rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. [Emphasis added.]

[41] Reference should also be made to *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6, where the Court said:

The decision to enhance aboriginal participation in the commercial fishery may also be seen as a response to the directive of this Court in *Sparrow*, at p. 1119, that the government consult with aboriginal groups in the implementation of fishery regulation in order to honour its fiduciary duty to aboriginal communities. Subsequent decisions have affirmed the duty to consult and accommodate aboriginal communities with respect to resource development and conservation; it is a constitutional duty, the fulfilment of which is consistent with the honour of the Crown; see e.g. *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010. [Emphasis added.]

[42] The obligation of honourable dealing was recognized from the outset by the Crown itself in the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), in which the British Crown pledged its honour to the protection of Aboriginal peoples from exploitation by non-Aboriginal peoples. The honour of the Crown has since become an important anchor in this area of the law: see *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; as well as *Badger, Marshall* and *Mikisew Cree*, previously referred to. The honour of the Crown has thus been confirmed in its status as a constitutional principle.

[43] However, this is not to say that every policy and procedure of the law adopted to uphold the honour of the Crown is itself to be treated as if inscribed in s. 35. As the Chief Justice noted in *Haida Nation*, “[t]he honour of the Crown gives rise to different duties in different circumstances” (para. 18). This appeal considers its application in

règlement formel des revendications. La conciliation ne constitue pas une réparation juridique définitive au sens usuel du terme. Il s’agit plutôt d’un processus découlant des droits garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. [Je souligne.]

[41] On peut également citer l’arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6, où la Cour a dit ce qui suit :

La décision de favoriser la participation des Autochtones à la pêche commerciale peut aussi être perçue comme une réponse à la directive donnée par notre Cour dans l’arrêt *Sparrow*, p. 1119, selon laquelle, en appliquant la réglementation sur les pêches, le gouvernement doit consulter les groupes autochtones afin de respecter l’obligation de fiduciaire qu’il a envers ces collectivités. Des arrêts subséquents ont confirmé l’obligation de consulter et d’accommoder les collectivités autochtones dans les domaines de l’exploitation et de la conservation des ressources; il s’agit là d’une obligation constitutionnelle qui concorde avec le principe de l’honneur de la Couronne : voir, par exemple, l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. [Je souligne.]

[42] L’obligation de se conduire honorablement a été reconnue dès le départ par la Couronne elle-même dans la *Proclamation royale* de 1763 (L.R.C. 1985, App. II, n° 1). La Couronne britannique s’y engageait sur l’honneur à protéger les peuples autochtones contre l’exploitation de la part des peuples non autochtones. L’honneur de la Couronne est devenu depuis lors un important point d’ancrage dans ce domaine du droit : voir *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.), autorisation d’appel refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, de même que *Badger, Marshall* et *Première nation crie Mikisew*, dont il a déjà été fait état. L’honneur de la Couronne a par conséquent été confirmé dans son statut de principe constitutionnel.

[43] Il ne faut pas en conclure pour autant que toute politique et procédure juridique adoptée en vue de préserver l’honneur de la Couronne doive elle-même être considérée comme inscrite dans l’art. 35. Ainsi que l’a souligné la Juge en chef dans *Nation haïda*, « [l]’honneur de la Couronne fait naître différentes obligations selon les circonstances » (par. 18).

the modern treaty context; its application where no treaty has yet been signed was recently the subject of this Court's decision in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650.

[44] The respondents' submission, if I may put it broadly, is that because the *duty* to consult is "constitutional", therefore there must be a reciprocal constitutional *right* of the First Nation to be consulted, and constitutional rights of Aboriginal peoples are not subject to abrogation or derogation except as can be justified under the high test set out in *Sparrow*. On this view, more or less every case dealing with consultation in the interpretation and implementation of treaties becomes a constitutional case. The trouble with this argument is that the content of the duty to consult varies with the circumstances. In relation to what *Haida Nation* called a "spectrum" of consultation (para. 43), it cannot be said that consultation at the lower end of the spectrum instead of at the higher end must be justified under the *Sparrow* doctrine. The minimal content of the consultation imposed in *Mikisew Cree* (para. 64), for example, did not have to be "justified" as a limitation on what would otherwise be a right to "deep" consultation. The circumstances in *Mikisew Cree* never gave rise to anything more than minimal consultation. The concept of the duty to consult is a valuable adjunct to the honour of the Crown, but it plays a supporting role, and should not be viewed independently from its purpose.

[45] The LSCFN invited us to draw a bright line between the duty to consult (which it labelled constitutional) and administrative law principles such as procedural fairness (which it labelled unsuitable). At the hearing, counsel for the LSCFN was dismissive of resort in this context to administrative law principles:

Dans le présent pourvoi, nous examinons l'application du principe de l'honneur de la Couronne dans le contexte d'un traité récent; son application lorsqu'aucun traité n'a été signé a récemment fait l'objet de la décision de notre Cour dans *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650.

[44] La thèse de l'intimée, si je peux la résumer à grands traits, est celle-ci : étant donné la nature « constitutionnelle » de l'obligation de consulter, il doit exister un droit constitutionnel réciproque de la première nation d'être consultée, et les droits constitutionnels des peuples autochtones sont à l'abri de toute abrogation ou dérogation, exception faite de celles qui peuvent se justifier au regard du critère rigoureux établi dans *Sparrow*. Selon cette logique, pratiquement chaque affaire ayant trait à la consultation dans le cadre de l'interprétation et de la mise en œuvre des traités devient une affaire constitutionnelle. Cet argument est problématique en ce que le contenu de l'obligation de consulter varie suivant les circonstances. Relativement à ce que l'on a appelé dans *Nation haïda* un « continuum » de consultation (par. 43), on ne peut affirmer que la consultation au bas plutôt qu'au haut du continuum doit être justifiée suivant la doctrine de l'arrêt *Sparrow*. Le contenu minimal de la consultation imposé dans *Première nation crie Mikisew* (par. 64), par exemple, n'avait pas à être justifié comme une limite à ce qui serait autrement un droit à une consultation « approfondie ». Dans *Première nation crie Mikisew*, les circonstances n'ont jamais requis plus qu'un minimum de consultation. Si la notion d'obligation de consulter se veut un complément valable à l'honneur de la Couronne, elle joue un rôle de soutien et ne devrait pas être considérée indépendamment de l'objectif qu'elle vise à atteindre.

[45] La PNLSC nous a demandé d'établir une nette distinction entre l'obligation de consulter (qu'elle a qualifiée de constitutionnelle) et les principes du droit administratif tels l'équité procédurale (qu'elle a qualifiés d'inadéquats). Lors de l'audition, l'avocat de la PNLSC a rejeté le recours aux principes du droit administratif dans ce contexte :

[A]dministrative law principles are not designed to address the very unique circumstance of the Crown-Aboriginal history, the Crown-Aboriginal relationship. Administrative law principles, for all their tremendous value, are not tools toward reconciliation of Aboriginal people and other Canadians. They are not instruments to reflect the honour of the Crown principles. [transcript, at p. 62]

However, as Lamer C.J. observed in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, “aboriginal rights exist within the general legal system of Canada” (para. 49). Administrative decision makers regularly have to confine their decisions within constitutional limits: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; and *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256. In this case, the constitutional limits include the honour of the Crown and its supporting doctrine of the duty to consult.

[46] The link between constitutional doctrine and administrative law remedies was already noted in *Haida Nation*, at the outset of our Court’s duty to consult jurisprudence:

In all cases, the honour of the Crown requires that the Crown act with good faith to provide meaningful consultation appropriate to the circumstances. In discharging this duty, regard may be had to the procedural safeguards of natural justice mandated by administrative law. [Emphasis added; para. 41.]

The relevant “procedural safeguards” mandated by administrative law include not only natural justice but the broader notion of procedural fairness. And the content of meaningful consultation “appropriate to the circumstances” will be shaped, and in some cases determined, by the terms of the modern land claims agreement. Indeed, the parties themselves may decide therein to exclude consultation altogether in defined situations and the decision to do so would be upheld by the courts where this

[TRANSLATION] [L]es principes du droit administratif ne sont pas conçus pour s’appliquer au cas tout à fait particulier de l’histoire des relations entre la Couronne et les Autochtones. Ces principes, malgré leur valeur considérable, ne constituent pas des outils favorisant la réconciliation entre les Autochtones et les autres Canadiens. Ce ne sont pas des instruments par lesquels peuvent s’exprimer les principes relatifs à l’honneur de la Couronne. [transcription, p. 62]

Toutefois, comme l’a précisé le Juge en chef Lamer dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, « les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien » (par. 49). Les décideurs administratifs doivent couramment confiner leurs décisions dans les limites constitutionnelles : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, et *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256. En l’espèce, les limites constitutionnelles incluent l’honneur de la Couronne et le principe de l’obligation de consulter qui l’appuie.

[46] Le lien entre la doctrine constitutionnelle et les recours de droit administratif a déjà été signalé dans *Nation haïda*, un des premiers arrêts traitant de l’obligation de consulter :

Dans tous les cas, le principe de l’honneur de la Couronne commande que celle-ci agisse de bonne foi et tienne une véritable consultation, qui soit appropriée eu égard aux circonstances. Lorsque vient le temps de s’acquitter de cette obligation, les garanties procédurales de justice naturelle exigées par le droit administratif peuvent servir de guide. [Je souligne; par. 41.]

Les « garanties procédurales » en question qu’exige le droit administratif englobent non seulement la justice naturelle mais aussi la notion plus générale de l’équité procédurale. Et les termes des ententes récentes sur les revendications territoriales suggéreront, et dans certains cas dicteront, le contenu de la véritable consultation « appropriée eu égard aux circonstances ». Les parties elles-mêmes peuvent décider dans ces ententes d’exclure purement et simplement la consultation dans des situations



outcome would be consistent with the maintenance of the honour of the Crown.

[47] The parties in this case proceeded by way of an ordinary application for judicial review. Such a procedure was perfectly capable of taking into account the constitutional dimension of the rights asserted by the First Nation. There is no need to invent a new “constitutional remedy”. Administrative law is flexible enough to give full weight to the constitutional interests of the First Nation. Moreover, the impact of an administrative decision on the interest of an Aboriginal community, whether or not that interest is entrenched in a s. 35 right, would be relevant as a matter of procedural fairness, just as the impact of a decision on any other community or individual (including Larry Paulsen) may be relevant.

### C. *Standard of Review*

[48] In exercising his discretion under the Yukon *Lands Act* and the *Territorial Lands (Yukon) Act*, the Director was required to respect legal and constitutional limits. In establishing those limits no deference is owed to the Director. The standard of review in that respect, including the adequacy of the consultation, is correctness. A decision maker who proceeds on the basis of inadequate consultation errs in law. Within the limits established by the law and the Constitution, however, the Director’s decision should be reviewed on a standard of reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339. In other words, if there was adequate consultation, did the Director’s decision to approve the Paulsen grant, having regard to all the relevant considerations, fall within the range of reasonable outcomes?

précises, et les tribunaux accepteraient cette décision lorsqu’une telle décision serait compatible avec le maintien de l’honneur de la Couronne.

[47] Les parties en l’espèce ont choisi la voie d’une demande ordinaire de contrôle judiciaire. Dans le cadre de cette instance, il était parfaitement possible de prendre en compte la dimension constitutionnelle des droits invoqués par la première nation. Point n’est besoin d’inventer une nouvelle « réparation constitutionnelle ». Le droit administratif est suffisamment souple pour que le tribunal accorde l’importance voulue aux intérêts constitutionnels de la première nation. De plus, l’incidence d’une décision administrative sur un intérêt d’une communauté autochtone — que cet intérêt fasse ou non partie d’un droit reconnu par l’art. 35 — s’avérerait pertinente au titre de l’équité procédurale, tout comme peut s’avérer pertinente l’incidence d’une décision sur toute autre communauté ou tout autre individu (y compris Larry Paulsen).

### C. *Norme de contrôle*

[48] Dans l’exercice des pouvoirs discrétionnaires que lui confèrent la *Loi sur les terres* et la *Loi du Yukon sur les terres territoriales*, le directeur devait respecter les limites légales et constitutionnelles. En ce qui a trait à la détermination de ces limites, on n’a pas à faire preuve de déférence à l’endroit du directeur. La norme de contrôle à cet égard, y compris à l’égard du caractère adéquat de la consultation, est celle de la décision correcte. Un décideur qui rend une décision fondée sur une consultation inadéquate commet une erreur de droit. Dans les limites établies par le droit et la Constitution, toutefois, la décision du directeur doit être examinée selon la norme de la raisonnable : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339. En d’autres mots, s’il y a eu consultation adéquate, la décision du directeur d’approuver la concession de terres à M. Paulsen se situait-elle, compte tenu de toutes les considérations pertinentes, dans la gamme des résultats raisonnables?

*D. The Role and Function of the LSCFN Treaty*

[49] The territorial government and the LSCFN have very different views on this point. This difference lies at the heart of their opposing arguments on the appeal.

[50] The territorial government regards the role of the LSCFN Treaty as having nailed down and forever settled the rights and obligations of the First Nation community as Aboriginal people. The treaty recognized and affirmed the Aboriginal rights surrendered in the land claim. From 1997 onwards, the rights of the Aboriginal communities of the LSCFN, in the government's view, were limited to the treaty. To put the government's position simplistically, what the First Nations negotiated as terms of the treaty is what they get. Period.

[51] The LSCFN, on the other hand, considers as applicable to the Yukon what was said by the Court in *Mikisew Cree*, at para. 54:

Treaty making is an important stage in the long process of reconciliation, but it is only a stage. What occurred at Fort Chipewyan in 1899 was not the complete discharge of the duty arising from the honour of the Crown, but a rededication of it.

And so it is, according to the First Nation, with the treaty-making process in the Yukon that led in 1997 to the ratification of the LSCFN Treaty.

[52] I agree with the territorial government that the LSCFN Treaty is a major advance over what happened in Fort Chipewyan in 1899, both in the modern treaty's scope and comprehensiveness, and in the fairness of the procedure that led up to it. The eight pages of generalities in Treaty No. 8 in 1899 is not the equivalent of the 435 pages of the LSCFN Treaty almost a century later. The LSCFN Treaty provides a solid foundation for reconciliation, and the territorial government is quite correct that the LSCFN Treaty should not simply set the stage for further negotiations from ground zero. Nor is that

*D. Le rôle et la fonction du traité PNLSC*

[49] Le gouvernement territorial et la PNLSC ont des points de vue très différents sur cette question. Cette divergence d'opinion se retrouve au centre même des arguments opposés qu'ils ont invoqués dans le cadre du pourvoi.

[50] Pour le gouvernement territorial, le traité PNLSC a fixé de façon définitive les droits et les obligations de la première nation en tant que peuple autochtone. Le traité a reconnu et confirmé les droits ancestraux cédés dans le cadre de la revendication territoriale. À partir de 1997, les droits des communautés autochtones de la PNLSC, selon le gouvernement, ont été limités à ce qui est prévu par le traité. Pour exprimer en termes simplistes la position du gouvernement, les premières nations obtiennent ce qu'elles ont négocié comme termes des traités, un point c'est tout.

[51] La PNLSC, pour sa part, juge applicable au Yukon ce que la Cour a écrit dans *Première nation crie Mikisew*, par. 54 :

La conclusion de traités est une étape importante du long processus de réconciliation, mais ce n'est qu'une étape. Ce qui s'est passé à Fort Chipewyan en 1899 ne constituait pas un accomplissement parfait de l'obligation découlant de l'honneur de la Couronne, mais une réitération de celui-ci.

Il en va de même, selon la première nation, du processus de conclusion de traités relatifs au Yukon qui a conduit en 1997 à la ratification du traité PNLSC.

[52] Je suis d'accord avec le gouvernement territorial lorsqu'il dit que le traité PNLSC marque un progrès majeur par rapport à ce qui s'est produit à Fort Chipewyan en 1899, tant pour la portée et le caractère global du traité récent que pour la justesse de la procédure qui y a mené. Les huit pages de considérations générales du Traité n° 8 de 1899 ne peuvent équivaloir aux 435 pages du traité PNLSC conclu près d'un siècle plus tard. Le traité PNLSC procure une assise solide à la réconciliation, et le gouvernement territorial a tout à fait raison de soutenir que ce traité ne devrait pas simplement préparer le

the First Nation's position. It simply relies on the principle noted in *Haida Nation* that "[t]he honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples" (para. 16 (emphasis added)). Reconciliation in the Yukon, as elsewhere, is not an accomplished fact. It is a work in progress. The "complete code" position advocated by the territorial government is, with respect, misconceived. As the Court noted in *Mikisew Cree*: "The duty to consult is grounded in the honour of the Crown . . . . The honour of the Crown exists as a source of obligation independently of treaties as well, of course" (para. 51).

[53] On this point, *Haida Nation* represented a shift in focus from *Sparrow*. Whereas the Court in *Sparrow* had been concerned about sorting out the consequences of infringement, *Haida Nation* attempted to head off such confrontations by imposing on the parties a duty to consult and (if appropriate) accommodate in circumstances where development might have a significant impact on Aboriginal rights when and if established. In *Mikisew Cree*, the duty to consult was applied to the management of an 1899 treaty process to "take up" (as in the present case) ceded Crown lands for "other purposes". The treaty itself was silent on the process. The Court held that on the facts of that case the content of the duty to consult was at "the lower end of the spectrum" (para. 64), but that nevertheless the Crown was wrong to act unilaterally.

[54] The difference between the LSCFN Treaty and Treaty No. 8 is not simply that the former is a "modern comprehensive treaty" and the latter is more than a century old. Today's modern treaty will become tomorrow's historic treaty. The distinction lies in the relative precision and sophistication of the modern document. Where adequately resourced and professionally represented parties have sought to order their own affairs, and have

terrain pour d'autres négociations qu'on reprendrait à partir de zéro. Telle n'est pas du reste la position défendue par la première nation. Elle s'appuie simplement sur le principe signalé dans *Nation haïda*, soit que « [l]'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones » (par. 16 (je souligne)). La réconciliation, au Yukon comme ailleurs, n'est pas un fait accompli, mais un chantier permanent. La thèse du « code complet » avancée par le gouvernement territorial est, à mon avis, mal fondée. Comme l'a observé la Cour dans *Première nation crie Mikisew* : « L'obligation de consultation repose sur l'honneur de la Couronne [. . .] L'honneur de la Couronne existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités, bien entendu » (par. 51).

[53] Sur cette question, *Nation haïda* marquait un changement de perspective par rapport à *Sparrow*. Alors que dans *Sparrow*, la Cour s'était employée à dégager les conséquences de la violation, elle a tenté dans *Nation haïda* de prévenir de tels affrontements en imposant aux parties une obligation de consulter et (au besoin) d'accommoder, dans des circonstances où le développement est susceptible d'avoir des conséquences importantes sur les droits ancestraux lorsque ceux-ci ont été établis. Dans *Première nation crie Mikisew*, l'obligation de consulter a été appliquée à la gestion d'un processus prévu par un traité de 1899, concernant la « prise » (comme dans la présente espèce) pour d'« autres objets », de terres cédées à la Couronne. Le traité lui-même ne mentionnait aucunement le processus en question. La Cour a conclu que si, d'après les faits de l'espèce, le contenu de l'obligation de consulter se situait « au bas du continuum » (par. 64), la Couronne n'en avait pas moins eu tort d'agir de façon unilatérale.

[54] La différence entre le traité PNLSC et le Traité n° 8 ne tient pas uniquement au fait que le premier est un « traité récent global » tandis que le second a été conclu il y a plus d'un siècle. Le traité récent d'aujourd'hui deviendra le traité historique de demain. La distinction réside plutôt dans la précision et la complexité relatives du document récent. Lorsque des parties bénéficiant de ressources suffisantes et de l'aide de professionnels ont tenté de

given shape to the duty to consult by incorporating consultation procedures into a treaty, their efforts should be encouraged and, subject to such constitutional limitations as the honour of the Crown, the Court should strive to respect their handiwork: *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557.

[55] However, the territorial government presses this position too far when it asserts that unless consultation is specifically required by the Treaty it is excluded by negative inference. Consultation in some meaningful form is the necessary foundation of a successful relationship with Aboriginal people. As the trial judge observed, consultation works “to avoid the indifference and lack of respect that can be destructive of the process of reconciliation that the Final Agreement is meant to address” (para. 82).

[56] The territorial government would have been wrong to act unilaterally. The LSCFN had existing treaty rights in relation to the land Paulsen applied for, as set out in s. 16.4.2 of the LSCFN Treaty:

Yukon Indian People shall have the right to harvest for Subsistence within their Traditional Territory . . . all species of Fish and Wildlife for themselves and their families at all seasons of the year and in any numbers on Settlement Land and on Crown Land to which they have a right of access pursuant to 6.2.0, subject only to limitations prescribed pursuant to Settlement Agreements.

The Crown land was subject to being taken up for other purposes (as in *Mikisew Cree*), including agriculture, but in the meantime the First Nation had a continuing treaty interest in Crown lands to which their members continued to have a treaty right of access (including but not limited to the Paulsen plot). It was no less a treaty interest because it was defeasible.

mettre de l'ordre dans leurs propres affaires et ont donné forme à l'obligation de consulter en incorporant dans un traité la procédure de consultation, il convient d'encourager leurs efforts et, sous réserve des limitations constitutionnelles comme le principe de l'honneur de la Couronne, la Cour devrait essayer de respecter le fruit de leur travail : *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557.

[55] Cependant, le gouvernement territorial pousse trop loin cette thèse lorsqu'il prétend que la consultation qui n'est pas spécifiquement requise par le traité est exclue par inférence négative. Une consultation digne de ce nom demeure le fondement nécessaire d'une relation réussie avec les peuples autochtones. Comme le juge de première instance l'a pertinemment fait remarquer, la consultation permet [TRADUCTION] « d'éviter l'indifférence et le manque de respect susceptibles d'anéantir le processus de réconciliation que l'entente définitive est censée établir » (par. 82).

[56] Le gouvernement territorial aurait eu tort d'agir de façon unilatérale. La PNLSC avait des droits existants issus d'un traité à l'égard de la parcelle visée par la demande de M. Paulsen, comme l'indique l'art. 16.4.2 du traité PNLSC :

Les Indiens du Yukon ont le droit de récolter, à des fins de subsistance, dans les limites de leur territoire traditionnel [. . .] toute espèce de poisson et d'animal sauvage, pour eux-mêmes et pour leur famille, en toute saison et sans limite de prises, sur des terres visées par un règlement et sur des terres de la Couronne où ils bénéficient d'un droit d'accès conformément à la section 6.2.0, sous réserve seulement des limites prévues par les ententes portant règlement.

Les terres de la Couronne pouvaient être prises à d'autres fins (comme dans *Première nation crie Mikisew*) et notamment à des fins d'agriculture, mais entre-temps, la première nation conservait un intérêt issu d'un traité sur les terres de la Couronne à l'égard desquelles ses membres avaient toujours un droit d'accès issu d'un traité (y compris la parcelle de M. Paulsen). La possibilité que cet intérêt soit supprimé n'en faisait pas moins un intérêt issu d'un traité.

[57] The decision maker was required to take into account the impact of allowing the Paulsen application on the concerns and interests of members of the First Nation. He could not take these into account unless the First Nation was consulted as to the nature and extent of its concerns. Added to the ordinary administrative law duties, of course, was the added legal burden on the territorial government to uphold the honour of the Crown in its dealings with the First Nation. Nevertheless, given the existence of the treaty surrender and the legislation in place to implement it, and the decision of the parties not to incorporate a more general consultation process in the LSCFN Treaty itself, the content of the duty of consultation (as found by the Court of Appeal) was at the lower end of the spectrum. It was not burdensome. But nor was it a mere courtesy.

*E. The Source of the Duty to Consult Is External to the LSCFN Treaty*

[58] The LSCFN Treaty dated July 21, 1997, is a comprehensive lawyerly document. The territorial government argues that the document refers to the duty to consult in over 60 different places but points out that none of them is applicable here (although the implementation of Chapter 12, which was left to subsequent legislative action, did not foreclose the possibility of such a requirement).

[59] There was considerable discussion at the bar about whether the duty to consult, if it applies at all, should be considered an implied term of the LSCFN Treaty or a duty externally imposed as a matter of law.

[60] The territorial government takes the view that terms cannot be implied where the intention of the parties is plainly inconsistent with such an outcome. In this case, it says, the implied term is negated by the parties' treatment of consultation throughout the treaty and its significant absence

[57] Le décideur était tenu de prendre en compte les conséquences qu'aurait le fait d'accorder la demande de M. Paulsen sur les préoccupations et les intérêts des membres de la première nation. Or, il ne pouvait pas le faire sans que la première nation ne soit consultée au sujet de la nature et de la portée de ses préoccupations. S'ajoutait bien sûr aux obligations habituelles ressortissant au droit administratif, l'obligation légale du gouvernement territorial de préserver l'honneur de la Couronne dans ses relations avec la première nation. Néanmoins, étant donné l'existence de la cession opérée par le traité et les textes législatifs adoptés en vue de la mise en œuvre de celui-ci, ainsi que la décision des parties de ne pas incorporer dans le traité PNLSC lui-même un processus de consultation d'un caractère plus général, le contenu de l'obligation de consultation se situait (comme l'a conclu la Cour d'appel) au bas du continuum. Il ne s'agissait pas d'une obligation exigeante. Mais ce n'était pas non plus une simple affaire de courtoisie.

*E. La source de l'obligation de consulter est extrinsèque au traité PNLSC*

[58] Le traité PNLSC, daté du 21 juillet 1997, est un document à caractère juridique des plus détaillé. Le gouvernement territorial fait valoir qu'il est fait mention de l'obligation de consulter à plus de 60 endroits différents dans ce document, mais qu'aucun de ces cas n'est applicable en l'espèce (même si la mise en œuvre du chapitre 12, laissée en suspens dans l'attente d'une mesure législative, n'écartait pas la possibilité d'une telle obligation).

[59] On a longuement débattu, à l'audience, la question de savoir si l'obligation de consulter, à supposer qu'elle soit applicable d'une quelconque façon, devrait être considérée comme une clause implicite du traité PNLSC ou comme une obligation juridique extérieure au traité.

[60] Pour le gouvernement territorial, il ne saurait y avoir de clause implicite qui serait à l'évidence incompatible avec l'intention des parties. En l'espèce, plaide-t-il, la clause implicite est contredite par la manière dont les parties ont abordé la consultation dans l'ensemble du traité et par l'absence

in the case of land grants. The necessary “negative inference”, argues the territorial government, is that failure to include it was intentional.

[61] I think this argument is unpersuasive. The duty to consult is treated in the jurisprudence as a means (in appropriate circumstances) of upholding the honour of the Crown. Consultation can be shaped by agreement of the parties, but the Crown cannot contract out of its duty of honourable dealing with Aboriginal people. As held in *Haida Nation* and affirmed in *Mikisew Cree*, it is a doctrine that applies independently of the expressed or implied intention of the parties.

[62] The argument that the LSCFN Treaty is a “complete code” is untenable. For one thing, as the territorial government acknowledges, nothing in the text of the LSCFN Treaty authorizes the making of land grants on Crown lands to which the First Nation continues to have treaty access for subsistence hunting and fishing. The territorial government points out that authority to alienate Crown land exists in the general law. This is true, but the general law exists outside the treaty. The territorial government cannot select from the general law only those elements that suit its purpose. The treaty sets out rights and obligations of the parties, but the treaty is part of a special relationship: “In all its dealings with Aboriginal peoples, from the assertion of sovereignty to the resolution of claims and the implementation of treaties, the Crown must act honourably” (*Haida Nation*, at para. 17 (emphasis added)). As the text of s. 35(3) makes clear, a modern comprehensive land claims agreement is as much a treaty in the eyes of the Constitution as are the earlier pre- and post-Confederation treaties.

[63] At the time the Paulsen application was pending, the implementation of the LSCFN Treaty was in transition. It contemplates in Chapter 12

significative de celle-ci dans le cas de la concession de terres. La nécessaire « inférence négative », soutient le gouvernement territorial, est que le fait de ne pas prévoir la consultation était intentionnel.

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

[62] L’argument suivant lequel le traité PNLSC est un « code complet » ne tient pas. D’une part, comme le reconnaît le gouvernement territorial, le texte du traité PNLSC n’autorise d’aucune manière l’octroi de terres de la Couronne à l’égard desquelles la première nation continue de jouir, en vertu du traité, d’un droit d’accès à des fins de chasse et de pêche de subsistance. Le gouvernement territorial souligne que le pouvoir d’aliéner des terres de la Couronne existe selon le droit commun. C’est vrai, mais le droit commun existe à l’extérieur du traité. Le gouvernement territorial ne peut pas retenir uniquement, dans le droit commun, les éléments qui lui conviennent. Le traité énonce les droits et les obligations des parties, tout en s’inscrivant dans une relation spéciale : « 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 » (*Nation haïda*, par. 17 (je souligne)). Comme il ressort clairement du texte du par. 35(3), une entente récente relative à des revendications globales constitue, du point de vue de la Constitution, un traité au même titre que les anciens traités conclus avant et après la Confédération.

[63] Au moment où la demande de M. Paulsen était à l’étude, la mise en œuvre du traité PNLSC était dans une phase de transition. Le chapitre 12

the enactment of a “development assessment process” to implement the treaty provisions. This was ultimately carried into effect in the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7 (“YESAA”). The territorial government acknowledges that the YESAA would have applied to the Paulsen application. Part 2 of the Act (regarding the assessment process) did not come into force until after the Paulsen application was approved (s. 134). The treaty required the government to introduce the law within two years of the date of the settlement legislation (s. 12.3.4). This was not done. The subsequent legislative delay did not empower the territorial government to proceed without consultation.

[64] The purpose of the YESAA is broadly stated to “[give] effect to provisions of the Umbrella Final Agreement respecting assessment of environmental and socio-economic effects” by way of a “comprehensive, neutrally conducted assessment process” (s. 5) where “an authorization or the grant of an interest in land” would be required (s. 47(2)(c)). The neutral assessor is the Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Board, to which (excluding the chair) the Council for Yukon Indians would nominate half the members and the territorial government the other half. The Minister, after consultation, would appoint the chair.

[65] The territorial government contends that this new arrangement is intended to satisfy the requirement of consultation on land grants in a way that is fair both to First Nations and to the other people of the Yukon. Assuming (without deciding) this to be so, the fact remains that no such arrangement was in place at the relevant time.

[66] In the absence of the agreed arrangement, consultation was necessary in this case to uphold the honour of the Crown. It was therefore imposed as a matter of law.

envisage l’adoption d’un « processus d’évaluation des activités de développement » en vue de la mise en œuvre des dispositions du traité. Cette mise en œuvre a finalement été accomplie par la *Loi sur l’évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7 (« LÉESY »). Le gouvernement territorial reconnaît que la LÉESY se serait appliquée à la demande de M. Paulsen. La partie 2 de cette loi (concernant le processus d’évaluation) n’est entrée en vigueur qu’après l’approbation de la demande en question (art. 134). Le gouvernement était tenu, aux termes du traité, d’édicter une mesure législative dans les deux ans suivant l’entrée en vigueur de la loi de mise en œuvre (art. 12.3.4). Il ne l’a pas fait. Le retard législatif subséquent ne donnait pas au gouvernement territorial le pouvoir d’agir sans consultation.

[64] La LÉESY vise d’une manière générale à « met[tre] en œuvre diverses dispositions de l’accord-cadre relatives à l’évaluation des effets sur l’environnement ou la vie socioéconomique » par l’instauration d’un « processus complet et impartial d’évaluation » (art. 5) lorsque « l’autorisation [...] ou l’attribution [...] de droits fonciers » serait nécessaire (al. 47(2)c)). L’évaluateur neutre est l’Office d’évaluation environnementale et socioéconomique du Yukon, dont les membres (sauf le président) seraient nommés pour moitié par le Conseil des Indiens du Yukon et pour l’autre moitié par le gouvernement territorial. Le ministre nommerait le président après consultation.

[65] Selon le gouvernement territorial, ce nouveau régime vise à répondre à l’exigence de consultation au sujet de la concession de terres d’une façon équitable à la fois pour les premières nations et pour les autres habitants du Yukon. En supposant que tel soit le cas (je ne me prononce pas sur la question), il n’en demeure pas moins que le régime en question n’était pas en vigueur à l’époque en cause.

[66] En l’absence du régime sur lequel on s’était entendu, la consultation était nécessaire en l’espèce pour préserver l’honneur de la Couronne. Elle était donc imposée par le droit.

F. *The LSCFN Treaty Does Not Exclude the Duty to Consult and, if Appropriate, Accommodate*

[67] When a modern treaty has been concluded, the first step is to look at its provisions and try to determine the parties' respective obligations, and whether there is some form of consultation provided for in the treaty itself. If a process of consultation has been established in the treaty, the scope of the duty to consult will be shaped by its provisions.

[68] The territorial government argues that a mutual objective of the parties to the LSCFN Treaty was to achieve certainty, as is set out in the preamble:

... the parties to this Agreement wish to achieve certainty with respect to the ownership and use of lands and other resources of the Little Salmon/Carmacks First Nation Traditional Territory;

the parties wish to achieve certainty with respect to their relationships to each other . . . .

Moreover the treaty contains an "entire agreement" clause. Section 2.2.15 provides that

Settlement Agreements shall be the entire agreement between the parties thereto and there shall be no representation, warranty, collateral agreement or condition affecting those Agreements except as expressed in them.

[69] However, as stated, the duty to consult is not a "collateral agreement or condition". The LSCFN Treaty *is* the "entire agreement", but it does not exist in isolation. The duty to consult is imposed as a matter of law, irrespective of the parties' "agreement". It does not "affect" the agreement itself. It is simply part of the essential legal framework within which the treaty is to be interpreted and performed.

[70] The First Nation points out that there is an express exception to the "entire agreement" clause in the case of "existing or future constitutional rights", at s. 2.2.4:

Subject to 2.5.0, 5.9.0, 5.10.1 and 25.2.0, Settlement Agreements shall not affect the ability of aboriginal

F. *Le traité PNLSC n'exclut pas l'obligation de consulter et, au besoin, d'accommoder*

[67] Lorsqu'un traité récent a été conclu, la première étape consiste à en examiner les dispositions et à tenter de déterminer les obligations respectives des parties et l'existence, dans le traité lui-même, d'une forme quelconque de consultation. Si un processus de consultation a été établi dans le traité, les dispositions du traité indiqueront la portée de l'obligation de consulter.

[68] Le gouvernement territorial plaide que la certitude constituait un objectif mutuel des parties au traité PNLSC, comme l'indique le préambule :

... les parties à la présente entente désirent définir avec certitude les droits de propriété et d'utilisation des terres et autres ressources du territoire traditionnel de la première nation de Little Salmon/Carmacks;

les parties à la présente entente désirent définir avec certitude leurs rapports les unes avec les autres . . . .

Qui plus est, le traité renferme une clause du type « intégralité de l'entente », soit l'art. 2.2.15 :

Chaque entente portant règlement constitue l'entente complète intervenue entre les parties à cette entente et il n'existe aucune autre assertion, garantie, convention accessoire ou condition touchant cette entente que celles qui sont exprimées dans cette dernière.

[69] Toutefois, l'obligation de consulter ne constitue pas, comme je l'ai indiqué, une « convention accessoire ou condition ». Le traité PNLSC *constate* effectivement l'« entente complète », mais il n'existe pas isolément. L'obligation de consulter est imposée par le droit sans égard à l'« entente » conclue entre les parties. Elle ne « touche » pas l'entente elle-même. Elle fait simplement partie du cadre juridique essentiel dans lequel le traité doit être interprété et exécuté.

[70] La première nation souligne qu'une exception à la clause de l'« entente complète » est expressément prévue à l'art. 2.2.4, pour les « droits constitutionnels — existants ou futurs » :

Sous réserve des sections 2.5.0, 5.9.0 et 25.2.0 et de l'article 5.10.1, les ententes portant règlement n'ont pas pour



people of the Yukon to exercise, or benefit from, any existing or future constitutional rights for aboriginal people that may be applicable to them.

Section 2.2.4 applies, the LSCFN argues, because the duty of consultation is a new constitutional duty and should therefore be considered a “future” constitutional right within the scope of the section.

[71] As discussed, the applicable “existing or future *constitutional* right” is the right of the Aboriginal parties to have the treaty performed in a way that upholds the honour of the Crown. That principle is readily conceded by the territorial government. However, the honour of the Crown may not *always require consultation*. The parties may, in their treaty, negotiate a different mechanism which, nevertheless, in the result, upholds the honour of the Crown. In this case, the duty applies, the content of which will now be discussed.

#### G. *The Content of the Duty to Consult*

[72] The adequacy of the consultation was the subject of the First Nation’s cross-appeal. The adequacy of what passed (or failed to pass) between the parties must be assessed in light of the role and function to be served by consultation on the facts of the case and whether that purpose was, on the facts, satisfied.

[73] The Yukon *Lands Act* and the *Territorial Lands (Yukon) Act* created a discretionary authority to make grants but do not specify the basis on which the discretion is to be exercised. It was clear that the Paulsen application might *potentially* have an adverse impact on the LSCFN Treaty right to have access to the 65 hectares for subsistence “harvesting” of fish and wildlife, and that such impact would include the First Nation’s beneficial use of the surrounding Crown lands to which its members have a continuing treaty right of access. There was at least the possibility that the impact would be significant in economic and cultural terms. The Director was then required, as a matter of both

effet de porter atteinte à la capacité des peuples autochtones du Yukon d’exercer des droits constitutionnels — existants ou futurs — qui sont reconnus aux peuples autochtones et qui s’appliquent à eux ou de tirer parti de tels droits.

L’article 2.2.4 s’applique, soutient la PNLSC, parce que l’obligation de consultation est une nouvelle obligation constitutionnelle et devrait donc être considérée comme un droit constitutionnel « futur » tombant dans le champ d’application de cet article.

[71] Comme nous l’avons vu, le « droit *constitutionnel* existant ou futur » applicable est le droit des parties autochtones à ce que le traité soit exécuté d’une manière propre à préserver l’honneur de la Couronne. Ce principe est admis volontiers par le gouvernement territorial. Toutefois, l’honneur de la Couronne peut ne pas *toujours exiger la consultation*. Les parties peuvent, dans leur traité, négocier un mécanisme différent qui permet malgré tout, dans son résultat, de préserver l’honneur de la Couronne. En l’espèce, l’obligation s’applique, et j’en viens maintenant à l’examen de son contenu.

#### G. *Le contenu de l’obligation de consulter*

[72] Le pourvoi incident de la première nation porte sur le caractère adéquat de la consultation. Ce qui s’est passé (ou ne s’est pas passé) entre les parties doit être évalué à la lumière du rôle et de la fonction de la consultation au regard des faits de l’espèce, et de la question de savoir si cet objectif a été rempli au regard des faits.

[73] La *Loi sur les terres* du Yukon et la *Loi du Yukon sur les terres territoriales* ont institué un pouvoir discrétionnaire de concession de terres, mais sans préciser la base sur laquelle ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé. Il ne faisait de doute que la demande de M. Paulsen était *susceptible* d’avoir des incidences négatives sur le droit d’accès aux 65 hectares conféré par le traité PNLSC pour la « récolte » de poissons et d’animaux sauvages à des fins de subsistance, incidences comprenant l’usage bénéficiaire par la première nation des terres de la Couronne avoisinantes auxquelles ses membres continuent d’avoir un droit d’accès en vertu du traité. Il existait au moins une possibilité que ces

compliance with the legal duty to consult based on the honour of the Crown *and* procedural fairness to be informed about the nature and severity of such impacts before he made a decision to determine (amongst other things) whether accommodation was necessary or appropriate. The purpose of consultation was not to reopen the LSCFN Treaty or to renegotiate the availability of the lands for an agricultural grant. Such availability was already established in the Treaty. Consultation was required to help manage the important ongoing relationship between the government and the Aboriginal community in a way that upheld the honour of the Crown.

[74] This “lower end of the spectrum” approach is consistent with the LSCFN Treaty itself which sets out the elements the parties themselves regarded as appropriate regarding consultation (where consultation is required) as follows:

“Consult” or “Consultation” means to provide:

- (a) to the party to be consulted, notice of a matter to be decided in sufficient form and detail to allow that party to prepare its views on the matter;
- (b) a reasonable period of time in which the party to be consulted may prepare its views on the matter, and an opportunity to present such views to the party obliged to consult; and
- (c) full and fair consideration by the party obliged to consult of any views presented.

(LSCFN Treaty, Chapter 1)

At the hearing of this appeal, counsel for the First Nation contended that the territorial government has “to work with the Aboriginal people to understand what the effect will be, and then they have to try and minimize it” (transcript, at p. 48 (emphasis added)). It is true that these treaties were negotiated prior to *Haida Nation* and *Mikisew Cree*, but it must have been obvious to the negotiators that

incidences soient importantes sur les plans économique et culturel. Le directeur était par conséquent tenu, pour se conformer à l’obligation juridique de consulter fondée sur l’honneur de la Couronne *et* au nom de l’équité procédurale, d’être informé de la nature et de la gravité de telles incidences avant de prendre une décision, pour déterminer (entre autres choses) si des accommodements étaient nécessaires ou appropriés. La consultation n’avait pas pour objet de rouvrir le traité PNLSC ou de renégocier la possibilité de concéder les terres à des fins agricoles. Cette possibilité était déjà prévue au traité. La consultation était requise afin de faciliter la gestion de la relation importante entre le gouvernement et la communauté autochtone en conformité avec la préservation de l’honneur de la Couronne.

[74] Cette approche au « bas du continuum » est conforme au traité PNLSC lui-même, qui précise les éléments considérés par les parties elles-mêmes comme constituant une consultation appropriée (lorsqu’une consultation est nécessaire) :

« consulter » ou « consultation » La procédure selon laquelle :

- a) un avis suffisamment détaillé concernant la question à trancher doit être communiqué à la partie devant être consultée afin de lui permettre de préparer sa position sur la question;
- b) la partie devant être consultée doit se voir accorder un délai suffisant pour lui permettre de préparer sa position sur la question, ainsi que l’occasion de présenter cette position à la partie obligée de tenir la consultation;
- c) la partie obligée de tenir la consultation doit procéder à un examen complet et équitable de toutes les positions présentées.

(Traité PNLSC, chapitre 1)

Lors de l’audition du pourvoi, l’avocat de la première nation a soutenu que le gouvernement territorial doit [TRADUCTION] « s’efforcer, de concert avec les peuples autochtones, de comprendre quels seront les effets, et ensuite il doit essayer de les réduire au minimum » (transcription, p. 48 (je souligne)). Il est vrai que ces traités ont été négociés avant les arrêts *Nation haïda* et *Première nation crie Mikisew*, mais

there is a substantial difference between imposing on a decision maker a duty to provide “full and fair consideration” of the First Nation’s “views” and (on the other hand) an obligation to try “to understand what the effect will be, and then . . . to try and minimize it”. It is the former formulation which the parties considered sufficient and appropriate. Even in the absence of treaty language, the application of *Haida Nation* and *Mikisew Cree* would have produced a similar result.

[75] In my view, the negotiated definition is a reasonable statement of the content of consultation “at the lower end of the spectrum”. The treaty does not apply directly to the land grant approval process, which is not a treaty process, but it is a useful indication of what the parties themselves considered fair, and is consistent with the jurisprudence from *Haida Nation* to *Mikisew Cree*.

#### H. *There Was Adequate Consultation in This Case*

[76] The First Nation acknowledges that it received appropriate notice and information. Its letter of objection dated July 27, 2004, set out its concerns about the impact on Trapline #143, a cabin belonging to Roger Rondeau (who was said in the letter to have “no concerns with the application”) as well as Johnny Sam’s cabin, and “potential areas of heritage and cultural interest” that had not however “been researched or identified”. The letter recommended an archaeological survey for this purpose (this was subsequently performed *before* the Paulsen application was considered and approved by the Director). Nothing was said in the First Nation’s letter of objection about possible inconsistency with the FWMP, or the need to preserve the 65 hectares for educational purposes.

il devait être évident pour les négociateurs qu’il existe une différence substantielle entre, d’une part, le fait d’imposer à un décideur une obligation de procéder à « un examen complet et équitable » des « positions » de la première nation, et, d’autre part, une obligation de s’efforcer [TRADUCTION] « de comprendre quels seront les effets, et ensuite [. . .] essayer de les réduire au minimum ». C’est la première de ces obligations que les parties ont considérée comme suffisante et appropriée. Même en l’absence de clauses au traité, l’application des arrêts *Nation haïda* et *Première nation crie Mikisew* aurait produit un résultat semblable.

[75] À mon avis, la définition négociée constitue un énoncé raisonnable du contenu de la consultation « au bas du continuum ». Le traité ne régit pas directement le processus d’approbation des concessions de terres, qui ne relève pas d’un traité, mais il indique de façon utile ce que les parties elles-mêmes jugeaient équitable, et il est conforme à la jurisprudence des arrêts *Nation haïda* et *Première nation crie Mikisew*.

#### H. *Il y a eu une consultation adéquate en l’espèce*

[76] La première nation reconnaît avoir reçu un avis suffisant et l’information utile. Sa lettre d’opposition datée du 27 juillet 2004 faisait état de ses préoccupations au sujet des incidences de la concession de la parcelle sur le territoire de piégeage n° 143, sur une cabane appartenant à Roger Rondeau (chez qui, d’après la lettre, [TRADUCTION] « la demande [ne suscitait] aucune inquiétude ») ainsi que sur la cabane de Johnny Sam, et sur [TRADUCTION] « des zones pouvant présenter un intérêt patrimonial et culturel » mais qui n’avaient pas « été identifiées » ou n’avaient pas « fait l’objet de recherches ». La lettre recommandait qu’on procède à cette fin à une reconnaissance archéologique (reconnaissance qui a eu lieu par la suite, *avant* l’examen et l’approbation, par le directeur, de la demande de M. Paulsen). Nulle part dans la lettre d’opposition de la première nation n’était-il fait mention d’une possible non-conformité avec le PGRHF, ou de la nécessité de préserver les 65 hectares à des fins éducatives.

[77] The concerns raised in the First Nation's letter of objection dated July 27, 2004, were put before the August 13, 2004 meeting of LARC (which the First Nation did not attend) and, for the benefit of those not attending, were essentially reproduced in the minutes of that meeting. The minutes noted that "[t]here will be some loss of wildlife habitat in the area, but it is not significant." The minutes pointed out that Johnny Sam was entitled to compensation under the LSCFN Treaty to the extent the value of Trapline #143 was diminished. The minutes were available to the LSCFN as a member of LARC.

[78] The First Nation complains that its concerns were not taken seriously. It says, for example, the fact that Johnny Sam is eligible for compensation ignores the cultural and educational importance of Trapline #143. He wants the undiminished trapline, not compensation. However, Larry Paulsen also had an important stake in the outcome. The Director had a discretion to approve or not to approve and he was not obliged to decide this issue in favour of the position of the First Nation. Nor was he obliged as a matter of law to await the outcome of the FWMP. The Director had before him the First Nation's concerns and the response of other members of LARC. He was entitled to conclude that the impact of the Paulsen grant on First Nation's interests was not significant.

[79] It is important to stress that the First Nation does not deny that it had full notice of the Paulsen application, and an opportunity to state its concerns through the LARC process to the ultimate decision maker in whatever scope and detail it considered appropriate. Moreover, unlike the situation in *Mikisew Cree*, the First Nation here was consulted as a First Nation through LARC and not as members of the general public. While procedural fairness is a flexible concept and takes into account the

[77] Les préoccupations soulevées dans la lettre d'opposition de la première nation datée du 27 juillet 2004 ont été évoquées lors de la réunion du CEDAT tenue le 13 août 2004 (à laquelle la première nation n'était pas représentée) et ont été décrites, pour l'essentiel, dans le procès-verbal de cette réunion, à l'intention des personnes qui étaient absentes. Il est mentionné dans le procès-verbal qu'[TRADUCTION] « [i]l y aura une certaine perte au plan de l'habitat faunique dans la région, mais elle n'est pas importante. » Il y est également souligné que Johnny Sam avait droit à une indemnisation en vertu du traité PNLSC dans la mesure où la valeur du territoire de piégeage n° 143 se trouvait diminuée. La PNLSC, en tant que membre du CEDAT, pouvait consulter le procès-verbal.

[78] La première nation se plaint de ce que ses préoccupations n'aient pas été prises au sérieux. Elle dit par exemple que le fait que Johnny Sam ait droit à une indemnisation témoigne d'une incompréhension de l'importance du territoire de piégeage n° 143 aux plans culturel et éducatif. Il veut conserver le territoire de piégeage dans son intégralité, et non toucher une indemnisation. L'enjeu était cependant important pour Larry Paulsen également. Le directeur avait le pouvoir discrétionnaire d'approuver ou de ne pas approuver sa demande et il n'était pas obligé de trancher la question en faveur de la position défendue par la première nation. Il n'était pas non plus légalement tenu d'attendre le résultat du PGRHF. Le directeur connaissait les préoccupations de la première nation et la réponse des autres membres du CEDAT. Il était en droit de conclure que la concession à M. Paulsen de la parcelle en question n'avait pas d'incidences importantes sur les intérêts de la première nation.

[79] Il importe de signaler que la première nation ne nie pas avoir reçu un avis suffisant de la demande de M. Paulsen, et avoir eu l'occasion d'exposer, dans toute l'ampleur et la précision jugées appropriées, ses préoccupations au décideur ultime dans le cadre des procédures du CEDAT. De plus, contrairement à la situation en cause dans l'affaire *Première nation crie Mikisew*, la première nation en l'espèce a été consultée dans le cadre du CEDAT en tant que première nation et non en tant que membre du grand

Aboriginal dimensions of the decision facing the Director, it is nevertheless a doctrine that applies as a matter of administrative law to regulate relations between the government decision makers and all residents of the Yukon, Aboriginal as well as non-Aboriginal, Mr. Paulsen as well as the First Nation. On the record, and for the reasons already stated, the requirements of procedural fairness were met, as were the requirements of the duty to consult.

[80] It is impossible to read the record in this case without concluding that the Paulsen application was simply a flashpoint for the pent-up frustration of the First Nation with the territorial government bureaucracy. However, the result of disallowing the application would simply be to let the weight of this cumulative problem fall on the head of the hapless Larry Paulsen (who still awaits the outcome of an application filed more than eight years ago). This would be unfair.

#### I. *The Duty to Accommodate*

[81] The First Nation's argument is that in this case the legal requirement was not only procedural consultation but substantive accommodation. *Haida Nation* and *Mikisew Cree* affirm that the duty to consult *may* require, in an appropriate case, accommodation. The test is not, as sometimes seemed to be suggested in argument, a duty to accommodate to the point of undue hardship for the non-Aboriginal population. Adequate consultation having occurred, the task of the Court is to review the exercise of the Director's discretion taking into account all of the relevant interests and circumstances, including the First Nation entitlement and the nature and seriousness of the impact on that entitlement of the proposed measure which the First Nation opposes.

[82] The 65-hectare plot had already been reconfigured at government insistence to accommodate

public. Si l'équité procédurale est une notion souple et prend en compte les aspects qui, dans la décision que doit prendre le directeur, touchent directement les Autochtones, il n'en demeure pas moins que cette doctrine s'applique en droit administratif pour encadrer les relations entre les décideurs gouvernementaux et tous les habitants du Yukon, Autochtones comme non-Autochtones, et M. Paulsen comme la première nation. Au vu du dossier et pour les raisons exposées précédemment, les exigences de l'équité procédurale ont été respectées, tout comme celles de l'obligation de consulter.

[80] Il est impossible de parcourir le dossier de cette affaire sans voir dans la demande de M. Paulsen la petite étincelle qui allait faire éclater le mécontentement accumulé par la première nation face à la bureaucratie du gouvernement territorial. Le rejet de cette demande, cependant, ferait simplement porter le poids de ce problème cumulatif à l'infortuné Larry Paulsen (qui attend toujours l'issue d'une demande présentée il y a plus de huit ans). Ce résultat serait injuste.

#### I. *L'obligation d'accommoder*

[81] La première nation avance que dans la présente affaire, il y avait une obligation juridique non seulement de tenir une consultation au plan procédural, mais d'offrir des mesures concrètes d'accommodement. Il est précisé dans *Nation haïda* et dans *Première nation crie Mikisew* que l'obligation de consulter *peut*, dans certains cas, exiger des accommodements. Le critère ne consiste pas, comme on a parfois semblé le soutenir dans l'argumentation, dans une obligation d'accommoder jusqu'au point où la population non autochtone subit une contrainte excessive. Une consultation adéquate ayant eu lieu, il incombe à la Cour d'examiner la façon dont le directeur a exercé son pouvoir discrétionnaire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des intérêts pertinents, y compris les droits de la première nation ainsi que la nature et la gravité de l'incidence, sur ces droits, de la mesure proposée à laquelle la première nation s'oppose.

[82] La parcelle de 65 hectares avait déjà été redélimitée à la demande pressante du gouvernement

various concerns. The First Nation did not suggest any alternative configuration that would be more acceptable (although it suggested at one point that any farming should be organic in nature). In this case, in its view, accommodation must inevitably lead to rejection of the Paulsen application. However, with respect, nothing in the treaty itself or in the surrounding circumstances gave rise to a requirement of accommodation. The government was “taking up” surrendered Crown land for agricultural purposes as contemplated in the treaty.

[83] The concerns raised by the First Nation were important, but the question before the Director was in some measure a policy decision related to the 1991 Agricultural Policy as well as to whether, on the facts, the impact on the First Nation interests were as serious as claimed. He then had to weigh those concerns against the interest of Larry Paulsen in light of the government’s treaty and other legal obligations to Aboriginal people. It is likely that many, if not most, applications for grants of remote land suitable for raising livestock will raise issues of wildlife habitat, and many grants that interfere with traplines and traditional economic activities will also have a cultural and educational dimension. The First Nation points out that the Paulsen proposed building would trigger a “no-shooting zone” that would affect Johnny Sam’s use of his cabin (as well as his trapline). However, where development occurs, shooting is necessarily restricted, and the LSCFN Treaty is not an anti-development document.

[84] *Somebody* has to bring consultation to an end and to weigh up the respective interests, having in mind the Yukon public policy favouring agricultural development where the rigorous climate of the Yukon permits. The Director is the person with the delegated authority to make the decision whether to approve a grant of land already surrendered by the

pour tenir compte de certaines préoccupations. La première nation n’a suggéré aucune autre délimitation qui lui aurait été plus acceptable (bien qu’elle ait mentionné à un certain moment que toute activité agricole devait être de nature biologique). Dans le cas présent, l’accommodement doit inévitablement, à ses yeux, entraîner le rejet de la demande de M. Paulsen. Toutefois, le traité lui-même ou l’ensemble des circonstances ne donnent en aucun cas ouverture à une obligation d’accommodement. Le gouvernement « prenait » des terres de la Couronne cédées pour qu’elles servent à l’agriculture, ce que le traité envisageait.

[83] Les préoccupations soulevées par la première nation étaient certes importantes, mais la question soumise au directeur constituait dans une certaine mesure une décision touchant à la Politique agricole pour 1991 ainsi qu’à la question de savoir si, d’après les faits, les incidences sur les intérêts de la première nation étaient aussi graves que celle-ci le prétendait. Il devait alors mettre dans la balance ces préoccupations et l’intérêt de Larry Paulsen à la lumière des obligations juridiques (issues de traités ou non) du gouvernement envers les Autochtones. Bon nombre, sinon la plupart, des demandes de concession de terres éloignées propres à l’élevage du bétail susciteront des préoccupations au chapitre de l’habitat faunique, et de nombreuses concessions de terres nuisant aux territoires de piégeage et aux activités économiques traditionnelles auront aussi une dimension culturelle et éducative. La première nation souligne que le bâtiment proposé par M. Paulsen entraînerait la création d’une [TRADUCTION] « zone d’interdiction de chasse » qui entraverait l’utilisation par Johnny Sam de sa cabane (et de son territoire de piégeage). Cependant, le développement a nécessairement pour conséquence des restrictions en matière de chasse, et le traité PNLSC n’est pas un document anti-développement.

[84] Il doit y avoir *quelqu’un* qui met un terme à la consultation et soupèse les intérêts respectifs en jeu en tenant compte de la politique du Yukon favorable au développement de l’agriculture là où le climat rigoureux le permet. Or, le directeur est la personne à qui a été délégué le pouvoir de décider s’il y a lieu d’approuver la concession de terres déjà

First Nation. The purpose of the consultation was to ensure that the Director's decision was properly informed.

[85] The Director did not err in law in concluding that the consultation in this case with the First Nation was adequate.

[86] The advice the Director received from his officials after consultation is that the impact would not be significant. There is no evidence that he failed to give the concerns of the First Nation "full and fair consideration". The material filed by the parties on the judicial review application does not demonstrate any palpable error of fact in his conclusion.

[87] It seems the Director was simply not content to put Mr. Paulsen's interest on the back burner while the government and the First Nation attempted to work out some transitional rough spots in their relationship. He was entitled to proceed as he did.

[88] Whether or not a court would have reached a different conclusion on the facts is not relevant. The decision to approve or not to approve the grant was given by the Legislature to the Minister who, in the usual way, delegated the authority to the Director. His disposition was not unreasonable.

#### IV. Conclusion

[89] I would dismiss the appeal and cross-appeal, with costs.

English version of the reasons of LeBel and Deschamps JJ. delivered by

[90] DESCHAMPS J. — The Court has on numerous occasions invited governments and Aboriginal peoples to negotiate the precise definitions of Aboriginal rights and the means of exercising them. To protect the integrity of the negotiation process, the Court developed, on the basis of what was

cédées par la première nation. La consultation avait pour but de garantir que la décision du directeur était prise en connaissance de cause.

[85] Le directeur n'a pas commis d'erreur de droit en concluant qu'en l'espèce, la consultation avec la première nation était adéquate.

[86] Selon l'avis reçu de ses fonctionnaires par le directeur après la consultation, les incidences ne seraient pas importantes. Rien n'indique que les préoccupations de la première nation n'ont pas fait l'objet d'un « examen complet et équitable » de sa part. Les documents déposés par les parties lors de la demande de contrôle judiciaire ne révèlent l'existence d'aucune erreur de fait manifeste dans sa conclusion.

[87] Il semble que le directeur était simplement mécontent de mettre en veilleuse le cas de M. Paulsen alors que le gouvernement et la première nation tentaient d'aplanir certaines difficultés liées à la transition dans le cadre de leur relation. Il avait le droit d'agir comme il l'a fait.

[88] Le fait qu'un tribunal judiciaire aurait éventuellement pu arriver à une conclusion différente à partir des mêmes faits n'est pas pertinent. La décision d'approuver ou de ne pas approuver la concession de la parcelle de terre a été confiée par l'assemblée législative au ministre qui, de la façon habituelle, a délégué ce pouvoir au directeur. La décision prise par ce dernier n'était pas déraisonnable.

#### IV. Conclusion

[89] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident, avec dépens.

Les motifs des juges LeBel et Deschamps ont été rendus par

[90] LA JUGE DESCHAMPS — La Cour a maintes fois invité les gouvernements et les peuples autochtones à négocier la définition précise et les modalités d'exercice des droits ancestraux de ces peuples. Afin de protéger l'intégrité du processus de négociation, la Cour a formulé, à partir de ce qui n'était à

originally just one step in the test for determining whether infringements of Aboriginal rights are justifiable, a duty to consult that must be discharged before taking any action that might infringe as-yet-undefined rights. It later expanded the minimum obligatory content of a treaty that is silent regarding how the Crown might exercise those of its rights under the treaty that affect rights granted to the Aboriginal party in the same treaty.

[91] In Yukon, the parties sat down to negotiate. An umbrella agreement and 11 specific agreements were reached between certain First Nations, the Yukon government and the Government of Canada. Through these agreements, the First Nations concerned have taken control of their destiny. The agreements, which deal in particular with land and resources, are of course not exhaustive, but they are binding on the parties with respect to the matters they cover. The Crown's exercise of its rights under the treaty is subject to provisions on consultation. To add a further duty to consult to these provisions would be to defeat the very purpose of negotiating a treaty. Such an approach would be a step backward that would undermine both the parties' mutual undertakings and the objective of reconciliation through negotiation. This would jeopardize the negotiation processes currently under way across the country. Although I agree with Binnie J. that the appeal and cross-appeal should be dismissed, my reasons for doing so are very different.

[92] Mr. Paulsen's application constituted a project to which the assessment process provided for in Chapter 12 of the Little Salmon/Carmacks First Nation Final Agreement ("Final Agreement") applied. Although that process had not yet been implemented, Chapter 12, including the transitional legal rules it contains, had been. Under those rules, any existing development assessment process would remain applicable. The requirements of the processes in question included not only consultation with the First Nation concerned, but also its participation in the assessment of the project. Any such participation would involve a more extensive

l'origine qu'une étape de la justification des atteintes aux droits ancestraux, une obligation de consultation préalable à la prise de mesures pouvant porter atteinte à ces droits non encore définis. Plus tard, elle a élargi le contenu obligationnel minimal d'un traité lorsque celui-ci omettait de prévoir la façon dont la Couronne peut exercer les droits que lui reconnaît un traité et qui ont une incidence sur ceux conférés à la partie autochtone par ce même traité.

[91] Au Yukon, les parties se sont assises ensemble. Un accord-cadre et 11 ententes particulières ont été conclus par des premières nations, le gouvernement du Yukon et le gouvernement du Canada. Ces ententes constituent la concrétisation de la prise en charge par les premières nations concernées de leur destinée. Il va de soi que tout n'est pas prévu dans ces ententes, qui portent tout particulièrement sur les terres et les ressources. En revanche, ce qui l'est lie les parties. L'exercice par la Couronne des droits qui lui sont conférés par le traité fait l'objet dans celui-ci de dispositions concernant la consultation. C'est faire affront à l'objectif même de la négociation d'un traité que d'ajouter à ces dispositions une obligation additionnelle de consultation. Une telle approche constitue un recul, qui a pour effet de saper les engagements pris par les parties l'une à l'égard de l'autre et de miner l'objectif de réconciliation par la négociation. Cet affront met en péril les processus de négociation actuellement en cours d'un bout à l'autre du pays. Si, à l'instar du juge Binnie, je suis d'avis de rejeter l'appel principal et l'appel incident, je le fais cependant pour des motifs fort différents.

[92] La demande de M. Paulsen constituait un projet soumis au processus d'évaluation prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (« Entente définitive »). Ce processus n'avait pas été mis en œuvre, mais le chapitre 12 l'avait été, y compris les règles de droit provisoire y figurant. En vertu de ces règles, tout processus existant d'évaluation des activités de développement demeurerait en vigueur. Ces processus prévoyaient non seulement la consultation de la nation autochtone concernée, mais aussi sa participation à l'évaluation du projet. Une telle participation impliquait un niveau de consultation supérieur



consultation than would be required by the common law duty in that regard. Therefore, nothing in this case can justify resorting to a duty other than the one provided for in the Final Agreement.

[93] The Crown's constitutional duty to specifically consult Aboriginal peoples was initially recognized as a factor going to the determination of whether an Aboriginal right was infringed (*Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335), and was later established as one component of the test for determining whether infringements of Aboriginal rights by the Crown were justified: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. The Court was subsequently asked in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, whether such a duty to consult could apply even before an Aboriginal or treaty right is proven to exist. The Court's affirmative answer was based on a desire to encourage the Crown and Aboriginal peoples to negotiate treaties rather than resorting to litigation.

[94] I disagree with Binnie J.'s view that the common law constitutional duty to consult applies in every case, regardless of the terms of the treaty in question. And I also disagree with the appellants' assertion that an external duty to consult can never apply to parties to modern comprehensive land claims agreements and that the Final Agreement constitutes a complete code. In my view, *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, stands for the proposition that the common law constitutional duty to consult Aboriginal peoples applies to the parties to a treaty only if they have said nothing about consultation in respect of the right the Crown seeks to exercise under the treaty. Moreover, it is essential to understand that in this context, the signature of the treaty entails a change in the nature of the consultation. When consultation is provided for in a treaty, it ceases to

à celui qui aurait été fondé sur l'obligation faite par la jurisprudence à cet égard. En conséquence, rien, en l'espèce, ne saurait justifier le recours à une obligation externe à celle prévue par l'Entente définitive.

[93] L'obligation constitutionnelle qui incombe à la Couronne de consulter de façon spéciale les Autochtones est apparue à l'origine comme facteur d'évaluation d'une atteinte à un droit autochtone (*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335), puis a été établie en tant que composante du critère de vérification du caractère justifié des atteintes portées par la première aux droits constitutionnels des seconds : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Les affaires *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, ont ensuite posé la question de savoir si une telle obligation de consultation pouvait être mise en œuvre avant que soit établie l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité. La réponse positive qu'a donnée notre Cour était fondée sur une volonté de favoriser la négociation de traités entre la Couronne et les peuples autochtones plutôt que le recours aux tribunaux.

[94] Si, contrairement au juge Binnie, je ne dis pas que l'obligation constitutionnelle de consultation dégagée par la jurisprudence s'applique dans tous les cas, peu importe les stipulations du traité en cause, je ne dis pas non plus, comme le font les appelants, qu'on peut affirmer qu'une obligation externe de consultation ne saurait jamais s'appliquer aux parties à un accord moderne de règlement de revendication territoriale globale et que l'Entente définitive constitue un code complet. À mon avis, il ressort de l'arrêt *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, que l'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones établie par la jurisprudence ne s'applique aux parties à un traité que si celles-ci ont été silencieuses à cet égard relativement au droit que la Couronne cherche à exercer en vertu du traité. En outre, il est capital de signaler que, dans un tel contexte, un pas est franchi et que

be a measure to prevent the infringement of one or more rights, as in *Haida Nation*, and becomes a duty that applies to the Crown's exercise of rights granted to it in the treaty by the Aboriginal party. This means that where, as in *Mikisew*, the common law duty to consult applies to treaty rights despite the existence of the treaty — because the parties to the treaty included no provisions in this regard — it represents the minimum obligatory content.

[95] Binnie J. has set out the facts. I will return to them only to make some clarifications I consider necessary. For now, I will simply mention that the appellants' position is based on the fact that this case concerns a modern treaty. The appellants argue that in a case involving a modern treaty, the duty to consult is strictly limited to the terms expressly agreed on by the parties and there is no such duty if none has been provided for. In their view, a duty to consult can be found to exist only if the parties have expressly provided for one. The appellants seek not a reversal of the Court of Appeal's ultimate conclusion, but a declaration on the scope of the duty to consult. The respondents, who are also cross-appellants, are asking us to overturn the Court of Appeal's decision and affirm the judgment of the Supreme Court of the Yukon Territory quashing the decision to approve the grant of land to Mr. Paulsen. The respondents submit that the source of the Crown's duty to consult them lies outside the treaty, that is, that the duty derives exclusively from constitutional values and common law principles. According to the respondents, the treaty does not purport to define their constitutional relationship with the Crown, nor does the constitutional duty apply in order to fill a gap in the treaty (R.F., at para. 11). They submit that the common law duty to consult applies because Mr. Paulsen's application would affect their interests. They invoke three interests: a right of access for subsistence harvesting purposes to the land in question in the application, their interest under the treaty in fish and wildlife

la consultation change alors de sens. Lorsqu'elle est prévue par les dispositions d'un traité, la consultation ne constitue plus une mesure visant à prévenir des atteintes à un ou plusieurs droits, comme dans l'affaire *Nation haïda*, mais plutôt une obligation touchant les modalités d'exercice, par la Couronne, des droits que la partie autochtone lui reconnaît par traité. Cela veut donc dire que dans les cas où, comme dans *Mikisew*, l'obligation jurisprudentielle de consultation intervient relativement à des droits issus d'un traité nonobstant l'existence de celui-ci — en raison du défaut des parties à ce traité d'avoir stipulé à cet égard —, c'est à titre de contenu obligationnel minimal.

[95] Le juge Binnie a exposé les faits. Je n'y reviendrai que pour y ajouter les précisions qui me paraîtront s'imposer. Pour l'instant, il suffit de rappeler que la thèse des appelants repose sur le fait qu'il s'agit d'un traité moderne. Ils soutiennent que, en présence d'un tel traité, l'obligation de consultation se limite strictement aux modalités dont les parties ont expressément convenu, et que si rien n'a été prévu, il n'y a pas d'obligation. Selon eux, pour pouvoir conclure à l'existence d'une obligation de consulter, il faut que celle-ci ait été explicitement formulée par les parties. Les appelants ne demandent pas l'infirmité de la conclusion ultime de la Cour d'appel, mais plutôt une déclaration sur la portée de l'obligation de consulter. Les intimés, qui sont aussi appelants incidents, sollicitent pour leur part la cassation du jugement de la Cour d'appel. Ils voudraient que soit confirmé le jugement de la Cour suprême du Yukon qui a cassé la décision autorisant la cession de la terre à M. Paulsen. Les intimés soutiennent que l'obligation qu'a la Couronne de les consulter puise sa source à l'extérieur du traité, soit exclusivement dans les valeurs constitutionnelles et les principes de la common law. Pour eux, le traité n'a pas pour objet de définir leurs relations constitutionnelles avec la Couronne et l'obligation constitutionnelle ne sert pas à combler un hiatus dans le traité (m.i., par. 11). Ils soutiennent que l'obligation jurisprudentielle de consultation s'applique parce que la demande de M. Paulsen affecte leurs intérêts. Ils invoquent trois intérêts : un droit d'accès aux fins de récolte non commerciale à la terre faisant l'objet de la demande, leur intérêt dans la gestion

management, and the reduced value of the trapline of the respondent Johnny Sam.

[96] In my view, the answers to the questions before the Court can be found first in the general principles of Aboriginal law and then in the terms of the treaty. To explain my conclusion, I must review the origin, the nature, the function and the specific purpose of the duty being relied on, after which I will discuss what can be learned from a careful review of the treaty.

### I. General Principles

[97] In *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 48-82, this Court identified four principles that underlie the whole of our constitution and of its evolution: (1) constitutionalism and the rule of law; (2) democracy; (3) respect for minority rights; and (4) federalism. These four organizing principles are interwoven in three basic compacts: (1) one between the Crown and individuals with respect to the individual's fundamental rights and freedoms; (2) one between the non-Aboriginal population and Aboriginal peoples with respect to Aboriginal rights and treaties with Aboriginal peoples; and (3) a "federal compact" between the provinces. The compact that is of particular interest in the instant case is the second one, which, as we will see, actually incorporates a fifth principle underlying our Constitution: the honour of the Crown.

[98] The Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada are recognized and affirmed in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The framers of the Constitution also considered it advisable to specify in s. 25 of that same Act that the guarantee of fundamental rights and freedoms to persons and citizens must not be considered to be inherently incompatible with the recognition of special rights for Aboriginal peoples. In other words, the first and second compacts should be interpreted not in a way that brings them into conflict with one another, but rather as being complementary. Finally, s. 35(4) provides that, notwithstanding any other provision of the *Constitution*

des ressources halieutiques et fauniques prévue au traité et la diminution de valeur de la ligne de piège que détient l'intimé Johnny Sam.

[96] À mon avis, la réponse aux questions qui sont posées à la Cour se trouve d'abord dans les principes généraux du droit relatif aux Autochtones puis dans les stipulations du traité. Pour expliquer ma conclusion, je dois revenir sur l'origine, la nature, la fonction ainsi que l'objet précis de l'obligation invoquée et sur ce qu'une lecture attentive du traité révèle.

### I. Principes généraux

[97] À l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 48-82, notre Cour a dégagé quatre principes qui sous-tendent l'ensemble de notre Constitution et de son évolution : (1) le constitutionnalisme et la primauté du droit; (2) la démocratie; (3) le respect des droits des minorités; (4) le fédéralisme. Ces quatre principes structurants s'articulent dans trois pactes fondamentaux : (1) pacte entre l'État et les personnes au sujet des droits et libertés fondamentaux de ces dernières; (2) pacte entre la population allochtone et les peuples autochtones sur le respect des droits ancestraux des seconds et des traités conclus avec eux; (3) « pacte fédératif » entre les provinces. Le pacte qui nous intéresse tout spécialement en l'espèce est le deuxième, dont nous verrons qu'il est, dans les faits, porteur d'un cinquième principe sous-jacent à notre Constitution : l'honneur de la Couronne.

[98] Notre *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(1), reconnaît et confirme les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada. Le constituant a également jugé bon de préciser, à l'art. 25 de cette même loi, que le fait qu'il reconnaisse des droits et libertés fondamentaux aux personnes et citoyens ne devait pas être jugé en soi incompatible avec la reconnaissance de droits spéciaux aux peuples autochtones. Autrement dit, lorsqu'on interprète les premier et deuxième pactes, il ne faut pas le faire de sorte qu'ils entrent en conflit, mais plutôt qu'ils se complètent. Enfin, le par. 35(4) confirme que, nonobstant toute autre disposition de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

*Act, 1982*, the Aboriginal and treaty rights recognized and affirmed in s. 35(1) “are guaranteed equally to male and female persons”. The compact relating to the special rights of Aboriginal peoples is therefore in harmony with the other two basic compacts and with the four organizing principles of our constitutional system.

[99] In the case at bar, all the parties are, in one way or another, bound by the Final Agreement, which settles the comprehensive land claim of the Little Salmon/Carmacks First Nation. Section 35(3) of the *Constitution Act, 1982* provides that “in subsection (1)” the expression “treaty rights” includes “rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired”. The appellants’ position is based on one such agreement.

[100] The respondents, intending to rely on *Mikisew*, invoke only the Crown’s common law duty to consult Aboriginal peoples, and not the agreement, which, as can be seen from the transcript of the hearing (at p. 46), they do not allege has been breached; they submit that the purpose of the agreement in the instant case was not to define the parties’ constitutional duties.

[101] Prior consultation was used originally as a criterion to be applied in determining whether an Aboriginal right had been infringed (*Guerin*, at p. 389), and then as one factor in favour of finding that a limit on a constitutional right — whether an Aboriginal or a treaty right — of the Aboriginal peoples in question was justified (*Sparrow*, at p. 1119). The Crown failed to consult Aboriginal peoples at its own risk, so to speak, if it took measures that, should Aboriginal title or an Aboriginal or treaty right be proven to exist, infringed that right.

[102] Then, in *Haida Nation* and *Taku River*, it was asked whether such a duty to consult exists even though the existence of an Aboriginal right has not been fully and definitively established in a court proceeding or the framework for exercising such a right has not been established in a

les droits ancestraux ou issus de traités reconnus et confirmés par le par. 35(1) « sont garantis également aux personnes des deux sexes ». Le pacte relatif aux droits spéciaux des peuples autochtones s’harmonise donc avec les deux autres pactes fondamentaux et avec les quatre principes structurants de notre ordre constitutionnel.

[99] En l’espèce, les parties sont toutes, d’une manière ou d’une autre, liées par l’Entente définitive qui porte règlement de la revendication territoriale globale de la Première nation de Little Salmon/Carmacks. Justement, le par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982* précise que les « droits issus de traités », « dont il est fait mention au paragraphe (1) », comprennent « les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis. » Les appelants assoient leur position sur un tel accord.

[100] Entendant bien s’appuyer sur l’arrêt *Mikisew*, les intimés n’invoquent quant à eux que l’obligation jurisprudentielle qu’a la Couronne de consulter les Autochtones et non l’accord, à l’égard duquel ils n’allèguent aucune violation, selon ce que révèle la transcription de l’audience (p. 46), et prétendent, en l’espèce, qu’il n’avait pas pour objet de définir les obligations constitutionnelles des parties.

[101] À l’origine, la consultation préalable a été utilisée comme critère d’évaluation de la violation d’un droit autochtone (*Guerin*, p. 389), puis comme un facteur militant en faveur du caractère justifié de la restriction apportée au droit constitutionnel — ancestral ou issu de traité — des Autochtones concernés (*Sparrow*, p. 1119). Si la Couronne ne consultait pas les Autochtones, c’était pour ainsi dire à ses risques et périls si les mesures qu’elle prenait devait, en cas de preuve de l’existence d’un titre aborigène ou d’un droit ancestral ou issu de traité, se révéler attentatoires à ce droit.

[102] Les affaires *Nation haïda* et *Taku River* ont ensuite posé la question de l’existence d’une telle obligation de consultation, indépendamment de l’établissement complet et définitif d’un droit ancestral au terme d’une instance judiciaire ou d’un processus d’aménagement de ses modalités d’exercice

treaty. Had the answer to this question been no, this would have amounted, in particular, to denying that under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, the rights of Aboriginal peoples are protected by the Constitution even if no court has yet declared that those rights exist and no undertaking has yet been given to exercise them only in accordance with a treaty. A negative answer would also have had the effect of increasing the recourse to litigation rather than to negotiation, and the interlocutory injunction would have been left as the only remedy against threats to Aboriginal rights where the framework for exercising those rights has yet to be formally defined. It was just such a scenario that the Court strove to avoid in *Haida Nation* and *Taku River*, as the Chief Justice made clear in her reasons in *Haida Nation* (paras. 14 and 26).

[103] Thus, the constitutional duty to consult Aboriginal peoples involves three objectives: in the short term, to provide “interim” or “interlocutory” protection for the constitutional rights of those peoples; in the medium term, to favour negotiation of the framework for exercising such rights over having that framework defined by the courts; and, in the longer term, to assist in reconciling the interests of Aboriginal peoples with those of other stakeholders. As one author recently noted, the *raison d’être* of the constitutional duty to consult Aboriginal peoples is to some extent, if not primarily, to contribute to attaining the ultimate objective of reconciliation through the negotiation of treaties, and in particular of comprehensive land claims agreements (D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), at pp. 18 and 41). This objective of reconciliation of course presupposes active participation by Aboriginal peoples in the negotiation of treaties, as opposed to a necessarily more passive role and an antagonistic attitude in the context of constitutional litigation (*Haida Nation*, at para. 14; S. Grammond, *Aménager la coexistence: Les peuples autochtones et le droit canadien* (2003), at p. 247). The duty to consult can be enforced in different ways. However, the courts must ensure that this duty is not distorted and invoked in a way that compromises rather than fostering negotiation.

dans un traité. Une réponse négative à cette question aurait notamment eu pour effet de nier que, en vertu de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits ancestraux des peuples autochtones bénéficient de la protection de la Constitution, même s’ils n’ont pas encore fait l’objet d’une déclaration judiciaire ou d’un engagement à n’être exercés que conformément aux stipulations d’un traité. Une réponse négative aurait aussi eu pour conséquence d’accroître le recours aux tribunaux plutôt qu’à la négociation et de ne laisser que l’injonction interlocutoire comme seul remède en cas de menace à des droits ancestraux dont les modalités d’exercice n’ont pas encore été formellement définies. C’est un tel scénario qu’a résolument voulu écarter la Cour dans *Nation haïda* et *Taku River*. Ce qui précède se dégage clairement des motifs rédigés par la Juge en chef dans l’affaire *Nation haïda* (par. 14 et 26).

[103] L’obligation constitutionnelle de consulter les Autochtones vise donc trois objectifs : à court terme, assurer la protection « provisoire » ou « interlocutoire » des droits constitutionnels des peuples autochtones; à moyen terme, favoriser la négociation des modalités d’exercice de tels droits plutôt que leur définition par les tribunaux; enfin, à plus long terme, permettre la réconciliation des intérêts respectifs des Autochtones et des autres parties concernées. Comme l’a d’ailleurs récemment souligné un auteur, l’obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones a notamment, sinon principalement, pour raison d’être de contribuer à l’objectif ultime de réconciliation par la négociation de traités, en particulier d’accords de règlement de revendications territoriales globales (D. G. Newman, *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), p. 18 et 41). Cet objectif de réconciliation suppose bien entendu l’exercice, par les Autochtones, d’un rôle actif de nature constituante lors de la négociation de traités plutôt qu’un rôle forcément plus passif et une attitude antagoniste en cas de contentieux constitutionnel (*Nation haïda*, par. 14; S. Grammond, *Aménager la coexistence : Les peuples autochtones et le droit canadien* (2003), p. 247). L’obligation de consultation peut faire l’objet d’une forme ou une autre d’exécution forcée. Les tribunaux doivent toutefois veiller à ce que cette obligation de

That, in my view, would be the outcome if we were to accept the respondents' argument that the treaties, and the Final Agreement in particular, do not purport to define the parties' constitutional duties, including what the Crown party must do to consult the Aboriginal party before exercising its rights under the treaty.

[104] The short-, medium- and long-term objectives of the constitutional duty to consult Aboriginal peoples are all rooted in the same fundamental principle with respect to the rights of Aboriginal peoples, namely the honour of the Crown, which is always at stake in relations between the Crown and Aboriginal peoples (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 24). Obviously, when these relations involve the special constitutional rights of Aboriginal peoples, the honour of the Crown becomes a source of constitutional duties and rights, such as the Crown's duty to consult Aboriginal peoples with respect to their Aboriginal or treaty rights (*R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6).

[105] This Court has, over time, substituted the principle of the honour of the Crown for a concept — the fiduciary duty — that, in addition to being limited to certain types of relations that did not always concern the constitutional rights of Aboriginal peoples, had paternalistic overtones (*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211, at p. 219; *Guerin; Sparrow; Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, at p. 183; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Haida Nation; Taku River Tlingit First Nation; Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 9, *per* McLachlin C.J.; *Mikisew*, at para. 51). Before being raised to the status of a constitutional principle, the honour of the Crown was originally referred to as the "sanctity" of the "word of the white man" (*R. v. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), at p. 649, *aff'd* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 (S.C.C.); see also *R. v. Sioui*,

consultation ne soit pas dénaturée et invoquée d'une manière qui compromette la négociation au lieu de la favoriser. C'est ce qui se produirait, à mon avis, si on retenait l'argument des intimés selon lequel les traités, et plus particulièrement l'Entente définitive, n'ont pas pour objet de définir les obligations constitutionnelles des parties, y compris les modalités de la consultation de la partie autochtone par la partie étatique avant l'exercice par cette dernière des droits que lui reconnaît le traité.

[104] Les différents objectifs — à court, moyen et long terme — de l'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones procèdent tous d'un même principe fondamental en ce qui concerne les droits des peuples autochtones : l'honneur de la Couronne, qui est toujours en jeu dans les rapports entre l'État et les peuples autochtones (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 24). De toute évidence, lorsque ces rapports portent sur les droits constitutionnels spéciaux de ces peuples, l'honneur de la Couronne devient alors source d'obligations et de droits constitutionnels, comme c'est le cas pour l'obligation de la Couronne de consulter les Autochtones relativement aux droits ancestraux ou issus de traités de ces derniers (*R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6).

[105] Dans notre jurisprudence, le principe de l'honneur de la Couronne tend à se substituer à une notion qui possède à la fois une portée se limitant à certains types de rapports n'intéressant pas toujours les droits constitutionnels des Autochtones et des relents de paternalisme, à savoir l'obligation de fiduciaire (*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211, p. 219; *Guerin; Sparrow; Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, p. 183; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation haïda; Première nation Tlingit de Taku River; Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 9, la juge en chef McLachlin; *Mikisew*, par. 51). Avant d'être élevé au rang de principe constitutionnel, l'honneur de la Couronne s'est d'abord entendu du caractère « sacré » de la [TRADUCTION] « parole de l'homme blanc » (*R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), p. 649, *conf. par* (1965), 52 D.L.R.

[1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1041, and *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1895), 25 S.C.R. 434, at pp. 511-12, *per* Gwynne J. (dissenting)). The honour of the Crown thus became a key principle for the interpretation of treaties with Aboriginal peoples (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, at paras. 24 and 46; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 78, *per* McLachlin J. (as she then was), dissenting, but not on this issue; *Mikisew*, at para. 51).

[106] Associating the honour of the Crown with the observance of duly negotiated treaties implies that some value is placed on the treaty negotiation process. But for the treaty to have legal value, its force must be such that neither of the parties can disregard it. The principle of the honour of the Crown does not exempt the Aboriginal party from honouring its own undertakings. What is in question here is respect for the ability of Aboriginal peoples to participate actively in defining their special constitutional rights, and for their autonomy of judgment.

[107] To allow one party to renege unilaterally on its constitutional undertaking by superimposing further rights and obligations relating to matters already provided for in the treaty could result in a paternalistic legal contempt, compromise the national treaty negotiation process and frustrate the ultimate objective of reconciliation. This is the danger of what seems to me to be an unfortunate attempt to take the constitutional principle of the honour of the Crown hostage together with the principle of the duty to consult Aboriginal peoples that flows from it.

[108] The Crown does indeed act honourably when it negotiates in good faith with an Aboriginal nation to conclude a treaty establishing how that nation is to exercise its special rights in its traditional territory. Adhering to the principle of the honour of the Crown also requires that in the course of negotiations the Crown consult the Aboriginal party, to an extent that can vary, and in some cases find ways to “accommodate” it, before taking steps or making

(2d) 481 (C.S.C.); voir également *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1041, et *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434, p. 511-512, le juge Gwynne (dissident)). L'honneur de la Couronne est ainsi devenu un principe cardinal d'interprétation des traités conclus avec les Autochtones (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 24 et 46; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 78, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente, mais non sur cette question; *Mikisew*, par. 51).

[106] Associer l'honneur de la Couronne au respect des traités dûment négociés suppose une certaine valorisation du processus de négociation de ces traités. 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.

[107] Permettre à une partie de revenir unilatéralement sur son engagement constitutionnel en y superposant des droits et obligations additionnels portant sur des matières déjà prévues au traité risque de se traduire par un mépris juridique paternaliste, de compromettre le processus national de négociation de traités et de nuire à la poursuite de l'objectif ultime de réconciliation. Voilà le péril auquel nous expose ce qui me semble être une malheureuse prise en otage du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne et du principe en découlant, l'obligation de consulter les Autochtones.

[108] La Couronne se montre assurément honorable lorsqu'elle négocie de bonne foi avec une nation autochtone un traité précisant les modalités d'exercice des droits spéciaux de celle-ci sur son territoire traditionnel. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne exige aussi que, en cas de négociation, cette dernière consulte avec une intensité variable la partie autochtone et, dans certains cas, trouve le moyen de l'« accommoder » avant de prendre des



decisions that could infringe special constitutional rights in respect of which the Crown has already agreed to negotiate a framework for exercising them (*Haida Nation; Taku River*). Since the honour of the Crown is more a normative legal concept than a description of the Crown's actual conduct, it implies a duty on the part of the Crown to consult Aboriginal peoples not only with respect to the Aboriginal rights to which the negotiations actually relate, but also with respect to any Aboriginal right the potential existence of which the Crown can be found to have constructive knowledge, provided, of course, that what it plans to do might adversely affect such rights (*Haida Nation*, at para. 35). As we have seen, this principle also requires that the Crown keep its word and honour its undertakings after a treaty has been signed.

[109] In concluding a treaty, the Crown does not act dishonourably in agreeing with an Aboriginal community on an elaborate framework involving various forms of consultation with respect to the exercise of that community's rights: consultation in the strict sense, participation in environmental and socio-economic assessments, co-management, etc. Nor, in such cases — which are the norm since the signing of the *James Bay and Northern Québec Agreement* in 1975 — does the Crown act dishonourably in concluding a land claim agreement based on Aboriginal rights if it requires the Aboriginal party to agree that no parallel mechanism relating to a matter covered by the treaty will enable that party to renege on its undertakings. Legal certainty is the primary objective of all parties to a comprehensive land claim agreement.

[110] It has sometimes been asserted, incorrectly in my opinion, that in treaty negotiations, the Crown and Aboriginal parties have deeply divergent points of view respecting this objective of legal certainty, which only the Crown is really interested in pursuing. Excessive weight should not be given to the arguments of the parties to this case, as their

mesures ou décisions susceptibles d'attenter à des droits constitutionnels spéciaux dont elle a justement accepté de négocier les modalités d'exercice (*Nation haïda; Taku River*). En réalité, étant davantage un concept juridique normatif qu'un concept descriptif de l'action réelle de la Couronne, l'honneur de la Couronne implique l'obligation pour celle-ci de consulter les Autochtones non seulement au sujet des droits ancestraux effectivement visés par les négociations, mais également au sujet de tout droit ancestral dont la connaissance ou l'existence potentielle peut lui être imputée, pour autant, bien entendu, que les dispositions qu'elle envisage de prendre seraient susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur de tels droits (*Nation haïda*, par. 35). Ce même principe commande aussi, comme nous l'avons vu, que la Couronne tienne parole et respecte ses engagements une fois un traité conclu.

[109] Dans le cadre de la conclusion d'un traité, il n'y a rien de déshonorant pour la Couronne à s'entendre avec une communauté autochtone sur un régime détaillé et multiforme de consultation relative à l'exercice des droits de cette communauté : consultation au sens strict, participation à l'évaluation environnementale et socioéconomique, cogestion, etc. En outre, dans un tel cas — et c'est normalement ce qui se produit depuis la signature de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* en 1975 — lors de la conclusion de tout accord de règlement d'une revendication territoriale fondée sur des droits ancestraux, il n'y a rien non plus de déshonorant de la part de la Couronne à exiger de la partie autochtone qu'aucun régime parallèle relatif à une matière prévue au traité ne permette à celle-ci de revenir sur ses engagements. En effet, la sécurité juridique est l'objectif premier de toutes les parties à un accord portant règlement de revendication territoriale globale.

[110] On a parfois affirmé, à tort selon moi, que, dans la négociation d'un traité, la partie étatique et la partie autochtone divergeaient profondément d'opinions relativement à cet objectif de sécurité juridique, ou « certitude », dont seul l'État aurait à cœur la poursuite. Il ne faut pas accorder un poids démesuré aux thèses avancées par les parties en



positions have clearly become polarized as a result of the adversarial context of this proceeding.

[111] In fact, according to studies commissioned by the United Nations, (1) lack of precision with respect to their special rights continues to be the most serious problem faced by Aboriginal peoples, and (2) Aboriginal peoples attach capital importance to the conclusion of treaties with the Crown (M. Saint-Hilaire, “La proposition d’entente de principe avec les Innus: vers une nouvelle génération de traités?” (2003), 44 *C. de D.* 395, at pp. 397-98). It is also wrong, in my opinion, to say that Aboriginal peoples’ relational understanding of the treaty is incompatible with the pursuit of the objective of legal certainty. On this understanding, that of “treaty making”, the primary purpose of these instruments is to establish a relationship that will have to evolve (M. L. Stevenson, “Visions of Certainty: Challenging Assumptions”, in Law Commission of Canada, ed., *Speaking Truth to Power: A Treaty Forum* (2001), 113, at p. 121; R. A. Williams, *Linking Arms Together* (1997)). The concept of an agreement that provides certainty is not synonymous with that of a “final agreement”, or even with that of an “entire agreement”. Legal certainty cannot be attained if one of the parties to a treaty can unilaterally renege on its undertakings with respect to a matter provided for in the treaty where there is no provision for its doing so in the treaty. This does not rule out the possibility of there being matters not covered by a treaty with respect to which the Aboriginal party has not surrendered possible Aboriginal rights. Nor does legal certainty imply that an equitable review mechanism cannot be provided for in a treaty.

[112] Thus, it should be obvious that the best way for a court to contribute to ensuring that a treaty fosters, in the words of Binnie J., “a positive long-term relationship between Aboriginal and non-Aboriginal communities” (at para. 10) consists first and foremost in ensuring that the parties cannot unilaterally renege on their undertakings. And once legal certainty has been pursued as a common objective at the negotiation stage, it

l’espèce, qui ont arrêté des positions sans nul doute polarisées par le contexte contradictoire de la présente instance.

[111] En effet, des travaux commandés par l’Organisation des Nations Unies ont révélé que (1) le déficit de précision de leurs droits spéciaux demeurerait le problème le plus important pour les peuples autochtones, en même temps que (2) l’importance capitale que revêt aux yeux de ces peuples la conclusion de traités avec les États (M. Saint-Hilaire, « La proposition d’entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités? » (2003), 44 *C. de D.* 395, p. 397-398). On fait également fausse route, à mon avis, lorsqu’on affirme que la conception relationnelle que se font les Autochtones des traités est incompatible avec la poursuite d’un objectif de sécurité juridique. Suivant cette conception de la [TRADUCTION] « négociation de traités » (« *treaty making* »), ces instruments viseraient principalement à établir une relation qui serait appelée à évoluer (M. L. Stevenson, « Visions de certitude : question d’hypothèses », dans Commission du droit du Canada, dir., *Parlons franchement à propos des traités* (2001), 123, p. 132; R. A. Williams, *Linking Arms Together* (1997)). Or, la notion d’« accord sûr » ne coïncide pas avec celle d’« accord définitif », ni même avec celle d’« accord complet ». Il ne saurait y avoir de sécurité juridique si une des parties à un traité pouvait — unilatéralement et sans que cela ne soit prévu au traité — revenir sur ses engagements à l’égard d’une matière prévue à ce traité. Cela ne veut pas dire qu’il ne peut pas exister de matières dont les parties n’auront pas traité et à l’égard desquelles la partie autochtone pourra ne pas avoir renoncé à d’éventuels droits ancestraux. La sécurité juridique n’exclut pas non plus la possibilité de prévoir, dans un traité, un mécanisme équitable de réexamen.

[112] En ce sens, il devrait être évident que la meilleure façon pour les tribunaux de contribuer à ce qu’un traité favorise, comme le souhaite le juge Binnie, « une relation à long terme harmonieuse entre les collectivités autochtones et non autochtones » (par. 10), consiste d’abord et avant tout à s’assurer que les parties ne puissent revenir unilatéralement sur leurs engagements. Et il se trouve que, en aval de sa poursuite en tant qu’objectif partagé à

cannot become a one-way proposition at the stage of implementation of the treaty. On the contrary, certainty with respect to one party's rights implies that the party in question must discharge its obligations and respect the other party's rights. Having laboured so hard, in their common interest, to substitute a well-defined legal system for an uncertain normative system, both the Aboriginal party and the Crown party have an interest in seeing their efforts bear fruit.

[113] Except where actions are taken that are likely to unilaterally infringe treaty rights of an Aboriginal people, it is counterproductive to assert, as the respondents do, that the common law duty to consult continues to apply in all cases, even where a treaty exists. However, the appellants' argument goes much too far. As I explain more fully below, the fact that a treaty has been signed and that it is the entire agreement on some aspects of the relationship between an Aboriginal people and the non-Aboriginal population does not imply that it is a complete code that covers every aspect of that relationship. It is in fact because the agreement in issue does provide that the Aboriginal party has a right to various forms of consultation with respect to the rights the Crown wishes to exercise in this case that rights and obligations foreign to the mechanism provided for in the treaty must not be superimposed on it, and not simply, as the appellants submit, because this is a "modern" treaty constituting a land claims agreement.

[114] It is true that s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982* recognizes the existence of a category of treaties, called "land claims agreements", which, in constitutional law, create "treaty" rights within the meaning of s. 35(1). Thus, although the courts will certainly take the context of the negotiation of each treaty into consideration, they will avoid, for example, developing rules specific to each category of treaty identified in the legal literature or by the government (e.g., "peace and friendship" treaties, "pre-Confederation" treaties, "numbered" treaties and "modern" treaties).

l'étape de la négociation, la sécurité juridique ne saurait, à l'étape de la mise en œuvre d'un traité, opérer à sens unique. Au contraire, la sécurité des droits d'une partie implique nécessairement que celle-ci s'acquitte de ses obligations et respecte les droits de l'autre partie. S'étant toutes deux échinées, dans leur intérêt commun, à substituer un système juridique précis à un régime normatif incertain, la partie autochtone et la partie étatique ont toutes deux intérêt à ce que leur œuvre produise ses effets.

[113] Sauf en ce qui concerne la prise de mesures susceptibles d'enfreindre unilatéralement des droits reconnus par traité à un peuple autochtone, il est contre-productif d'affirmer, comme le font les intimés, que l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel demeure toujours applicable, même en présence d'un traité. Cela dit, la thèse des appelants va beaucoup trop loin. Comme je l'explique plus amplement ci-dessous, le fait qu'un traité ait été signé et qu'il s'agisse de l'entente complète sur certains aspects de la relation des Autochtones avec les non-Autochtones ne signifie pas qu'il s'agit d'un code complet couvrant tous les aspects de cette relation. En l'espèce, c'est justement parce que l'accord en cause traite bel et bien des différentes formes de consultation auxquelles a droit la partie autochtone concernant les droits que la Couronne veut exercer qu'il faut se garder de superposer à ce régime des droits et obligations qui lui sont étrangers, et non pas simplement, comme le prétendent les appelants, parce qu'il s'agit d'un traité « moderne » constituant un accord portant règlement de revendications territoriales.

[114] Il est vrai que le par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît l'existence d'une catégorie de traités, appelés « accords sur des revendications territoriales », dont la loi constitutionnelle confirme qu'ils créent des droits « issus de traités » visés au par. 35(1). 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 »).

[115] In *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557, LeBel J. and I rejected the date of signature as the criterion for determining the rules of interpretation applicable to treaties entered into with Aboriginal peoples: “. . . the issue relates to the context in which an agreement was negotiated and signed, not to the date of its signature” (para. 114). We arrived at that conclusion because we did not believe that distinct legal meanings flowed from the identification in the legal literature and by the government of various categories of treaties on the basis of the historical periods in which the treaties were signed. This approach was also taken by McLachlin J., dissenting on a different issue, in *Marshall*, as she said that “each treaty must be considered in its unique historical and cultural context”, which “suggests” that the practice of “slot[ting] treaties into different categories, each with its own rules of interpretation . . . should be avoided” (para. 80).

[116] If, in a given case, a court feels freer to maintain a certain critical distance from the words of a treaty and can as a result interpret them in a manner favourable to the Aboriginal party, this will be because it has been established on the evidence, including historical and oral evidence, that the written version of the exchange of promises probably does not constitute an accurate record of all the rights of the Aboriginal party and all the duties of the Crown that were created in that exchange. It is true that, where certain time periods are concerned, the context in which the agreements were reached will more readily suggest that the words are not faithful. But this is a question that relates more to the facts than to the applicable law, which is, in the final analysis, concerned with the common intention of the parties. From a legal standpoint, a comprehensive land claim agreement is still a treaty, and nothing, not even the fact that the treaty belongs to a given “category”, exempts the court from reading and interpreting the treaty in light of the context in which it was concluded in order to identify the parties’ common intention. This Court has had occasion to mention that, even where the oldest of treaties are involved, the interpretation “must be realistic and reflect the intention

[115] Dans *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557, le juge LeBel et moi avons rejeté la date de conclusion comme critère déterminant les règles d’interprétation des traités conclus avec les Autochtones : « . . . le choix de la méthode d’interprétation se rattache au contexte de la négociation et de la signature d’un accord, et non à la date à laquelle il a été signé » (par. 114). Cette conclusion procédait d’un refus de reconnaître une signification juridique autonome ou immédiate aux diverses catégories de traités que la doctrine et l’administration publique ont établies sur la base d’un découpage historique. Cette approche a aussi été défendue par la juge McLachlin, dissidente sur une autre question, qui a affirmé, dans l’arrêt *Marshall*, que « chaque traité doit être examiné à la lumière de son contexte historique et culturel particulier », principe qui « tend à indiquer » que la pratique consistant à « classer les traités en diverses catégories, dont chacune aurait ses propres règles d’interprétation [. . .] devrait être évitée » (par. 80).

[116] Dans les cas où les tribunaux se sentiront davantage libres de prendre une certaine distance critique par rapport au texte d’un traité et pourront, de ce fait, l’interpréter d’une manière favorable à la partie autochtone, ce sera parce que la preuve, y compris la preuve historique et orale, aura établi qu’il est probable que la version écrite de l’échange de promesses ne consigne pas fidèlement tous les droits de la partie autochtone et toutes les obligations de la Couronne qu’a créés cet échange. Il est vrai que, pour certaines époques, le contexte de conclusion des accords suggérera plus facilement l’existence d’une telle infidélité du texte. Mais cela ressortit davantage aux faits qu’au droit applicable, lequel s’attache en dernière analyse à l’intention commune des parties. Du point de vue juridique, les accords de règlement de revendications territoriales globales demeurent des traités. Et rien, pas même l’appartenance du traité à une « catégorie » donnée, ne dispense de lire et d’interpréter ce traité à la lumière du contexte de sa conclusion afin de dégager l’intention commune des parties. La Cour a d’ailleurs eu l’occasion de rappeler que, même lorsqu’il s’agit de traités plus anciens, l’interprétation « doit être réaliste et refléter l’intention des deux parties et non seulement celle [de la première

of both parties, not just that of the [First Nation]” (*Sioui*, at p. 1069). I would even say that it would be wrong to think that the negotiating power of Aboriginal peoples is directly related to the time period in which the treaty was concluded, as certain Aboriginal nations were very powerful in the early years of colonization, and the European newcomers had no choice but to enter into alliances with them.

[117] My finding with regard to the interpretation of treaties is equally applicable to the relationship between treaties and the law external to them or, in other words, to the application to treaties of the rules relating to conflicting legislation: the mere fact that a treaty belongs to one “category” or another cannot mean that a different set of rules applies to it in this regard. The appellants’ invitation must therefore be declined: even when the treaty in issue is a land claims agreement, the Court must first identify the common intention of the parties and then decide whether the common law constitutional duty to consult applies to the Aboriginal party.

[118] Thus, the basis for distinguishing this case from *Mikisew* is not the mere fact that the treaty in issue belongs to the category of modern land claims agreements. As Binnie J. mentions in the case at bar (at para. 53), the treaty in issue in *Mikisew* was silent on how the Crown was to exercise its right under the treaty to require or take up tracts “from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes”. This constituted an omission, as, without guidance, the exercise of such a right by the Crown might have the effect of nullifying the right of the Mikisew under the same treaty “to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing”. Therefore, where there is a treaty, the common law duty to consult will apply only if the parties to the treaty have failed to address the issue of consultation.

nation] » (*Sioui*, p. 1069). Je dirais même qu’il serait erroné de penser que le pouvoir de négociation des Autochtones est directement fonction de l’époque du traité, car certaines nations autochtones étaient très puissantes au début de la colonisation et les arrivants européens ne pouvaient se passer d’alliances avec elles.

[117] Ma conclusion au sujet de l’interprétation des traités vaut tout autant en ce qui concerne la relation entre ceux-ci et le droit qui leur est extérieur, autrement dit, au sujet de l’application aux traités des règles relatives aux conflits de lois : le simple fait qu’un traité appartienne à l’une ou l’autre des « catégories » ne saurait assujettir celui-ci à un régime distinct à cet égard. L’invitation des appelants doit donc être déclinée : même lorsque le traité en cause est un accord portant règlement de revendications territoriales, la Cour doit d’abord dégager l’intention commune des parties; elle se prononcera ensuite sur l’application, à la partie autochtone, du régime jurisprudentiel relatif à l’obligation constitutionnelle de consultation.

[118] C’est donc sur une autre base que la simple appartenance du traité en cause à la catégorie des accords modernes de règlement de revendications territoriales que la présente affaire se distingue de l’affaire *Mikisew*. Comme le rappelle en l’espèce le juge Binnie (par. 53), le traité en cause dans *Mikisew* était silencieux sur les modalités d’exercice du droit reconnu à la Couronne de requérir ou prendre des terrains « de temps à autre [. . .] pour des fins d’établissements, de mine, d’opérations forestières, de commerce ou autres objets ». Il s’agissait là d’une omission, car, en l’absence de balises, l’exercice d’un tel droit par la Couronne risquait de rendre inopérant le droit des Mikisew « de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche » que le même traité leur reconnaissait par ailleurs. Par conséquent, en présence d’un traité, l’obligation jurisprudentielle de consultation ne s’appliquera qu’en cas d’omission des parties au traité d’avoir prévu cette matière.

[119] Moreover, where, as in *Mikisew*, the common law duty to consult must be discharged to remedy a gap in the treaty, the duty undergoes a transformation. Where there is a treaty, the function of the common law duty to consult is so different from that of the duty to consult in issue in *Haida Nation* and *Taku River* that it would be misleading to consider these two duties to be one and the same. It is true that both of them are constitutional duties based on the principle of the honour of the Crown that applies to relations between the Crown and Aboriginal peoples whose constitutional — Aboriginal or treaty — rights are at stake. However, it is important to make a clear distinction between, on the one hand, the Crown's duty to consult before taking actions or making decisions that might infringe Aboriginal rights and, on the other hand, the minimum duty to consult the Aboriginal party that necessarily applies to the Crown with regard to its exercise of rights granted to it by the Aboriginal party in a treaty. This, in my opinion, is the exact and real meaning of the comment in *Mikisew* that the "honour of the Crown exists as a source of obligation independently of treaties as well" (para. 51). This is also the exact meaning of the comment in *Haida Nation* that the "jurisprudence of this Court supports the view that the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution" (para. 32).

[120] Where the Crown unilaterally limits a right granted to an Aboriginal people in a treaty in taking an action that does not amount to an exercise of one of its own rights under that treaty, the infringement is necessarily a serious one, and the Crown's duty is one of reasonable accommodation. This principle is very similar to that of minimal impairment, with respect to which a duty to consult was held to exist in *Sparrow*.

[119] Par ailleurs, lorsque, comme dans l'affaire *Mikisew*, l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel doit être mobilisée afin de combler une lacune du traité, cette obligation connaît alors un phénomène de différenciation. En effet, en présence d'un traité, l'obligation jurisprudentielle de consultation remplit une fonction bien distincte de celle de l'obligation de consultation en cause dans les affaires *Nation haïda* et *Taku River*, si bien qu'il serait trompeur d'assimiler ces deux obligations. Certes, il s'agit dans les deux cas d'une obligation constitutionnelle, fondée sur le principe de l'honneur de la Couronne qui doit présider aux relations entre celle-ci et les peuples autochtones lorsque les droits constitutionnels — ancestraux ou issus de traités — des seconds sont en jeu. Cependant, il est important de bien distinguer, d'une part, l'obligation de consultation qui s'impose à la Couronne préalablement à la prise de mesures ou dispositions qui risquent d'enfreindre les droits ancestraux d'un peuple autochtone et, d'autre part, l'obligation minimale en matière de consultation de la partie autochtone qui s'applique impérativement à la Couronne relativement à l'exercice par celle-ci des droits que la première lui a reconnus par traité. Voilà, à mon avis, la signification précise et véritable du passage suivant de l'arrêt *Mikisew*, selon lequel l'« honneur de la Couronne existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités » (par. 51). C'est dans ce sens précis que doit être également compris le passage suivant de l'arrêt *Nation haïda* selon lequel la « jurisprudence de la Cour étaye le point de vue selon lequel l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications » (par. 32).

[120] Lorsque, autrement que dans l'exercice d'un droit découlant d'un traité, la Couronne restreint unilatéralement un droit conféré par ce traité à un peuple autochtone, une telle atteinte est forcément grave et l'obligation qu'a alors la Couronne consiste à prendre des mesures d'accommodement raisonnable. Et cette norme rejoint d'ailleurs celle de l'atteinte minimale, contexte dans lequel l'arrêt *Sparrow* a reconnu l'obligation de consulter.

[121] The consultation that must take place if the Crown's exercise of its own rights under a treaty impairs a right of the Aboriginal party will consist in either: (1) the measures provided for in the treaty in this regard; or (2) if no such measures are provided for in the treaty, the consultation required under the common law framework, which varies with the circumstances, and in particular with the seriousness of any potential effects on the Aboriginal party's rights under the treaty (*Haida Nation*, at para. 39; *Mikisew*).

[122] One thing must be made clear at this point, however. Where a treaty provides for a mechanism for consulting the Aboriginal party when the Crown exercises its rights under the treaty — one example would be the participation of the Aboriginal party in environmental and socio-economic assessments with respect to development projects — what the treaty does is to override the common law duty to consult the Aboriginal people; it does not affect the general administrative law principle of procedural fairness, which may give rise to a duty to consult rights holders individually. The constitutional duty to consult Aboriginal peoples is rooted in the principle of the honour of the Crown, which concerns the special relationship between the Crown and Aboriginal peoples as peoples (*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at paras. 59-60). It is as a result of this special relationship, originally based on the recognition of Aboriginal institutions that existed before the Crown asserted its sovereignty, that Aboriginal peoples, as peoples, can enter into treaties with the Crown. The general rules of administrative law do not normally form part of the matters provided for in comprehensive land claims agreements.

[123] When all is said and done, the fatal flaw in the appellants' argument that the duty to consult can never apply in the case of a modern treaty is that they confuse the concept of an agreement that provides certainty with that of an "entire agreement". The imperative of legal certainty that is central to the negotiation of a modern treaty and

[121] La consultation requise en vue de l'exercice de droits reconnus à la Couronne par un traité, lorsqu'il y a atteinte à un droit des Autochtones, comportera : (1) soit les mesures prévues par le traité à cet égard; (2) soit, à défaut de telles mesures dans le traité, au degré de consultation que le régime jurisprudentiel établit et qui est fonction des circonstances, notamment la gravité des effets potentiels sur les droits que le traité reconnaît à la partie autochtone (*Nation haïda*, par. 39; *Mikisew*).

[122] Une précision importante doit toutefois être apportée ici. Lorsqu'un traité établit des mesures de consultation de la partie autochtone en vue de l'exercice par la partie étatique des droits que lui reconnaît ce traité, par exemple la participation de la partie autochtone concernée à l'évaluation environnementale et socioéconomique des projets de développement, ce que le traité a pour effet d'écarter dans un tel cas est bien l'obligation jurisprudentielle de consultation du peuple autochtone, non pas toute obligation de consulter individuellement le titulaire d'un droit pouvant découler du principe général du droit administratif qu'est l'équité procédurale. L'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones procède du principe de l'honneur de la Couronne, lequel concerne la relation toute particulière qu'entretiennent avec l'État les Autochtones en tant que peuples (*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 59-60). C'est d'ailleurs cette relation particulière, fondée à l'origine sur la reconnaissance d'ordres autochtones préexistants à l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté, qui explique que, en tant que peuples, les Autochtones peuvent conclure des traités avec l'État. Les règles générales du droit administratif ne font normalement pas partie des matières prévues dans les accords de règlement de revendications territoriales globales.

[123] Au fond, l'erreur qui vicie la thèse des appelants selon laquelle tout traité moderne écarte, de par sa nature, l'obligation jurisprudentielle de consultation est qu'ils confondent la notion d'« accord sûr » et celle d'« accord complet ». L'impératif de sécurité juridique qui est à la base de la négociation d'un traité moderne et qui appelle au respect de la volonté

that requires a court to defer to the will of the parties must not blind the courts to omissions by the parties. That an agreement is complete cannot be presumed; it must be found to be complete.

[124] The Court obviously cannot bind itself in future cases by assuming that every modern treaty is free of omissions or other gaps with respect to consultation. The possibility of so important a matter being omitted from a modern treaty may at first blush seem unlikely, but as can be seen from the instant case, it is very real. Were it not for the transitional law provisions in Chapter 12, there would probably have been a gap in this case and, on an exceptional basis, in the legal context of the modern treaty, the common law duty to consult could duly have been applied to fill that gap. But no such gap can be found in this case. Yet it is in fact just such a “procedural gap” that Binnie J. finds (at para. 38) to be confirmed here, but he reaches this conclusion without considering the treaty’s transitional law provisions, which, in my view, contain the answers to the questions raised in this case. I disagree with the argument that such a procedural gap exists in this case, and I also disagree with superimposing the common law duty to consult on the treaty. These, therefore, are the basic differences between us.

[125] Yukon also submits that the existence of a duty to consult may be inferred from a treaty only in accordance with its express terms. Once again, this is an argument that goes too far and is in no way consistent with the general principles of interpretation of treaties with Aboriginal peoples, even when those principles are applied to modern treaties. As we will see, the treaty itself contains interpretive provisions to the effect that an interpretation should not be limited to the express terms of the treaty, and in particular that its provisions must be read together and that any ambiguities should be resolved in light of the objectives set out at the beginning of each chapter.

des parties ne saurait rendre les tribunaux aveugles aux omissions de ces dernières. La complétude d’un accord ne se présume pas, elle se constate.

[124] La Cour ne peut évidemment pas se lier pour l’avenir et tenir pour acquis que tout traité moderne ne comporte aucune omission ou autre lacune en matière de consultation. La possibilité que, dans un traité moderne, on ait pu omettre une matière aussi importante peut sembler à première vue étonnante, mais nous verrons que la présente affaire démontre qu’une telle éventualité est pourtant bien réelle. En effet, si ce n’était des dispositions de droit provisoire que contient le chapitre 12, il y aurait probablement eu lacune en l’espèce et, à titre exceptionnel dans l’univers juridique des traités modernes au point de vue empirique, l’obligation jurisprudentielle de consultation aurait pu dûment s’appliquer pour combler cette lacune. Mais aucune lacune de ce genre ne peut être constatée dans la présente affaire. Il se trouve que c’est précisément une telle « lacune procédurale » (« *procedural gap* », par. 38) que le juge Binnie affirme être confirmée en l’espèce, et ce, sans se pencher sur le droit provisoire prévu au traité, dispositions qui, selon moi, apportent la réponse aux questions posées par les pourvois. Rejetant la thèse de l’existence, en l’espèce, d’un tel hiatus procédural, je ne souscris pas davantage à la surimposition au traité du régime jurisprudentiel de l’obligation de consultation. Voilà donc ce qui nous sépare pour l’essentiel.

[125] Dans son appel, le Yukon prétend en outre que l’existence d’une obligation de consultation ne pourra être inférée d’un traité que suivant les stipulations expresses de celui-ci. Une fois de plus, il s’agit d’un argument qui va trop loin et ne correspond d’aucune manière aux principes généraux d’interprétation des traités avec les peuples autochtones, même lorsque ces principes sont appliqués aux traités modernes. Comme nous le verrons, le traité lui-même contient des dispositions interprétatives qui précisent qu’il ne faut pas s’en tenir aux stipulations expresses, et notamment qu’il faut lire ses dispositions en corrélation et, au besoin, résoudre les ambiguïtés à la lumière des objectifs énoncés au début de chaque chapitre.



[126] These general considerations alone would form a sufficient basis for dismissing the appeal. But the provisions of the Final Agreement also confirm this conclusion, and they must, in any event, be reviewed in order to assess the respondents' argument.

## II. Treaty in Issue

[127] The analysis of the treaty that must be conducted in this case has three steps. To begin, it will be necessary to review the general framework of the treaty and highlight its key concepts. The next step will be to identify the substantive treaty rights that are in issue here, namely, on the one hand, the Crown's right the exercise of which raises the issue of consultation and, on the other hand, the right or rights of the Aboriginal party, which could be limited by the exercise of the Crown's right. Finally, and this is the determining factor, it will be necessary to discuss the formal rights and duties that result from the consultation process provided for in the treaty.

### A. *General Framework*

[128] "Comprehensive" Aboriginal land claims agreements form part of the corpus of our constitutional law. And the effect of the implementing legislation of such agreements is that they are usually binding on third parties. The agreements are most often the fruit of many years of intense negotiations. The documents in which they are set out therefore command the utmost respect.

[129] This Court was recently asked to interpret the *James Bay and Northern Québec Agreement* for the first time, some 35 years after it was signed in 1975. Since that year, 19 other similar agreements have been concluded across the country. Subsequently, to take the most striking example, although only one comprehensive claim in British Columbia has resulted in a final settlement and only seven others in that province are currently at relatively advanced stages of negotiation, no fewer than 52 other claims there have been accepted for negotiation by the Treaty Commission.

[126] Il serait possible, sur la seule base des considérations d'ordre général qui précèdent, de rejeter l'appel principal. Cependant, les dispositions de l'Entente définitive confirment elles aussi cette conclusion. Leur examen est d'ailleurs nécessaire pour évaluer la thèse des intimés.

## II. Traité en cause

[127] L'analyse du traité que requiert la présente affaire comporte trois volets. Il faudra d'abord en discerner le régime général et en dégager les notions clés. Il s'agira ensuite de déterminer les droits matériels issus de traités qui sont ici en jeu, c'est-à-dire, d'une part, le droit de la partie étatique dont l'exercice soulève la question de la consultation et, d'autre part, le droit ou les droits de la partie autochtone qui, du fait de cet exercice risque de se retrouver limités par celui du droit de la Couronne. Enfin, élément déterminant, il sera question des droits et obligations formels qui résultent du processus de consultation prévu au traité.

### A. *Régime général*

[128] Les accords portant règlement de revendications territoriales autochtones dites « globales » font partie de notre corpus constitutionnel. Qui plus est, par l'effet de leur loi de mise en œuvre, ces accords lient normalement les tiers. Ils sont d'habitude le fruit de nombreuses années d'intenses négociations. Les documents qui les consignent commandent donc le plus grand respect.

[129] Notre Cour a récemment été appelée à interpréter pour la première fois la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, quelque 35 ans après sa signature en 1975. Or, depuis cette date, c'est 19 autres accords du genre qui ont été conclus à travers le pays. Ensuite, et pour prendre l'exemple le plus fort, si à ce jour une seule revendication globale a fait l'objet d'un accord de règlement définitif en Colombie-Britannique et si sept autres seulement y sont à un stade plus ou moins avancé de négociation, en revanche pas moins de 52 autres revendications y ont été acceptées pour négociation par la Commission des traités.



[130] It was after 20 years of negotiations that the Umbrella Final Agreement between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of the Yukon (“Umbrella Agreement”) was signed on May 29, 1993. At that time, the Little Salmon/Carmacks First Nation was a member of the Council for Yukon Indians, and it still is today, along with nine other First Nations. The Umbrella Agreement provided for the conclusion, in accordance with its terms, of specific agreements with the various Yukon First Nations (s. 2.1.1).

[131] Although the Umbrella Agreement “does not create or affect any legal rights” (s. 2.1.2), it provides that “Settlement Agreements shall be land claims agreements within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982*” (s. 2.2.1). Moreover, according to the Umbrella Agreement, “[a] Yukon First Nation Final Agreement shall include the provisions of the Umbrella Final Agreement and the specific provisions applicable to that Yukon First Nation” (s. 2.1.3). It can be seen from the final agreements in question that the parties have given effect to this undertaking. Even the numbering of the Umbrella Agreement’s provisions has been reproduced in the 11 final agreements that have been concluded under it so far. These 11 final agreements represent over half of all the “comprehensive” land claims agreements (that is, agreements resulting from claims that Aboriginal rights exist) signed across the country. The Final Agreement in issue here was signed near Carmacks on July 21, 1997 and was subsequently ratified and implemented by enacting legislation; this last step was a condition of validity (ss. 2.2.11 and 2.2.12).

[132] The Umbrella Agreement, as a whole, is founded on a few basic concepts. It should be noted from the outset that this agreement applies to a larger territory than the land claims settlement concluded under it actually does. The agreement refers to “Settlement Land”, which is defined as “Category A Settlement Land, Category B Settlement Land or Fee Simple Settlement Land”, and to “Non-Settlement Land”, which is defined as “all land and water in the Yukon other than

[130] C’est au terme d’une vingtaine d’années de négociations que, le 29 mai 1993, était signé l’Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon (« Accord-cadre »). La Première nation de Little Salmon/Carmacks était alors membre du Conseil des Indiens du Yukon. Elle l’est toujours, avec neuf autres premières nations. L’Accord-cadre prévoyait la conclusion, suivant ses stipulations, d’ententes particulières avec les diverses premières nations du Yukon (art. 2.1.1).

[131] Tandis que l’Accord-cadre « n’a pas pour effet de créer des droits légaux ou de porter atteinte à de tels droits » (art. 2.1.2), en revanche « [l]es ententes portant règlement constituent des accords sur des revendications territoriales au sens de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » (art. 2.2.1). De plus, l’Accord-cadre précise que « [t]oute entente définitive conclue par une première nation du Yukon doit inclure les dispositions de l’Accord-cadre définitif ainsi que les dispositions spécifiques applicables à cette première nation du Yukon » (art. 2.1.3). La lecture des ententes définitives en question révèle que cet engagement a été tenu par les parties. On a même repris, dans les 11 ententes définitives conclues jusqu’à maintenant conformément à l’Accord-cadre, la numérotation des dispositions de cet accord. Ces 11 ententes représentent ainsi plus de la moitié de la totalité des accords de règlement de revendications territoriales « globales » (c’est-à-dire fondée sur l’allégation de droits ancestraux) conclus au pays. L’Entente définitive qui nous intéresse a été signée près de Carmacks, le 21 juillet 1997, et ultérieurement ratifiée et mise en œuvre par des lois, dernière étape qui constituait une condition de validité (art. 2.2.11 et 2.2.12).

[132] Certaines notions structurent l’ensemble de l’Accord-cadre. Soulignons d’entrée de jeu que celui-ci vise un territoire plus grand que ne le fait, comme tel, le règlement des revendications dont il est porteur. En effet, il y est question, outre d’une « terre visée par le règlement » ou « terre visée par un règlement » (« *Settlement Land* ») coïncidant avec, « [s]elon le cas, les terres visées par le règlement de catégorie A, les terres visées par le règlement de catégorie B ou les terres visées par le règlement

Settlement Land” and as including “Mines and Minerals in Category B Settlement Land and Fee Simple Settlement Land, other than Specified Substances” (Chapter 1). The nature of this distinction will be helpful in our analysis of the provisions relating to legal certainty (Division 2.5.0). But one point that should be made here is that the framework provided for in the agreement varies considerably depending on which of these two broad categories the land in question belongs to. It should also be pointed out that, under the agreement, “Crown land” — such as the land in issue here that was transferred to Mr. Paulsen on October 18, 2004 — is land that, as defined, is not settlement land. Another concept used in the Umbrella Agreement is that of “traditional territory”, which transcends the distinction between settlement land and non-settlement land (Chapter 1 and Division 2.9.0). This concept of “traditional territory” is relevant not only to the possibility of overlapping claims of various Yukon First Nations, but also to the extension of claims beyond the limits of Yukon and to the negotiation of transboundary agreements (Division 2.9.0). As we will see, it is also central to the fish and wildlife co-management system established in Chapter 16 of the Final Agreement. The land that was in question in the decision of the Director of Agriculture dated October 18, 2004 in respect of Mr. Paulsen’s application is located within the traditional territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation, and more specifically in the northern part of that territory, in a portion that overlaps with the traditional territory of the Selkirk First Nation.

détenues en fief simple », d’une « terre non visée par un règlement » ou « terre non visée par le règlement » (« *Non-Settlement Land* »), expression qui s’entend ici « de terres et d’eaux du Yukon qui ne sont pas des terres visées par un règlement » ainsi que des « mines et [des] minéraux — à l’exclusion des matières spécifiées — des terres visées par le règlement de catégorie B et des terres visées par le règlement détenues en fief simple » (chapitre 1). La nature de cette distinction sera utile lorsque nous examinerons les dispositions relatives à la sécurité juridique ou certitude (section 2.5.0). Mais signalons déjà que le régime prévu par l’accord varie considérablement selon qu’il est question de terres relevant de l’une ou l’autre de ces deux grandes catégories. Il convient aussi de souligner que, aux termes de l’accord, une « terre de la Couronne » — telle celle dont la cession à M. Paulsen le 18 octobre 2004 est ici en cause — est une terre qui, par définition, n’est pas une terre visée par le règlement. L’Accord-cadre utilise aussi la notion de « territoire traditionnel » qui dépasse l’opposition entre les terres visées par le règlement de la revendication et celles qui ne le sont pas (chapitre 1 et section 2.9.0). Cette notion de « territoire traditionnel » n’intéresse pas seulement la question du possible chevauchement des revendications de différentes premières nations du Yukon, mais aussi de leur débordement au-delà des limites du Yukon et de la négociation d’accords transfrontaliers (section 2.9.0). Comme nous le verrons, cette notion est également au cœur du régime de cogestion des ressources halieutiques et fauniques instauré par le chapitre 16 de l’entente définitive. La terre qui, le 18 octobre 2004, faisait l’objet de la décision du directeur de l’agriculture relativement à la demande de M. Paulsen se situe à l’intérieur du territoire traditionnel de la Première nation de Little Salmon/Carmacks, plus précisément dans sa partie nord, sur une portion qui chevauche le territoire traditionnel de la Première nation de Selkirk.

[133] The appellants’ argument is based entirely on the principle that the agreement provides certainty. More precisely, it is based on an interpretation according to which that principle is indistinguishable from the principle of the “entire agreement”. As a result, they have detached a key general provision of the Final Agreement from its context and

[133] La thèse des appelants repose entièrement sur le principe de l’« accord sûr ». Plus exactement, elle repose sur une interprétation imperméable à ce qui le distingue de celui d’« accord complet ». C’est ce qui explique comment ils en arrivent à détacher de son contexte une disposition générale fort importante de l’entente définitive pour en donner

interpreted it in a way that I do not find convincing. The “entire agreement” clause (s. 2.2.15), the actual source of which is the Umbrella Agreement and on which the appellants rely, provides that “Settlement Agreements shall be the entire agreement between the parties thereto and [that] there shall be no representation, warranty, collateral agreement or condition affecting those Agreements except as expressed in them.” This clause is consistent with the “out-of-court settlement” aspect of comprehensive land claims agreements. But it is not the only one, which means that such clauses must be considered in the broader context of the Final Agreement, and in particular of the provisions respecting legal certainty, which are set out under the heading “Certainty” (Division 2.5.0).

[134] On this key issue of legal certainty, the Umbrella Agreement and, later, all the final agreements negotiated under it were entered into in accordance with the 1986 federal policy on comprehensive claims (Saint-Hilaire, at pp. 407-8, note 45). It is actually possible to refer to the 1993 policy, as the 1986 policy was not modified on this point. Since 1986, the official federal policy has stated in this respect that rights with respect to land that are consistent with the agreement and “Aboriginal rights which are not related to land and resources or to other subjects under negotiation will not be affected by the exchange” (Indian and Northern Affairs Canada, *Federal Policy for the Settlement of Native Claims* (1993), at p. 9). In short, in the 1986 policy, the government announced that its conduct would be honourable in that it would aim for equitable, or [TRANSLATION] “orthodox”, exchanges (Saint-Hilaire, at p. 407). In other words, the principle endorsed in the federal policy since 1986 has involved a distinction between the agreement that provides certainty and the “entire agreement”. So much for the general principle behind the division of the agreement in issue entitled “Certainty”. Let us now consider in greater detail the specific provisions applicable to the exchange of rights established in the Final Agreement.

une interprétation qui ne me convainc pas. La clause de l’« entente complète » (« *entire agreement clause* ») (art. 2.2.15), dont la source matérielle est l’Accord-cadre et sur laquelle les appelants se fondent, est rédigée ainsi : « Chaque entente portant règlement constitue l’entente complète intervenue entre les parties à cette entente et il n’existe aucune autre assertion, garantie, convention accessoire ou condition touchant cette entente que celles qui sont exprimées dans cette dernière. » Il s’agit ici de la dimension transaction ou « règlement à l’amiable » des accords portant règlement de revendications territoriales globales. Or, celle-ci n’est pas la seule, de sorte qu’il faut replacer une telle clause dans le contexte plus général de l’entente définitive, et notamment de ses dispositions relatives à la sécurité juridique — ou « certitude » — ou, comme ici, relative aux « Précisions » (section 2.5.0).

[134] Sur cette question essentielle de la sécurité juridique, l’Accord-cadre et, par la suite, toutes les ententes définitives négociées suivant les stipulations de celui-ci, ont été conclus conformément à la politique fédérale de 1986 sur les revendications globales (Saint-Hilaire, p. 407-408, note 45). En fait, on peut ici se reporter à la politique de 1993, puisque sur cette question celle-ci n’apportait aucune modification à la politique de 1986. Depuis 1986, la politique fédérale officielle indique à cet égard que « ne seront pas touchés par l’échange » les droits de nature foncière qui sont compatibles avec l’accord ni les « droits ancestraux qui ne sont pas liés aux terres et aux ressources ou à d’autres points négociés » (Affaires indiennes et du Nord Canada, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* (1993), p. 10). En somme, la politique de 1986 annonçait un comportement honorable en visant des échanges équitables c’est-à-dire « orthodoxes » (Saint-Hilaire, p. 407). Autrement dit, le principe promu par la politique fédérale depuis 1986 établit une distinction entre la notion d’« accord sûr » et celle d’« accord complet ». Voilà pour le principe général qui préside à la section relative aux « Précisions » de l’accord qui nous occupe. Voyons maintenant plus en détail les modalités précises de l’échange de droits établi par l’Entente définitive.

[135] The Umbrella Agreement provides (in s. 2.5.1) that, in consideration of the promises, terms, conditions and provisos in a Yukon First Nation's final agreement,

2.5.1.1 subject to 5.14.0 [which sets out a procedure for designating "Site Specific Settlement Land" to which s. 2.5.0 will not apply], that Yukon First Nation and all persons who are eligible to be Yukon Indian People it represents, as of the Effective Date of that Yukon First Nation's Final Agreement, cede, release and surrender to Her Majesty the Queen in Right of Canada, all their aboriginal claims, rights, titles, and interests, in and to,

(a) Non-Settlement Land and all other land and water including the Mines and Minerals within the sovereignty or jurisdiction of Canada, except the Northwest Territories, British Columbia and Settlement Land,

(b) the Mines and Minerals within all Settlement Land, and

(c) Fee Simple Settlement Land; [and]

2.5.1.2 that Yukon First Nation and all persons eligible to be Yukon Indian People it represents, as of the Effective Date of that Yukon First Nation's Final Agreement, cede, release and surrender to Her Majesty the Queen in Right of Canada all their aboriginal claims, rights, titles and interests in and to Category A and Category B Settlement Land and waters therein, to the extent that those claims, rights, titles and interests are inconsistent or in conflict with any provision of a Settlement Agreement . . .

According to the agreement settling its comprehensive land claim, the Little Salmon/Carmacks First Nation therefore "surrender[ed]" any Aboriginal rights it might have *in respect of land, water, mines and minerals*, (1) subject to the procedure for designating "site specific settlement land" (of which

[135] L'Accord-cadre prévoit (art. 2.5.1) que, en contrepartie des promesses, conditions et réserves prévues par l'entente définitive conclue par une première nation du Yukon :

2.5.1.1 sous réserve de la section 5.14.0 [qui prévoit une procédure de désignation de « sites spécifiques » auxquels la section 2.5.0 ne s'appliquera pas], cette première nation du Yukon et toutes les personnes qui sont admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par cette première nation — à la date d'entrée en vigueur de cette entente définitive — renoncent, en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux :

a) concernant les terres non visées par le règlement et les autres terres et eaux — y compris les mines et les minéraux — relevant de la souveraineté ou de la compétence du Canada, à l'exception des Territoires du Nord-Ouest, de la Colombie-Britannique et des terres visées par le règlement;

b) concernant les mines et les minéraux se trouvant à l'intérieur des terres visées par le règlement;

c) concernant les terres visées par le règlement détenues en fief simple;

2.5.1.2 cette première nation du Yukon et toutes les personnes admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par cette première nation — à la date de cette entente définitive — renoncent, en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux à l'égard des terres visées par le règlement de catégorie A et de catégorie B et des eaux qui s'y trouvent, dans la mesure où ces revendications, droits, titres et intérêts sont incompatibles ou entrent en conflit avec quelque disposition d'une entente portant règlement . . .

Aux termes de l'accord portant règlement de sa revendication globale, la Première nation de Little Salmon/Carmacks a donc « renonc[é] » à tous ses possibles droits ancestraux *relatifs aux terres, eaux, mines et minéraux*, (1) sous réserve de la procédure de désignation de « sites spécifiques » — dont

two parcels were located near the land in question in Mr. Paulsen's application), (2) except insofar as those rights extended into the Northwest Territories or British Columbia, and (3) except for those relating to settlement land and waters therein, but only to the extent that the rights in question were not inconsistent with the settlement and provided that they extended neither to land held in fee simple nor to mines and minerals — as is specified in the definition of non-settlement lands. For greater certainty, the Final Agreement accordingly adds that

2.5.1.4 neither that Yukon First Nation nor any person eligible to be a Yukon Indian Person it represents, their heirs, descendants and successors, shall, after the Effective Date of that Yukon First Nation's Final Agreement, assert any cause of action, action for declaration, claim or demand of whatever kind or nature, which they ever had, now have, or may hereafter have against Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Government of any Territory or Province, or any person based on,

- (a) any aboriginal claim, right, title or interest ceded, released or surrendered pursuant to 2.5.1.1 and 2.5.1.2; [or]
- (b) any aboriginal claim, right, title or interest in and to Settlement Land, lost or surrendered in the past, present or future . . .

[136] It is also important to consider general provision 2.2.4, which reflects the new orthodox exchange principle introduced by the 1986 federal policy that applied to the negotiation of the Umbrella Agreement:

Subject to 2.5.0, 5.9.0 [effects of the registration, granting, declaration or expropriation of any interest in a Parcel of Settlement Land less than the entire interest], 5.10.1 [effects of the registration, granting or expropriation of the fee simple title in a Parcel of Settlement Land] and 25.2.0 [negotiation of the transboundary aspect of claims], Settlement Agreements shall not affect the ability of aboriginal people of the Yukon to

deux se situent à proximité de la terre faisant l'objet de la demande de Paulsen —, (2) sauf dans la mesure où ces droits s'étendraient aux Territoires du Nord-Ouest ou à la Colombie-Britannique et (3) à l'exception de ceux qui porteraient sur des terres et eaux visées par le règlement, mais cela dans la seule mesure où ils ne seraient pas incompatibles avec celui-ci et ne s'étendraient ni à des terres détenues en fief simple ni aux mines et minéraux — ce qui précise la définition des terres non visées par un règlement. Pour plus de sûreté, l'Entente définitive ajoute qu'en conséquence :

2.5.1.4 ni cette première nation du Yukon ni aucune personne admissible en tant qu'Indien du Yukon représentée par cette première nation, ou leurs héritiers, descendants et successeurs, ne feront valoir ou présenteront, selon le cas, après la date d'entrée en vigueur de cette entente définitive, quelque cause d'action, action déclaratoire, réclamation ou demande de quelque nature que ce soit — passée, actuelle ou future — à l'encontre soit de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, soit du gouvernement d'un territoire ou d'une province, ou de quelque autre personne, et qui serait fondée, selon le cas :

- a) sur quelque revendication, droit, titre ou intérêt ancestral visé par la renonciation prévue aux articles 2.5.1.1 et 2.5.1.2;
- b) sur quelque revendication, droit, titre ou intérêt ancestral relatif à des terres visées par le règlement qui a été ou sera perdu, ou qui a fait, fait ou fera l'objet d'une renonciation . . .

[136] Il est également important de souligner la disposition générale 2.2.4, qui reprend le nouveau principe des échanges orthodoxes introduit par la politique fédérale de 1986, laquelle a présidé à la négociation de l'Accord-cadre :

Sous réserve des sections 2.5.0, 5.9.0 [effets de l'enregistrement, de l'octroi, de la déclaration ou de l'expropriation d'un intérêt inférieur à l'intérêt complet dans une parcelle de terre visée par le règlement] et 25.2.0 [négociation de la dimension transfrontalière des revendications] et de l'article 5.10.1 [effets de l'enregistrement, de l'octroi ou de l'expropriation du titre en fief simple dans une parcelle de terre visée par le règlement],

exercise, or benefit from, any existing or future constitutional rights for aboriginal people that may be applicable to them.

[137] The spirit of the Final Agreement is apparent on the very face of these provisions respecting legal certainty: except where otherwise provided in the agreement itself, the agreement replaces the common law Aboriginal rights framework with the one it establishes for the matters it covers. But that is not all.

[138] The Final Agreement also includes general and interpretive provisions, such as general provision 2.2.5, which, like so many others, is reproduced from the Umbrella Agreement. This provision states that “Settlement Agreements shall not affect the rights of Yukon Indian People as Canadian citizens and their entitlement to all of the rights, benefits and protection of other citizens applicable from time to time.” There are also relevant provisions in Division 2.6.0 of the Umbrella Agreement:

2.6.1 The provisions of the Umbrella Final Agreement, the specific provisions of the Yukon First Nation Final Agreement and Transboundary Agreement applicable to each Yukon First Nation shall be read together.

2.6.2 Settlement Legislation shall provide that:

2.6.2.1 subject to 2.6.2.2 to 2.6.2.5, all federal, territorial and municipal Law shall apply to Yukon Indian People, Yukon First Nations and Settlement Land;

2.6.2.2 where there is any inconsistency or conflict between any federal, territorial or municipal Law and a Settlement Agreement, the Settlement Agreement shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict;

2.6.2.3 where there is any inconsistency or conflict between the provisions of

les ententes portant règlement n'ont pas pour effet de porter atteinte à la capacité des peuples autochtones du Yukon d'exercer des droits constitutionnels — existants ou futurs — qui sont reconnus aux peuples autochtones et qui s'appliquent à eux ou de tirer parti de tels droits.

[137] L'esprit de l'Entente définitive ressort déjà à la lecture de ces dispositions relatives à l'objectif de sécurité juridique : sauf exception prévue par l'entente elle-même, celle-ci substitue au régime jurisprudentiel relatif aux droits ancestraux celui qu'elle instaure pour les matières dont elle dispose. Mais il y a plus.

[138] L'Entente définitive comporte également des dispositions générales et interprétatives, notamment la disposition générale 2.2.5, qui a comme tant d'autres été reprise de l'Accord-cadre et qui précise que « [l]es ententes portant règlement ne portent pas atteinte aux droits des Indiens du Yukon en tant que citoyens canadiens ni à leur droit de jouir de tous les droits, avantages et protections reconnus aux autres citoyens. » La section 2.6.0 de l'Accord-cadre contient elle aussi des dispositions pertinentes :

2.6.1 Les dispositions de l'Accord-cadre définitif, les dispositions spécifiques de l'entente définitive conclue par une première nation du Yukon ainsi que l'accord transfrontalier applicable à chaque première nation du Yukon doivent être lus en corrélation.

2.6.2 La loi de mise en œuvre doit renfermer des dispositions portant que:

2.6.2.1 sous réserve des articles 2.6.2.2 à 2.6.2.6, les règles de droit fédérales, territoriales et municipales s'appliquent aux Indiens du Yukon, aux premières nations du Yukon et aux terres visées par un règlement;

2.6.2.2 les dispositions d'une entente portant règlement l'emportent sur les dispositions incompatibles d'une règle de droit fédérale, territoriale ou municipale;

2.6.2.3 les dispositions de l'Accord-cadre définitif l'emportent sur les

	the Umbrella Final Agreement and the specific provisions applicable to a Yukon First Nation, the provisions of the Umbrella Final Agreement shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict; [and]		dispositions spécifiques incompatibles, applicables à une première nation du Yukon;
2.6.2.4	where there is any inconsistency or conflict between Settlement Legislation and any other Legislation, the Settlement Legislation shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict;	2.6.2.4	les dispositions de la loi de mise en œuvre l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre mesure législative;
	. . .		. . .
2.6.3	There shall not be any presumption that doubtful expressions in a Settlement Agreement be resolved in favour of any party to a Settlement Agreement or any beneficiary of a Settlement Agreement.	2.6.3	Il n'existe aucune présomption que les expressions ambiguës d'une entente portant règlement doivent être interprétées en faveur soit d'une partie à cette entente soit de quelque personne en bénéficiant.
	. . .		. . .
2.6.5	Nothing in a Settlement Agreement shall be construed to preclude any party from advocating before the courts any position on the existence, nature or scope of any fiduciary or other relationship between the Crown and the Yukon First Nations.	2.6.5	Les ententes portant règlement n'ont pas pour effet d'empêcher une partie de faire valoir, devant les tribunaux, sa position quant à l'existence, à la nature ou à l'étendue des rapports fiduciaires ou autres qui existeraient entre la Couronne et les premières nations du Yukon.
2.6.6	Settlement Agreements shall be interpreted according to the <i>Interpretation Act</i> , R.S.C. 1985, c. I-21, with such modifications as the circumstances require.	2.6.6	Les ententes portant règlement sont interprétées conformément à la <i>Loi d'interprétation</i> , L.R.C. (1985) ch. I-21, avec les adaptations nécessaires.
2.6.7	Objectives in Settlement Agreements are statements of the intentions of the parties to a Settlement Agreement and shall be used to assist in the interpretation of doubtful or ambiguous expressions.	2.6.7	Les objectifs figurant dans une entente portant règlement constituent l'énoncé des intentions des parties à cette entente et doivent être utilisés dans l'interprétation des expressions douteuses ou ambiguës.
2.6.8	Capitalized words or phrases shall have the meaning assigned in the Umbrella Final Agreement.	2.6.8	Les mots et expressions définis et utilisés dans l'Accord-cadre définitif ont le sens qui leur est attribué dans la définition correspondante.
These interpretive provisions establish, <i>inter alia</i> , a principle of equality between the parties (s. 2.6.3) and a principle of contextual interpretation based on the general scheme of the provisions, divisions and chapters and of the treaty as a whole in accordance with its systematic nature (s. 2.6.1). The latter principle is confirmed by the rule that in the event of ambiguity, the provisions of the treaty are to		De ces stipulations interprétatives se dégagent notamment le principe d'égalité des parties (art. 2.6.3) et le principe d'une interprétation contextuelle fondée sur l'économie générale des dispositions, sections, chapitres et de l'ensemble du traité suivant sa nature systématique (art. 2.6.1). Ce dernier principe est confirmé par la règle voulant que, en cas d'ambiguïté, l'interprétation des dispositions	

be interpreted in light of the objectives stated at the beginning of certain chapters of the treaty (s. 2.6.7). The systematic nature of the treaty is also confirmed by the rule that when defined words and phrases are used, they have the meanings assigned to them in the definitions (s. 2.6.8). In other cases, the rules set out in the federal *Interpretation Act* apply (s. 2.6.6). This, then, is the framework for interpretation agreed on by the parties to the treaty. More precisely, this framework was first developed by the parties to the Umbrella Agreement, and was then incorporated by the parties into the various final agreements concluded under the Umbrella Agreement. Where there is any inconsistency or conflict, the rules of this framework prevail over the common law principles on the interpretation of treaties between governments and Aboriginal peoples.

[139] These general and interpretive provisions also establish certain rules with respect to the relationships of the Umbrella Agreement and any final agreement concluded under it, not only the relationship between them, but also that with the law in general. One of these rules is that in the event of inconsistency or conflict, the Umbrella Agreement prevails over the agreements concluded under it (s. 2.6.2.3). At first glance, this rule is surprising, since the parties to the Umbrella Agreement were very careful to specify that, on its own, that agreement “does not create or affect any legal rights” (s. 2.1.2). Section 2.6.2.3 is therefore somewhat imprecise. It can only refer to the provisions of the final agreement whose substance (and not form) derives from the Umbrella Agreement, and which prevail over the “specific” provisions. The implementing legislation, the *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act*, S.C. 1994, c. 34, provides that “[i]n the event of a conflict or inconsistency between provisions of the Umbrella Final Agreement incorporated in a final agreement that is in effect and provisions of the final agreement that are specific to the first nation, the provisions of the Umbrella Final Agreement prevail to the extent of the conflict or inconsistency” (s. 13(4)). The other provisions of the treaty that relate to this issue of conflicting legislation have also been drawn from the federal implementing legislation (s. 13) and from its territorial

du traité tiennent compte des objectifs énoncés au début de certains chapitres de celui-ci (art. 2.6.7). Le caractère systématique du traité est également confirmé par la règle selon laquelle les mots et expressions définis sont porteurs de ces définitions lorsqu’ils sont utilisés (art. 2.6.8). Pour le reste, ce sont les règles établies par la loi fédérale d’interprétation qui s’appliquent (art. 2.6.6). Voilà donc le régime interprétatif dont les parties au traité ont elles-mêmes convenu. Plus exactement, ce régime a d’abord été élaboré par les parties à l’Accord-cadre, puis repris par les parties aux différentes ententes définitives conclues conformément aux stipulations de cet accord. Advenant toute incompatibilité, ce régime l’emporte sur les principes dégagés par la jurisprudence en matière d’interprétation de traités conclus par les gouvernements et les peuples autochtones.

[139] Les dispositions interprétatives et générales que nous venons de voir posent aussi certaines normes relatives aux rapports qu’entretiennent l’Accord-cadre et toute entente définitive conclue conformément à ses stipulations, non seulement entre eux, mais avec le reste du droit également. On peut noter à cet égard la norme énonçant la prépondérance — en cas d’incompatibilité constatée — de l’Accord-cadre sur les ententes conclues suivant ses stipulations (art. 2.6.2.3). À première vue, cette norme surprend, dans la mesure où les parties à l’Accord-cadre ont bien pris soin de préciser que, à lui seul, ce dernier « n’a pas pour effet de créer des droits légaux ou de porter atteinte à de tels droits » (art. 2.1.2). L’article 2.6.2.3 souffre donc d’une imprécision. Il ne peut s’agir que des dispositions de l’entente définitive dont la source matérielle (et non pas formelle) est l’Accord-cadre, lesquelles ont préséance sur les dispositions dites « spécifiques ». La loi de mise en œuvre, nommément la *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, ch. 34, précise d’ailleurs que ce sont « [l]es dispositions de l’accord-cadre reprises dans un accord définitif en vigueur [qui] l’emportent sur les dispositions incompatibles qui sont propres à la première nation » (par. 13(4)). Le reste des stipulations du traité relatives à cette question des « conflits de loi » est également repris dans la loi fédérale de mise en œuvre (art. 13)



equivalent (s. 5). The rules can therefore be summarized in the principle that the Final Agreement prevails over any other non-constitutional legal rule, subject to the requirement that its provisions not be so construed as to affect the rights of “Yukon Indian people” as Canadian citizens and their entitlement to all the rights, benefits and protections of other citizens (s. 2.2.5). In short, therefore, with certain exceptions, the treaty overrides Aboriginal rights related to the matters to which it applies, and in cases of conflict or inconsistency, it prevails over all other non-constitutional law.

[140] It should be noted that in certain circumstances, the principle applied in the treaty with respect to particular non-constitutional legislation — the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, where reserves are concerned — is that the treaty replaces that legislation rather than prevailing over it (s. 4.1.2).

[141] Regarding the relationship between the treaty in issue and the rest of our constitutional law other than the case law on Aboriginal rights, such a treaty clearly cannot on its own amend the “Constitution of Canada” within the meaning of s. 52 and Part V of the *Constitution Act, 1982*. Thus, to give one example, it cannot on its own alter either the protections of rights and freedoms provided for in Part I of that Act, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (support for this can be found in s. 2.2.5 of the Final Agreement, which was discussed above), or the constitutional division of powers established in Part VI of the *Constitution Act, 1867*. Next, on the specific issue before us in the instant case, since the right to be consulted that corresponds to the common law duty to consult (1) transcends the distinction between Aboriginal rights and treaty rights, (2) is therefore not an Aboriginal right and even less so an Aboriginal right related to land and resources, and (3) accordingly cannot be surrendered under Division 2.5.0, it must be asked whether there is anything explicit in the treaty in issue about how the parties intended to deal with this duty. In other words, does the Final Agreement contain provisions that affect the general principle

ainsi que dans son équivalent territorial (art. 5). Les règles pertinentes peuvent donc être résumées par le principe selon lequel l’Entente définitive l’emporte sur toute autre règle de droit infraconstitutionnel, sous réserve du fait que ses dispositions ne doivent pas être interprétées d’une manière portant atteinte aux droits des « Indiens du Yukon » en tant que citoyens canadiens ni à leur droit de jouir de tous les droits, avantages et protections reconnus aux autres citoyens (art. 2.2.5). En somme, donc, sauf exception le traité se substitue aux droits ancestraux relativement aux matières dont il dispose et il a préséance, en cas d’incompatibilité, sur le reste du droit infraconstitutionnel.

[140] Il importe de souligner ici que, dans certaines circonstances, le traité fait également intervenir le principe de substitution plutôt que le principe de préséance à l’égard d’un texte infraconstitutionnel donné, en l’occurrence la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, pour ce qui est des réserves (art. 4.1.2).

[141] En ce qui a trait à la relation entre le traité en cause et le reste de notre droit constitutionnel au-delà du seul régime jurisprudentiel des droits ancestraux, un tel traité ne saurait évidemment à lui seul modifier la « Constitution du Canada » au sens de l’art. 52 et de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il ne pourrait donc pas, par exemple, modifier à lui seul la protection des droits et libertés prévue à la partie I de cette dernière loi, c’est-à-dire la *Charte canadienne des droits et libertés* (ce qui tend à être confirmé par l’art. 2.2.5 de l’Entente définitive dont il a été question plus haut), ou la répartition fédérative des compétences prévue à la partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ensuite, relativement à la question qui nous intéresse particulièrement en l’espèce, dans la mesure où le droit d’être consulté qui est corrélatif de l’obligation de consultation de régime jurisprudentiel (1) dépasse l’opposition entre droits ancestraux et droits issus de traité, (2) qu’il n’est donc pas un droit ancestral et encore moins un droit ancestral aux terres et aux ressources et (3) que, par conséquent, il ne saurait avoir fait l’objet d’une renonciation en vertu de la section 2.5.0, il convient de se demander si le traité qui nous occupe contient quelque chose d’explicite

discussed above that the common law duty to consult will apply only where the parties have failed to address this issue? I see none.

[142] It should be borne in mind that an Aboriginal people cannot, by treaty, surrender its constitutional right to be consulted before the Crown takes measures in a manner not provided for in the treaty that might violate, infringe or limit a right that Aboriginal people is recognized as having in the same treaty. By analogy, in contract law, such a surrender would constitute an unconscionable term. But it is not this rule that is in issue here so much as the minimum required content of the duty in the context of treaties with Aboriginal peoples. As set out above, s. 2.6.5 of the Final Agreement, which was reproduced from the Umbrella Agreement, provides that “[n]othing in a Settlement Agreement shall be construed to preclude any party from advocating before the courts any position on the existence, nature or scope of any fiduciary or other relationship between the Crown and the Yukon First Nations”. However, the fiduciary duty is not always constitutional in nature. Nor is it equivalent to the duty to consult implied by the principle of the honour of the Crown that the Crown must maintain in its relations with Aboriginal peoples as holders of special constitutional rights. The fiduciary duty may arise, for example, from relations the Crown maintains with Indians in managing reserve lands and, more generally, in administering the *Indian Act* (*Guerin*; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746).

[143] In actual fact, two points are made in s. 2.6.5. First, the settlement of an Aboriginal nation’s comprehensive claim does not automatically entail the settlement of any specific claim — based not on Aboriginal rights but rather on the *Indian Act* — that

au sujet de la façon dont les parties entendent régir cette obligation. Autrement dit, l’Entente définitive contient-elle des dispositions qui auraient une incidence sur le principe général dégagé plus haut, selon lequel l’obligation de consultation de régime jurisprudentiel ne s’appliquera qu’en cas d’omission des parties au traité d’avoir prévu cette matière? Je ne vois aucune disposition à cet effet.

[142] Il est utile de rappeler qu’un peuple autochtone ne saurait, par traité, renoncer à son droit constitutionnel d’être consulté avant la prise de mesures étatiques d’une manière non prévue par un traité et susceptible de violer, d’enfreindre ou de restreindre un droit reconnu aux Autochtones par ce même traité. Par analogie avec le droit des contrats, une telle renonciation constituerait une sorte de clause abusive. Or, ce n’est pas tant cette règle comme telle qui est en cause ici que le contenu minimal impératif de l’obligation dans le cas de traités conclus avec les peuples autochtones. Comme il a été souligné ci-dessus, l’art. 2.6.5 de l’Entente définitive — qui a été repris de l’Accord-cadre — précise que « [l]es ententes portant règlement n’ont pas pour effet d’empêcher une partie de faire valoir, devant les tribunaux, sa position quant à l’existence, à la nature ou à l’étendue des rapports fiduciaires ou autres qui existeraient entre la Couronne et les premières nations du Yukon ». L’obligation de fiduciaire n’a cependant pas toujours un caractère constitutionnel. De plus, elle ne coïncide pas avec l’obligation de consultation qu’implique le principe de l’honneur de la Couronne que celle-ci se doit de préserver dans ses relations avec les peuples autochtones en leur qualité de titulaires de droits constitutionnels spéciaux. Par exemple, l’obligation de fiduciaire peut naître des rapports qu’entretient la Couronne avec les Indiens dans sa gestion des terres de réserve et, de façon plus générale, dans l’administration de la *Loi sur les Indiens* (*Guerin*; *Bande indienne d’Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746).

[143] En réalité, l’art. 2.6.5 vise à rappeler deux choses. Premièrement le règlement de la revendication globale d’une nation autochtone n’emporte pas nécessairement règlement de toute revendication particulière que pourrait avoir cette même nation et

this nation might have, generally on the strength of the Crown's fiduciary duty. A specific claim could also be based on a "historical" treaty. In the instant case, however, the Little Salmon/Carmacks First Nation expressly ceded, released and surrendered, in the agreement to settle its comprehensive land claim, namely the Final Agreement, any "claims, rights or causes of action which they may ever have had, may now have or may have hereafter" as a result of Treaty 11 (ss. 2.5.1.3, 2.5.1.4(c) and 2.5.2). Finally, unlike a comprehensive claim, a specific claim is not necessarily limited to land or resources. It was therefore quite natural to specify that the mere existence of a settlement of a Yukon First Nation's comprehensive land claim did not, without further verification, support a conclusion that any specific claim the First Nation might have had been settled.

[144] Second, s. 2.6.5 also evokes a more general principle. It provides that a final agreement does not preclude any party from advocating before the courts the existence of not only fiduciary, but also "other", relationships between the Crown and the Yukon First Nations. This, in reality, is but one manifestation of the equitable principle involving a higher standard for exchanges of rights between Aboriginal peoples and the Crown — which the Crown aimed to make more orthodox — that was first mentioned in the federal policy of 1986.

[145] Thus, s. 2.6.5 of the Final Agreement is not at all inconsistent with the general principle discussed above that the common law duty to consult, in its minimum required obligational form, will apply — despite the existence of a treaty — only if the parties to the treaty have clearly failed to provide for it. This will depend on whether the parties have come to an agreement on the issue, and if they have, the treaty will — unless, of course, the treaty itself provides otherwise — override the application to the parties of any parallel framework, including the common law framework.

qui reposerait, par exemple, non pas sur des droits ancestraux, mais sur la *Loi sur les Indiens*, le plus souvent sur le fondement de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Une revendication particulière pourrait aussi être basée sur un traité « historique ». En l'occurrence cependant, la Première nation de Little Salmon/Carmacks a renoncé expressément, dans l'accord de règlement de sa revendication globale que constitue l'Entente définitive, à tout éventuel « réclamation, droit ou cause d'action, passé, actuel ou futur » qui serait issu du Traité n° 11 (art. 2.5.1.3, 2.5.1.4c) et 2.5.2). Enfin, contrairement à une revendication globale, une revendication particulière ne porte pas toujours uniquement sur des terres ou ressources. Il était donc normal de rappeler que la seule existence du règlement de la revendication globale d'une première nation du Yukon ne permet pas, sans autre forme de vérification, de conclure au règlement de toute revendication particulière que pourrait avoir cette première nation.

[144] Deuxièmement, l'article 2.6.5 vise aussi à rappeler un principe d'ordre plus général. En effet, il prévoit qu'une entente définitive n'empêche pas une partie de défendre en justice l'existence de rapports non seulement fiduciaires mais également « autres » entre la Couronne et les premières nations du Yukon. Il ne s'agit là en réalité que d'une manifestation du principe équitable visant des échanges d'une qualité supérieure entre les peuples autochtones et la Couronne — que celle-ci veut plus orthodoxes — qui a d'abord été exprimé dans la politique fédérale de 1986.

[145] L'article 2.6.5 de l'Entente définitive n'est donc nullement incompatible avec le principe général qui a été dégagé plus haut et suivant lequel, comme contenu obligationnel minimal impératif, l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel ne s'appliquera, nonobstant la présence d'un traité, que dans les cas d'omission claire des parties à ce traité d'avoir stipulé à cet égard. En effet, tout dépendra de ce que les parties auront ou non convenu sur la question, auquel cas le traité, sauf bien sûr renvoi à l'effet contraire dans celui-ci, aura écarté l'application entre les parties de tout régime parallèle, y compris le régime jurisprudentiel.

[146] In short, in providing in s. 2.2.4 that, subject to certain restrictions, “Settlement Agreements shall not affect the ability of aboriginal people of the Yukon to exercise, or benefit from, any existing or future constitutional rights for aboriginal people that may be applicable to them”, the parties could only have had an orthodox exchange of rights in mind. They most certainly did not intend that a consultation framework would apply in parallel with the one they were in the process of establishing in the treaty. If the treaty in issue establishes how the Crown is to exercise its rights under the treaty by providing for a given form of consultation with the Aboriginal party, then the effect of the entire agreement clause in s. 2.2.15 will be to override any parallel framework, including the one developed by this Court.

#### B. *Substantive Rights in Issue*

##### (1) Right to Transfer and Right of Access to Crown Land

[147] In the case at bar, it is Chapter 6 on rights of access that must be considered first in respect of the right of the Crown the exercise of which could affect the exercise of rights of the Aboriginal party. As I mentioned above, the agreement in issue establishes two broad categories of land: settlement land and non-settlement land. The category of non-settlement land includes Crown land, and the land in question in Mr. Paulsen’s application was Crown land. Chapter 6 is structured on the basis of the principle that the Aboriginal party and third parties have rights of access to unoccupied Crown land, on the one hand, and that the Crown and third parties have rights of access to undeveloped settlement land, on the other. This is a general principle to which there may, of course, be exceptions.

[146] En somme, en stipulant à l’art. 2.2.4 que, sous certaines réserves, « les ententes portant règlement n’ont pas pour effet de porter atteinte à la capacité des peuples autochtones du Yukon d’exercer des droits constitutionnels — existants ou futurs — qui sont reconnus aux peuples autochtones et qui s’appliquent à eux ou de tirer parti de tels droits », les parties ne pouvaient avoir à l’esprit qu’un échange orthodoxe de droits. Elles n’avaient assurément pas l’intention de prévoir l’application d’un régime de consultation parallèle à celui qu’elles pouvaient être en train d’établir par traité. Si le traité qui nous occupe énonce les modalités d’exercice par la Couronne des droits qu’il lui confère en instaurant une forme ou une autre de consultation de la partie autochtone, alors la clause de l’entente complète figurant à l’art. 2.2.15 aura pour effet d’écarter tout régime parallèle, y compris celui qui a été élaboré par la jurisprudence de notre Cour.

#### B. *Droits matériels en cause*

##### (1) Droit de cession et droit d’accès aux terres de la Couronne

[147] C’est le chapitre 6 sur les droits d’accès qui doit d’abord retenir notre attention en l’espèce relativement à la question du droit de la Couronne dont l’exercice est susceptible d’affecter l’exercice des droits de la partie autochtone. J’ai mentionné précédemment que l’accord en cause établit deux grandes catégories de terres, les terres visées par le règlement (« *Settlement Lands* ») et les autres (« *Non-Settlement Lands* ») qui comprennent les terres de la Couronne, parmi lesquelles se trouvait la terre faisant l’objet de la demande de M. Paulsen. Le principe qui structure le chapitre 6 est celui des droits d’accès de la partie autochtone et des tiers aux terres inoccupées de la Couronne d’une part (« *unoccupied Crown Land* ») et des droits d’accès de la Couronne et des tiers aux terres visées par le règlement qui n’ont pas été « mises en valeur » (« *undeveloped Settlement Land* ») de l’autre. Il s’agit d’un principe général qui peut certes connaître des exceptions.

[148] It is in Division 6.2.0 that the parties to the Umbrella Agreement — Canada, Yukon and the Council for Yukon Indians — provided for the right of access to Crown land — to be confirmed in the final agreements — of every Yukon Indian person and Yukon First Nation. The effect of the reproduction of that provision in the various final agreements was to grant every Yukon Indian person and Yukon First Nation to which those agreements applied a right of access for non-commercial purposes (s. 6.2.1), which is the right being relied on in this case. However, a review of that right leads to the right of the Crown the exercise of which is in issue here and which constitutes an exception to the right of access.

[149] The right of access of First Nations to Crown land for non-commercial purposes is subject to strict limits, and also to conditions and exceptions. It is limited in that the access in question is only “casual and insignificant” (s. 6.2.1.1), or “is for the purpose of Harvesting Fish and Wildlife in accordance with Chapter 16 — Fish and Wildlife” (s. 6.2.1.2), which is a chapter I will discuss below. The applicable conditions are set out in s. 6.2.4 — one example is a prohibition against significant interference with the use and peaceful enjoyment of the land by other persons. Finally, regarding the exceptions that are relevant here, the right of access in issue does not apply to Crown land “where access or use by the public is limited or prohibited” (s. 6.2.3.2), or “which is subject to an agreement for sale or a surface licence or lease”, except “to the extent the surface licence or lease permits public access” or “where the holder of the interest allows access” (s. 6.2.3.1 (emphasis added)).

[150] This last provision is the very one on which the decision on Mr. Paulsen’s application was based. It must therefore be determined whether the treaty requires the Crown to consult the Aboriginal party before exercising its right to transfer land belonging

[148] C’est à la section 6.2.0 que les parties à l’Accord-cadre, soit le Canada, le Yukon et le Conseil des Indiens du Yukon, ont prévu la confirmation dans les ententes définitives du droit de chaque Indien et première nation du Yukon d’accéder aux terres de la Couronne. La reprise de cette disposition dans les diverses ententes définitives a pour effet de conférer à chaque Indien et première nation du Yukon concerné un droit d’accès à des fins non commerciales (art. 6.2.1), droit qui est invoqué ici. Or, c’est en examinant ce droit qu’on arrive à cerner celui de la Couronne dont l’exercice est ici en cause et qui s’impose comme une exception au premier.

[149] En effet, le droit des premières nations d’accéder aux terres de la Couronne à des fins non commerciales est étroitement limité, en plus d’être assorti de conditions et d’exceptions. Il est limité en ce qu’il ne confère qu’un accès « occasionnel et négligeable » (art. 6.2.1.1) ou ayant « pour but la récolte de poissons ou d’animaux sauvages conformément aux dispositions du Chapitre 16 — Ressources halieutiques et fauniques » (art. 6.2.1.2), chapitre sur lequel je reviendrai. Les conditions applicables sont prévues à l’art. 6.2.4 — par exemple, une interdiction de porter atteinte de façon importante à l’utilisation et à la jouissance paisible de ces terres par d’autres personnes. Enfin, au sujet des exceptions qui sont pertinentes ici, le droit d’accès en cause ne s’applique pas aux terres de la Couronne « dont l’accès ou l’utilisation par le public est restreint ou prohibé » (art. 6.2.3.2) ou « faisant l’objet d’un contrat de vente, d’un permis ou d’un bail de surface », et ce, sauf « dans la mesure où le permis ou le bail de surface accorde un droit d’accès au public » ou « si le titulaire du contrat de vente ou encore du permis ou du bail de surface en permet l’accès » (art. 6.2.3.1 (je souligne)).

[150] Cette dernière disposition est précisément celle sur laquelle se fonde la décision sur la demande de M. Paulsen. Il s’agit donc de vérifier si, aux termes du traité, avant d’exercer son droit de céder des terres lui appartenant, d’une manière

to it in a way that could limit one or more rights granted to the Aboriginal party in the treaty. As I explain below, there are provisions in the treaty in question that govern this very issue.

[151] The Crown's right is clear, however. This exception to the right of access of First Nations to Crown land obviously implies that the Crown's general right to transfer land belonging to it continues to exist. Crown land, in respect of which Yukon's Aboriginal peoples have surrendered all Aboriginal rights and all rights arising out of Treaty No. 11, and which is not included in the land covered by the settlement of their comprehensive land claims, is defined in the agreement itself as land "vested from time to time in Her Majesty in Right of Canada, whether the administration and control thereof is appropriated to the Commissioner of the Yukon or not" (Chapter 1). Ownership of property implies, with some exceptions, the right to dispose of the property. The Crown's right to transfer land belonging to it is confirmed not only by s. 6.2.3.1 of the treaty, but also by s. 6.2.7, which limits that right by indicating that "Government shall not alienate Crown Land abutting any block of Settlement Land so as to deprive that block of Settlement Land of access from adjacent Crown Land or from a highway or public road." The treaty right being specifically invoked by the Little Salmon/Carmacks First Nation in respect of access to Crown land clearly ends where the Crown's right to transfer such land begins.

[152] Moreover, in invoking the right granted in s. 6.2.1.2 to every Yukon Indian person and Yukon First Nation, that of access to Crown land for the purpose of "Harvesting Fish and Wildlife in accordance with Chapter 16", the respondents are also engaging that chapter on fish and wildlife management. They further submit that the transfer of the land in question would reduce the value of the trapline held by one of them, Johnny Sam, under the *Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229, and — in a more direct, but certainly no less significant,

susceptible de restreindre un ou plusieurs droits que le traité reconnaît à la partie autochtone, la Couronne doit au préalable consulter cette dernière. Comme je l'explique ci-dessous, le traité en cause contient des dispositions régissant précisément cette question.

[151] Le droit de la Couronne est cependant clair. En effet, cette exception au droit d'accès des premières nations aux terres de la Couronne suppose de toute évidence le maintien du droit général de la Couronne de céder des terres lui appartenant. Les terres de la Couronne sur lesquelles les Autochtones du Yukon ont renoncé à tout droit ancestral ou issu du Traité n° 11 et qui ne font pas partie des terres visées par le règlement de leur revendication territoriale globale sont définies dans l'accord même comme des terres « dont la propriété est dévolue à Sa Majesté du chef du Canada — que le commissaire du Yukon ait ou non pleine autorité sur celle-ci » (chapitre 1). Or, sauf exception, la propriété d'un bien implique le droit d'en disposer. Ce droit de la Couronne de céder des terres lui appartenant est confirmé non seulement par l'art. 6.2.3.1 du traité, mais aussi par l'art. 6.2.7 qui limite ce droit en indiquant que « [l]e gouvernement ne peut aliéner des terres de la Couronne attenantes à une pièce de terres visées par un règlement si cela aurait pour effet de couper cette pièce de terres soit des terres de la Couronne qui lui sont adjacentes, soit d'une route ou d'un chemin public. » Le droit issu de traité qu'invoque précisément la Première nation de Little Salmon/Carmacks relativement à l'accès aux terres de la Couronne s'arrête clairement là où commence le droit de celle-ci de céder de telles terres.

[152] Par ailleurs, en invoquant le droit que reconnaît l'art. 6.2.1.2 à chaque Indien et première nation du Yukon d'accéder aux terres de la Couronne pour s'adonner à « la récolte de poissons ou d'animaux sauvages conformément aux dispositions du Chapitre 16 », les intimés font également intervenir le chapitre relatif à la gestion des ressources halieutiques et fauniques. Ils soutiennent aussi que la cession de terre en cause diminuerait la valeur de la ligne de piégeage dont l'un d'entre eux, Johnny Sam, est titulaire en vertu de la *Loi sur la faune*,

manner — under the same Chapter 16 of the Final Agreement. Chapter 16 is accordingly in issue in this case and will have to be considered in greater detail.

(2) Fish and Wildlife Management

[153] Chapter 16 of the Final Agreement establishes a co-management framework with respect to fish and wildlife. It generally confirms the right of Yukon Indian people

to harvest for Subsistence within their Traditional Territory, and with the consent of another Yukon First Nation in that Yukon First Nation's Traditional Territory, all species of Fish and Wildlife for themselves and their families at all seasons of the year and in any numbers on Settlement Land and on Crown Land to which they have a right of access pursuant to 6.2.0 . . . [s. 16.4.2]

However, the actual scope of this general principle is limited in that the same provision concludes with the following words: “. . . subject only to limitations prescribed pursuant to Settlement Agreements” (s. 16.4.2). Those limitations are significant and they go beyond the exception to the right of access granted in Division 6.2.0, namely the Crown's exercise of its right to transfer land belonging to it. The exercise of the rights granted to the Aboriginal party in Chapter 16 is subject to limitations provided for not only in the final agreements, but also in “Legislation enacted for purposes of Conservation, public health or public safety” (s. 16.3.3); limitations provided for in legislation “must be consistent with this chapter, reasonably required to achieve those purposes and may only limit those rights to the extent necessary to achieve those purposes” (s. 16.3.3.1).

[154] There are other provisions in Chapter 16 of the Final Agreement, aside from s. 16.3.3, that regulate, in various ways, the right of Yukon Indian people to harvest fish and wildlife by, in particular, authorizing the fixing of quotas — referred to as

L.R.Y. 2002, ch. 229, et — de manière plus immédiate, mais assurément non moins importante — de ce même chapitre 16 de l'Entente définitive. Ce chapitre est donc en cause en l'espèce et il y a lieu de l'examiner plus en détail.

(2) Gestion des ressources halieutiques et fauniques

[153] Le chapitre 16 de l'Entente définitive instaure un régime de cogestion des ressources halieutiques et fauniques. Il vient confirmer de manière générale le droit des Indiens du Yukon

de récolter, à des fins de subsistance, dans les limites de leur territoire traditionnel et, avec le consentement de celle-ci, sur le territoire traditionnel d'une autre première nation du Yukon, toute espèce de poisson et d'animal sauvage, pour eux-mêmes et pour leur famille, en toute saison et sans limite de prises, sur des terres visées par un règlement et sur des terres de la Couronne où ils bénéficient d'un droit d'accès conformément à la section 6.2.0 . . . [art. 16.4.2]

Cependant, la portée réelle de ce principe général est limitée dans la mesure où la même disposition se termine par les mots suivants : « . . . sous réserve seulement des limites prévues par les ententes portant règlement » (art. 16.4.2). Ces limites sont importantes et vont au-delà de l'exception au droit d'accès conféré par la section 6.2.0 que constitue l'exercice par la Couronne de son droit de céder des terres lui appartenant. L'exercice des droits reconnus à la partie autochtone par le chapitre 16 est assujéti non seulement aux restrictions prévues par les dispositions des ententes définitives, mais aussi aux « mesures législatives édictées à des fins de conservation, de santé publique ou de sécurité publique » (art. 16.3.3), mesures qui « doivent être compatibles avec les dispositions du présent chapitre, être raisonnablement nécessaires à la réalisation des fins susmentionnées et ne limiter les droits en question que dans la mesure nécessaire à la réalisation de ces fins » (art. 16.3.3.1).

[154] Outre l'article 16.3.3, d'autres dispositions du chapitre 16 de l'Entente définitive viennent encadrer de diverses manières le droit des Indiens du Yukon d'exploiter les ressources halieutiques et fauniques, notamment en permettant l'instauration

“total allowable harvest[s]” — “[w]hen opportunities to harvest Freshwater Fish or Wildlife are limited for Conservation, public health or public safety” (s. 16.9.1.1). Chapter 16 also establishes principles for sharing such harvests “between Yukon Indian People and other harvesters” (s. 16.9.1). Overall, the logic behind the principles used to allocate quotas is to “give priority to the Subsistence needs of Yukon Indian People while providing for the reasonable needs of other harvesters” (s. 16.9.1.1).

[155] Another goal of Chapter 16 of each of the final agreements, in addition to the simple fixing and allocation of quotas, is to regulate the exercise by Yukon Indian people of their rights to harvest fish and wildlife by setting up a multi-level management framework that combines the principle of participation of the First Nations in question and that of decentralization. Those with responsibilities in the context of that framework are, in each case, the First Nation in question, the renewable resources council (“council”), which has jurisdiction in respect of that First Nation’s traditional territory, the Fish and Wildlife Management Board (“Board”) (and its Salmon Sub-Committee), which has jurisdiction throughout the Yukon Territory, and, finally, the Minister responsible for the matter in issue. There is equal representation on the councils and the Board: thus, “[s]ubject to Transboundary Agreements and Yukon First Nation Final Agreements, each Council shall be comprised of six members consisting of three nominees of the Yukon First Nation and three nominees of the Minister” (s. 16.6.2), and “[t]he Board shall be comprised of six nominees of Yukon First Nations and six nominees of Government” (s. 16.7.2). Regarding the composition of the councils, the specific provisions of the final agreements add only that the First Nation and the Minister may each nominate one additional member as an alternate member (ss. 16.6.2.1 to 16.6.2.3). The chairperson of each council, and of the Board, is selected from the membership of the body in question in

de quotas, en l’occurrence des « récolte[s] totale[s] autorisée[s] », « [l]orsque les possibilités de récolter du poisson d’eau douce ou des animaux sauvages sont limitées pour des raisons de conservation, de santé publique ou de sécurité publique » (art. 16.9.1.1). Ce même chapitre prévoit aussi les principes de répartition de ces récoltes « entre les Indiens du Yukon et les autres personnes exerçant des activités de récolte » (art. 16.9.1). Dans l’ensemble, la logique présidant aux principes de répartition des quotas vise à « satisfaire en priorité les besoins pour fins de subsistance des Indiens du Yukon, tout en répondant aux besoins raisonnables des autres personnes qui s’adonnent à des activités de récolte » (art. 16.9.1.1).

[155] Au-delà des seules fins d’établissement et de répartition de quotas, le chapitre 16 de chacune des ententes définitives entend encadrer l’exercice par les Indiens du Yukon de leurs droits d’exploitation des ressources halieutiques et fauniques par la mise en place d’une structure de gestion à plusieurs niveaux conjuguant les principes de participation des premières nations concernées et de décentralisation. Les organes composant cette structure sont, dans chaque cas, la première nation concernée, le conseil des ressources renouvelables (« conseil ») compétent sur le territoire traditionnel de cette première nation, la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques (« Commission ») (et son sous-comité du saumon) — qui a compétence à l’échelle du territoire du Yukon — et, enfin, le ministre responsable de la matière en question. Les conseils et la Commission sont des organismes paritaires; « [s]ous réserve des dispositions des accords transfrontaliers et des ententes définitives conclues par les premières nations du Yukon, chaque conseil est formé de six membres dont trois sont choisis par la première nation du Yukon visée et trois par le ministre » (art. 16.6.2), et « [l]a Commission est formée de six personnes choisies par les premières nations du Yukon et de six autres choisies par le gouvernement » (art. 16.7.2). Relativement à la composition des conseils, les dispositions spécifiques des ententes définitives ne font qu’ajouter la possibilité pour la première nation et le ministre de proposer chacun un membre supplémentaire à titre de membre suppléant (art. 16.6.2.1



accordance with procedures it has established for itself (ss. 16.6.3 and 16.7.3). If no chairperson is selected within 30 days in the case of a council, or 60 days in the case of the Board, the Minister must, after consulting the council or the Board, as the case may be, appoint one from its membership (ss. 16.6.3.1 and 16.7.3.1).

[156] There are very few instances in which the organs referred to in Chapter 16, other than the Minister, are given decision-making powers. In one of the rare cases, the First Nation is given, “for Category 1 Traplines, the final allocation authority” (ss. 16.11.10.6 and 16.5.1.2) — I should mention that this is not the category to which Johnny Sam’s trapline belongs. The First Nation also has sole authority to “align, realign or group Category 1 Traplines where such alignments, realignments or groupings do not affect Category 2 Traplines” (s. 16.5.1.3).

[157] More generally, the First Nation also has the following decision-making powers:

... [to] manage, administer, allocate or otherwise regulate the exercise of the rights of Yukon Indian People under 16.4.0 [concerning the harvesting of fish and wildlife] within the geographical jurisdiction of the Council established for that Yukon First Nation’s Traditional Territory by,

- (a) Yukon Indian People enrolled pursuant to that Yukon First Nation Final Agreement,
- (b) other Yukon Indian People who are exercising rights pursuant to 16.4.2, and
- (c) except as otherwise provided in a Transboundary Agreement, members of a transboundary claimant group who are Harvesting pursuant to that Transboundary Agreement in that Yukon First Nation’s Traditional Territory ... [s. 16.5.1.1]

However, the final paragraph of this provision contains the following clarification: “... where not inconsistent with the regulation of those rights by

à 16.6.2.3). Le président de chaque conseil et celui de la Commission sont choisis parmi les membres de l’organe en question, conformément à la procédure de sélection établie par celui-ci (art. 16.6.3 et 16.7.3). Si cela n’est pas fait dans un délai de 30 ou 60 jours, suivant le cas et respectivement, le ministre, après consultation de l’organe concerné, désigne l’un des membres de celui-ci comme président (art. 16.6.3.1 et 16.7.3.1).

[156] Hormis le ministre, les organes prévus au chapitre 16 sont très rarement investis de pouvoirs décisionnels. L’un de ces rares cas est l’attribution à la première nation de la « compétence en dernier ressort en ce qui concerne la répartition des lignes de piégeage de catégorie 1 » (art. 16.11.10.6 et 16.5.1.2) — signalons qu’il ne s’agit pas de la catégorie à laquelle appartient la ligne de piégeage de Johnny Sam. La première nation est aussi seule compétente pour « tracer ou modifier le tracé des lignes de piégeage de catégorie 1 ou encore grouper ces lignes de piégeage, si ces mesures n’ont aucune incidence sur les lignes de piégeage de catégorie 2 » (art. 16.5.1.3).

[157] La première nation détient en outre, plus généralement, les pouvoirs décisionnels suivants :

... gérer, administrer, répartir ou réglementer de quelque autre façon que ce soit l’exercice, par les personnes énumérées ci-après, des droits des Indiens du Yukon prévus par la section 16.4.0 [relativement au prélèvement des ressources halieutiques et fauniques], dans la région qui relève de la compétence du conseil établi pour son territoire traditionnel :

- a) les Indiens du Yukon inscrits en application de son entente définitive;
- b) les autres Indiens du Yukon qui exercent des droits prévus par l’article 16.4.2;
- c) sauf disposition contraire d’un accord transfrontalier, les membres d’un groupe revendicateur transfrontalier qui exercent, sur son territoire traditionnel, des activités de récolte conformément à cet accord transfrontalier ... [art. 16.5.1.1]

Or, le dernier alinéa de cette même disposition donne la précision suivante : « ... en respectant les mesures de réglementation de ces droits qui sont

Government in accordance with 16.3.3 and other provisions of this chapter” (s. 16.5.1.1, final portion). The reality is that, aside from the allocation of individual rights from a group harvesting allocation, Chapter 16 mainly concerns management activities that ultimately fall under the Minister’s authority. The organs mentioned in Chapter 16 other than the Minister have in most cases — with some exceptions where they are given a form of decision-making authority — a power limited to holding consultations before a decision is made.

[158] It is in this context that the respondents’ argument regarding the *Community-based Fish and Wildlife Management Plan: Little Salmon/Carmacks First Nation Traditional Territory, 2004-2009* (2004) must be considered. Management plans such as this one are referred to in Chapter 16 of the various final agreements and more specifically, for our purposes, in ss. 16.6.10 and 16.6.10.1, which read as follows:

Subject to Yukon First Nation Final Agreements, and without restricting 16.6.9 [on the Councils’ general powers], each Council:

16.6.10.1 may make recommendations to the Minister on the need for and the content and timing of Freshwater Fish and Wildlife management plans, including Harvesting plans, Total Allowable Harvests and the allocation of the remaining Total Allowable Harvest [under 16.9.4], for species other than the species referred to in 16.7.12.2 [species included in international agreements, threatened species declared by the Minister as being of territorial, national or international interest, and Transplanted Populations and Exotic Species] . . .

[159] A management plan such as the one relied on by the respondents is a policy statement regarding proposed legal acts, in particular decision

appliquées par le gouvernement conformément à l’article 16.3.3 et aux autres dispositions du présent chapitre » (art. 16.5.1.1, *in fine*). Le fait est que, sauf en matière de répartition de droits individuels à partir d’une allocation de prélèvement de groupe, il est surtout question au chapitre 16 d’activités de gestion qui relèvent, en fin de processus, du ministre. Les organes mentionnés au chapitre 16 — à l’exception du ministre — se voient parfois confier un pouvoir quasi décisionnel, mais il ne s’agit le plus souvent que d’un simple pouvoir consultatif prédécisionnel.

[158] C’est dans ce contexte qu’il faut situer l’argument des intimés relatif au plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques de la Première nation de Little Salmon/Carmacks — *Community-based Fish and Wildlife Management Plan: Little Salmon/Carmacks First Nation Traditional Territory, 2004-2009* (2004). Il est question de tels plans de gestion au chapitre 16 des diverses ententes définitives et, plus particulièrement, pour les fins qui nous intéressent, aux art. 16.6.10 et 16.6.10.1, qui prévoient ce qui suit :

Sous réserve des dispositions des ententes définitives conclues par les premières nations du Yukon et sans restreindre la portée générale de l’article 16.6.9 [relatif aux attributions générales des Conseils], chaque conseil peut :

16.6.10.1 présenter au ministre des recommandations quant au besoin d’établir des plans de gestion du poisson d’eau douce et des animaux sauvages, à la teneur de ces plans et au moment de leur production, notamment en ce qui concerne les plans de récolte, les récoltes totales autorisées et la répartition du reste de la récolte totale autorisée [en vertu de l’article 16.9.4], à l’égard des espèces autres que celles visées à l’article 16.7.12.2 [espèces visées par des accords internationaux, espèces menacées ou déclarées par le ministre comme étant d’intérêt territorial, national ou international, populations transplantées et espèces exotiques] . . .

[159] Un plan de gestion tel celui invoqué par les intimés constitue un énoncé de politique faisant état d’actes juridiques projetés, le plus souvent des

making and the making of regulations under statutory authority. As its title indicates, therefore, this plan only sets out an administrative agreement on how the partners plan to exercise their legal powers.

[160] The passage from the management plan to which the respondents refer reads as follows:

**Concern: There is a need to protect the Yukon River from Tatchun Creek to Minto as important habitat for moose, salmon, and other wildlife.**

This section of the Yukon River contains a number of sloughs and islands, and was identified as important habitat for moose during calving, summer and winter. Moose were commonly seen in this area back in the 1960s, but fewer have been seen in recent years. “Dog Salmon Slough” was one area noted in particular as an important habitat area. Bears use Dog Salmon Slough for fishing. Moose might be staying away from river corridors now with the increased river travel traffic during summer. The review process for land applications in this area needs to consider the importance of these habitat areas to fish and wildlife.

**Solution: Conserve the important moose and salmon habitat along the Yukon River from Tatchun Creek to Minto.**

Pursue designating the area between Tatchun Creek and Minto along the Yukon River as a Habitat Protection Area under the *Wildlife Act*.

The community and governments need to get together to decide what kind of activities should happen in this important wildlife habitat. This is an overlap area with Selkirk First Nation, and the CRRC [Carmacks Renewable Resource Council] needs to consult with them. A [Little Salmon/Carmacks First Nation] Game Guardian could also assist in evaluating the area for designation and providing management guidelines. [pp. 32-33]

[161] Two concerns can therefore be identified: the protection of fish and wildlife and the designation of areas. As I will explain below, the protection of fish and wildlife could be, and in fact

décisions ou des textes réglementaires devant être pris en vertu de la loi. Comme l’indique son titre, ce plan ne fait donc que consigner une entente administrative sur la façon dont les partenaires prévoient exercer leurs pouvoirs juridiques.

[160] Le passage pertinent du plan de gestion auquel renvoient les intimés est le suivant :

**[TRADUCTION] Préoccupation : Il faut protéger le fleuve Yukon, de Tatchun Creek jusqu’à Minto, puisqu’il s’agit d’un habitat important pour le saumon, les orignaux et d’autres animaux sauvages.**

Cette partie du fleuve Yukon contient un certain nombre de faux chenaux et d’îles, et elle est considérée comme un habitat important pour les orignaux pendant le vêlage, l’été et l’hiver. On y voyait couramment des orignaux dans les années 1960, alors qu’on en observe plus rarement au cours des dernières années. Le faux chenal Dog Salmon (« *Dog Salmon Slough* ») était un endroit particulièrement reconnu comme un habitat important. Les ours pêchent à cet endroit. C’est peut-être en raison de l’accroissement de la circulation maritime pendant l’été que les orignaux se tiennent loin des corridors fluviaux. Il faut, dans le cadre du processus d’examen des demandes d’aliénation de terres dans cette région, tenir compte de l’importance de ces habitats pour le poisson et les animaux sauvages.

**Solution : Conserver l’habitat important pour les orignaux et le saumon le long du fleuve Yukon, de Tatchun Creek jusqu’à Minto.**

Demander la désignation de la région entre Tatchun Creek et Minto, le long du fleuve Yukon, comme région de protection de l’habitat sous le régime de la *Loi sur la faune*.

La communauté et les gouvernements doivent se concerter pour décider quels types d’activités devraient être menées dans cet habitat faunique important. Il s’agit d’un territoire qui chevauche celui de la Première Nation de Selkirk, et le CRRC [Conseil des ressources renouvelables de Carmacks] doit consulter cette première nation. Un garde-faune [de la Première nation de Little Salmon/Carmacks] pourrait aussi aider à l’évaluation de la région devant être désignée et fournir des lignes directrices en matière de gestion. [p. 32-33]

[161] Deux préoccupations ressortent donc : la protection du poisson et des animaux sauvages et la désignation des sites. Comme je l’expliquerai plus loin, le processus menant à la cession de terre

was, taken into consideration in the process leading to the transfer of land. As for the designation of a protected area, which could have prevented any transfer of the land in question in Mr. Paulsen's application from occurring, it was a complex process. Such a designation would have required that three steps be completed successfully: (1) the Little Salmon/Carmacks First Nation would have to recommend the designation after consulting the Selkirk First Nation and the renewable resources council, in accordance with the relevant provisions of the management plan; (2) the Commissioner in Executive Council would have to designate the area by making a regulation under s. 187 of the *Wildlife Act*, the effect of which would simply be to make it possible to withdraw the lands in question from disposition; and (3) the Commissioner in Executive Council would have to actually withdraw the lands from disposition by making an order under s. 7(1)(a) of the Yukon *Lands Act*, R.S.Y. 2002, c. 132, which would be done if the Commissioner in Executive Council considered it advisable to do so in the public interest. These steps had not yet been taken, and in the meantime no provisional suspension of the processing of applications for land in the area in question had been agreed upon, despite the fact that such a suspension had been suggested in September 2004, a few weeks before the decision on Mr. Paulsen's application, at a meeting concerning an agricultural policy review that was attended by representatives from the First Nation and the Agriculture Branch.

[162] In sum, the provisions of Chapter 16 on fish and wildlife management establish a framework under which the First Nations are generally invited to participate in fish and wildlife management at the pre-decision stage. In particular, the invitation they receive to propose fish and wildlife management plans can be regarded as consultation.

### (3) Trapline

[163] The respondents submit that the land transfer in issue will reduce the value of the trapline

pouvait prendre en considération la protection du poisson et des animaux sauvages et, de fait, il le faisait. Pour ce qui est d'une désignation d'aire protégée, ce qui aurait pu éventuellement conduire à soustraire à toute cession la terre visée par la demande de M. Paulsen, il s'agissait d'un processus complexe. Une telle désignation aurait requis que trois étapes soient franchies avec succès : (1) une recommandation de désignation formulée par la Première nation de Little Salmon/Carmacks après consultation avec la Première nation de Selkirk et le conseil des ressources renouvelables conformément aux dispositions pertinentes du plan de gestion; (2) une désignation effectuée par le commissaire en conseil exécutif au moyen d'un règlement pris en vertu de l'art. 187 de la *Loi sur la faune*, désignation qui a tout simplement pour effet d'ouvrir la possibilité de soustraire les terres à la cession; (3) la soustraction comme telle des terres à la cession par décret du commissaire en conseil exécutif pris en vertu de l'al. 7(1)a de la loi du Yukon intitulée *Loi sur les terres*, L.R.Y. 2002, ch. 132, une telle mesure étant prise dans les cas où ce dernier l'estime conforme à l'intérêt public. De telles étapes restaient à franchir et, dans l'intervalle, aucune suspension provisoire du traitement des demandes portant sur des terres de la région visée n'avait été convenue, malgré une suggestion à cet effet formulée lors d'une rencontre qui avait eu lieu en septembre 2004, soit quelques semaines avant la décision sur la demande de M. Paulsen, et qui portait sur la révision de la politique agricole et réunissait des représentants de la première nation et de la Direction de l'agriculture.

[162] En somme, les dispositions du chapitre 16 qui concernent la gestion des ressources halieutiques et fauniques instaurent un régime par lequel les premières nations sont généralement invitées à participer à la gestion des ressources halieutiques et fauniques sur une base prédécisionnelle. Notamment, l'invitation qui leur est faite de proposer des plans de gestion des ressources halieutiques et fauniques peut être considérée comme une consultation.

### (3) Ligne de piégeage

[163] Les intimés soutiennent que la cession de terre en cause diminuera la valeur de la ligne de

held by Johnny Sam under the *Wildlife Act*, to which Division 16.11.0 of the Final Agreement on trapline management and use applies. In addition to the principles on the allocation of possible quotas between the First Nations and other harvesters, Chapter 16 of the Yukon final agreements includes specific rules for the trapping of furbearers. Division 16.11.0 incorporates, with necessary changes, the framework for granting individual traplines, or “concessions”, established in the *Wildlife Act*. The changes made to that general framework in the final agreements relate primarily to the allocation of traplines in the First Nations’ traditional territory.

[164] Section 16.11.2 of the final agreements concluded with the Yukon First Nations under the Umbrella Agreement reads as follows:

In establishing local criteria for the management and Use of Furbearers in accordance with 16.6.10.6 [which delegates the authority to adopt bylaws under the *Wildlife Act*] and 16.6.10.7 [which grants the authority to make recommendations to the Minister and the First Nation], the Councils shall provide for:

- 16.11.2.1 the maintenance and enhancement of the Yukon’s wild fur industry and the Conservation of the fur resource; and
- 16.11.2.2 the maintenance of the integrity of the management system based upon individual trapline identity, including individual traplines within group trapping areas.

[165] The Final Agreement contains a specific provision concerning the allocation of traplines between Aboriginal and non-Aboriginal people in the traditional territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation, namely s. 16.11.4.1, which provides that “[t]he overall allocation of traplines which have more than 50 percent of their area in that portion of the Traditional Territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation which is

piégeage dont est titulaire Johnny Sam en vertu de la *Loi sur la faune* et à laquelle se rapporte la section 16.11.0 de l’Entente définitive relative à la gestion et à l’utilisation des lignes de piégeage. Au-delà des principes relatifs à la répartition d’éventuels contingents entre les premières nations et les autres exploitants, le chapitre 16 des ententes définitives du Yukon assujettit le piégeage d’animaux à fourrure à des règles particulières. En fait, la section 16.11.0 renvoie avec les adaptations nécessaires au régime d’octroi de lignes, ou « concessions » de piégeage individuelles que prévoit la *Loi sur la faune*. Les modifications qu’apportent les ententes définitives à ce régime d’application générale concernent pour l’essentiel la répartition des lignes de piégeage au sein du territoire traditionnel des premières nations concernées.

[164] En effet, l’art. 16.11.2 des diverses ententes définitives conclues aux termes de l’Accord-cadre avec les premières nations du Yukon stipule que :

Dans l’établissement, conformément aux articles 16.6.10.6 [portant délégation d’un pouvoir réglementaire en vertu de la *Loi sur la faune*] et 16.6.10.7 [attribuant un pouvoir de recommandation auprès du ministre et de la première nation], des critères locaux en matière de gestion et d’utilisation des animaux à fourrure, les conseils doivent viser les objectifs suivants :

- 16.11.2.1 le maintien et la mise en valeur de l’industrie de la fourrure d’animaux sauvages au Yukon et la conservation de cette ressource;
- 16.11.2.2 le maintien de l’intégrité du système de gestion fondé sur l’identification des lignes de piégeage individuelles, y compris des lignes de piégeage individuelles situées dans des secteurs de piégeage collectif.

[165] L’Entente définitive contient une disposition spécifique relative à la répartition des lignes de piégeage entre Autochtones et allochtones sur le territoire traditionnel de la Première nation de Little Salmon/Carmacks. Il s’agit de l’art. 16.11.4.1, qui précise que « [l]e nombre total de lignes de piégeage qui sont situées dans une proportion de plus de 50 % dans la partie du territoire traditionnel de la première nation de Little Salmon/Carmacks

not overlapped by another Yukon First Nation's Traditional Territory is 11 traplines held by Yukon Indian People and three traplines held by other Yukon residents." This allocation does not apply to Johnny Sam's trapline, since it is located entirely within the portion of the traditional territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation that overlaps the traditional territory of the Selkirk First Nation.

[166] Furthermore, as I mentioned above, the Final Agreement establishes two categories of traplines. After being granted to an individual, a trapline located in the traditional territory of a First Nation may, with the written consent of its registered holder, be designated a Category 1 trapline (s. 16.11.8). Otherwise, it will be a Category 2 trapline. Such a designation gives the First Nation the authority — particularly if the trapline is vacant or underused — to reallocate it (ss. 16.5.1.2 and 16.11.10.6), or to align it, realign it or group it with another line "where such alignments, realignments or groupings do not affect Category 2 Traplines" (s. 16.5.1.3). Authority over Category 2 lines rests not with the First Nation, but with the Minister (ss. 16.3.1 and 16.11.10.7 and Division 16.8.0). In their decisions, the courts below indicated that Johnny Sam's trapline is a Category 2 trapline.

[167] Section 16.11.13 establishes the right of "Yukon Indian People holding traplines whose Furbearer Harvesting opportunities will be diminished due to other resource development activities [to] be compensated". This right is broader than the right to compensation the holder of a trapline has under s. 82 of the *Wildlife Act*, which is limited to situations in which a concession is revoked or the re-issuance of a concession is refused for purposes related to the conservation of wildlife or to protection of the public interest, but without giving two years' notice. Regarding the consequences the transfer of land to one person might have on another person's right to trap, I would point out that the *Wildlife Act* (s. 13(1)) provides that "[a] person

qui ne coïncide pas avec le territoire traditionnel d'une autre première nation est de onze lignes de piégeage détenues par les Indiens du Yukon et de trois lignes de piégeage détenues par d'autres résidents du Yukon. » La ligne de piégeage dont est titulaire Johnny Sam n'est pas visée par cette répartition, dans la mesure où elle se situe entièrement dans cette portion du territoire traditionnel de la Première nation de Little Salmon/Carmacks qui chevauche celui de la Première nation de Selkirk.

[166] En outre, tel qu'il est mentionné ci-dessus, l'Entente définitive établit deux catégories de lignes de piégeage. Une fois octroyée à un individu, une ligne de piégeage se situant dans le territoire traditionnel d'une première nation peut, avec le consentement écrit de son détenteur inscrit, être désignée ligne de piégeage de catégorie 1 (art. 16.11.8). À défaut, la ligne sera donc de catégorie 2. Une telle désignation a pour effet de conférer compétence à la première nation en ce qui concerne — notamment en cas de vacance ou de sous-utilisation — sa réattribution (art. 16.5.1.2 et 16.11.10.6) ou encore son tracé ou son groupage avec une autre ligne « si ces mesures n'ont aucune incidence sur les lignes de piégeage de catégorie 2 » (art. 16.5.1.3). Les lignes de catégorie 2 relèvent quant à elles non pas de la première nation mais du ministre (art. 16.3.1 et 16.11.10.7 et section 16.8.0). Les décisions des juridictions inférieures indiquent que la ligne de piégeage détenue par Johnny Sam appartient à la catégorie 2.

[167] L'article 16.11.13 établit le droit des « Indiens du Yukon qui détiennent des lignes de piégeage et dont les possibilités de récolte d'animaux à fourrure diminueront en raison d'autres activités de mise en valeur des ressources [d']être indemnisés ». Ce droit va au-delà de ce que prévoit l'art. 82 de la *Loi sur la faune* en faveur du titulaire d'une ligne de piégeage, c'est-à-dire le droit d'être indemnisé pour seule cause de révocation ou refus de renouvellement, aux fins de protection de la faune ou de l'intérêt public, sans préavis d'au moins deux ans. Relativement aux conséquences que peut avoir la cession d'une terre à une personne sur le droit de trapper d'une autre, je signale que la *Loi sur la faune* (par. 13(1)) précise qu'« [i]l est interdit de chasser ou

shall not hunt or trap wildlife within one kilometre of a building which is a residence, whether or not the occupants are present in the building at the time, unless the person has the permission of the occupants to do so.”

[168] Having discussed the granting of rights and establishment of duties in Chapter 16 of the Final Agreement, on which the respondents are relying, I must now ask whether this chapter establishes a specific procedure to be followed by the Yukon government to consult the signatory First Nation before exercising its right to transfer Crown land under the (Yukon) territory’s jurisdiction. The answer is no. The consultation provided for in ss. 16.3.3.2, 16.5.4 and 16.7.16 relates to the management of fish and wildlife, not to the impact an action might have in relation to fish and wildlife. However, ss. 16.5.3, 16.6.11 and 16.7.13 provide that the First Nation, the renewable resources council and the Fish and Wildlife Management Board, respectively, have standing as interested parties to participate in the public proceedings of any agency, board or commission on matters that affect the management and conservation of fish and wildlife and their habitats in the particular traditional territory. But the terms “agency”, “board” or “commission” refer, in particular, to the bodies in question in Chapter 12 of the Final Agreement, which establishes a procedure for consulting the First Nations signatories by ensuring their participation in the environmental and socio-economic assessment of development activities such as the one that resulted from the approval of Mr. Paulsen’s application.

[169] I would nevertheless like to point out that Johnny Sam had rights as the holder of the trapline. He had the same rights as anyone else where procedural fairness is concerned. He also had the right to be compensated in accordance with s. 16.11.13. But the respondents are neither arguing that there has been a breach of procedural fairness nor asserting their right to compensation. What they are seeking

de piéger une espèce faunique dans un rayon d’un kilomètre d’une maison d’habitation, que les occupants soient présents ou non à ce moment, à moins d’avoir la permission de ces derniers. »

[168] Après avoir exposé la répartition de droits et d’obligations effectuée au chapitre 16 de l’Entente définitive invoqué par les intimés, il faut maintenant se demander si ce chapitre instaure une procédure particulière de consultation de la première nation signataire par le gouvernement du Yukon, préalablement à l’exercice par ce dernier de son droit de céder des terres de la Couronne relevant du Territoire (du Yukon). La réponse est négative. En effet, la consultation prévue aux art. 16.3.3.2, 16.5.4 et 16.7.16 se rapporte à la gestion des ressources halieutiques et fauniques et non pas aux répercussions qu’une mesure est susceptible d’entraîner en ce domaine. En revanche, les art. 16.5.3, 16.6.11 et 16.7.13 disposent que la première nation, le conseil des ressources renouvelables et la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques, respectivement, ont qualité, en tant que partie intéressée, pour participer aux audiences publiques d’une agence, d’un office ou d’une commission relativement à des questions ayant une incidence sur la gestion et la conservation des ressources halieutiques et fauniques et de leurs habitats dans le territoire traditionnel concerné. Or, cette « agence », cet « office » ou cette « commission », ce seront notamment les organes dont il est question au chapitre 12 de l’Entente définitive, lequel prévoit une procédure de consultation des premières nations signataires concernées en garantissant leur participation à l’évaluation environnementale et socioéconomique des activités de développement, comme l’est l’activité qui résulte de l’approbation de la demande de M. Paulsen.

[169] Je tiens tout de même à signaler que la ligne de piégeage conférait des droits à Johnny Sam. Ce dernier bénéficiait en effet des droits que possède tout administré en matière d’équité procédurale. Il avait aussi le droit d’être indemnisé conformément aux dispositions de l’art. 16.11.13. Or, les intimés n’invoquent ni un manquement à l’équité procédurale ni leur droit à une

is to have the decision on Mr. Paulsen's application quashed on the ground that the Crown had a common law duty to consult them (R.F. on cross-appeal, at para. 86). It is my view, therefore, that a review of the rights granted in the Final Agreement with respect to consultation prior to a decision such as the one in issue in this case is indispensable.

### *C. Formal Rights and Duties in Issue*

[170] The appellants argue that Chapter 12 is not applicable on the ground that it had not yet been implemented at the relevant time. According to the respondents, the process provided for in Chapter 12 would have been applicable had it been implemented, but it is only one form of consultation among all those that would be applicable — in their view, the common law duty is not excluded. Binnie J. also proposes that the common law duty to consult should apply where the Crown exercises a right granted to it in the treaty, even if the treaty provides for consultation in relation to that right. I disagree with him on this point. As I mentioned above, respect for the autonomy of the parties implies that effect must be given to the provisions they have agreed on in finalizing the relationship between them on a given matter. I cannot therefore agree with disregarding provisions adopted by the parties with respect to the transitional law.

[171] The Umbrella Agreement and the Final Agreement in issue here state that the settlement legislation must provide that a settlement agreement is binding on third parties (s. 2.4.2.3), and the *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act* provides that “[a final agreement or transboundary agreement that is in effect] is binding on all persons and bodies that are not parties to it” (s. 6(2)). Both these agreements are binding not only on the parties, but also on third parties. Therefore, in my opinion, it is necessary for this Court to review the provisions of Chapter 12.

indemnité. Ce qu'ils réclament c'est la cassation de la décision sur la demande de M. Paulsen, au motif que la Couronne avait, selon la jurisprudence pertinente, l'obligation de les consulter (m.i. en appel incident, par. 86). Il est donc déterminant, à mon avis, d'examiner les droits que confère l'Entente définitive en matière de consultation lors d'une décision comme celle en cause en l'espèce.

### *C. Droits et obligations formels en cause*

[170] Les appelants écartent l'application du chapitre 12, au motif qu'il n'aurait pas été mis en œuvre au moment des faits pertinents. Par ailleurs, du point de vue des intimés, le processus prévu par le chapitre 12 se serait appliqué s'il avait été mis en vigueur mais ne représente qu'une forme de consultation parmi toutes celles qui seraient applicables — l'obligation jurisprudentielle de consultation ne serait pas exclue. Le juge Binnie, quant à lui, propose aussi le maintien de l'obligation jurisprudentielle de consultation lors de l'exercice par la Couronne d'un droit prévu par le traité et ce, même en présence de dispositions relatives à la consultation relativement à ce droit. Je ne suis pas d'accord avec lui sur ce point. Comme je l'ai mentionné plus tôt, il en va du respect de l'autonomie des parties de respecter les stipulations dont elles ont convenu pour sceller leurs relations sur une matière donnée. Pour cette raison je ne peux accepter qu'on fasse fi des stipulations des parties concernant le droit transitoire.

[171] L'Accord-cadre et l'Entente définitive ici en cause prévoient que la loi de mise en œuvre devra indiquer que l'entente portant règlement lie les tiers (art. 2.4.2.3), et la *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon* précise qu'« [i]l est entendu [que tout accord — définitif ou transfrontalier — en vigueur] a force obligatoire pour toute personne et tout organisme qui n'y sont pas parties » (par. 6(2)). Cet accord et cette entente lient non seulement les parties, mais aussi les tiers. Par conséquent, je suis d'avis que notre Cour ne saurait écarter l'examen des dispositions du chapitre 12.



[172] Chapter 12 of the Umbrella Agreement, which can also be found in the final agreements, did not simply lay the foundations for an environmental and socio-economic assessment process that was to be implemented by means of a statute other than the general implementing legislation for those agreements — which was done by enacting the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7 (“YESAA”) — it also contains transitional law provisions regarding the duties of the parties to the Umbrella Agreement and the final agreements that would apply even before the enactment of that statute implementing the process in question.

[173] In reality, the Yukon final agreements provided that they would be implemented and would come into effect by way of legislation or of an order-in-council, as the case may be, and that their coming into effect was a condition precedent to their validity (ss. 2.2.11 and 2.2.12). This could be understood to mean that, since Chapter 12 required the enactment of specific implementing legislation, it constituted an exception to the general implementation of a final agreement and created no legal rights or duties until that legislation was enacted. But that is not what the Final Agreement says.

[174] In Division 12.2.0 of the Final Agreement, the expression “Development Assessment Legislation” is defined as “Legislation enacted to implement the development assessment process set out in this chapter” (emphasis added). This definition therefore does not concern special implementing legislation for Chapter 12 as a whole, but legislation to implement the *process* provided for in that chapter. This is confirmed by s. 12.3.1, which provides that “Government shall implement a development assessment process consistent with this chapter by Legislation”. Logically, therefore, when a final agreement concluded under the Umbrella Agreement with the Yukon First Nations comes into effect, the result, even if the assessment process has not yet been implemented, is to give effect to several provisions of Chapter 12 that are common to all the final agreements, including

[172] Le chapitre 12 de l’Accord-cadre, qu’on retrouve aussi dans les ententes définitives, n’a pas fait que jeter les bases d’un processus d’évaluation environnementale et socioéconomique qui devait être mis en œuvre au moyen d’une loi distincte de la loi de mise en œuvre générale de ces ententes — ce qui fut fait par la *Loi sur l’évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7 (« *LÉESY* ») — mais il contient également des dispositions de droit provisoires relatives aux obligations des parties à l’Accord-cadre et aux ententes définitives qui s’appliquent même avant la promulgation de cette loi de mise en œuvre du processus qu’il envisage.

[173] En réalité, les ententes définitives du Yukon prévoient que leur mise en œuvre et mise en vigueur se font par loi ou par décret, selon le cas, et que leur mise en vigueur constitue une condition de leur validité (art. 2.2.11 et 2.2.12). On pourrait donc être amené à croire que, dans la mesure où il requiert la promulgation d’une loi de mise en œuvre spécifique, le chapitre 12 constitue une exception à la mise en vigueur générale d’une entente définitive, de telle sorte que, tant que n’a pas été promulguée cette loi, le chapitre 12 n’est porteur d’aucun droit ou obligation juridique. Or, ce n’est pas ce qui ressort du texte de l’Entente définitive.

[174] Aux termes de la section 12.2.0 de l’instrument qui nous occupe, l’expression « [loi] sur l’évaluation des activités de développement » s’entend de la « mesure législative édictée pour assurer la mise en œuvre du processus d’évaluation des activités de développement défini dans le présent chapitre » (je souligne). Cette définition ne renvoie donc pas à une loi de mise en œuvre particulière du chapitre 12 dans son ensemble, mais à la mise en œuvre du *processus* prévu à ce chapitre. Cette conclusion est confirmée par l’art. 12.3.1, qui prévoit que « [l]e gouvernement assure, au moyen d’une mesure législative, la mise en œuvre d’un processus d’évaluation des activités de développement conforme aux dispositions du présent chapitre ». Par conséquent, en toute logique, même si le processus d’évaluation n’a pas encore été mis en œuvre, l’entrée en vigueur d’une entente définitive conclue aux termes

those that establish the applicable transitional law.

[175] Section 12.19.5 provides that “[n]othing in [Chapter 12] shall be construed to affect any existing development assessment process in the Yukon prior to the Development Assessment Legislation coming into effect.” This provision sets out the transitional law that would apply until the *YESAA* came into force, establishing that until then, existing statutes and regulations with respect to development assessment would constitute the minimum to which Yukon First Nations were entitled, which meant that those statutes and regulations could not be amended so as to reduce the level of protection enjoyed by the First Nations. Chapter 12 does not require that any amendments be made to that existing law in the meantime.

[176] In addition, s. 12.3.4 provides that “Government shall recommend to Parliament or the Legislative Assembly, as the case may be, the Development Assessment Legislation consistent with this chapter as soon as practicable and in any event no later than two years after the effective date of Settlement Legislation.” The “settlement legislation” referred to here is clearly not the implementing legislation for the process contemplated in Chapter 12, but the “settlement legislation” provided for in Division 2.4.0 — the legislation to implement the particular final agreement. Both the territorial settlement legislation and the corresponding federal legislation came into force in 1995. As for the specific process contemplated in Chapter 12, it was ultimately implemented by Parliament by means of the *YESAA*.

[177] The transitional law, that is, the law that applied before the *YESAA* came into force, included, in addition to s. 12.19.5, which was discussed above, s. 12.3.6 of the Final Agreement, which read as follows:

de l’Accord-cadre avec les premières nations du Yukon donne effet à plusieurs dispositions de ce chapitre 12 que toutes les ententes définitives ont en commun, notamment ses dispositions établissant le droit provisoire applicable.

[175] L’article 12.19.5 dispose que le chapitre 12 « n’a pas pour effet de porter atteinte à tout processus existant d’évaluation des activités de développement au Yukon avant l’entrée en vigueur de la [loi] sur l’évaluation des activités de développement. » Cette disposition établit le droit provisoire applicable avant l’entrée en vigueur de la *LÉESY* et signifie que, avant son entrée en vigueur, les lois et règlements existants en la matière établissent le minimum auquel ont droit les premières nations du Yukon, de sorte que ces textes ne sauraient être modifiés d’une manière qui réduirait le niveau de protection reconnu à ces dernières. Par ailleurs, durant ce même intervalle aucune modification de ce même droit existant n’est exigée par le chapitre 12.

[176] En outre, l’art. 12.3.4 prévoit que « [l]e gouvernement recommande au Parlement ou à l’Assemblée législative, selon le cas, l’édiction d’une mesure législative sur l’évaluation des activités de développement qui soit compatible avec les dispositions du présent chapitre et ce, dès que possible ou au plus tard deux ans après la date d’entrée en vigueur de la loi de mise en œuvre. » Cette toute dernière loi de mise en œuvre n’est de toute évidence pas la loi de mise en œuvre du processus envisagé au chapitre 12, mais bien la loi de mise en œuvre dont il est question à la section 2.4.0 — la loi de mise en œuvre de l’entente définitive concernée. Tant la loi territoriale de mise en œuvre des premières ententes définitives que la loi fédérale correspondante sont entrées en vigueur en 1995. Quant à la mise en œuvre spécifique du processus prévu au chapitre 12, c’est finalement le Parlement qui y a procédé avec la *LÉESY*.

[177] Relativement au droit provisoire, c’est-à-dire au droit qui était applicable avant l’entrée en vigueur de la *LÉESY*, outre l’art. 12.19.5 vu plus haut, l’art. 12.3.6 de l’Entente définitive prévoyait ceci :

Prior to the enactment of Development Assessment Legislation, the parties to the Umbrella Final Agreement shall make best efforts to develop and incorporate in the implementation plan provided for in 12.19.1, interim measures for assessing a Project which shall be consistent with the spirit of this chapter and within the existing framework of Law and regulatory agencies. [Emphasis added.]

No implementation plan of the type provided for in s. 12.19.1 was produced in this case. Moreover, s. 12.19.4 provided that Chapter 12 was not to “be construed to prevent Government, in Consultation with Yukon First Nations, from acting to improve or enhance socio-economic or environmental procedures in the Yukon in the absence of any approved detailed design of the development assessment process”. No evidence of any such action was adduced in the case at bar. By virtue of s. 12.19.5, therefore, the applicable interim framework corresponded to the “existing development assessment process in the Yukon prior to the Development Assessment Legislation coming into effect”.

[178] However, it should be mentioned that the interim framework, which was intended to apply for only a relatively short period, was ultimately in effect longer than planned. This is because the bill that became the implementing legislation for the process contemplated in Chapter 12 was not introduced until October 3, 2002, that is, over five and a half years after the February 14, 1997 deadline provided for in s. 12.3.4 of the Final Agreement. In fact, that deadline had already passed when the Final Agreement was signed in 1997. Since it is clear from the provisions of Chapter 12 that before the YESAA came into force, the parties to the Umbrella Agreement were required to make best efforts to ensure that the Yukon First Nations received the benefit of the spirit of that chapter as soon as was practicable, it is important to begin — not in order to apply the *letter* of the YESAA, but in order to clearly understand the *spirit* of Chapter 12, of which certain other provisions that were applicable expressly stated that, in the interim, best efforts were to be made to honour that spirit — by

Avant l'édiction de la législation sur l'évaluation des activités de développement, les parties à l'Accord-cadre définitif s'efforcent d'élaborer et d'incorporer au plan de mise en œuvre prévu à l'article 12.19.1 des mesures provisoires d'évaluation des projets qui soient conformes à l'esprit du présent chapitre et respectent les limites existantes établies par les règles de droit applicables et les organismes réglementaires. [Je souligne.]

Aucun plan de mise en œuvre de la nature de celui visé à l'art. 12.19.1 n'a été produit en l'espèce. Du reste, l'art. 12.19.4 précisait que le chapitre 12 n'avait « pas pour effet d'empêcher le gouvernement, en consultation avec les premières nations du Yukon, de prendre des mesures afin d'améliorer les procédures existantes en matière socio-économique ou environnementale au Yukon, en l'absence d'un plan détaillé approuvé [*« approved detailed design »*] du processus d'évaluation des activités de développement ». Aucune preuve n'a été déposée en l'espèce à l'égard d'une telle mesure. Par conséquent, conformément à l'art. 12.19.5, le régime provisoire applicable correspondait au « processus existant d'évaluation des activités de développement au Yukon avant l'entrée en vigueur de la [loi] sur l'évaluation des activités de développement ».

[178] Il convient cependant de noter que le régime provisoire, qui ne devait s'appliquer que pendant une période relativement courte, s'est prolongé plus longtemps que prévu. En effet, je dois souligner que le projet qui est à l'origine de la loi de mise en œuvre du processus envisagé au chapitre 12 n'a été déposé que le 3 octobre 2002, soit plus de cinq ans et demi après l'échéance du 14 février 1997 prévue à l'art. 12.3.4 de l'Entente définitive. En fait, lorsque cette entente a été signée en 1997, cette échéance était déjà dépassée. Comme il ressort de l'économie des dispositions du chapitre 12 que, avant l'entrée en vigueur de la LÉESY, les parties à l'Accord-cadre devaient s'efforcer de faire en sorte que les premières nations du Yukon bénéficient de l'esprit de ce chapitre dans les meilleurs délais, il importe, dans un premier temps, de vérifier ce à quoi aurait eu droit la Première nation de Little Salmon/Carmacks en vertu de la LÉESY si le processus que celle-ci met en œuvre s'était appliqué à la demande de M. Paulsen, et ce, dans le but, non pas de rendre applicable la *lettre* de la LÉESY, mais

determining what the Little Salmon/Carmacks First Nation would have been entitled to under the *YESAA* if the process implemented in that Act had applied to Mr. Paulsen's application.

(1) Permanent Process: *YESAA*

[179] One objective of Chapter 12 of the final agreements concluded with the Yukon First Nations is to ensure the implementation of a development assessment process that "provides for guaranteed participation by Yukon Indian People and utilizes the knowledge and experience of Yukon Indian People in the development assessment process" (s. 12.1.1.2). This framework was designed to incorporate both the participation of the First Nations and a certain degree, if not of decentralization, at least of administrative deconcentration. These objectives are achieved through the membership of the bodies established in Chapter 12 of the final agreements and the *YESAA*, and through the oversight by those bodies of development activities planned for the territory in question. This integrated mechanism was intended, with some exceptions, to become Yukon's default assessment procedure. The relationship between the process established in Chapter 12 and the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, is made clear in s. 63 of the *YESAA*. In addition to the principle of a *single* assessment, Chapter 12 (ss. 12.14.1.2 and 12.14.3.2) and its implementing legislation (ss. 82(1), 83(1) and 84(1)) confirm the principle of *prior* assessment (prior to the authorization of any project).

[180] The process for which Chapter 12 lays the foundations involves two main organs: the Yukon Development Assessment Board and all the "designated offices" at the local level. The *YESAA* also refers to them as the "Board" and the "designated offices". The membership of the Board is established in s. 8 of the *YESAA*. The basis for its membership is equal representation. The Board's Executive Committee consists of one member nominated by the Council for Yukon Indians, one member nominated by the government and a chairperson appointed by the Minister after consultation with the first two members. The Minister then appoints additional members such that, excluding

de bien saisir l'*esprit* du chapitre 12, dont certaines autres dispositions qui étaient quant à elles applicables prévoyaient expressément qu'on devait provisoirement s'efforcer d'y faire honneur.

(1) Processus permanent : *LÉESY*

[179] Le chapitre 12 des ententes définitives conclues avec les premières nations du Yukon a notamment pour objectif d'assurer la mise en place d'un processus d'évaluation des activités de développement « garantissant la participation des Indiens du Yukon au processus d'évaluation des activités de développement et faisant appel à leurs connaissances et à leur expérience » (art. 12.1.1.2). Ce régime devait intégrer à la fois la participation des premières nations et un certain niveau, sinon de décentralisation, du moins de déconcentration administrative. Ces objectifs sont assurés par la composition des organes établis par le chapitre 12 des ententes définitives et la *LÉESY*, ainsi que par le droit de regard de ces organes sur les activités de développement prévues sur le territoire touché. Ce dispositif intégré était appelé, sous réserve d'exceptions, à devenir la procédure d'évaluation par défaut au Yukon. La relation entre le processus établi au chapitre 12 et la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, est précisée à l'art. 63 de la *LÉESY*. Outre le principe de l'évaluation *unique*, le chapitre 12 (art. 12.14.1.2 et 12.14.3.2) et sa loi de mise en œuvre (par. 82(1), 83(1) et 84(1)) reprennent celui de l'évaluation *préalable* (à toute autorisation d'un projet donné).

[180] Le processus dont le chapitre 12 jette les fondations est constitué de deux organes principaux : la Commission d'évaluation des activités de développement du Yukon et l'ensemble des « organismes désignés » au niveau local. Dans la *LÉESY*, la Commission devient un « Office » et les organismes des « bureaux ». La composition de l'Office est prévue à l'art. 8 de la *LÉESY*. L'Office se veut paritaire. Son comité de direction — appelé « comité exécutif » dans les ententes définitives — est composé d'un membre proposé par le Conseil des Indiens du Yukon, d'un membre proposé par le gouvernement et d'un président nommé par le ministre après consultation des deux premiers. Le

the chairperson, half the members are nominees of the Council for Yukon Indians and the other half are nominees of the government. As for the designated offices, they are, pursuant to the *YESAA*, outposts of the Board. Their staff “shall be composed of employees of the Board assigned to that office by the Board” (s. 23(1)).

[181] Chapter 12 establishes two broad categories of assessments — mandatory assessments and optional assessments — which are conducted upon request by the government or by a First Nation, but when the request is made by a First Nation, the government’s consent is required, with some exceptions that are subject to specific conditions (ss. 12.8.1.4, 12.8.1.5, 12.8.1.8, 12.8.1.9 and 12.8.1.10 of the Final Agreement, and s. 60 of the *YESAA*). The Board is responsible for optional assessments. It is possible to simply except a project from assessment (s. 47(2) *YESAA*). As for mandatory assessments, they are the responsibility of the designated office for the assessment district in which the project is to be undertaken, or of the Board if the assessment district office refers the assessment to it (s. 50(1) *YESAA*) or if such projects have been classified by way of regulations as requiring submission to the Board (s. 122(c) *YESAA*). In short, if a project (1) is not excepted from assessment, (2) is not the subject of an accepted optional assessment, or (3) is not one that is required by regulations to be assessed by the Board or that has been referred to the Board by the office for the project’s assessment district, it will be assessed by the assessment district office.

[182] If the environmental and socio-economic assessment process provided for in Chapter 12 — and in fact in the *YESAA*, which implements the process — had applied at the time of the events in this case, Mr. Paulsen’s application would have had to be assessed by the designated office for the Mayo assessment district, which was established along with five others (for a total of six) by order of the Minister under s. 20(1) of the *YESAA*. Projects like the one in question in Mr. Paulsen’s application were neither excepted by regulations nor required to be assessed by the Board. Section 2 of the

ministre y nomme ensuite des membres supplémentaires de façon à ce que, exclusion faite du président, la moitié des membres soient des personnes dont la nomination a été proposée par le Conseil des Indiens du Yukon et l’autre moitié par le gouvernement. Quant aux bureaux désignés, en vertu de la *LÉESY*, ils sont des antennes de l’Office. Leur personnel « est formé des personnes que l’Office y affecte parmi son propre personnel » (par. 23(1)).

[181] Le chapitre 12 établit deux grandes catégories d’évaluation : les évaluations obligatoires et les évaluations facultatives, lesquelles sont effectives sur demande du gouvernement ou d’une première nation, mais dans ce dernier cas, sauf exceptions et conditions prévues, avec l’assentiment du gouvernement (art. 12.8.1.4, 12.8.1.5, 12.8.1.8, 12.8.1.9 et 12.8.1.10 de l’Entente définitive et art. 60 de la *LÉESY*). Les évaluations facultatives relèvent de l’Office. Un projet peut aussi être simplement exclu de l’évaluation (par. 47(2) *LÉESY*). Les évaluations obligatoires relèvent quant à elles soit du bureau désigné de la circonscription où le projet doit être réalisé, soit de l’Office si le bureau de circonscription le lui réfère (par. 50(1) *LÉESY*) ou si un tel projet a fait l’objet d’une telle classification par règlement (al. 122c) *LÉESY*). En somme, si un projet (1) n’est pas exclu de toute évaluation, (2) ne fait pas l’objet d’une évaluation facultative acceptée ou (3) n’est pas soumis par règlement à une évaluation par l’Office ou ne lui a pas été déféré par le bureau de la circonscription du projet, il fera l’objet d’une évaluation par ce dernier.

[182] Si le processus d’évaluation environnementale et socioéconomique prévu au chapitre 12, en fait, à la *LÉESY* qui le met en œuvre, s’était appliqué au moment des faits, alors la demande de M. Paulsen aurait dû obligatoirement être évaluée par le bureau désigné de la circonscription de Mayo, créée avec cinq autres (pour un total de six) par arrêté ministériel en vertu du par. 20(1) de la *LÉESY*. En effet, un projet comme celui faisant l’objet de la demande de M. Paulsen n’a pas été exclu par règlement, ni fait l’objet d’une précision pour évaluation par l’Office. L’article 2 du *Règlement sur les*

*Assessable Activities, Exceptions and Executive Committee Projects Regulations*, SOR/2005-379, refers to Schedule 1 to those regulations concerning “activities that may . . . be made subject to assessment” within the meaning of s. 47 of the *YESAA*. The following activity is listed as Item 27 of Part 13 — entitled “Miscellaneous” — of Schedule 1:

On land under the administration and control of the Commissioner of Yukon or on settlement land, the construction, establishment, modification, decommissioning or abandonment of a structure, facility or installation for the purpose of agriculture, commercial recreation, public recreation, tourist accommodation, telecommunications, trapping or guiding persons hunting members of a species prescribed as a species of big game animal by a regulation made under the *Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229.

[183] Finally, s. 5 of the *Assessable Activities, Exceptions and Executive Committee Projects Regulations* provides that “[p]rojects for which proposals are to be submitted to the executive committee under paragraph 50(1)(a) of the [*YESAA*] are specified in Schedule 3.” Since nothing in that schedule corresponds to Mr. Paulsen’s application, it must be concluded that the assessment would have been the responsibility of the Mayo designated office, although that office could have referred the project to the Board.

[184] Since Mr. Paulsen’s project falls into the category of projects for which an assessment by an assessment district office is mandatory, it is possible to give a precise answer to the question of what measures the respondents would have been entitled to had the letter of the process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement applied in the case of Mr. Paulsen’s application.

[185] It should first be observed that neither the Final Agreement nor the *YESAA* provides for direct participation by the First Nation in the assessment itself. It is only through the Council for Yukon Indians, or more precisely through those of the Board’s members assigned to the Mayo office who were appointed after being nominated by the Council, that the First Nation

*activités susceptibles d’évaluation, les exceptions et les projets de développement soumis au comité de direction*, DORS/2005-379, renvoie à l’annexe 1 de celui-ci concernant les « activités qui pourraient [. . .] être assujetties à l’évaluation » au sens de l’art. 47 de la *LÉESY*. Cette annexe, à l’art. 27 de sa partie 13, intitulée « Divers », fait état de l’activité suivante :

Sur une terre dont le commissaire du Yukon a la gestion et la maîtrise ou sur une terre désignée, construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou abandon d’une structure ou installation agricole, récréative commerciale ou publique, touristique, de télécommunication, de piégeage ou destinée aux guides de chasse au gros gibier d’une espèce prévue par règlement du Yukon pris en vertu de la *Loi sur la faune*, L.R.Y. 2002, ch. 229.

[183] Enfin, l’article 5 du *Règlement sur les activités susceptibles d’évaluation, les exceptions et les projets de développement soumis au comité de direction* indique que « [l]es projets de développement pour lesquels des propositions doivent être soumises au comité de direction en application du paragraphe 50(1) de la [*LÉESY*] sont précisés à l’annexe 3. » Or, comme rien dans cette annexe ne correspond à la demande de M. Paulsen, il faut donc en conclure que l’évaluation aurait ressorti au bureau désigné de Mayo, même si ce dernier aurait pu déférer le projet à l’Office.

[184] Comme le projet Paulsen appartient à la catégorie des projets impliquant une évaluation obligatoire par un bureau de circonscription, il est possible de répondre précisément à la question de savoir quelles sont les mesures auxquelles auraient eu droit les intimés si la lettre du processus prévu au chapitre 12 de l’Entente définitive s’était appliquée à la demande de M. Paulsen.

[185] Il faut d’abord constater que ni l’Entente définitive ni la *LÉESY* ne prévoient la participation directe de la première nation au travail d’évaluation comme tel. La première nation n’aurait *participé* à l’évaluation de la demande de M. Paulsen que par l’intermédiaire du Conseil des Indiens du Yukon, plus exactement par le truchement de ceux des membres détachés par l’Office au bureau de Mayo qui

would have *participated* in the assessment of Mr. Paulsen's application. Furthermore, no provisions regarding the proportion of Aboriginal assessors required for assessments by the designated offices can be found either in the final agreements or in the *YESAA*. All that we know in this respect is that the Final Agreement and the *YESAA* require equal representation in the Board's *overall* membership.

[186] Regarding the right of interested parties, not to actively take part in the assessment itself, but to be heard, the Final Agreement provides that “[i]n accordance with the Development Assessment Legislation, a Designated Office . . . shall ensure that interested parties have the opportunity to participate in the assessment process” (s. 12.6.1.3). Moreover, as I mentioned above, the organs — the First Nations, the renewable resources council and the Fish and Wildlife Management Board — that make up the co-management framework for fish and wildlife established in Chapter 16 of the Final Agreement have standing as interested parties to participate in public proceedings of any agency, board or commission on matters that affect the management and conservation of fish and wildlife and their habitats in the traditional territory in question (ss. 16.5.3, 16.6.11 and 16.7.13). Also, s. 55(1)(b) of the *YESAA* provides that “[w]here a proposal for a project is submitted to a designated office under paragraph 50(1)(b), the designated office shall . . . determine whether the project will be located, or might have significant environmental or socio-economic effects, in the territory of a first nation.” The word “territory” is defined as follows in s. 2(1) of the *YESAA*: “in relation to a first nation for which a final agreement is in effect, that first nation’s traditional territory and any of its settlement lands within Yukon that are not part of that traditional territory”. After it has been determined under s. 55(1)(b) that the project will be so located or that it might have such effects, s. 55(4) of the *YESAA* applies. It reads as follows:

auraient été nommés sur proposition de ce conseil. D’ailleurs, ni les ententes définitives ni la *LÉESY* ne précisent la proportion d’évaluateurs autochtones en cas d’évaluation par les bureaux désignés. Tout ce que nous savons à cet égard est que l’Entente définitive et la *LÉESY* exigent la parité dans la composition d’*ensemble* de l’Office.

[186] Au sujet du droit des parties intéressées, non pas de prendre part activement à l’évaluation elle-même, mais d’être entendues, l’Entente définitive prévoit ceci : « Conformément à la législation sur l’évaluation des activités de développement, les organismes désignés [. . .] font en sorte que les parties intéressées aient l’occasion de participer au processus d’évaluation » (art. 12.6.1.3). D’ailleurs, les organes composant le système de cogestion des ressources halieutiques et fauniques mis en place par le chapitre 16 de l’Entente définitive — soit les premières nations, le conseil des ressources renouvelables et la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques — ont, comme je l’ai mentionné plus tôt, qualité pour participer à titre de partie intéressée aux audiences publiques tenues par une agence, un office ou une commission relativement à des questions ayant une incidence sur la gestion et la conservation des ressources halieutiques et fauniques et de leurs habitats dans le territoire traditionnel concerné (art. 16.5.3, 16.6.11 et 16.7.13). Aussi, l’alinéa 55(1)b) de la *LÉESY* précise que, « [s]aisi d’une proposition relative à un projet de développement en application du paragraphe 50(1), le bureau désigné [. . .] établit si le lieu de réalisation se trouve dans le territoire d’une première nation ou si le projet est susceptible d’avoir, dans un tel territoire, des effets importants sur l’environnement ou la vie socioéconomique. » Il faut savoir que le par. 2(1) de cette même loi définit ainsi le terme « territoire » : « En ce qui touche les premières nations qui sont parties à un accord définitif en vigueur, leur territoire traditionnel ainsi que leurs terres désignées situées à l’extérieur de celui-ci mais au Yukon ». Une fois faite, la détermination prévue à l’al. 55(1)b), la *LÉESY* précise en conséquence, au par. 55(4), que



Before making a recommendation . . . a designated office shall seek views about the project, and information that it believes relevant to the evaluation, from any first nation identified under paragraph (1)(b) and from any government agency, independent regulatory agency or first nation that has notified the designated office of its interest in the project or in projects of that kind.

Therefore, under the process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement and in the *YESAA*, the Little Salmon/Carmacks First Nation would have had the right only to be heard in the assessment of Mr. Paulsen's application, and not to actively take part in it by delegating assessors.

[187] This, therefore, is the collective consultation measure to which the respondents would have been entitled in the case of Mr. Paulsen's application had the process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement and implemented by the *YESAA* applied to it. This should enable us now to answer the ultimate question in the case at bar: whether, given that the letter of that process does not apply, the respondents could receive the benefit of the spirit of the process, as was their right under the transitional provisions of Chapter 12 of the Final Agreement. For this purpose, we must reiterate that although those transitional provisions did impose a particular responsibility on the Crown party, they were nevertheless not silent with respect to the participation of the Aboriginal party. Thus, s. 12.3.6 refers in this regard to efforts on the part not only of "government", but of the parties to the Umbrella Agreement.

(2) Transitional Law: Any "Existing Process" Before the Coming Into Force of the *YESAA*

[188] As far as Mr. Paulsen's application is concerned, the "existing process" within the meaning of the transitional law provisions, that is, of ss. 12.3.6 and 12.19.5 of the Final Agreement, was the process provided for in the *Environmental Assessment Act*, S.Y. 2003, c. 2, and Yukon's 1991

[l]e bureau désigné ne formule ses recommandations [. . .] qu'après avoir, d'une part, demandé l'avis de la première nation dont le territoire est touché aux termes de l'alinéa (1)(b) et des autorités publiques, organismes administratifs autonomes et premières nations l'ayant avisé de leur intérêt dans le projet de développement ou dans les projets de même catégorie et, d'autre part, cherché à obtenir d'eux l'information qu'il estime nécessaire à l'examen.

Aux termes du processus prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive et des dispositions de la *LÉESY*, la Première nation de Little Salmon/Carmacks n'aurait donc eu droit que d'être entendue lors de l'évaluation de la demande de M. Paulsen, et non pas d'y prendre part activement en y déléguant des évaluateurs.

[187] Voilà donc ce à quoi auraient eu droit les intimés comme mesure de consultation collective relativement à la demande de M. Paulsen si le processus prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive et mis en œuvre par la *LÉESY* s'était appliqué à cette demande. Cela devrait maintenant nous permettre de répondre à la question que pose la présente affaire en dernière analyse, soit celle de savoir si, à défaut d'applicabilité de la lettre de ce processus, les intimés ont pu bénéficier de l'esprit de celui-ci, comme ils y avaient droit en vertu de l'économie des dispositions provisoires du chapitre 12 de l'Entente définitive. Pour ce faire, il faudra nous rappeler que, même si ces dispositions de droit provisoire conféraient une responsabilité particulière à la partie étatique, elles n'étaient pas pour autant silencieuses quant à la participation de la partie autochtone. En effet, l'art. 12.3.6 parle à cet égard des efforts qui sont dus non seulement de la part du « gouvernement », mais de celle de toutes les parties à l'Accord-cadre.

(2) Droit provisoire : tout « processus existant » avant l'entrée en vigueur de la *LÉESY*

[188] Au sens des dispositions de droit provisoire, c'est-à-dire les art. 12.3.6 et 12.19.5 de l'Entente définitive, le « processus existant » était, en ce qui concerne la demande de M. Paulsen, celui prévu à la *Loi sur l'évaluation environnementale*, L.Y. 2003, ch. 2, et à la politique agricole yukonnaise



agriculture policy, which, moreover, also referred to the environmental legislation (*Agriculture for the 90s: A Yukon Policy* (1991) (the “agriculture policy”), Section II, at para. 6(1)). Since the parties did not rely on that Act, I will merely mention that the assessment provided for in it was completed, but more than five months after the date of the decision on Mr. Paulsen’s application, despite the fact that it was a mandatory prior assessment.

[189] Under the 1991 agriculture policy, Mr. Paulsen’s application first had to undergo a “pre-screening” by the Land Claims and Implementation Secretariat, the Lands Branch and the Agriculture Branch. The prescreening process involved determining whether the application was eligible for consideration, and in particular whether the application was complete, whether the land in question was available, whether that land was under territorial jurisdiction, whether there was a possibility that the land would be subject to Aboriginal land claims, whether the land had agronomic capability and, more specifically, whether the application was, at first glance, consistent with the policy then in effect.

[190] Mr. Paulsen’s application then had to undergo a more technical review by the Agriculture Land Application Review Committee (“ALARC”). ALARC is a cross-sector, interdepartmental committee that, among other things, reviews the farm development plan that every applicant for agricultural land must submit (agriculture policy, Section II, at subpara. 9(1)(c)). ALARC’s review of Mr. Paulsen’s application was originally scheduled for June 26, 2002, but it could not proceed on that date because the applicant had not yet submitted a farm development plan.

[191] On June 10, 2002, an analysis by the Agriculture Branch showed that if Mr. Paulsen’s application were accepted as configured, it would not represent the most efficient use of the land. On October 20, 2003, Mr. Paulsen reconfigured the parcel in question in his application. On February 24, 2004, ALARC recommended that his

de 1991 qui renvoyait d’ailleurs aussi à la législation sur l’environnement (*Agriculture for the 90s: A Yukon Policy* (1991) (la « politique agricole », section II, par. 6(1)). Comme les parties n’ont pas invoqué cette loi, je me limiterai à mentionner que l’évaluation prévue par celle-ci a été complétée, mais plus de cinq mois après la date de la décision sur la demande de M. Paulsen, et ce, même s’il s’agissait d’une évaluation préalable obligatoire.

[189] Aux termes de la politique agricole de 1991, la demande de M. Paulsen a d’abord fait l’objet d’un examen préliminaire par le Secrétariat des revendications territoriales et de la mise en œuvre, par la Direction des terres ainsi que par la Direction de l’agriculture. Cet examen préliminaire devait consister en un contrôle de recevabilité de la demande, et notamment de son caractère complet, de la disponibilité de la terre visée, de la compétence territoriale sur celle-ci, d’éventuelles revendications territoriales autochtones dont elle pouvait faire l’objet, de son potentiel agricole et, plus généralement, de la conformité a priori de la demande à la politique en vigueur.

[190] La demande de M. Paulsen devait ensuite faire l’objet d’un examen davantage technique par le Comité d’examen des demandes d’aliénation de terres agricoles (« CEDATA »). Il s’agit d’un comité intersectoriel et interministériel qui procède notamment à l’examen du plan d’exploitation exigé de toute personne sollicitant l’obtention d’une terre à des fins agricoles (politique agricole, section II, al. 9(1)(c)). L’examen de la demande de M. Paulsen par le CEDATA avait été initialement prévu pour le 26 juin 2002. Toutefois, comme le demandeur n’avait toujours pas produit de plan d’exploitation à cette date, cet examen n’a pas pu avoir lieu au moment prévu.

[191] Le 10 juin 2002, une analyse effectuée par la Direction de l’agriculture a révélé que, si elle était acceptée suivant la délimitation proposée, la demande de M. Paulsen ne constituerait pas une utilisation optimale du sol. Le 20 octobre 2003, M. Paulsen a revu la délimitation de la terre qui faisait l’objet de sa demande. Le 24 février 2004, le

application proceed to an assessment by the Land Application Review Committee (“LARC”).

[192] LARC is a body whose membership consists of representatives of the Yukon government and, depending on the case, of Yukon First Nations, Yukon municipalities and/or the federal Department of Fisheries and Oceans (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, Section 4.0: Membership/Public Participation, A.R., vol. II, at p. 29). It is chaired by a territorial government official. A First Nation will be represented on LARC if, as was the case here, the application to be reviewed has potential consequences for the management of its “traditional territory”.

[193] LARC’s mandate is, in particular, to “review matters concerning land applications from a technical land-management perspective, in accordance with legislation, First Nation Final & Self Government Agreements and criteria in specific land application policies” (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, Section 6.0: Land Application & Policy Development Procedures — Mandate, A.R., vol. II, at p. 32).

[194] A notice concerning Mr. Paulsen’s application was published on March 26, 2004, and the public were invited to submit written comments within 20 days. On April 28, 2004, the Agriculture Branch sent a summarized version of the application to the Little Salmon/Carmacks First Nation (A.R., vol. II, at p. 6) together with a letter notifying the First Nation that the application was to be reviewed by LARC and asking it to submit its written comments within 30 days. The First Nation was also sent an information package, which included notice that the LARC meeting was scheduled for August 13, 2004.

[195] On July 27, 2004, Susan Davis, the Director of Land and Resources of the Little Salmon/Carmacks First Nation, sent Yukon’s Lands Branch

CEDATA a recommandé que sa demande soit évaluée par le Comité d’examen des demandes d’aliénation de terres (« CEDAT »).

[192] Le CEDAT se compose de représentants du gouvernement du Yukon et, suivant les cas, des premières nations du Yukon, des municipalités du Yukon et/ou du ministère fédéral des Pêches et Océans (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, section 4.0: Membership/Public Participation, d.a., vol. II, p. 29). Il est présidé par un fonctionnaire territorial. Une première nation y est représentée si la demande à examiner peut avoir des conséquences sur la gestion de son « territoire traditionnel », ce qui était le cas en l’espèce.

[193] Le CEDAT a notamment pour mandat d’[TRADUCTION] « examiner d’un point de vue technique de gestion du territoire certains aspects des demandes d’aliénation de terres, conformément aux lois, aux ententes définitives et accords d’autonomie gouvernementale des premières nations et aux critères prévus par certaines politiques relatives aux demandes d’aliénation de terres » (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, section 6.0: Land Application & Policy Development Procedures — Mandate, d.a., vol. II, p. 32).

[194] Le 26 mars 2004, la demande de M. Paulsen a fait l’objet de publicité et le public a été invité à formuler ses observations par écrit dans les 20 jours suivant cette date. Le 28 avril 2004, la Direction de l’agriculture a communiqué une version résumée de la demande de M. Paulsen à la Première nation de Little Salmon/Carmacks (d.a., vol. II, p. 6), accompagnée d’une lettre informant celle-ci que la demande serait examinée par le CEDAT et l’invitant à présenter ses observations écrites dans les 30 jours suivant cette date. Une trousse d’information contenant notamment la date prévue de la réunion du CEDAT, en l’occurrence le 13 août 2004, a aussi été envoyée à la première nation.

[195] Le 27 juillet 2004, la directrice des terres et ressources de la Première nation de Little Salmon/Carmacks, Susan Davis, a fait parvenir à la Direction

a letter in which she expressed the First Nations' concerns about Mr. Paulsen's application (A.R., vol. II, at p. 22). Those concerns were threefold. First of all, the First Nation was concerned about the impact of the application on the trapline. It was also concerned about the anticipated impact on settlement land under its comprehensive land claim agreement, and in particular on two parcels of site specific settlement land (a concept referred to above) as well as on the cabin of the holder of the trapline concession, which was located on one of those parcels. Finally, the First Nation asked the Yukon government to take into consideration the fact that there might be sites of heritage or archaeological interest, including a historical trail, on the land in question in the agriculture land application.

[196] LARC met to review Mr. Paulsen's application on August 13, 2004. For reasons that are not explained in the record of this case, the Little Salmon/Carmacks First Nation, without notifying the other members in advance, did not attend the meeting and did not request an adjournment of the August 13, 2004 review, to which it had been invited as a member of LARC. However, it can be seen from the minutes of that meeting that even though no representatives of the First Nation attended, its concerns had been taken into account even before the meeting. The following passages are relevant:

The original rectangular parcel was reconfigured in October, 2003. The NRO [Natural Resources Officer] inspection report in April this year recommended it be reconfigured again to remove a portion, which is a potential timber allocation area for point source permits [*sic*]. Opposition from the First Nation has caused the abandonment of that plan.

. . .

Little Salmon Carmacks First Nation [LSCFN] express concern that the application is within Trapline Concession Number 143, held by an elder [Johnny Sam]. Forestfire burns have impacted this trapline, and

des terres du Yukon une lettre exprimant les préoccupations de la première nation relativement à la demande de M. Paulsen (d.a., vol. II, p. 22). Les préoccupations exprimées étaient de trois ordres. La première nation s'inquiétait d'abord des répercussions de la demande sur la ligne de piégeage. Elle se préoccupait des conséquences à prévoir sur les terres visées par le règlement de la revendication territoriale globale de la première nation, notamment sur deux sites spécifiques (notion vue ci-haut) ainsi que sur le refuge de trappe du titulaire de la ligne de piégeage, qui se trouve sur l'un de ces sites. Enfin, la première nation invitait l'administration yukonnaise à prendre en considération la présence possible de sites pouvant revêtir une valeur patrimoniale ou archéologique, dont un sentier historique, sur la terre faisant l'objet de la demande d'aliénation à des fins agricoles.

[196] Le CEDAT a procédé à l'examen de la demande de M. Paulsen le 13 août 2004. Pour des raisons non précisées dans le présent dossier, sans prévenir d'avance les autres membres, la Première nation de Little Salmon/Carmacks n'a pas pris part à la réunion et n'a pas demandé l'ajournement de l'examen du 13 août 2004 auquel elle avait été invitée à titre de membre du CEDAT. Le procès-verbal de cette réunion atteste toutefois que, en dépit de l'absence de représentants de la première nation, les préoccupations de celles-ci ont été prises en compte, et ce, même avant la réunion en question. Je reproduis ci-après les extraits pertinents du procès-verbal :

[TRADUCTION] La parcelle rectangulaire originale a été reconfigurée en octobre 2003. Le rapport d'inspection de l'agent des ressources naturelles d'avril de cette année recommandait sa reconfiguration afin d'en retirer une partie, qui constitue une zone potentielle d'attribution de permis de coupe de bois visant des sources ponctuelles. Par suite de l'opposition manifestée par la première nation, ce projet a été abandonné.

. . .

La Première nation de Little Salmon/Carmacks [PNLSC] s'est dite préoccupée par le fait que la demande vise une terre se trouvant à l'intérieur de la concession de piégeage n° 143 dont est titulaire un aîné [Johnny Sam].

the only area left is a small strip of land between the Klondike Highway and the Yukon River, which is considered to be suitable land for farming. As a result of the report, there have been several agriculture land applications requesting land in the area for raising livestock and building houses. The combination of agriculture and timber harvesting impacts on this already damaged trapline would be a significant deterrent to the ability of the trapper to continue his traditional pursuits. There are two site specifics, personal/traditional use areas considered to be LSCFN settlement lands in the area in question, S-4B and S-127B. Both of these locations are in close proximity to the point source timber permit application. The impact on these sites and users would be the loss of animals to hunt in the area. S-4B is also the site of Concession 143's base camp and trapper cabin.

. . .

Other LSCFN concerns related [*sic*] to cultural sites: There are potential areas of heritage and cultural interests which may be impacted by point source timber harvesting. An historic First Nation trail follows the ridge in the area. [A]t present these sites have not been researched or identified, and there would need to be an archaeological survey carried out in order to confirm the presence [*sic*] or lack thereof of any such sites.

Environment advised they walked the site and discovered an old trap on top of the bluff, facing the Yukon River. The owner of Trapline #143 will have the right to seek compensation. An appropriate 30-metre setback is recommended from the bluff. There was evidence of bears and moose. There will be some loss of wildlife habitat in the area, but it is not significant.

. . .

Recommendation: Approval in principle. Setback from the bluff 30 meters . . . Subdivision approval will be required. Trapper, based on reduced trapping opportunities, has opportunity to seek compensation.

Des incendies de forêt ont endommagé ce territoire et il n'en reste qu'une petite bande de terre entre la route Klondike et le fleuve Yukon, laquelle est considérée propice à l'agriculture. À la suite du rapport, plusieurs demandes d'aliénation de terres à des fins agricoles ont été présentées afin d'obtenir des terres dans la région en vue d'y élever du bétail et d'y construire des maisons. L'effet conjugué d'activités agricoles et d'activités de récolte du bois sur cette ligne de piégeage par ailleurs déjà endommagée nuirait de façon appréciable à la capacité du trappeur de continuer ses activités traditionnelles. Il y a, dans la région en question, deux zones utilisées à des fins personnelles ou traditionnelles, sites spécifiques S-4B et S-127B, qui sont considérées comme des terres visées par le règlement de la PNLSC. Ces deux emplacements se trouvent près de la zone concernant la demande de permis de coupe de bois visant des sources ponctuelles. L'effet des activités envisagées sur les sites et les usagers serait une réduction de la quantité d'animaux pouvant être chassés dans la région. Le site S-4B est aussi l'emplacement du camp de base et de la cabane du trappeur de la concession de piégeage n° 143.

. . .

D'autres préoccupations exprimées par la PNLSC se rapportaient à des sites culturels : il y aurait certains endroits susceptibles de présenter de l'intérêt du point de vue culturel et patrimonial qui pourraient être touchés par les activités de récolte de bois. Un sentier historique de la première nation suit la ligne de crête dans la région. [A]ctuellement, aucun de ces sites n'a été identifié ou n'a fait l'objet de recherches. Il faudrait procéder à une reconnaissance archéologique pour confirmer la présence ou l'absence de tels sites.

Des fonctionnaires du ministère de l'Environnement ont affirmé avoir marché dans le site en question et y avoir découvert un vieux piège en haut de la falaise, face au fleuve Yukon. Le propriétaire de la ligne de piégeage n° 143 aura le droit de demander d'être indemnisé. Il est recommandé de créer une zone tampon adéquate de 30 mètres à partir de la falaise. Certains éléments indiquaient la présence d'ours et d'orignaux. Il y aura une certaine perte au plan de l'habitat faunique dans la zone visée, mais peu importante.

. . .

Recommandation : Approbation de principe. Zone tampon de 30 mètres à partir de la falaise [. . .] Il faudra faire approuver le lotissement. Le trappeur pourra demander une indemnisation, sur la base de la réduction des possibilités de piégeage.

[197] On September 2, 2004, the territorial government's archaeologist reported that no evidence of prehistoric artifacts had been found on the land in question in the agriculture land application, but as a precaution he also recommended a 30-metre buffer between the bluff and the land that was to be transferred.

[198] The territorial government's conduct raises questions in some respects. In particular, there is the fact that the appellant David Beckman, in his capacity as Director of Agriculture, did not notify the respondent First Nation of his decision of October 18, 2004 until July 27, 2005. Under s. 81(1) of the *YESAA*, the designated office and, if applicable, the executive committee of the Board would have been entitled to receive copies of that decision and, one can only assume, to receive them within a reasonable time. Here, the functional equivalent of the designated office is LARC. Even if representatives of the respondent First Nation did not attend the August 13 meeting, it would be expected that the Director of Agriculture would inform that First Nation of his decision within a reasonable time. Nonetheless, the time elapsed after the decision did not affect the quality of the prior consultation.

[199] The territorial government's decision to proceed with Mr. Paulsen's application at the pre-screening stage despite the requirement of consultation in the context of the respondent First Nation's fish and wildlife management plan was not an exemplary practice either. In that respect, Yukon's 1991 agriculture policy provided that "[a]pplications to acquire land for agriculture will be reviewed by the Fish and Wildlife Branch to safeguard wildlife interests", that "[m]easures will be taken to avoid overlap between allocation of lands for agriculture and key wildlife habitat" and that, in particular, all "key wildlife habitat will be excluded from agricultural disposition except where the Fish and Wildlife Branch determines that adverse effects upon wildlife interests can be successfully mitigated" (Section II, subpara. 6(3)(b)). As we have seen, however, Susan Davis did not express concern about this in her letter of July 27, 2004 to Yukon's

[197] Le 2 septembre 2004, l'archéologue du gouvernement territorial a rapporté n'avoir pu relever aucune trace d'artefact préhistorique sur la terre faisant l'objet de la demande d'aliénation à des fins agricoles, mais par prudence a recommandé à son tour la création d'une zone tampon de 30 mètres de largeur entre la falaise et la terre qui serait éventuellement cédée.

[198] À certains égards, la conduite des autorités territoriales soulève des interrogations. C'est notamment le cas en ce qui a trait au fait que, en sa qualité de directeur de l'agriculture, l'appellant M. Beckman n'a signifié que le 27 juillet 2005 à la première nation intimée sa décision du 18 octobre 2004. En vertu du par. 81(1) de la *LÉESY*, le bureau désigné et, le cas échéant, le comité de direction de l'Office auraient eu droit de recevoir une copie de cette décision, et ce, on peut le supposer, à l'intérieur d'un délai raisonnable. L'équivalent fonctionnel du bureau désigné est ici le CEDAT. Même si les représentants de la première nation intimée ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août, on se serait attendu à ce que le directeur de l'agriculture informe cette première nation de sa décision dans un délai raisonnable. Ce délai, survenu après la décision, n'a cependant pas affecté la qualité de la consultation préalable.

[199] La décision qu'a prise l'administration territoriale, au terme de l'examen préalable, de poursuivre le traitement de la demande de M. Paulsen malgré la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques de la première nation intimée n'est pas davantage un exemple de bonne pratique. La politique agricole yukonnaise de 1991 prévoyait pourtant à ce sujet que les [TRADUCTION] « [d]emandes d'acquisition de terres à des fins agricoles seraient examinées par la Direction de la faune et du poisson en vue de protéger la faune », que des « [m]esures seraient prises pour éviter que, dans l'attribution de terres à des fins agricoles, on empiète sur des habitats essentiels pour la faune » et qu'en particulier tout « habitat essentiel pour faune serait exclu des terres susceptibles d'aliénation à des fins agricoles, sauf dans les cas où la Direction de la faune et du poisson juge qu'il est possible d'atténuer les effets

Lands Branch. And as can be seen from the minutes of the August 13, 2004 meeting, the concerns of the Little Salmon/Carmacks First Nation with respect to resource conservation were taken into consideration. Also, the required consultation in the context of the fish and wildlife management plan was far more limited than the consultation to which the First Nation was entitled in participating in LARC, which was responsible for assessing the specific project in issue in this appeal. Finally, the First Nation, the renewable resources council and the Minister had not agreed on a provisional suspension of the processing of applications for land in the area in question.

[200] Despite these aspects of the handling of Mr. Paulsen's application that are open to criticism, it can be seen from the facts as a whole that the respondents received what they were entitled to receive from the appellants where consultation as a First Nation is concerned. In fact, in some respects they were consulted to an even greater extent than they would have been under the *YESAA*. As we saw above, the only right the First Nation would have had under the *YESAA* was to be heard by the assessment district office as a stakeholder (s. 55(4)). That consultation would have been minimal, whereas in the context of the 1991 agriculture policy, the First Nation was invited to participate directly in the assessment of Mr. Paulsen's application as a member of LARC.

[201] It is true that the First Nation's representatives did not attend the August 13, 2004 meeting. They did not notify the other members of LARC that they would be absent and did not request that the meeting be adjourned, but they had nonetheless already submitted comments in a letter.

[202] Thus, the process that led to the October 18, 2004 decision on Mr. Paulsen's application was

préjudiciables sur la faune » (section II, al. 6(3)b)). Cependant, comme on a pu le constater, Susan Davis n'a pas exprimé cette préoccupation dans sa lettre du 27 juillet 2004 à la Direction des terres du Yukon. De plus, comme le démontre le procès-verbal de la réunion du 13 août 2004, les préoccupations de la Première nation de Little Salmon/Carmacks concernant la conservation des ressources ont été prises en considération. Au surplus, la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques était beaucoup plus limitée que celle à laquelle donnait droit la participation de la première nation au CEDAT qui était chargé d'évaluer le projet spécifique faisant l'objet du présent pourvoi. De surcroît, la première nation, le conseil des ressources renouvelables et le ministre ne s'étaient pas entendus sur la suspension provisoire du traitement de toute demande d'aliénation de terres dans la région visée.

[200] Au-delà de ces aspects critiquables du cheminement de la demande de M. Paulsen, l'ensemble des faits révèle que les intimés ont reçu des appelants ce à quoi ils avaient droit de la part de ceux-ci en matière de consultation à titre de première nation. En réalité, ils ont même obtenu à certains égards davantage que ce que leur aurait procuré la *LÉESY*. En effet, comme on a pu le constater précédemment, le seul droit qu'aurait obtenu la première nation en vertu de la *LÉESY* est celui d'être entendue à titre de personne intéressée (par. 55(4)) par le bureau de circonscription. Il s'agissait là d'une consultation minimale, alors que, dans le contexte de l'application de la politique agricole de 1991, la première nation a été invitée à participer directement, à titre d'évaluateur membre du CEDAT, à l'évaluation de la demande de M. Paulsen.

[201] Il est vrai que les représentants de la première nation ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août 2004. Cela est survenu sans qu'ils ne préviennent au préalable les autres membres du CEDAT et sans demander l'ajournement de la réunion, mais ils avaient néanmoins fait des commentaires par lettre.

[202] Par conséquent, le processus qui a mené à la décision du 18 octobre 2004 relativement à la

consistent with the transitional law provisions of Chapter 12 of the Final Agreement. There is no legal basis for finding that the Crown breached its duty to consult.

### III. Conclusion

[203] Whereas past cases have concerned unilateral actions by the Crown that triggered a duty to consult for which the terms had not been negotiated, in the case at bar, as in the Court's recent decision regarding the *James Bay and Northern Québec Agreement*, the parties have moved on to another stage. Formal consultation processes are now a permanent feature of treaty law, and the Final Agreement affords just one example of this. To give full effect to the provisions of a treaty such as the Final Agreement is to renounce a paternalistic approach to relations with Aboriginal peoples. It is a way to recognize that Aboriginal peoples have full legal capacity. To disregard the provisions of such a treaty can only encourage litigation, hinder future negotiations and threaten the ultimate objective of reconciliation.

[204] The appellants seek a declaration that the Crown did not have a duty to consult under the Final Agreement with respect to Mr. Paulsen's application. Their interpretation of the Final Agreement is supported neither by the applicable principles of interpretation nor by either the context or the provisions of the Final Agreement. The cross-appellants argue that the common law duty to consult continued to apply despite the coming into effect of the Final Agreement. As I explained above, it is my view that there is no gap in the Final Agreement as regards the duty to consult. Its provisions on consultation in relation to the management of fish and wildlife were in effect. And the Little Salmon/Carmacks First Nation had in fact submitted comments in the process provided for in that respect. Moreover, the administrative law rights of Johnny Sam are governed neither by the common law duty to consult nor by the Final Agreement. Although the Little Salmon/Carmacks First Nation's argument

demande de M. Paulsen respectait les dispositions de droit provisoire prévues au chapitre 12 de l'Entente définitive. Il n'existe aucun motif juridique permettant de conclure que l'obligation de consultation de la Couronne a été violée.

### III. Conclusion

[203] Si, jusqu'ici, les litiges ont mis en cause une action unilatérale de la Couronne qui déclenchait une obligation de consulter dont les modalités n'avaient pas été négociées, le présent dossier, tout comme celui dans lequel la Cour a récemment été appelée à étudier la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, indique que les parties sont maintenant passées à une autre étape. Les processus formels de consultation font maintenant résolument partie de l'univers juridique des traités. L'Entente définitive n'en est qu'un exemple. Donner leur plein effet aux stipulations d'un traité comme l'Entente définitive c'est renoncer à toute approche paternaliste à l'égard des peuples autochtones. Il s'agit d'une façon de reconnaître leur pleine capacité juridique. Méconnaître les stipulations d'un tel traité ne peut qu'encourager le recours aux tribunaux, nuire aux négociations futures et compromettre la réalisation de l'objectif ultime de réconciliation.

[204] L'appel principal visait à obtenir une déclaration portant que la Couronne n'avait pas d'obligation de consultation en vertu de l'Entente définitive en relation avec la demande de M. Paulsen. L'interprétation que font les appelants de l'Entente définitive n'est appuyée ni par les principes interprétatifs applicables, ni par le contexte de l'Entente définitive ou les stipulations de celle-ci. Par ailleurs, l'appel incident est fondé sur la survivance, malgré l'entrée en vigueur de l'Entente définitive, de l'obligation de consultation de source jurisprudentielle. Comme je l'ai expliqué précédemment, je suis d'avis qu'il n'existe aucun hiatus dans l'Entente définitive concernant l'obligation de consultation. Ses dispositions concernant la consultation en relation avec la gestion des ressources halieutiques et fauniques étaient en vigueur. La Première nation de Little Salmon/Carmacks a d'ailleurs présenté ses observations dans le cadre du processus prévu à cet effet. Par ailleurs, les droits de Johnny Sam,

that it had a right to be consulted with respect to Mr. Paulsen's application is valid, the source of that right is not the common law framework. The fact is that the transfer to Mr. Paulsen constituted an agricultural development project that was subject to Chapter 12 of the Final Agreement and that that chapter's transitional provisions established the applicable framework.

[205] In this case, given that Mr. Paulsen's application would have been subject to a mandatory assessment by the local assessment district office, the fact that recourse was had to the existing process to assess the application supports a conclusion that the actual consultation with the respondents was more extensive than the consultation to which they would have been entitled under the YESAA.

[206] For these reasons, I would dismiss the appeal and the cross-appeal, both with costs.

*Appeal and cross-appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Lawson Lundell, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Pape Salter Teillet, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.*

*Solicitors for the interveners the Gwich'in Tribal Council and Sahtu Secretariat Inc.: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

en tant qu'administré, ne sont régis ni par l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel ni par l'Entente définitive. Si la Première nation de Little Salmon/Carmacks a raison de soutenir qu'elle avait le droit d'être consultée en ce qui a trait à la demande de M. Paulsen, ce n'est pas en vertu du régime jurisprudentiel. C'est que, conformément à l'Entente définitive la cession à M. Paulsen constituait un projet de développement agricole assujéti aux dispositions du chapitre 12 de ce traité et que ses dispositions provisoires établissaient le régime applicable.

[205] En l'espèce, le recours au processus existant pour l'évaluation de la demande de M. Paulsen, compte tenu du fait que cette demande aurait relevé d'une évaluation obligatoire par le bureau de circonscription locale, permet de conclure que les intimés ont bénéficié d'un régime supérieur à celui auquel ils auraient eu droit en vertu de la LÉESY en matière de consultation.

[206] Pour ces motifs, je rejeterais les pourvois principal et incident, avec dépens dans les deux cas.

*Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.*

*Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Lawson Lundell, Vancouver.*

*Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident : Pape Salter Teillet, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.*

*Procureurs des intervenants le Conseil tribal des Gwich'in et Sahtu Secretariat Inc. : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*



*Solicitors for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority: Gowling Lafleur Henderson, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Council of Yukon First Nations: Boughton Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Kwanlin Dün First Nation: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Nunavut Tunngavik Inc.: Rosenbloom Aldridge Bartley & Rosling, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Tlicho Government: John Donihee, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Te'Mexw Nations: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Hutchins Caron & Associés, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil des Premières nations du Yukon : Boughton Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation de Kwanlin Dün : Arvay Finlay, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc. : Rosenbloom Aldridge Bartley & Rosling, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le gouvernement tlicho : John Donihee, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante les Nations Te'Mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Hutchins Caron & Associés, Montréal.*

**Federal Court of Appeal**



**Cour d'appel fédérale**

**Date: 20170901**

**Dockets: A-80-16  
A-81-16**

**Citation: 2017 FCA 175**

**CORAM: NADON J.A.  
DAWSON J.A.  
GAUTHIER J.A.**

**Docket: A-80-16**

**BETWEEN:**

**HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF  
CANADA AS REPRESENTED BY THE  
MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND  
NORTHERN DEVELOPMENT CANADA**

**Applicant**

**and**

**AKISQ'NUK FIRST NATION**

**Respondent**

**Docket: A-81-16**

**AND BETWEEN:**

**HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF  
CANADA AS REPRESENTED BY THE  
MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND  
NORTHERN DEVELOPMENT CANADA**

**Applicant**

**and**

**AKISQ'NUK FIRST NATION**

**Respondent**

Heard at Vancouver, British Columbia, on May 16, 2017.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on September 1, 2017.

REASONS FOR JUDGMENT BY:

DAWSON J.A.

CONCURRED IN BY:

NADON J.A.  
GAUTHIER J.A.

**Federal Court of Appeal**



**Cour d'appel fédérale**

**Date: 20170901**

**Dockets: A-80-16  
A-81-16**

**Citation: 2017 FCA 175**

**CORAM: NADON J.A.  
DAWSON J.A.  
GAUTHIER J.A.**

**Docket: A-80-16**

**BETWEEN:**

**HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF  
CANADA AS REPRESENTED BY THE  
MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND  
NORTHERN DEVELOPMENT CANADA**

**Applicant**

**and**

**AKISQ'NUK FIRST NATION**

**Respondent**

**Docket: A-81-16**

**AND BETWEEN:**

**HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF  
CANADA AS REPRESENTED BY THE  
MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND  
NORTHERN DEVELOPMENT CANADA**

**Applicant**

and

**AKISQ'NUK FIRST NATION**

**Respondent**

**REASONS FOR JUDGMENT**

**DAWSON J.A.**

[1] These consolidated applications for judicial review raise a single issue: were the decisions at issue reached in a manner that violated principles of procedural fairness? This issue arises in the following factual context.

I. The Facts

[2] The Akisq'nuk First Nation (Akisq'nuk) filed a claim pursuant to section 14 of the *Specific Claims Tribunal Act*, S.C. 2008, c. 22 (Act) arising out of the creation of Columbia Lake Indian Reserve No. 3 (Reserve). The claim asserted that the federal Crown had breached the fiduciary duty it owed to the Akisq'nuk in two respects. First, the claim alleged that the Crown breached its fiduciary duty by excluding from the Reserve, in 1886, 960 acres of land originally allocated by Reserve Commissioner O'Reilly (the Survey Land). Second, the claim alleged that the Crown failed to enforce an order made by the McKenna-McBride Commission in 1915 allocating an additional 2960 acres of land to the Reserve (the Additional Land). Canada denied all allegations of liability.

[3] The proceeding before the Specific Claims Tribunal (Tribunal) was bifurcated into two phases: an initial phase to hold a hearing and render a decision on the validity of the claim followed, if necessary, by a second phase to decide the issue of compensation that may be owed to the Akisq'nuk.

[4] The Tribunal heard the validity phase of the claim over three days. Neither the Akisq'nuk nor Canada adduced oral history or expert evidence. The evidence tendered consisted of an 80-paragraph agreed statement of facts and a book of common documents containing 241 documents. The hearing concluded on September 25, 2014, and the claim was taken under reserve by the Tribunal.

[5] Thereafter, over nine months later, on July 8, 2015, the Tribunal issued a memorandum to counsel. In it, the presiding member of the Tribunal advised counsel that:

I have consulted historical treatises that are not in the record in order to identify more accurately the historical context essential to the resolution of this claim, in particular:

- 1) Robert E. Cail, *Land, Man, and the Law, The Disposal of Crown Lands in British Columbia, 1871 – 1913* (The University of British Columbia 1974), Chapters 11 – 13.
- 2) Cole Harris, *Making Native Space, Colonialism, Resistance, and Reserves in British Columbia* (University of British Columbia Press 2002), at 241 – 261.
- 3) E. Brian Titley, *A Narrow Vision, Duncan Campbell Scott and the Administration of Indian Affairs in Canada* (University of British Columbia Press, Vancouver 1986), Chapter 8.

I may also consider historical documents footnoted in the above chapters and pages.

Reliance on this material would, in my present view, be within the bounds of judicial notice and knowledge.

The Parties will have an opportunity to respond.

[6] Canada objected to the Tribunal's proposed reliance on this additional material and a case management conference was scheduled.

[7] At the case management conference the Tribunal advised the parties that it also intended to rely on one historic report cited in the treatises – the 1927 "Report of the Special Joint Committee on the Claims of the Allied Indian Tribes of British Columbia" (Report of the Special Joint Committee). Together, in these reasons, the extracts from the three treatises and the Report of the Special Joint Committee are referred to as the "additional material".

[8] At the case management conference the Tribunal set out a schedule pursuant to which the parties were to exchange written memoranda of fact and law on the issue of the ability of the Tribunal to rely on the additional material. Finally, the Tribunal advised that if the parties have "other authoritative material that they wish the Tribunal to consider in addition to those mentioned" in the Tribunal's memorandum to counsel, counsel "may advise the Tribunal."

[9] In its written memorandum opposing the Tribunal's reliance on the additional material, Canada argued, among other things, that the content of the academic treatises and the 1927 Report was not admissible under the doctrine of judicial notice. Further, Canada argued that the *Specific Claims Tribunal Rules of Practice and Procedure*, SOR/2011-119 (Rules) and the common law principles of procedural fairness required that:

- i. the Tribunal should be limited to receiving evidence or information tendered by the parties or from an expert appointed by the Tribunal under Rule 89(1);

- ii. in the alternative, if the evidence or information was to be introduced by the Tribunal, procedural fairness required the Tribunal to disclose the evidence or information to be relied upon, to identify the question of fact to which the evidence or information pertained, and to provide the parties with an opportunity to respond; and
- iii. if the Tribunal decided to receive the evidence or information, the Tribunal should then provide the parties with an opportunity to be heard in argument and in reply.

[10] The Akisq'nuk responded in their written memorandum that the Tribunal was generally free to take judicial notice of the additional material and that to the extent any of the evidence or information was not covered by the doctrine of judicial notice it might be received and accepted by the Tribunal under paragraph 13(1)(b) of the Act or Rule 4 of the Rules. The Tribunal took the issue of the use that could be made of the additional material under reserve on September 21, 2015.

[11] On February 4, 2016, over four months later, the Tribunal issued its decision dismissing Canada's objection to the Tribunal's consideration of the additional material (interlocutory decision).

[12] The next day, February 5, 2016, the Tribunal issued its final decision in which it found that the Akisq'nuk had established a breach of a legal obligation within the meaning of paragraph 14(1)(c) of the Act in respect of both the Survey Land and the Additional Land.



[13] Before the Court are applications for judicial review of both the interlocutory and the final decisions. These applications were consolidated by order of the Court dated April 8, 2016, with Court file A-80-16 being the lead application. A copy of these reasons will also be placed on Court file A-81-16.

## II. The Tribunal's interlocutory decision (2016 SCTC 2)

[14] The Tribunal began its analysis by citing *Calder v. British Columbia (Attorney General)*, [1973] S.C.R. 313, at paragraph 83 and *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at paragraph 60. From these decisions the Tribunal noted that it is well-established that courts may take judicial notice of historical facts and rely on their own historical knowledge and research. Citing *R. v. Bartleman* (1984), 12 D.L.R. (4th) 73 (B.C.C.A.), [1984] 3 C.N.L.R. 114, at paragraphs 12-13, the Tribunal added a caveat: a court is limited to taking notice of facts “that are beyond reasonable dispute” (reasons, paragraph 18). The Tribunal confirmed that it had “no intention of relying on author opinion in its use of the treatises” (reasons, paragraph 19). Further, the Tribunal took into account that Canada “was given the opportunity to contest the reliability of the treatises, or to present alternative sources for the Tribunal’s consideration. It declined to do so” (reasons, paragraph 21).

[15] Citing paragraph 13(1)(b) of the Act, the Tribunal then wrote at paragraph 25:

[...] Where, as in the present matter, treatises and scholarly articles narrate provable facts by reference to historical documents, they may be relied on as if proven in evidence, and for the same purposes. This is not limited to understanding of context; they may, when considered together with documentary and other evidence, be assessed for reliability and weight in the process of arriving at findings of fact.

[16] The Tribunal then concluded its reasons as follows:

[26] For example, there are two documents in evidence that are central to the claim of the Akisq'nuk that the Crown breached its fiduciary duty by failing to secure a 1915 addition of 2,960 acres to IR 3, its previously allotted reserve. The addition was ordered by the McKenna-McBride Commission, which had been established by an agreement between the Province and the Dominion in 1912. (McKenna-McBride Agreement, in evidence). Both Parties intended that land allotted by the Commission would be transferred from the Province to the Dominion and held in trust for the Claimant. However, another agreement entered in 1920 (Ditchburn-Clark, in evidence) provided for a review of the Commission's allotments. The 1915 addition was supported by Ditchburn, but disallowed by the Province's representative, Clark. The context, revealed fully by the treatises, was the conflict that lasted from 1871 to 1920, and beyond, over land the Province would transfer to the Dominion to fulfil its obligation under the Terms of Union, Article 13. Tracing the source of the conflict requires examination of pre-confederation colonial policy, 1850-1871.

[27] Another example: The Claimant argues that the Crown had the duty to refer the Ditchburn-Clark disagreement to the Secretary of State for the Colonies for a decision, a remedy provided by Article 13. On the face of it, this argument has merit. The Respondent argues that if such a duty existed (which is denied), the Crown had a greater duty to bring an end to the five decades of wrangling over the quantity of land to be transferred by accepting the disallowance of the addition and confirming that the issue over the quantity of land had been resolved. The merits of the Respondent's answer cannot, however, be determined based on the limited evidence. The Harris treatise fills in the evidentiary gap by reference to primary sources, the historical record.

[28] Procedural fairness was, in my opinion, adequately addressed by notice to the Parties and an opportunity to make submissions. The ultimate decision on this question may be for others to make.

[underlining added]

### III. The Tribunal's final decision (2016 SCTC 3)

[17] As I have concluded that these consolidated applications turn on principles of procedural fairness, it is not necessary to review the substance of the Tribunal's final decision. Rather, I cite the following brief paragraphs to illustrate the role played by the additional material in the Tribunal's final decision:

[242] The Claimant had a cognizable interest in the addition. The Crown exercised discretionary control in the process of securing the transfer of the land to Canada as required by Article 13. The Crown had, at a minimum, a duty of ordinary diligence. The beneficiary whose interest was directly engaged was the band now known as the Akisq'nuk First Nation, i.e., the Claimant. Its interest was in the addition being transferred to Canada along with the land allotted by O'Reilly. Canada should have been, at a minimum, ordinarily diligent in pursuing this interest.

[243] The Respondent argues that its obligation to finally settle the "Indian Land Question" in the interest of all "bands" that were allotted reserves over-rode any obligation it may have had to advance the interest of the Claimant by, for example, referring the matter to the Secretary of State for the Colonies for decision. There is, however, no evidence that this would be the result. There could not be, as the Dominion did not take this measure.

[244] The Respondent's theory rests on the proposition, drawn by inference, that measures taken to advance the Claimant's interest would have impeded the progress of or prevented the transfer which ultimately took place 14 years later.

[245] The treatises fill in the picture of the events of the past six decades. With this considered, the Respondent's argument has superficial merit. However, the argument does not stand up to a close examination. The inference suggested by the Crown is not the only reasonable inference from the evidence and the information contained in the treatises. It fails to take into account that the Province had achieved its primary objective, namely the removal of valuable land previously allotted by the JIRC from land to be transferred to Canada. It would not have been in the Province's interest to generally re-open the land question.

[...]

[305] On the application of fiduciary law via both avenues identified in *Manitoba Métis Federation* at paragraphs 49-50, I find that the Crown had a duty to propose the referral of the disagreement between Ditchburn and Clark over the addition of 2,960 acres of land to IR 3 to the Secretary of State for the Colonies as provided for in Article 13. Instead, the Dominion abdicated its duty to the Claimant in favour of what may well have been an unnecessary political compromise.

[underlining added]

[18] Having set out the factual background, I now turn to consider the standard of review to be applied to the Tribunal's decisions, the content of the duty of fairness owed by the Tribunal to

the parties and whether the specific participatory rights owed to Canada were violated by the Tribunal.

IV. The standard of review to be applied to the Tribunal's decisions

[19] Canada submits that questions of procedural fairness are reviewed on the correctness standard; counsel for the Akisq'nuk acknowledged this to be correct during oral argument. I agree: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraph 79.

V. The content of the duty of fairness owed by the Tribunal

[20] The concept of procedural fairness is eminently variable, and its content is to be decided in the context and circumstances of each case. The concept is animated by the desire to ensure fair play. The purpose of the participatory rights contained within the duty of fairness has been described to be:

...to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

(*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 22).

[21] In *Baker*, the Supreme Court articulated a non-exhaustive list of factors to be considered when determining what procedural fairness requires in a given set of circumstances: the nature of

the decision being made and the process followed in making it; the nature of the statutory scheme, including the existence of an appeal procedure; the importance of the decision to the lives of those affected; the legitimate expectations of the person challenging the decision; and, the choice of procedure made by the decision-maker.

[22] Applying these factors, Canada argues that the parties were entitled to “the full ambit of procedural fairness protections” (amended memorandum of fact and law, paragraph 44).

Conversely, the Akisq’nuk argue that application of these factors leads to the conclusion that “the extent of procedural fairness required on the questions [*sic*] of admissibility of evidence is limited.” (amended memorandum of fact and law, paragraph 41).

[23] It is not necessary for me to fully resolve this debate or to enumerate the participatory rights enjoyed by the parties. Having regard to the adjudicative nature of the decision at issue, the court-like process prescribed by the Rules (particularly Rules 57-103 dealing with pre-hearing disclosure, pre-hearing examinations and pre-hearing evidence taken by way of discovery, oral history or expert evidence, and Rules 104-105 dealing with the hearing procedure), the absence of a statutory right of appeal, and the importance of the decision to the parties, it is sufficient to conclude that the parties were entitled to a meaningful opportunity to present their cases fully and fairly. In turn, this required, at a minimum, that the parties be informed of, and know, the case they had to meet and then be afforded the opportunity to adduce evidence and make submissions responsive to that case.

[24] In so concluding, I am mindful of the need to address the specific claims of First Nations and the need to resolve specific claims so as to promote reconciliation between First Nations and the Crown. As stated in the preamble to the Act, there is a need for an independent tribunal that “is designed to respond to the distinctive task of adjudicating” specific claims.

[25] I am also mindful of the need to respect the choices of procedure made by the Tribunal (*Baker*, paragraph 27). However, the preamble to the Act requires the Tribunal to adjudicate specific claims “in accordance with law and in a just and timely manner.” Requiring the Tribunal to afford a meaningful opportunity to present the parties’ cases fully and fairly, informed by the knowledge of the case to be met, is consistent with the mandate and special role of the Tribunal. It is also respectful of choices of procedure made by the Tribunal as long as those choices are consistent with affording the parties the meaningful opportunity to participate described above.

VI. Canada’s right to meaningfully participate and know the case to be met

[26] Canada argues that it “did not and could not know the case to be met with respect to the judgment ultimately rendered by the Tribunal.” (amended memorandum of fact and law, paragraph 61). This is said to flow from:

- i. the scope and nature of the additional material;
- ii. the Tribunal’s failure to particularize the facts or information it proposed to rely upon and to identify the question of fact or issue to which the facts or information pertained; and,
- iii. the Tribunal’s reliance on the additional material to support its finding that Canada breached its fiduciary duty.

[27] The Akisq'nuk respond that, while "the process followed by the Tribunal might not have been optimal", fairness was accorded so that there is no cause for complaint. This is said to be because Canada has failed to demonstrate factual findings that were directly influenced by reference to the additional material that directly impacted upon the final decision. Put another way, the Akisq'nuk submit that the final decision could have been reached without reliance upon the additional material.

[28] I propose to deal with these submissions by setting out the case asserted against Canada by the Akisq'nuk at the close of the hearing and then reviewing the scope and nature of the additional material. I will then consider whether Canada's participatory right to know and respond to the case against it was violated.

A. *The case against Canada*

[29] Rule 41(e) permits a party to file a declaration of claim containing "a brief statement of the facts that form the basis for the specific claim". In its declaration of claim the Akisq'nuk advanced a claim based on two factual premises. First, when Crown Surveyor Skinner surveyed the Reserve he departed from the survey instructions contained in the minutes of decision prepared by Reserve Commissioner O'Reilly. Second, later, the McKenna-McBride Commission allocated 2960 additional acres to the Reserve. However, this allocation was subsequently disallowed by the provincial and federal governments.

[30] While the agreed statement of facts recited the terms of Article 13 of the *British Columbia Terms of Union, 1871*, no facts were admitted about the availability or appropriateness

of this remedy in the period after Chief Inspector Ditchburn submitted his final report on March 27, 1923, reporting that Major Clark, and the provincial Crown, had disallowed the allocation of the 2960 additional acres to the Akisq'nuk.

[31] Later, after the parties had prepared the agreed statement of facts and common book of documents, but before the commencement of the hearing before the Tribunal, the Akisq'nuk filed their amended memorandum of fact and law that set out the factual basis of its claim, the issues raised by its claim, and the legal arguments in support of its claim.

[32] While the memorandum set out the terms of Article 13 of the *British Columbia Terms of Union, 1871*, the memorandum contained no assertion that Canada had a fiduciary duty to refer to the Secretary of State for the Colonies any disagreement between the provincial and federal governments respecting the dimensions of the tracts of land to be conveyed by the province to Canada in trust for the use and benefit of the Indians. The case advanced with respect to the Survey Land was based solely on the failure of Surveyor Skinner to follow the directions of the minutes of decision prepared by Reserve Commissioner O'Reilly. The case advanced with respect to the Additional Land was based on the allegation that after the McKenna-McBride Commission ordered the Additional Land to be set aside, the Additional Land became a reserve. Thereafter, Canada was obliged to protect the interest of the First Nation in the Additional Land. It was further submitted that:

102. The *Constitution* and the *Terms of Union* placed an obligation on Canada to protect the interest of the First Nation in the Madias Tatley Lands.

Any ambiguities that exist with respect to the power of Commissioner O'Reilly and the McKenna-McBride Commission to make final allotments of reserves must be resolved in favor of the First Nation. Further, if there is any doubt whether the Cutoff Lands and Madias Tatley Lands constituted a reserve, as



defined by the *Indian Act*, the doubt should be resolved in favour of the First Nation as directed in *Blueberry, Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 3 C.N.L.R. 46 (S.C.C.), *Nowegijick v. The Queen* [1983], 144 D.L.R. (3d) 193 (S.C.C.).

[33] Thereafter, at the hearing the Akisq'nuk made no submission in its argument in chief with respect to a fiduciary duty to refer the dispute to the Secretary of State for the Colonies. The issue was raised by counsel for Canada in her submission to the effect that any fiduciary obligation Canada had in relation to the Additional Land after 1915 was limited to "basic obligations of loyalty, good faith in the discharge of its mandate, providing full disclosure appropriate to the subject matter and acting with ordinary prudence" and that "through its efforts to persuade the province to approve the commission's recommendations Canada demonstrated good faith efforts to discharge its mandate, whether that mandate was expressed under article 13 of the *Terms of Union*, the McKenna-McBride agreement, the 1912 federal OIC giving legal effect to that agreement or the 1920 *Indian Land Settlement Act*." (transcript of closing submissions, September 25, 2015, applicant's record, volume 7, pages 1548-1549).

[34] Counsel then went on to make the following submission, which mirrored the submission made at paragraph 113 of Canada's written memorandum:

Under article 13 of the *Terms of Union* Canada was to assume trusteeship and management of lands reserved for use and benefit of the Indians. Lands were to be conveyed by BC to Canada in trust for the use and benefit of the Indians on application of the dominion. And in fact article 13 contemplated disagreement between Canada and BC on the very issue that we are concerned with here, the issue of land quantum. And a dispute resolution option was provided. And I'm going to come back to that in a moment. The dispute resolution option was referral of the matter for decision by the secretary of state for the colonies.

Canada's undertaking under article 13 was to make application for lands for the Indians. BC's was to convey the lands. Canada couldn't unilaterally implement article 13 just as it couldn't unilaterally implement the commission's recommendations and create the McKenna-McBride lands as a reserve. But it took

all appropriate steps to support the addition of the McKenna-McBride lands to Akisq'nuk's IR No. 3, bearing in mind the limits on Canada's negotiating position via-à-vis [sic] the allotment of these lands.

Now, as I just noted, one issue we haven't discussed in this hearing, and which I don't believe my friend addressed, is this. Article 13 provided a mechanism by which the parties could bring a reference to the secretary of state for the colonies. Canada submits that its decision not to pursue this course was reasonable in light of the legal uncertainty described above and having regard to the specific facts of the present claim. And I'm just about to say a bit more about that.

Although it argued consistently for the province's approval of the McKenna-McBride lands as reserve lands, Canada could not have been certain that the province had a legal obligation to provide these lands under - - [...].

[underlining added]

[35] Thereafter, in reply submissions counsel for the Akisq'nuk referred to Article 13 of the *British Columbia Terms of Union*, 1871 and submitted that:

Your Honour, with respect to the dispute and disagreement regarding the addition of the Madias Tatley lands, there's no historic reference that the disagreement was referred for a decision of the secretary of state for the colonies. And I would submit, Your Honour, that the failure of Canada to request that the disagreement be referred to the secretary of state is a breach of their duty as it is contrary to the directions provided by the *Terms of Union*.

[underlining added]

[36] Having reviewed the case advanced against Canada as set out in the Declaration of Claim, the agreed statement of facts, and the written argument, and having reviewed how the issue of the duty to refer any dispute to the Secretary of State for the Colonies was raised, I will now describe the scope and nature of the additional material.

B. *The additional material*

[37] As described above, the additional material consisted of excerpts from three academic treatises and the 1927 Report of the Special Joint Committee.

[38] The first treatise was by Robert E. Cail. Chapters 11-13 were referenced by the Tribunal. Together, these chapters deal with Imperial Colonial Indian Policy, Indian Land Policy after Confederation and The Reserve Allotment Commissions. The chapters comprise a total of 74 pages with 201 footnotes.

[39] The Tribunal referenced 20 pages of the Cole Harris treatise, pages 241-261. This is an excerpt from a chapter entitled "Imposing a Solution, 1898-1938". The extract contains 64 endnotes.

[40] The Tribunal referenced chapter 8 of the treatise by E. Brian Titley. Chapter 8 is entitled "Land Claims in British Columbia" and comprises 27 pages and 111 endnotes.

[41] The 1927 Report of the Special Joint Committee is comprised of some 353 pages (found from pages 97 to 450 of the respondent's record). The material includes minutes of proceedings, correspondence, committee reports, witness statements, petitions to Parliament and orders of reference. The material contains correspondence from as early as March of 1861, and minutes of a meeting of the committee held on April 5, 1927. The material thus covers a period of some 65 years.

[42] The topics covered in the material are myriad. To illustrate, at the April 5, 1927 meeting, Commissioner Ditchburn gave evidence about fishing rights, the manner in which Indian agents were selected, police attendance on reserves for the purpose of arresting suspects, the division of water for irrigation purposes, teaching agricultural methods to Indians, aboriginal title, and residential schools. It is fair to characterize the material as voluminous and poorly organized.

[43] Having described the additional material, I next turn to consider whether Canada's participatory rights to know and respond to the case against it were violated.

C. *Were Canada's participatory rights to know and respond to the case to be met violated?*

[44] At paragraph 26 I set out the three grounds Canada relies upon to assert that it did not, and could not, know the case to be met. I will consider each in turn.

(1) The scope and nature of the additional material

[45] As recited above, the parties' arguments at the validity phase of the hearing were grounded in the evidence and information found in the agreed statement of facts and the common book of documents.

[46] A review of the written submissions filed by the parties shows that issues canvassed by the parties included the Akisq'nuk's traditional occupation of the land around what became the Reserve, the legal effect of the allotment and survey of the Reserve, the 1915 allocation of an additional 2960 acres of land by the McKenna-McBride Commission and Canada's actions to

seek implementation of the Commission's allocation. The parties also addressed the source and content of any fiduciary duty owed to the First Nation.

[47] As previously explained, after the claim had been taken under reserve, the Tribunal issued its memorandum advising counsel that it had consulted three academic treatises "in order to identify more accurately the historical context essential to the resolution of this claim" and that it "may also consider historical documents footnoted in the above chapters and pages". At a case management conference held on July 29, 2015, Canada was given until September 4, 2015, to file a memorandum of law on the Tribunal's intended reliance on the additional material. Canada was also permitted to advise the Tribunal if it had "other authoritative material" it wished the Tribunal to consider.

[48] I have described the volume of the additional material, the significant number of footnotes and endnotes that reference source documents which the Tribunal proposed to consider when rendering its final decision and the diversity of the issues dealt with in the additional material.

[49] It is also fair to state that each academic work is a scholarly writing which orders and presents selected facts in support of the author's thesis. To illustrate, Cail commences his discussion of Indian Land Policy after Confederation as follows:

In drafting article 13 of the Terms of Union, it is possible that neither the dominion nor the provincial negotiators intended to be anything less than candid. Certainly Trutch, Carrall, and Helmcken, the delegates from British Columbia, had full knowledge of the Dominion's Indian policy in the reservation of land. In the light of subsequent difficulties and disclosures, it is doubtful whether the Committee of the Privy Council acting on behalf of Canada possessed equally

accurate information concerning the Indian policy of the colonial government in British Columbia. Trutch certainly could have given a complete summary of that policy. He had been chief commissioner of lands and works in the colony since 1864, and more recently surveyor general as well. In both functions he had been responsible for severely altering Douglas's principles. Less than three years after Union, the Dominion was to discover that the meaning which it abstracted from article 13 was the opposite of that read into it by the province.

[50] The reference to "Douglas" is to Sir James Douglas, the Chief Factor of the Hudson's Bay Company and Governor of the Colony of Vancouver Island. After setting out the terms of Article 13, Cail continues:

The wording is reminiscent of Trutch's 1870 memorandum and suggests that he had much, if not everything, to do with the framing of article 13. The evidence leads to the conclusion that he deliberately put in those two contentious and ambiguous phrases, "a policy as liberal as that hitherto pursued by the Government of British Columbia," and "tracts of land of such extent as it has hitherto been the practice of the British Columbia Government to appropriate."

[underlining added]

[51] The selected facts did not necessarily paint a holistic picture. This complicated Canada's task of responding to the Tribunal about its intended use of the additional material.

[52] The relevance of the scope and nature of the additional material is this. The Akisq'nuk argue that "Canada was given a proper opportunity to respond, and object to specific facts or opinions, and provide any additional material. It chose not to do so". However, the scope and nature of the additional material was such that this was largely an empty opportunity. As explained below, any meaningful opportunity to respond required greater particulars about the proposed use of the additional material than that provided by the Tribunal. For now it is sufficient to state that the volume of information identified by the Tribunal was such that Canada

could not fairly be expected to refute any and all aspects of the information, particularly when the Tribunal's view of the relevance of the information was unknown.

[53] There is one further matter to address when considering the scope and nature of the additional material. This is that, through inadvertence, the Tribunal relied upon portions of the Harris text other than those it gave notice of. Thus, at paragraphs 44 to 55 of the final decision, the Tribunal referenced pages 30-44 and 56-58 of the text. These pages deal with what Harris referred to as "The Colonial Period" and discuss both what is referred to as "The Douglas Years, 1850-64" and native land policies after the departure of Governor Douglas. Pages 30-44 contain an additional 47 endnote references; pages 56-58 contain 20 such references.

- (2) The Tribunal's failure to particularize the facts or information it proposed to rely upon

[54] Canada argued before the Tribunal that if the Tribunal was to introduce new evidence, procedural fairness required the Tribunal to identify both the new evidence and the question of fact to which the evidence pertained, and to then provide the parties with an opportunity to:

- a. make legal submissions in response to the new evidence or information adduced by the Tribunal;
- b. adduce fresh evidence or information in response; and
- c. make legal submissions in response to any new evidence or information the party opposite adduced in response to the Tribunal's new evidence or information.

[55] The Tribunal noted Canada's position at paragraph 13 of the interlocutory decision, noting that the objection was procedural in nature "raising procedural fairness by implication".

The Tribunal also observed that Canada did “not dispute the accuracy or reliability of any part or all of the cited texts.”

[56] The Tribunal did not deal in any detail in its reasons with Canada’s argument about procedural fairness, stating only, at paragraph 28, that in its opinion procedural fairness was “adequately addressed by notice to the Parties and an opportunity to make submissions.”

[57] I, respectfully, disagree. The nature and scope of the additional material was such that Canada required notice of what facts the Tribunal proposed to judicially note and notice of what issue each fact pertained to. This is so for at least two reasons.

[58] The first is that the permissible scope of judicial notice varies according to the nature of the issue under consideration. When it is proposed to take judicial notice of adjudicative facts, that is facts going to the “where, when and why” of what is alleged to have happened, stricter admissibility criteria are applied (*R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at paragraphs 53-63).

[59] It follows that Canada needed to know whether the Tribunal intended to judicially note a fact that was adjudicative in nature in order for Canada to be able to make informed submissions about the applicable admissibility criteria for judicially noting such a fact.

[60] The second reason relates to the Tribunal’s reliance on the additional material to find a breach of fiduciary duty and will be discussed below.



- (3) The Tribunal's reliance on the additional material to support its finding that Canada breached its fiduciary duty

[61] As explained above, the issue of a referral to the Secretary of State for the Colonies was raised by Canada and taken up in reply by the Akisq'nuk. The evidentiary record did not deal with this issue.

[62] The Tribunal's memorandum of July 8, 2015, reveals that it was troubled by what it perceived to be a gap in the evidence. Thus, the Tribunal had consulted additional sources "in order to identify more accurately the historical context essential to the resolution of this claim" (underlining added).

[63] The interlocutory decision demonstrates that the gap in the evidence related to at least two issues. The first was the issue of who bore responsibility for the failure to implement the allocation of land directed by the McKenna-McBride Commission (reasons, paragraph 26). The second issue was whether the Crown had a duty to refer the Ditchburn-Clark dispute to the Secretary of State for the Colonies (reasons, paragraph 27).

[64] The record does not shed light on why the Tribunal failed to advise the parties in its memorandum of July 8, 2015, that it found the evidentiary record lacking on these points and to request that the parties address the evidentiary shortfall. At the same time, the parties could have been requested to provide submissions as to how, if at all, the additional material was relevant to these issues and the extent that facts found in the additional material could be judicially noticed.

The parties would then have been in a position to make meaningful submissions about what other material was relevant or authoritative.

[65] Had the Tribunal proceeded in this manner, I see no impediment to its ability to judicially note facts as directed by the Supreme Court in *Spence*.

[66] The use the Tribunal made of the additional material is evident from the passages in the final decision quoted above at paragraph 17. Contrary to the submission of the Akisq'nuk, the Tribunal proceeded to judicially note and rely upon the additional material to make factual findings that directly led to the final decision.

[67] The additional material was dispositive of the issue of who bore responsibility for the failure to implement the allocation of land recommended by the McKenna-McBride Commission. As evidenced at paragraphs 242-245 of the final decision, the treatises were used to dispel Canada's argument that measures taken to advance the interest of the Akisq'nuk would have impeded or prevented the ultimate transfer of land from British Columbia to Canada.

[68] Similarly, the additional material was used to fill the evidentiary gap surrounding the availability of recourse to the Secretary of State for the Colonies. Canada's submission that it could not unilaterally implement the McKenna-McBride Commission's allocation of land and that, in view of the legal uncertainty about the legal obligation of the province to transfer land, Canada took all appropriate steps to support the addition of the 2960 acres was defeated by the

Tribunal's characterization of its conduct as "what may well have been an unnecessary political compromise" (reasons, paragraph 305).

[69] In summary, the Tribunal found a gap in the evidence with respect to two central issues. It failed to identify that evidentiary gap to the parties. Instead, the Tribunal referred to three academic texts and to the 1927 Report of the Joint Special Committee without particularizing either the facts it proposed to take notice of or the issues those facts related to. In doing so, the Tribunal failed to afford Canada a meaningful opportunity to present its case fully and fairly. Canada did not know the facts and information it was required to respond to, and it was denied a meaningful opportunity to adduce evidence and make responsive submissions.

## VII. Conclusion

[70] I have concluded that Canada did not have a meaningful opportunity to present its case fully and fairly. There is no basis on which I can conclude that had Canada known the case it was required to meet it was impossible for it to have put further information before the Tribunal to answer the Tribunal's concerns. It follows that I would allow the applications for judicial review, set aside the interlocutory and final decisions of the Tribunal and direct that the claim be returned to the Tribunal to be re-determined by a differently constituted panel.

[71] Canada does not seek costs and I agree that this is an appropriate case for each party to bear their own costs. Therefore, I would make no order as to costs.

[72] A copy of these reasons shall be placed on each court file.

“Eleanor R. Dawson”

---

J.A.

“I agree.

M. Nadon J.A.”

“I agree.

Johanne Gauthier J.A.”

**FEDERAL COURT OF APPEAL**

**NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD**

**DOCKET:**

A-80-16

**STYLE OF CAUSE:**

HER MAJESTY THE QUEEN IN  
RIGHT OF CANADA AS  
REPRESENTED BY THE MINISTER  
OF INDIAN AFFAIRS AND  
NORTHERN DEVELOPMENT  
CANADA v. AKISQ'NUK FIRST  
NATION

**AND DOCKET:**

A-81-16

**STYLE OF CAUSE:**

HER MAJESTY THE QUEEN IN  
RIGHT OF CANADA AS  
REPRESENTED BY THE MINISTER  
OF INDIAN AFFAIRS AND  
NORTHERN DEVELOPMENT  
CANADA v. AKISQ'NUK FIRST  
NATION

**PLACE OF HEARING:**

VANCOUVER, BRITISH COLUMBIA

**DATE OF HEARING:**

MAY 16, 2017

**REASONS FOR JUDGMENT BY:**

DAWSON J.A.

**CONCURRED IN BY:**

NADON J.A.  
GAUTHIER J.A.

**DATED:**

SEPTEMBER 1, 2017

**APPEARANCES:**

Shelan Miller  
Deborah McIntosh  
Jamie Hansen

FOR THE APPLICANT

David G. Butcher, Q.C.

FOR THE RESPONDENT

Darwin Hanna  
Caroline Roberts

FOR THE RESPONDENT

**SOLICITORS OF RECORD:**

Nathalie G. Drouin  
Deputy Attorney General of Canada

FOR THE APPLICANT

Wilson Butcher  
Vancouver, British Columbia

FOR THE RESPONDENT

Callison & Hanna  
Vancouver, British Columbia

FOR THE RESPONDENT

**Chippewas of the Thames First Nation**  
*Appellant*

v.

**Enbridge Pipelines Inc.,  
National Energy Board and  
Attorney General of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Saskatchewan,  
Nunavut Wildlife Management Board,  
Suncor Energy Marketing Inc.,  
Mohawk Council of Kahnawà:ke,  
Mississaugas of the New Credit First Nation  
and Chiefs of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: CHIPPEWAS OF THE THAMES FIRST  
NATION v. ENBRIDGE PIPELINES INC.**

**2017 SCC 41**

File No.: 36776.

2016: November 30; 2017: July 26.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and  
Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Constitutional law — Aboriginal rights — Treaty rights — Crown — Duty to consult — Decision by federal independent regulatory agency which could impact Aboriginal and treaty rights — Pipeline crossing traditional territory of First Nation — National Energy Board approving modification of pipeline — Whether Board's contemplated decision on project's approval amounted to Crown conduct triggering duty to consult — Whether Crown consultation can be conducted through regulatory process — Role of regulatory tribunal when Crown not a party to regulatory process — Scope of duty to consult — Whether there was adequate notice to First Nation that Crown was relying on Board's process to fulfill its duty to consult — Whether Crown's consultation obligation fulfilled — Whether Board's written reasons were sufficient*

**Chippewas of the Thames First Nation**  
*Appelante*

c.

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

et

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

**RÉPERTORIÉ : CHIPPEWAS OF THE THAMES FIRST  
NATION c. PIPELINES ENBRIDGE INC.**

**2017 CSC 41**

N° du greffe : 36776.

2016 : 30 novembre; 2017 : 26 juillet.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droits issus de traités — Couronne — Obligation de consultation — Décision d'un organisme de réglementation fédéral indépendant qui pourrait avoir une incidence sur des droits ancestraux et issus de traités — Pipeline traversant le territoire traditionnel d'une première nation — Approbation par l'Office national de l'énergie d'une modification du pipeline — La décision envisagée par l'Office relativement à l'approbation du projet peut-elle être considérée comme une mesure de la Couronne ayant donné naissance à l'obligation de consulter? — La consultation incombant à la Couronne peut-elle être menée dans le cadre d'un processus réglementaire? — Rôle d'un tribunal administratif lorsque la Couronne n'est pas partie au processus réglementaire — Étendue*

*to satisfy Crown's obligation — National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, s. 58.*

The National Energy Board (NEB), a federal administrative tribunal and regulatory agency, was the final decision maker on an application by Enbridge Pipelines Inc. for a modification to a pipeline that would reverse the flow of part of the pipeline, increase its capacity, and enable it to carry heavy crude. The NEB issued notice to Indigenous groups, including the Chippewas of the Thames First Nation (Chippewas), informing them of the project, the NEB's role, and the NEB's upcoming hearing process. The Chippewas were granted funding to participate in the process, and they filed evidence and delivered oral argument delineating their concerns that the project would increase the risk of pipeline ruptures and spills, which could adversely impact their use of the land. The NEB approved the project, and was satisfied that potentially affected Indigenous groups had received adequate information and had the opportunity to share their views. The NEB also found that potential project impacts on the rights and interests of Aboriginal groups would likely be minimal and would be appropriately mitigated. A majority of the Federal Court of Appeal dismissed the Chippewas' appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

When an independent regulatory agency such as the NEB is tasked with a decision that could impact Aboriginal or treaty rights, the NEB's decision would itself be Crown conduct that implicates the Crown's duty to consult. As a statutory body with the delegated executive responsibility to make a decision that could adversely affect Aboriginal and treaty rights, the NEB acted on behalf of the Crown in approving Enbridge's application. Because the authorized work could potentially adversely affect the Chippewas' asserted Aboriginal and treaty rights, the Crown had an obligation to consult.

The Crown may rely on steps taken by an administrative body to fulfill its duty to consult so long as the

*de l'obligation de consulter — La première nation a-t-elle été avisée adéquatement du fait que la Couronne s'en remettait au processus de l'Office pour satisfaire à son obligation de consulter? — La Couronne s'est-elle acquittée de son obligation de consulter? — Les motifs écrits de l'Office étaient-ils suffisants pour satisfaire à l'obligation de la Couronne? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 58.*

L'Office national de l'énergie (ONÉ), tribunal administratif fédéral et organisme de réglementation, était le décideur ultime concernant une demande présentée par Pipelines Enbridge inc. en vue que soit apportée à une canalisation une modification qui aurait pour effet d'inverser le sens de l'écoulement dans une partie du pipeline, d'accroître sa capacité et de permettre le transport de pétrole brut lourd. L'ONÉ a envoyé un avis à des groupes autochtones, y compris aux Chippewas of the Thames First Nation (Chippewas), afin de les informer du projet, du rôle de l'ONÉ et du processus d'audience à venir. Les Chippewas ont obtenu les fonds nécessaires pour participer au processus, et ils ont déposé des éléments de preuve et présenté des observations orales à l'audience faisant état de leur crainte que le projet n'augmente le risque de ruptures du pipeline et de déversements, ce qui pourrait avoir des effets préjudiciables sur leur utilisation du territoire. L'ONÉ a approuvé le projet, estimant que les groupes autochtones susceptibles d'être touchés avaient été suffisamment renseignés à son sujet et avaient eu l'occasion de faire connaître leurs points de vue. L'ONÉ a également conclu que les effets éventuels du projet sur les droits et les intérêts des groupes autochtones seraient vraisemblablement négligeables et atténués de façon convenable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont rejeté l'appel des Chippewas.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Lorsqu'un organisme de réglementation indépendant tel l'ONÉ doit rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités, la décision de l'ONÉ constituerait en soi une mesure de la Couronne emportant pour celle-ci une obligation de consulter. En tant qu'organisme d'origine législative investi du pouvoir délégué de rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux et issus de traités, l'ONÉ agissait au nom de la Couronne lorsqu'il a approuvé la demande d'Enbridge. Comme les travaux autorisés étaient susceptibles de porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités invoqués par les Chippewas, la Couronne avait une obligation de consulter.

La Couronne peut se fonder sur les mesures prises par un organisme administratif pour satisfaire à son obligation



agency possesses the statutory powers to do what the duty to consult requires in the particular circumstances, and so long as it is made clear to the affected Indigenous group that the Crown is so relying. However, if the agency's statutory powers are insufficient in the circumstances or if the agency does not provide adequate consultation and accommodation, the Crown must provide further avenues for meaningful consultation and accommodation prior to project approval. Otherwise, a regulatory decision made on the basis of inadequate consultation will not satisfy constitutional standards and should be quashed.

A regulatory tribunal's ability to assess the Crown's duty to consult does not depend on whether the government participated in the hearing process. The Crown's constitutional obligation does not disappear when the Crown acts to approve a project through a regulatory body such as the NEB. It must be discharged before the government proceeds with approval of a project that could adversely affect Aboriginal or treaty rights. As the final decision maker on certain projects, the NEB is obliged to consider whether the Crown's consultation was adequate if the concern is raised before it. The responsibility to ensure the honour of the Crown is upheld remains with the Crown. However, administrative decision makers have both the obligation to decide necessary questions of law and an obligation to make decisions within the contours of the state's constitutional obligations.

The duty to consult is not the vehicle to address historical grievances. The subject of the consultation is the impact on the claimed rights of the current decision under consideration. Even taking the strength of the Chippewas' claim and the seriousness of the potential impact on the claimed rights at their highest, the consultation undertaken in this case was manifestly adequate. Potentially affected Indigenous groups were given early notice of the NEB's hearing and were invited to participate in the process. The Chippewas accepted the invitation and appeared before the NEB. They were aware that the NEB was the final decision maker. Moreover, they understood that no other Crown entity was involved in the process for the purposes of carrying out consultation. The circumstances of this case made it sufficiently clear to the Chippewas that the NEB process was intended to constitute Crown consultation and accommodation. Notwithstanding the Crown's failure to provide timely notice that it intended to

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

Le pouvoir d'un tribunal administratif d'apprécier l'obligation de consulter de la Couronne n'est pas tributaire de la participation du gouvernement au processus d'audience. L'obligation constitutionnelle de la Couronne ne disparaît pas lorsqu'elle s'engage dans le processus d'approbation d'un projet par l'intermédiaire d'un organisme de réglementation tel l'ONÉ. Il doit être satisfait à cette obligation avant que le gouvernement n'approuve un projet susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités. En tant que décideur ultime en ce qui concerne certains projets, l'ONÉ doit, lorsque la question est soulevée devant lui, se demander si les consultations par la Couronne relativement à un projet donné ont été adéquates. La responsabilité de veiller à ce que l'honneur de la Couronne soit préservé continue de reposer sur cette dernière. Toutefois, les décideurs administratifs ont l'obligation de trancher les questions de droit pertinentes soulevées devant eux, ainsi que l'obligation de rendre leurs décisions dans le respect des obligations constitutionnelles de l'État.

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

rely on the NEB's process to fulfill its duty to consult, its consultation obligation was met.

The NEB's statutory powers under s. 58 of the *National Energy Board Act* were capable of satisfying the Crown's constitutional obligations in this case. Furthermore, the process undertaken by the NEB in this case was sufficient to satisfy the Crown's duty to consult. First, the NEB provided the Chippewas with an adequate opportunity to participate in the decision-making process. Second, the NEB sufficiently assessed the potential impacts on the rights of Indigenous groups and found that the risk of negative consequences was minimal and could be mitigated. Third, in order to mitigate potential risks, the NEB provided appropriate accommodation through the imposition of conditions on Enbridge.

Finally, where affected Indigenous peoples have squarely raised concerns about Crown consultation, the NEB must usually provide written reasons. What is necessary is an indication that the NEB took the asserted Aboriginal and treaty rights and interests into consideration and accommodated them where appropriate. In this case, the NEB's written reasons are sufficient to satisfy the Crown's obligation. Unlike the NEB's reasons in the companion case *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, the discussion of Aboriginal consultation was not subsumed within an environmental assessment. The NEB reviewed the written and oral evidence of numerous Indigenous groups and identified, in writing, the rights and interests at stake. It assessed the risks that the project posed to those rights and interests and concluded that the risks were minimal. Nonetheless, it provided written and binding conditions of accommodation to adequately address any negative impacts on the asserted rights from the approval and completion of the project.

### Cases Cited

**Applied:** *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; **referred to:** *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC

omission de donner avis en temps utile de son intention de s'en remettre au processus de l'ONÉ pour s'acquitter de son obligation de consulter, la Couronne a respecté son obligation de mener des consultations.

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

Enfin, lorsque des groupes autochtones touchés soulèvent directement des préoccupations concernant les consultations incombant à la Couronne, l'ONÉ doit habituellement motiver sa décision par écrit. Ce qu'il faut, c'est que l'ONÉ indique qu'il a pris en considération les droits ancestraux et issus de traités invoqués et qu'il a pris des accommodements à leur égard lorsqu'il convenait de le faire. En l'espèce, les motifs écrits exposés par l'ONÉ sont suffisants et permettent de satisfaire à l'obligation de la Couronne. Contrairement aux motifs de l'ONÉ dans l'affaire connexe *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, l'analyse de la consultation menée auprès des Autochtones n'était pas intégrée dans une évaluation environnementale. L'ONÉ a examiné les éléments de preuve présentés par écrit et de vive voix par de nombreux groupes autochtones et il a identifié, par écrit, les droits et intérêts en jeu. Il a apprécié les risques que le projet posait à l'égard de ces droits et intérêts et conclu qu'ils étaient minimes. Néanmoins, il a imposé par écrit, sous forme de conditions contraignantes, des mesures d'accommodement en vue de remédier adéquatement à tout effet préjudiciable sur les droits invoqués par suite de l'approbation et de la réalisation du projet.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; **arrêts mentionnés :** *Nation haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004

73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234; *Kainaiwa/Blood Tribe v. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act*, 1982, s. 35.

*National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, ss. 3, 22(1), Part III, 30(1), 52, 54(1), 58.

*Oil Pipeline Uniform Accounting Regulations*, C.R.C., c. 1058.

### Authors Cited

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

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Ryer, Webb and Rennie JJ.A.), 2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96, 390 D.L.R. (4th) 735, [2016] 1 C.N.L.R. 18, 479 N.R. 220, [2015] F.C.J. No. 1294 (QL), 2015 CarswellNat 5511 (WL Can.), affirming a decision of the National Energy Board, No. OH-002-2013, March 6, 2014, 2014 LNCNEB 4 (QL). Appeal dismissed.

*David C. Nahwegahbow and Scott Robertson*, for the appellant.

*Douglas E. Crowther, Q.C., Joshua A. Jantzi and Aaron Stephenson*, for the respondent Enbridge Pipelines Inc.

*Jody Saunders and Kristen Lozynsky*, for the respondent the National Energy Board.

*Peter Southey and Mark R. Kindrachuk, Q.C.*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Manizeh Fancy and Richard Ogden*, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *West Moberly First Nations c. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234; *Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

### Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.

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

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

### Doctrine et autres documents cités

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

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

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

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

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

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

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

*Richard James Fyfe*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

*Marie-France Major* and *Thomas Slade*, for the intervener the Nunavut Wildlife Management Board.

*Martin Ignasiak*, *W. David Rankin* and *Thomas Kehler*, for the intervener Suncor Energy Marketing Inc.

*Francis Walsh* and *Suzanne Jackson*, for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke.

*Nuri G. Frame*, *Jason T. Madden* and *Jessica Labranche*, for the intervener the Mississaugas of the New Credit First Nation.

*Maxime Faille*, *Jaimie Lickers* and *Guy Régimbald*, for the intervener the Chiefs of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS AND BROWN JJ. —

## I. Introduction

[1] In this appeal and in its companion, *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, this Court must consider the Crown's duty to consult with Indigenous peoples prior to an independent regulatory agency's approval of a project that could impact their rights. As we explain in the companion case, the Crown may rely on regulatory processes to partially or completely fulfill its duty to consult.

[2] These cases demonstrate that the duty to consult has meaningful content, but that it is limited in scope. The duty to consult is rooted in the need to avoid the impairment of asserted or recognized rights that flows from the implementation of the specific project at issue; it is not about resolving broader claims that transcend the scope of the proposed project. That said, the duty to consult requires

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

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

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

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

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

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES KARAKATSANIS ET BROWN —

## I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi et le pourvoi connexe, *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, la Cour est appelée à examiner l'obligation qui incombe à la Couronne de consulter les peuples autochtones avant qu'un organisme de réglementation indépendant n'approuve un projet susceptible de porter atteinte à leurs droits. Comme nous l'expliquons dans le pourvoi connexe, la Couronne peut s'en remettre à des processus réglementaires pour satisfaire, en tout ou en partie, à son obligation de consulter.

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

an informed and meaningful opportunity for dialogue with Indigenous groups whose rights may be impacted.

[3] The Chippewas of the Thames First Nation has historically resided near the Thames River in south-western Ontario, where its members carry out traditional activities that are central to their identity and way of life. Enbridge Pipelines Inc.'s Line 9 pipeline crosses their traditional territory.

[4] In November 2012, Enbridge applied to the National Energy Board (NEB) for approval of a modification of Line 9 that would reverse the flow of part of the pipeline, increase its capacity, and enable it to carry heavy crude. These changes would increase the assessed risk of spills along the pipeline. The Chippewas of the Thames requested Crown consultation before the NEB's approval, but the Crown signalled that it was relying on the NEB's public hearing process to address its duty to consult.

[5] The NEB approved Enbridge's proposed modification. The Chippewas of the Thames then brought an appeal from that decision to the Federal Court of Appeal, arguing that the NEB had no jurisdiction to approve the Line 9 modification in the absence of Crown consultation. The majority of the Federal Court of Appeal dismissed the appeal, and the Chippewas of the Thames brought an appeal from that decision to this Court. For the reasons set out below, we would dismiss the appeal. The Crown is entitled to rely on the NEB's process to fulfill the duty to consult. In this case, in light of the scope of the project and the consultation process afforded to the Chippewas of the Thames by the NEB, the Crown's duty to consult and accommodate was fulfilled.

l'obligation de consulter exige une véritable possibilité de dialogue avec les groupes autochtones dont les droits peuvent être touchés.

[3] L'appelante, Chippewas of the Thames First Nation (Chippewas de la Thames), vit depuis longtemps près de la rivière Thames dans le Sud-Ouest de l'Ontario, où ses membres poursuivent des activités traditionnelles qui sont au cœur de leur identité et de leur mode de vie. La canalisation 9 de Pipelines Enbridge inc. traverse son territoire traditionnel.

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

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



## II. Background

### A. *The Chippewas of the Thames First Nation*

[6] The Chippewas of the Thames are the descendants of a part of the Anishinaabe Nation that lived along the shore of the Thames River in southwestern Ontario prior to the arrival of European settlers in the area at the beginning of the 18th century. Their ancestors' lifestyle involved hunting, fishing, trapping, gathering, growing corn and squash, performing ceremonies at sacred sites, and collecting animals, plants, minerals, maple sugar and oil in their traditional territory.

[7] The Chippewas of the Thames assert that they have a treaty right guaranteeing their exclusive use and enjoyment of their reserve lands. They also assert Aboriginal harvesting rights as well as the right to access and preserve sacred sites in their traditional territory. Finally, they claim Aboriginal title to the bed of the Thames River, its airspace, and other lands throughout their traditional territory.

### B. *Legislative Scheme*

[8] The NEB is a federal administrative tribunal and regulatory agency established under s. 3 of the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7 (*NEB Act*), whose functions include the approval and regulation of pipeline projects. The *NEB Act* prohibits the operation of a pipeline unless a certificate of public convenience and necessity has been issued for the project and the proponent has been given leave under Part III to open the pipeline (s. 30(1)).

[9] The NEB occupies an advisory role with respect to the issuance of a certificate of public convenience and necessity. Under ss. 52(1) and 52(2), it can submit a report to the Minister of Natural Resources setting out: (i) its recommendation on whether a certificate should be issued based on its consideration of certain criteria; and (ii) the terms

## II. Contexte

### A. *Les Chippewas de la Thames*

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

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

### B. *Régime législatif*

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

[9] L'ONÉ exerce un rôle consultatif pour ce qui est de la délivrance des certificats d'utilité publique. Les paragraphes 52(1) et 52(2) prévoient qu'il peut présenter au ministre des Ressources naturelles un rapport où figurent : (i) sa recommandation motivée à savoir si un certificat devrait être délivré eu égard à certains critères; (ii) les conditions qu'il estime

and conditions that it considers necessary or desirable in the public interest to be attached to the project should the certificate be issued. The Governor in Council may then direct the NEB either to issue the certificate or to dismiss the application (s. 54(1)).

[10] Under s. 58 of the *NEB Act*, however, the NEB may make orders, on terms and conditions that it considers proper, exempting smaller pipeline projects or project modifications from various requirements that would otherwise apply under Part III, including the requirement for the issuance of a certificate of public convenience and necessity. Consequently, as in this case, smaller projects and amendments to existing facilities are commonly sought under s. 58. The NEB is the final decision maker on s. 58 exemptions.

### C. *The Line 9 Pipeline and the Project*

[11] The Line 9 pipeline, connecting Sarnia to Montreal, opened in 1976 with the purpose of transporting crude oil from western Canada to eastern refineries. Line 9 cuts through the Chippewas of the Thames' traditional territory and crosses the Thames River. It was approved and built without any consultation of the Chippewas of the Thames.

[12] In 1999, following NEB approval, Line 9 was reversed to carry oil westward. In July 2012, the NEB approved an application from Enbridge, the current operator of Line 9, for the re-reversal (back to eastward flow) of the westernmost segment of Line 9, between Sarnia and North Westover, called "Line 9A".

[13] In November 2012, Enbridge filed an application under Part III of the *NEB Act* for a modification to Line 9. The project would involve reversing the flow (to eastward) in the remaining 639-kilometre segment of Line 9, called "Line 9B", between North Westover and Montreal; increasing the annual capacity of Line 9 from 240,000

utiles, dans l'intérêt public, de rattacher au projet dans le cas où le certificat serait délivré. Le gouverneur en conseil peut ensuite donner instruction à l'ONÉ de délivrer le certificat ou de rejeter la demande (par. 54(1)).

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

### C. *La canalisation 9 et le projet*

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

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

[13] En novembre 2012, Enbridge a présenté une demande de modification à la canalisation 9 fondée sur la partie III de la *Loi sur l'ONÉ*. Le projet consistait à inverser (vers l'est) le sens de l'écoulement pour le tronçon restant de la canalisation 9, appelé « canalisation 9B », d'une longueur de 639 kilomètres entre North Westover et Montréal,

to 300,000 barrels per day; and allowing for the transportation of heavy crude. While the project involved a significant increase of Line 9's throughput, virtually all of the required construction would take place on previously disturbed lands owned by Enbridge and on Enbridge's right of way.

[14] Enbridge also sought exemptions under s. 58 from various filing requirements which would otherwise apply under Part III of the *NEB Act*, the *Oil Pipeline Uniform Accounting Regulations*, C.R.C., c. 1058, and the NEB's Filing Manual. The most significant requested exemption was to dispense with the requirement for a certificate of public convenience and necessity, which as explained above is subject to the Governor in Council's final approval under s. 52 of the *NEB Act*. Without the need for a Governor in Council-approved certificate, the NEB would have the final word on the project's approval.

[15] In December 2012, the NEB, having determined that Enbridge's application was complete enough to proceed to assessment, issued a hearing order, which established the process for the NEB's consideration of the project. This process culminated in a public hearing, the purpose of which was for the NEB to gather and review information that was relevant to the assessment of the project. Persons or organizations interested in the outcome of the project, or in possession of relevant information or expertise, could apply to participate in the hearing. The NEB accepted the participation of 60 interveners and 111 commenters.

#### D. *Indigenous Consultation on the Project*

[16] In February 2013, after Enbridge filed its application and several months before the hearings, the NEB issued notice to 19 potentially affected Indigenous groups, including the Chippewas of the Thames, informing them of the project, the NEB's role, and the NEB's upcoming hearing process.

à accroître la capacité annuelle de la canalisation 9, qui passerait de 240 000 à 300 000 barils par jour, et à permettre le transport de pétrole brut. Si le projet impliquait une augmentation importante du débit de la canalisation 9, la presque totalité des travaux nécessaires devaient toutefois avoir lieu sur des terres déjà perturbées appartenant à Enbridge et dans les limites de l'emprise d'Enbridge.

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

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

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

[16] En février 2013, après le dépôt de la demande d'Enbridge et plusieurs mois avant les audiences, l'ONÉ a envoyé un avis à 19 groupes autochtones susceptibles d'être touchés par le projet, y compris aux Chippewas de la Thames, afin de les informer du projet, du rôle de l'ONÉ et du processus d'audience à



Between April and July 2013, it also held information meetings in three communities upon their request.

[17] In September 2013, prior to the NEB hearing, the Chiefs of the Chippewas of the Thames and the Aamjiwnaang First Nation wrote a joint letter to the Prime Minister, the Minister of Natural Resources, and the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development. The letter described the asserted Aboriginal and treaty rights of both groups and the project's potential impact on them. The Chiefs noted that no Crown consultation with any affected Indigenous groups had taken place with respect to the project's approval, and called on the Ministers to initiate Crown consultation. No response arrived until after the conclusion of the NEB hearing.

[18] In the meantime, the NEB's process unfolded. The Chippewas of the Thames were granted funding to participate as an intervener, and they filed evidence and delivered oral argument at the hearing delineating their concerns that the project would increase the risk of pipeline ruptures and spills along Line 9, which could adversely impact their use of the land and the Thames River for traditional purposes.

[19] In January 2014, after the NEB's hearing process had concluded, the Minister of Natural Resources responded to the September 2013 letter. The response acknowledged the Government of Canada's commitment to fulfilling its duty to consult where it exists, and stated that the "[NEB's] regulatory review process is where the Government's jurisdiction on a pipeline project is addressed. The Government relies on the NEB processes to address potential impacts to Aboriginal and treaty rights stemming from projects under its mandate" (A.R., vol. VI, at p. 47). In sum, the Minister indicated that he would be relying solely on the NEB's process to fulfill the Crown's duty to consult Indigenous peoples on the project.

venir. D'avril à juillet 2013, l'ONÉ a également tenu des séances d'information dans trois communautés, à la demande de celles-ci.

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

[18] Entre-temps, le processus de l'ONÉ a suivi son cours. Les Chippewas de la Thames ont obtenu les fonds nécessaires pour y participer en qualité d'intervenants. Ils ont déposé des éléments de preuve et présenté des observations orales à l'audience. Ils ont dit craindre que le projet n'augmente le risque de ruptures du pipeline et de déversements le long de la canalisation 9, ce qui pourrait avoir des effets préjudiciables sur leur utilisation traditionnelle du territoire et de la rivière.

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

### III. The Decisions Below

#### A. *The NEB's Decision, 2014 LNCNEB 4 (QL)*

[20] The NEB approved the project, finding that it was in the public interest and consistent with the requirements in the *NEB Act*. It explained that the approval “enables Enbridge to react to market forces and provide benefits to Canadians, while at the same time implementing the Project in a safe and environmentally sensitive manner” (para. 20). The NEB imposed conditions on the project related to pipeline integrity, safety, environmental protection, and the impact of the project on Indigenous communities.

[21] In its discussion of Aboriginal Matters (Chapter 7 of the NEB's reasons), the NEB explained that it “interprets its responsibilities, including those outlined in section 58 of the NEB Act, in a manner consistent with the *Constitution Act, 1982*, including section 35” (para. 293). It noted that proponents are required to make reasonable efforts to consult with Indigenous groups, and that the NEB hearing process is part of the consultative process. In deciding whether a project is in the public interest, the NEB “considers all of the benefits and burdens associated with the project, balancing the interests and concerns of Aboriginal groups with other interests and factors” (para. 301).

[22] The NEB noted that, in this case, the scope of the project was limited. It was not an assessment of the current operating Line 9, but rather of the modifications required to increase the capacity of Line 9, transport heavy crude on Line 9, and reverse the flow of Line 9B. Enbridge would not need to acquire any new permanent land rights for the project. Most work would take place within existing Enbridge facilities and its existing right of way. Given the limited scope of the project, the NEB was satisfied that potentially affected Indigenous groups had received adequate information about the project. It was also satisfied that potentially affected Indigenous groups had the opportunity to share their views about the project through the NEB hearing process and through discussions with Enbridge.

### III. Les décisions des juridictions inférieures

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

[20] L'ONÉ a approuvé le projet, estimant qu'il était dans l'intérêt public et qu'il répondait aux exigences de la *Loi sur l'ONÉ*. Il a expliqué que sa décision « donne à Enbridge la possibilité de réagir aux forces du marché et procure des avantages à la population canadienne. Elle permet également la mise en œuvre du projet d'une manière sécuritaire et écologique » (par. 20). L'ONÉ a assorti le projet de conditions relatives à l'intégrité et à la sécurité du pipeline, à la protection de l'environnement et à ses effets sur les communautés autochtones.

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

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

The NEB expected that Enbridge would continue consultations after the project's approval.

[23] While Enbridge acknowledged that the project would increase the assessed risk for some parts of Line 9, the NEB found that "any potential Project impacts on the rights and interests of Aboriginal groups are likely to be minimal and will be appropriately mitigated" (para. 343) given the project's limited scope, the commitments made by Enbridge, and the conditions imposed by the NEB. While the project would occur on lands used by Indigenous groups for traditional purposes, those lands are within Enbridge's existing right of way. The project was therefore unlikely to impact traditional land use. The NEB acknowledged that a spill on Line 9 could impact traditional land use, but it was satisfied that "Enbridge will continue to safely operate Line 9, protect the environment, and maintain comprehensive emergency response plans" (*ibid.*).

[24] The NEB imposed three conditions on the project related to Indigenous communities. Condition 6 required Enbridge to file an Environmental Protection Plan for the project including an Archaeological Resource Contingency plan. Condition 24 required Enbridge to prepare an Ongoing Engagement Report providing details on its discussions with Indigenous groups going forward. Condition 26 "directs Enbridge to include Aboriginal groups in Enbridge's continuing education program (including emergency management exercises), liaison program and consultation activities on emergency preparedness and response" (*ibid.*).

B. *Appeal to the Federal Court of Appeal, 2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96*

[25] The Chippewas of the Thames brought an appeal from the NEB's decision to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 22(1) of the *NEB Act*. They

l'ONÉ et de leurs discussions avec Enbridge. L'ONÉ s'attendait à ce qu'Enbridge poursuive les consultations une fois le projet approuvé.

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

[24] L'ONÉ a imposé à l'égard du projet trois conditions relatives aux communautés autochtones. La condition 6 obligeait Enbridge à présenter un plan de protection de l'environnement incluant un plan d'urgence relatif aux ressources archéologiques. La condition 24 exigeait d'Enbridge qu'elle prépare un rapport d'engagement permanent contenant des détails sur les discussions à venir avec les groupes autochtones. Enfin, la condition 26 « demand[ait] qu'Enbridge inclue les groupes autochtones dans son programme d'éducation permanente (y compris les exercices de sécurité civile), son programme de liaison et ses consultations en matière de protection civile et d'intervention » (*ibid.*).

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

[25] Les Chippewas de la Thames ont interjeté appel de la décision de l'ONÉ à la Cour d'appel fédérale, conformément au par. 22(1) de la *Loi sur*

argued that the decision should be quashed, as the NEB was “without jurisdiction to issue exemptions and authorizations to [Enbridge] prior to the Crown fulfilling its duty to consult and accommodate” (para. 2).

[26] The majority of the Federal Court of Appeal (Ryer and Webb JJ.A.) dismissed the appeal. It concluded that the NEB was not required to determine, as a condition of undertaking its mandate with respect to Enbridge’s application, whether the Crown had a duty to consult under *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, and, if so, whether the Crown had fulfilled this duty.

[27] The majority also concluded that the NEB did not have a duty to consult the Chippewas of the Thames. It noted that while the NEB is required to carry out its mandate in a manner that respects s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, the NEB had adhered to this obligation by requiring Enbridge to consult extensively with the Chippewas of the Thames and other First Nations.

[28] Rennie J.A. dissented. He would have allowed the appeal. In his view, the NEB was required to determine whether the duty to consult had been triggered and fulfilled. Given that the NEB is the final decision maker for s. 58 applications, it must have the power and duty to assess whether consultation is adequate, and to refuse a s. 58 application where consultation is inadequate.

#### IV. Analysis

##### A. *Crown Conduct Triggering the Duty to Consult*

[29] In the companion case to this appeal, *Clyde River*, we outline the principles which apply when an independent regulatory agency such as the NEB is tasked with a decision that could impact Aboriginal or treaty rights. In these circumstances, the NEB’s decision would itself be Crown conduct that

*l’ONÉ*. Ils ont fait valoir que la décision devait être annulée, car « il n’entraînait pas dans les pouvoirs de l’Office d’exempter et d’autoriser [Enbridge] avant que la Couronne ne se soit acquittée de son obligation de consulter l’appelante et de trouver des accommodements » (par. 2).

[26] Les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale (les juges Ryer et Webb) ont rejeté l’appel. Ils ont conclu que l’ONÉ n’avait pas à décider, pour remplir son mandat en ce qui concerne la demande d’Enbridge, si la Couronne était tenue à une obligation de consulter au sens de l’arrêt *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, et, le cas échéant, si la Couronne avait satisfait à cette obligation.

[27] Les juges majoritaires ont également conclu que l’ONÉ n’était pas tenu de consulter les Chippewas de la Thames. Ils ont indiqué que, bien qu’il doive s’acquitter de son mandat conformément aux dispositions du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l’ONÉ avait satisfait à cette obligation en exigeant d’Enbridge qu’elle participe à des consultations approfondies avec les Chippewas de la Thames et d’autres Premières Nations.

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

#### IV. Analyse

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

[29] Dans le pourvoi connexe *Clyde River*, nous exposons les principes applicables lorsqu’un organisme de réglementation indépendant tel que l’ONÉ doit rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités. Dans un tel cas, la décision de l’ONÉ constituerait

implicates the Crown's duty to consult (*Clyde River*, at para. 29). A decision by a regulatory tribunal would trigger the Crown's duty to consult when the Crown has knowledge, real or constructive, of a potential or recognized Aboriginal or treaty right that may be adversely affected by the tribunal's decision (*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 31; *Clyde River*, at para. 25).

[30] We do not agree with the suggestion that because the Crown, in the form of a representative of the relevant federal department, was not a party before the NEB, there may have been no Crown conduct triggering the duty to consult (see C.A. reasons, at paras. 57 and 69-70).

[31] As the respondents conceded before this Court, the NEB's contemplated decision on the project's approval would amount to Crown conduct. When the NEB grants an exemption under s. 58 of the *NEB Act* from the requirement for a certificate of public convenience and necessity, which otherwise would be subject to Governor in Council approval, the NEB effectively becomes the final decision maker on the entire application. As a statutory body with the delegated executive responsibility to make a decision that could adversely affect Aboriginal and treaty rights, the NEB acted on behalf of the Crown in approving Enbridge's application. Because the authorized work — the increase in flow capacity and change to heavy crude — could potentially adversely affect the Chippewas of the Thames' asserted Aboriginal and treaty rights, the Crown had an obligation to consult with respect to Enbridge's project application.

*B. Crown Consultation Can Be Conducted Through a Regulatory Process*

[32] The Chippewas of the Thames argue that meaningful Crown consultation cannot be carried out

en soi une mesure de la Couronne emportant pour celle-ci une obligation de consulter (*Clyde River*, par. 29). Une décision d'un tribunal administratif donnerait naissance à l'obligation de la Couronne de consulter lorsque celle-ci a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence d'un droit ancestral ou issu d'un traité, potentiel ou reconnu, sur lequel la décision pourrait avoir un effet préjudiciable (*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 31; *Clyde River*, par. 25).

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

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

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

[32] Les Chippewas de la Thames soutiennent qu'une véritable consultation par la Couronne ne



wholly through a regulatory process. We disagree. As we conclude in *Clyde River*, the Crown may rely on steps taken by an administrative body to fulfill its duty to consult (para. 30). The Crown may rely on a regulatory agency in this way so long as the agency possesses the statutory powers to do what the duty to consult requires in the particular circumstances (*Carrier Sekani*, at para. 60; *Clyde River*, at para. 30). However, if the agency's statutory powers are insufficient in the circumstances or if the agency does not provide adequate consultation and accommodation, the Crown must provide further avenues for meaningful consultation and accommodation in order to fulfill the duty prior to project approval. Otherwise, the regulatory decision made on the basis of inadequate consultation will not satisfy constitutional standards and should be quashed on judicial review or appeal.

[33] The majority of the Federal Court of Appeal in this case expressed concern that a tribunal like the NEB might be charged with both carrying out consultation on behalf of the Crown and then adjudicating on the adequacy of these consultations (para. 66). A similar concern was expressed in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, where, in a pre-*Haida* decision, the Court held that quasi-judicial tribunals like the NEB do not owe Indigenous peoples a heightened degree of procedural fairness. The Court reasoned that imposition of such an obligation would risk compromising the independence of quasi-judicial bodies like the NEB (pp. 183-84).

[34] In our view, these concerns are answered by recalling that while it is the *Crown* that owes a constitutional obligation to consult with potentially affected Indigenous peoples, the NEB is tasked with making legal decisions that comply with the Constitution. When the NEB is called on to assess the adequacy of Crown consultation, it may consider what consultative steps were provided, but

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

[33] En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont dit craindre qu'un tribunal tel l'ONÉ soit tenu à la fois de mener des consultations au nom de la Couronne puis de se prononcer sur le caractère adéquat de ces consultations (par. 66). Notre Cour a exprimé une préoccupation semblable dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, lorsqu'elle a conclu, dans une décision antérieure à l'arrêt *Haida*, que les tribunaux quasi judiciaires tel l'ONÉ n'ont pas à faire preuve d'un degré plus élevé d'équité procédurale à l'égard des peuples autochtones. La Cour a expliqué que le fait d'imposer une telle obligation pourrait porter atteinte à l'indépendance des tribunaux quasi judiciaires comme l'ONÉ (p. 183-184).

[34] À notre avis, il est possible de répondre à ces préoccupations en rappelant que, bien que ce soit à la *Couronne* qu'incombe l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones potentiellement touchés, l'ONÉ est tenu de rendre des décisions juridiques qui sont conformes à la Constitution. Lorsqu'il est appelé à se prononcer sur le caractère adéquat de la consultation incombant à

its obligation to remain a neutral arbitrator does not change. A tribunal is not compromised when it carries out the functions Parliament has assigned to it under its Act and issues decisions that conform to the law and the Constitution. Regulatory agencies often carry out different, overlapping functions without giving rise to a reasonable apprehension of bias. Indeed this may be necessary for agencies to operate effectively and according to their intended roles (*Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, at para. 41). Furthermore, the Court contemplated this very possibility in *Carrier Sekani*, when it reasoned that tribunals may be empowered with both the power to carry out the Crown's duty to consult and the ability to adjudicate on the sufficiency of consultation (para. 58).

C. *The Role of a Regulatory Tribunal When the Crown Is Not a Party*

[35] At the Federal Court of Appeal, the majority and dissenting judges disagreed over whether the NEB was empowered to decide whether the Crown's consultation was adequate in the absence of the Crown participating in the NEB process as a party. The disagreement stems from differing interpretations of *Carrier Sekani* and whether it overruled *Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500. In *Standing Buffalo*, the Federal Court of Appeal held that the NEB was not required to consider whether the Crown's duty to consult had been discharged before approving a s. 52 pipeline application when the Crown did not formally participate in the NEB's hearing process. The majority in this case held that the principle from *Standing Buffalo* applied here. Because the Crown (meaning, presumably, a relevant federal ministry or department) had not participated in the NEB's hearing process, the majority reasoned that the NEB was under no obligation to consider whether the Crown's duty to consult had been discharged before it approved Enbridge's s. 58 application (para. 59). In dissent, Rennie J.A.

la Couronne, l'ONÉ peut tenir compte des mesures de consultation offertes, mais son obligation de neutralité demeure la même. Un tribunal respecte sa compétence lorsqu'il exerce les fonctions que le législateur lui a attribuées dans une loi, et que ses décisions sont conformes à la loi et à la Constitution. Les organismes de réglementation cumulent bien souvent des fonctions différentes qui se chevauchent sans susciter une crainte raisonnable de partialité. En fait, ce cumul peut être nécessaire en ce qu'il permet aux organismes de remplir efficacement leur rôle (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, par. 41). D'ailleurs, notre Cour a envisagé cette possibilité dans l'arrêt *Carrier Sekani*, lorsqu'elle a expliqué que les tribunaux administratifs peuvent être investis autant du pouvoir de satisfaire à l'obligation de consulter qui incombe à la Couronne que de celui de se prononcer sur le caractère suffisant des consultations (par. 58).

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

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

reasoned that *Standing Buffalo* had been overtaken by this Court's decision in *Carrier Sekani*. Even in the absence of the Crown's participation as a party before the NEB, he held that the NEB was *required* to consider the Crown's duty to consult before approving Enbridge's application (para. 112).

[36] We agree with Rennie J.A. that a regulatory tribunal's ability to assess the Crown's duty to consult does not depend on whether the government participated in the NEB's hearing process. If the Crown's duty to consult has been triggered, a decision maker may only proceed to approve a project if Crown consultation is adequate. The Crown's constitutional obligation does not disappear when the Crown acts to approve a project through a regulatory body such as the NEB. It must be discharged before the government proceeds with approval of a project that could adversely affect Aboriginal or treaty rights (*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 78).

[37] As the final decision maker on certain projects, the NEB is obliged to consider whether the Crown's consultation with respect to a project was adequate if the concern is raised before it (*Clyde River*, at para. 36). The responsibility to ensure the honour of the Crown is upheld remains with the Crown (*Clyde River*, at para. 22). However, administrative decision makers have both the obligation to decide necessary questions of law raised before them and an obligation to make their decisions within the contours of the state's constitutional obligations (*R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at para. 77).

de l'ONÉ, les juges majoritaires se sont dits d'avis que l'ONÉ n'avait pas l'obligation d'examiner si la Couronne avait respecté son obligation de consulter avant d'approuver la demande d'Enbridge fondée sur l'art. 58 (par. 59). Dans sa dissidence, le juge Rennie a estimé que l'arrêt *Standing Buffalo* avait été écarté par la décision de notre Cour dans *Carrier Sekani*. Il a conclu que, bien que la Couronne n'ait pas participé à la procédure devant l'ONÉ en tant que partie, l'ONÉ était *tenu* de prendre en compte l'obligation de consulter de la Couronne avant d'approuver la demande d'Enbridge (par. 112).

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

[37] En tant que décideur ultime en ce qui concerne certains projets, l'ONÉ doit, lorsque la question est soulevée devant lui, se demander si les consultations par la Couronne relativement à un projet donné ont été adéquates (*Clyde River*, par. 36). La responsabilité de veiller à ce que l'honneur de la Couronne soit préservé continue de reposer sur cette dernière (*Clyde River*, par. 22). Toutefois, les décideurs administratifs ont l'obligation de trancher les questions de droit pertinentes soulevées devant eux, ainsi que l'obligation de rendre leurs décisions dans le respect des obligations constitutionnelles de l'État (*R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 77).



#### D. *Scope of the Duty to Consult*

[38] The degree of consultation required depends on the strength of the Aboriginal claim, and the seriousness of the potential impact on the right (*Haida*, at paras. 39 and 43-45).

[39] Relying on *Carrier Sekani*, the Attorney General of Canada asserts that the duty to consult in this case “is limited to the [p]roject” and “does not arise in relation to claims for past infringement such as the construction of a pipeline under the Thames River in 1976” (R.F., vol. I, at para. 80).

[40] While the Chippewas of the Thames identify new impacts associated with the s. 58 application that trigger the duty to consult and delimit its scope, they also note that “[t]he potential adverse impacts to [the asserted] Aboriginal rights and title resulting from approval of Enbridge’s application for modifications to Line 9 are cumulative and serious and could even be catastrophic in the event of a pipeline spill” (A.F., at para. 57). Similarly, the Mississaugas of the New Credit First Nation, an intervener, argued in the hearing that, because s. 58 is frequently applied to discrete pipeline expansion and redevelopment projects, there are no high-level strategic discussions or consultations about the broader impact of pipelines on the First Nations in southern Ontario.

[41] The duty to consult is not triggered by historical impacts. It is not the vehicle to address historical grievances. In *Carrier Sekani*, this Court explained that the Crown is required to consult on “adverse impacts flowing from the specific Crown proposal at issue — not [on] larger adverse impacts of the project of which it is a part. The subject of the consultation is the impact on the claimed rights of the *current* decision under consideration” (*Carrier Sekani*, at para. 53 (emphasis in original)). *Carrier Sekani* also clarified that “[a]n order compelling consultation is only appropriate where the proposed Crown conduct, immediate or prospective, may

#### D. *Étendue de l’obligation de consulter*

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

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

[40] Bien qu’ils fassent état de nouveaux effets liés à la demande fondée sur l’art. 58 qui font naître l’obligation de consulter et en délimitent la portée, les Chippewas de la Thames soulignent aussi que [TRADUCTION] « [l]es éventuels effets préjudiciables aux droits ancestraux et au titre ancestral [invoqués] découlant de l’approbation de la demande d’Enbridge de modifier la canalisation 9 sont graves et cumulatifs, et pourraient même être catastrophiques advenant un déversement » (m.a., par. 57). De même, l’intervenante Mississaugas of the New Credit First Nation a soutenu à l’audience que, parce que l’art. 58 s’applique fréquemment à des projets distincts d’agrandissement et de réaménagement de pipelines, il n’y a pas de discussions ou consultations stratégiques de haut niveau au sujet des effets plus larges du pipeline sur les Premières Nations dans le Sud de l’Ontario.

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

adversely impact on established or claimed rights” (para. 54).

[42] That said, it may be impossible to understand the seriousness of the impact of a project on s. 35 rights without considering the larger context (J. Woodward, *Native Law* (loose-leaf), vol. 1, at pp. 5-107 to 5-108). Cumulative effects of an ongoing project, and historical context, may therefore inform the scope of the duty to consult (*West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234, at para. 117). This is not “to attempt the redress of past wrongs. Rather, it is simply to recognize an existing state of affairs, and to address the consequences of what may result from” the project (*West Moberly*, at para. 119).

[43] Neither the Federal Court of Appeal nor the NEB discussed the degree of consultation required. That said, and as we will explain below, even taking the strength of the Chippewas of the Thames’ claim and the seriousness of the potential impact on the claimed rights at their highest, the consultation undertaken in this case was manifestly adequate.

*E. Was There Adequate Notice That the Crown Was Relying on the NEB’s Process in This Case?*

[44] As indicated in the companion case *Clyde River*, the Crown may rely on a regulatory body such as the NEB to fulfill the duty to consult. However, where the Crown intends to do so, it should be made clear to the affected Indigenous group that the Crown is relying on the regulatory body’s processes to fulfill its duty (*Clyde River*, at para. 23). The Crown’s constitutional obligation requires a meaningful consultation process that is carried out in good faith. Obviously, notice helps ensure the appropriate participation of Indigenous groups, because it makes clear to them that consultation

que lorsque la mesure projetée par la Couronne, qu’elle soit immédiate ou prospective, est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur des droits établis ou revendiqués » (par. 54).

[42] Cela dit, il peut se révéler impossible de bien saisir la gravité des effets d’un projet sur des droits visés à l’art. 35 si on ne tient pas compte du contexte plus large (J. Woodward, *Native Law* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 5-107 à 5-108). Les effets cumulatifs d’un projet continu ainsi que le contexte historique peuvent donc être pertinents pour déterminer l’étendue de l’obligation de consulter (*West Moberly First Nations c. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234, par. 117). Il n’est pas question de [TRADUCTION] « tenter de remédier à des manquements passés. Il s’agit plutôt simplement de reconnaître une situation existante et de remédier aux conséquences de ce qui peut résulter » du projet (*West Moberly*, par. 119).

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

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

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

is being carried out through the regulatory body's processes (*ibid.*).

[45] In this case, the Chippewas of the Thames say they did not receive explicit notice from the Crown that it intended to rely on the NEB's process to satisfy the duty. In September 2013, the Chippewas of the Thames wrote to the Prime Minister, the Minister of Natural Resources and the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development requesting a formal Crown consultation process in relation to the project. It was not until January 2014, after the NEB's hearing process was complete, that the Minister of Natural Resources responded to the Chippewas of the Thames on behalf of the Crown advising them that it relied on the NEB's process. At the hearing before this Court, the Chippewas of the Thames conceded that the Crown may have been entitled to rely on the NEB to carry out the duty had they received the Minister's letter indicating the Crown's reliance prior to the NEB hearing (transcript, at pp. 34-35). However, having not received advance notice of the Crown's intention to do so, the Chippewas of the Thames maintain that consultation could not properly be carried out by the NEB.

[46] In February 2013, the NEB contacted the Chippewas of the Thames and 18 other Indigenous groups to inform them of the project and of the NEB's role in relation to its approval. The Indigenous groups were given early notice of the hearing and were invited to participate in the NEB process. The Chippewas of the Thames accepted the invitation and appeared before the NEB as an intervener. In this role, they were aware that the NEB was the final decision maker under s. 58 of the *NEB Act*. Moreover, as is evidenced from their letter of September 2013, they understood that no other Crown entity was involved in the process for the purposes of carrying out consultation. In our view, the circumstances of this case made it sufficiently clear to the Chippewas of the Thames that the NEB process was intended to constitute Crown consultation and

une participation appropriée de la part des groupes autochtones, car il leur indique clairement que la consultation s'effectue dans le cadre du processus mené par l'organisme de réglementation (*ibid.*).

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

[46] En février 2013, l'ONÉ a communiqué avec les Chippewas de la Thames et 18 autres groupes autochtones pour les informer de l'existence du projet et du rôle de l'ONÉ concernant son approbation. Les groupes autochtones ont été avisés à l'avance de la tenue des audiences et ont été invités à participer au processus de l'ONÉ. Les Chippewas de la Thames ont accepté l'invitation et ils ont comparu devant l'ONÉ en tant qu'intervenants. À ce titre, ils savaient que l'ONÉ était le décideur ultime aux termes de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ*. De plus, comme il ressort de leur lettre du mois de septembre 2013, ils comprenaient qu'aucun autre organisme de l'État ne participait au processus pour effectuer des consultations. Selon nous, les circonstances indiquaient de façon suffisamment claire aux Chippewas de la Thames que le processus de

accommodation. Notwithstanding the Crown's failure to provide timely notice, its consultation obligation was met.

F. *Was the Crown's Consultation Obligation Fulfilled?*

[47] When deep consultation is required, the duty to consult may be satisfied if there is "the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision-making process, and provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision" (*Haida*, at para. 44). As well, this Court has recognized that the Crown may wish to "adopt dispute resolution procedures like mediation or administrative regimes with impartial decision-makers" (*ibid.*). This list is neither exhaustive nor mandatory. As we indicated above, neither the NEB nor the Federal Court of Appeal assessed the depth of consultation required in this case. However, the Attorney General of Canada submitted before this Court that the NEB's statutory powers were capable of satisfying the Crown's constitutional obligations in this case, accepting the rights as asserted by the Chippewas of the Thames and the potential adverse impact of a spill. With this, we agree.

[48] As acknowledged in its reasons, the NEB, as a quasi-judicial decision maker, is required to carry out its responsibilities under s. 58 of the *NEB Act* in a manner consistent with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. In our view, this requires it to take the rights and interests of Indigenous groups into consideration before it makes a final decision that could impact them. Given the NEB's expertise in the supervision and approval of federally regulated pipeline projects, the NEB is particularly well positioned to assess the risks posed by such projects to Indigenous groups. Moreover, the NEB has broad

l'ONÉ constituait le processus de consultation et d'accommodement de la Couronne. Malgré son défaut de donner un avis en temps utile, la Couronne a respecté son obligation de mener des consultations.

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

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

[48] Comme il l'a reconnu dans ses motifs, l'ONÉ doit, en tant que décideur quasi judiciaire, s'acquitter des responsabilités qui lui incombent en vertu de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ* en conformité avec l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon nous, il doit en conséquence prendre en compte les droits et les intérêts des groupes autochtones avant de rendre une décision définitive qui pourrait avoir une incidence sur ces droits et intérêts. Vu l'expertise qu'il possède en ce qui concerne la surveillance et l'approbation de projets de pipeline réglementés par le fédéral, l'ONÉ est particulièrement bien placé

jurisdiction to impose conditions on proponents to mitigate those risks. Additionally, its ongoing regulatory role in the enforcement of safety measures permits it to oversee long-term compliance with such conditions. Therefore, we conclude that the NEB's statutory powers under s. 58 are capable of satisfying the Crown's duty to consult in this case.

[49] However, a finding that the NEB's statutory authority allowed for it to satisfy the duty to consult is not determinative of whether the Crown's constitutional obligations were upheld in this case. The Chippewas of the Thames maintain that the process carried out by the NEB was not an adequate substitute for Crown consultation. In particular, the Chippewas of the Thames argue that the NEB's regulatory process failed to engage affected Indigenous groups in a "meaningful way in order for adverse impacts to be understood and minimized" (A.F., at para. 110). They allege that the NEB's process did not "apprehend or address the seriousness" of the potential infringement of their treaty rights and title, nor did it "afford a genuine opportunity for accommodation by the Crown" (A.F., at para. 113). By minimizing the rights of the affected Indigenous groups and relying upon the proponent to mitigate potential impacts, they allege the process undertaken by the NEB allowed for nothing more than "blowing off steam" (*ibid.*).

[50] Enbridge, on the other hand, argues not only that the NEB was capable of satisfying the Crown's duty to consult but that, in fact, it did so here. In support of its position, Enbridge points to the Chippewas of the Thames' early notice of, and participation in, the NEB's formal hearing process as well as the NEB's provision of written reasons. Moreover, Enbridge submits that far from failing

pour évaluer les risques que posent des projets de cette nature pour les groupes autochtones. De plus, l'ONÉ dispose de vastes pouvoirs l'habilitant à imposer aux promoteurs des conditions en vue d'atténuer de tels risques. En outre, le rôle permanent qu'il joue en tant qu'organisme de réglementation en ce qui concerne l'application de mesures de sécurité lui permet de veiller au respect à long terme de ces conditions. Nous concluons donc que les pouvoirs que la loi confère à l'ONÉ à l'art. 58 lui permettent de satisfaire à l'obligation de consulter de la Couronne en l'espèce.

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

[50] Enbridge plaide pour sa part que non seulement l'ONÉ était en mesure de satisfaire à l'obligation de consulter de la Couronne, mais qu'il l'a effectivement fait en l'espèce. À l'appui de sa thèse, Enbridge signale que les Chippewas de la Thames ont été rapidement avisés du processus d'audience formel de l'ONÉ, qu'ils y ont participé et que l'ONÉ a exposé des motifs écrits. De plus, Enbridge soutient



to afford a genuine opportunity for accommodation by the Crown, the NEB's process provided "effective accommodation" through the imposition of conditions on Enbridge to mitigate the risk and effect of potential spills arising from the project (R.F., at para. 107).

[51] In our view, the process undertaken by the NEB in this case was sufficient to satisfy the Crown's duty to consult. First, we find that the NEB provided the Chippewas of the Thames with an adequate opportunity to participate in the decision-making process. Second, we find that the NEB sufficiently assessed the potential impacts on the rights of Indigenous groups and found that the risk of negative consequences was minimal and could be mitigated. Third, we agree with Enbridge that, in order to mitigate potential risks to the rights of Indigenous groups, the NEB provided appropriate accommodation through the imposition of conditions on Enbridge.

[52] First, unlike the Inuit in the companion case of *Clyde River*, the Chippewas of the Thames were given a sufficient opportunity to make submissions to the NEB as part of its independent decision-making process (consistent with *Haida*, at para. 44). Here, the NEB held an oral hearing. It provided early notice of the hearing process to affected Indigenous groups and sought their formal participation. As mentioned above, the Chippewas of the Thames participated as an intervener. The NEB provided the Chippewas of the Thames with participant funding which allowed them to prepare and tender evidence including an expertly prepared "preliminary" traditional land use study (C.A. reasons, at para. 14). Additionally, as an intervener, the Chippewas of the Thames were able to pose formal information requests to Enbridge, to which they received written responses, and to make closing oral submissions to the NEB.

que loin d'avoir fait défaut de constituer une véritable occasion en vue de la prise de mesures d'accommodement par la Couronne, le processus de l'ONÉ s'est traduit par des [TRADUCTION] « mesures d'accommodement effectives » du fait qu'Enbridge s'est vue imposer des conditions destinées à atténuer les risques et les effets d'éventuels déversements découlant du projet (m.i., par. 107).

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

[52] Premièrement, contrairement aux Inuits dans l'affaire connexe *Clyde River*, les Chippewas de la Thames se sont vu offrir une possibilité suffisante de présenter des observations à l'ONÉ dans le cadre de son processus décisionnel indépendant (conformément aux prescriptions de l'arrêt *Haida*, par. 44). En l'espèce, l'ONÉ a tenu une audience. Il a informé au préalable les groupes autochtones du processus et il les a invités à y participer formellement. Comme il a été indiqué précédemment, les Chippewas de la Thames ont participé au processus en tant qu'intervenants. L'ONÉ leur a fourni de l'aide financière qui leur a permis de préparer et de présenter des éléments de preuve, notamment une étude « préliminaire » sur l'utilisation traditionnelle des terres réalisée par des spécialistes (motifs de la C.A., par. 14). De plus, en qualité d'intervenants, les Chippewas de la Thames ont été en mesure de présenter de manière formelle à Enbridge des demandes de renseignements auxquelles cette dernière a répondu par écrit, et de présenter de vive voix à l'ONÉ des observations finales.

[53] Contrary to the submissions of the Chippewas of the Thames, we do not find that the NEB minimized or failed to apprehend the importance of their asserted Aboriginal and treaty rights. Before the NEB, the Chippewas of the Thames asserted rights that had the potential to be impacted by the project: (a) Aboriginal harvesting and hunting rights; (b) the right to access and preserve sacred sites; (c) Aboriginal title to the bed of the Thames River and its related airspace or, in the alternative, an Aboriginal right to use the water, resources and airspace in the bed of the Thames River; and (d) the treaty right to the exclusive use of their reserve lands. In its written reasons, the NEB expressly recognized these rights. Moreover, in light of the rights asserted, the NEB went on to consider whether affected Indigenous groups had received adequate information regarding the project and a proper opportunity to express their concerns to Enbridge. It noted that the project was to occur within Enbridge's existing right of way on previously disturbed land. No additional Crown land was required. Given the scope of the project and its location, the NEB was satisfied that all Indigenous groups had been adequately consulted.

[54] Second, the NEB considered the potential for negative impacts on the rights and interests of the Chippewas of the Thames. It identified potential consequences that could arise from either the construction required for the completion of the project or the increased risk of spill brought about by the continued operation of Line 9.

[55] The NEB found that any potential negative impacts on the rights and interests of the Chippewas of the Thames from the modification of Line 9 were minimal and could be reasonably mitigated. The NEB found that it was unlikely that the completion of the project would have any impact on the traditional land use rights of Indigenous groups. Given the location of the project and its limited scope, as well as the conditions that the NEB imposed on Enbridge, the NEB was satisfied that the risk of

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

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

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

negative impact through the completion of the project was negligible.

[56] Similarly, the NEB assessed the increased risk of a spill or leak from Line 9 as a result of the project. It recognized the potential negative impacts that a spill could have on traditional land use, but found that the risk was low and could be adequately mitigated. Given Enbridge's commitment to safety and the conditions imposed upon it by the NEB, the NEB was confident that Line 9 would be operated in a safe manner throughout the term of the project. The risk to the rights asserted by the Chippewas of the Thames resulting from a potential spill or leak was therefore minimal.

[57] Third, we do not agree with the Chippewas of the Thames that the NEB's process failed to provide an opportunity for adequate accommodation. Having enumerated the rights asserted by the Chippewas of the Thames and other Indigenous groups, the adequacy of information provided to the Indigenous groups from Enbridge in light of those rights, and the risks to those rights posed by the construction and ongoing operation of Line 9, the NEB imposed a number of accommodation measures that were designed to minimize risks and respond directly to the concerns posed by affected Indigenous groups. To facilitate ongoing communication between Enbridge and affected Indigenous groups regarding the project, the NEB imposed Condition 24. This accommodation measure required Enbridge to continue to consult with Indigenous groups and produce Ongoing Engagement Reports which were to be provided to the NEB. Similarly, Condition 29 required Enbridge to file a plan for continued engagement with persons and groups during the operation of Line 9. Therefore, we find that the NEB carried out a meaningful process of consultation including the imposition of appropriate accommodation measures where necessary.

l'ONÉ s'est dit convaincu que le risque d'effets préjudiciables attribuable à l'achèvement du projet était négligeable.

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

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



[58] Nonetheless, the Chippewas of the Thames argue that any putative consultation that occurred in this case was inadequate as the NEB “focused on balancing multiple interests” which resulted in the Chippewas of the Thames’ “Aboriginal and treaty rights [being] weighed by the Board against a number of economic and public interest factors” (A.F., at paras. 95 and 104). This, the Chippewas of the Thames assert, is an inadequate means by which to assess Aboriginal and treaty rights that are constitutionally guaranteed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[59] In *Carrier Sekani*, this Court recognized that “[t]he constitutional dimension of the duty to consult gives rise to a special public interest” which surpasses economic concerns (para. 70). A decision to authorize a project cannot be in the public interest if the Crown’s duty to consult has not been met (*Clyde River*, at para. 40; *Carrier Sekani*, at para. 70). Nevertheless, this does not mean that the interests of Indigenous groups cannot be balanced with other interests at the accommodation stage. Indeed, it is for this reason that the duty to consult does not provide Indigenous groups with a “veto” over final Crown decisions (*Haida*, at para. 48). Rather, proper accommodation “stress[es] the need to balance competing societal interests with Aboriginal and treaty rights” (*Haida*, at para. 50).

[60] Here, the NEB recognized that the impact of the project on the rights and interests of the Chippewas of the Thames was likely to be minimal. Nonetheless, it imposed conditions on Enbridge to accommodate the interests of the Chippewas of the Thames and to ensure ongoing consultation between the proponent and Indigenous groups. The Chippewas of the Thames are not entitled to a one-sided process, but rather, a cooperative one with a view towards reconciliation. Balance and compromise are inherent in that process (*Haida*, at para. 50).

[58] Quoi qu’il en soit, les Chippewas de la Thames plaident que toute soi-disant consultation ayant eu lieu en l’espèce était inadéquate étant donné que l’ONÉ [TRADUCTION] « s’est employé à soupeser des intérêts multiples », de sorte que « l’Office a soupesé les droits ancestraux et issus de traités [des Chippewas de la Thames] au regard de nombreux facteurs économiques et d’intérêt public » (m.a., par. 95 et 104). Cette façon de faire, de prétendre les Chippewas de la Thames, ne constitue pas une méthode adéquate pour évaluer des droits ancestraux et issus de traités garantis par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

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

[60] En l’espèce, l’ONÉ a reconnu que les effets du projet sur les droits et les intérêts des Chippewas de la Thames seraient vraisemblablement minimes. Il a néanmoins imposé des conditions à Enbridge pour accommoder les intérêts des Chippewas de la Thames et pour faire en sorte que les consultations se poursuivent entre le promoteur et les groupes autochtones. Les Chippewas de la Thames n’ont pas droit à un processus unilatéral, mais plutôt à un processus coopératif visant à favoriser la réconciliation. La mise en équilibre et le compromis font partie intégrante de ce processus (*Haida*, par. 50).

G. *Were the NEB's Reasons Sufficient?*

[61] Finally, in the hearing before us, the Chippewas of the Thames raised the issue of the adequacy of the NEB's reasons regarding consultation with Indigenous groups. The Chippewas of the Thames asserted that the NEB's process could not have constituted consultation in part because of the NEB's failure to engage in a *Haida*-style analysis. In particular, the NEB did not identify the strength of the asserted Aboriginal and treaty rights, nor did it identify the depth of consultation required in relation to each Indigenous group. As a consequence, the Chippewas of the Thames submit that the NEB could not have fulfilled the Crown's duty to consult.

[62] In *Haida*, this Court found that where deep consultation is required, written reasons will often be necessary to permit Indigenous groups to determine whether their concerns were adequately considered and addressed (para. 44). In *Clyde River*, we note that written reasons foster reconciliation (para. 41). Where Aboriginal and treaty rights are asserted, the provision of reasons denotes respect (*Kainaiwa/Blood Tribe v. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107, at para. 117 (CanLII)) and encourages proper decision making (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 39).

[63] We agree with the Chippewas of the Thames that this case required the NEB to provide written reasons. Additionally, as we recognized in the companion case *Clyde River*, where affected Indigenous peoples have squarely raised concerns about Crown consultation with the NEB, the NEB must usually provide written reasons (*Clyde River*, at para. 41). However, this requirement does not necessitate a formulaic "*Haida* analysis" in all circumstances (para. 42). Instead, where deep consultation is required and the issue of Crown consultation is raised with the NEB, the NEB will be obliged to "explain how it considered and addressed" Indigenous concerns (*ibid.*). What is necessary is an indication that

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

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

[62] Dans l'arrêt *Haida*, notre Cour a conclu que, dans les cas où des consultations approfondies sont requises, des motifs écrits sont souvent nécessaires pour permettre aux groupes autochtones de constater si on a adéquatement considéré leurs préoccupations et répondu à celles-ci (par. 44). Dans *Clyde River*, nous faisons remarquer que des motifs écrits favorisent la réconciliation (par. 41). Lorsque des droits ancestraux ou issus de traités sont invoqués, la rédaction de motifs écrits dénote le respect (*Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107, par. 117 (CanLII)) et favorise une meilleure prise de décision (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 39).

[63] À l'instar des Chippewas de la Thames, nous sommes d'avis que la présente affaire requerrait que l'ONÉ expose des motifs écrits. De plus, comme nous le reconnaissons dans le pourvoi connexe *Clyde River*, lorsque des groupes autochtones touchés soulèvent directement devant l'ONÉ des préoccupations concernant les consultations incombant à la Couronne, l'ONÉ doit habituellement motiver sa décision par écrit (*Clyde River*, par. 41). Toutefois, cette exigence n'oblige pas dans tous les cas à procéder mécaniquement à l'« analyse requise par l'arrêt *Haida* » (par. 42). Lorsqu'une consultation approfondie est requise et que la question de la consultation menée par la Couronne est soulevée devant l'ONÉ,

the NEB took the asserted Aboriginal and treaty rights into consideration and accommodated them where appropriate.

[64] In our view, the NEB's written reasons are sufficient to satisfy the Crown's obligation. It is notable that, unlike the NEB's reasons in the companion case *Clyde River*, the discussion of Aboriginal consultation in this case was not subsumed within an environmental assessment. The NEB reviewed the written and oral evidence of numerous Indigenous interveners and identified, in writing, the rights and interests at stake. It assessed the risks that the project posed to those rights and interests and concluded that the risks were minimal. Nonetheless, it provided written and binding conditions of accommodation to adequately address the potential for negative impacts on the asserted rights from the approval and completion of the project.

[65] For these reasons, we reject the Chippewas of the Thames' assertion that the NEB's reasons were insufficient to satisfy the Crown's duty to consult.

## V. Conclusion

[66] We are of the view that the Crown's duty to consult was met. Accordingly, we would dismiss this appeal with costs to Enbridge.

*Appeal dismissed with costs to Enbridge Pipelines Inc.*

*Solicitors for the appellant: Nahwegahbow, Corbiere, Rama, Ontario.*

*Solicitors for the respondent Enbridge Pipelines Inc.: Dentons Canada, Calgary; Enbridge Law Department, Calgary.*

ce dernier devra « expliquer de quelle manière il a considéré » les préoccupations autochtones « et il en a tenu compte » (*ibid.*). Ce qu'il faut, c'est que l'ONÉ indique qu'il a pris en considération les droits ancestraux et issus de traités invoqués et qu'il a pris des accommodements à leur égard lorsqu'il convenait de le faire.

[64] À notre avis, les motifs écrits exposés par l'ONÉ sont suffisants et permettent de satisfaire à l'obligation de la Couronne. Il convient de souligner que, contrairement aux motifs de l'ONÉ dans l'affaire connexe *Clyde River*, l'analyse de la consultation menée auprès des Autochtones dans le présent cas n'était pas intégrée dans une évaluation environnementale. En l'espèce, l'ONÉ a examiné les éléments de preuve présentés par écrit et de vive voix par de nombreux intervenants autochtones et il a identifié, par écrit, les droits et intérêts en jeu. Il a apprécié les risques que le projet posait à l'égard de ces droits et intérêts et conclu qu'ils étaient minimes. Néanmoins, il a imposé par écrit, sous forme de conditions contraignantes, des mesures d'accommodement en vue de remédier adéquatement à la possibilité d'effets préjudiciables sur les droits invoqués par suite de l'approbation et de la réalisation du projet.

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

## V. Conclusion

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

*Pourvoi rejeté avec dépens en faveur de Pipelines Enbridge inc.*

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

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

*Solicitor for the respondent the National Energy Board: National Energy Board, Calgary.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the intervener the Nunavut Wildlife Management Board: Supreme Advocacy, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener Suncor Energy Marketing Inc.: Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary; Suncor Law Department, Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke: Mohawk Council of Kahnawake Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke, Quebec.*

*Solicitors for the intervener the Mississaugas of the New Credit First Nation: Pape Salter Teillet, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Chiefs of Ontario: Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Hamlet of Clyde River,  
Nammautaq Hunters & Trappers  
Organization — Clyde River and  
Jerry Natanine** *Appellants*

v.

**Petroleum Geo-Services Inc. (PGS),  
Multi Klient Invest As (MKI),  
TGS-NOPEC Geophysical Company ASA  
(TGS) and Attorney General of  
Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Saskatchewan,  
Nunavut Tunngavik Incorporated,  
Makivik Corporation,  
Nunavut Wildlife Management Board,  
Inuvialuit Regional Corporation and  
Chiefs of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: CLYDE RIVER (HAMLET) v.  
PETROLEUM GEO-SERVICES INC.**

**2017 SCC 40**

File No.: 36692.

2016: November 30; 2017: July 26.\*

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and  
Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Constitutional law — Inuit — Treaty rights — Crown  
— Duty to consult — Decision by federal independent  
regulatory agency which could impact upon treaty rights  
— Offshore seismic testing for oil and gas resources po-  
tentially affecting Inuit treaty rights — National Energy  
Board authorizing project — Whether Board's approval  
process triggered Crown's duty to consult — Whether*

\* This judgment was amended on October 30, 2017, by adding the footnotes that now appear at paras. 31 and 47 of the English and French versions of the reasons.

**Hameau de Clyde River,  
Nammautaq Hunters & Trappers  
Organization — Clyde River et  
Jerry Natanine** *Appellants*

c.

**Petroleum Geo-Services Inc. (PGS),  
Multi Klient Invest As (MKI),  
TGS-NOPEC Geophysical Company ASA  
(TGS) et procureure générale du  
Canada** *Intimées*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
procureur général de la Saskatchewan,  
Nunavut Tunngavik Incorporated,  
Makivik Corporation,  
Conseil de gestion des ressources fauniques  
du Nunavut, Inuvialuit Regional Corporation  
et Chiefs of Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CLYDE RIVER (HAMEAU) c.  
PETROLEUM GEO-SERVICES INC.**

**2017 CSC 40**

N° du greffe : 36692.

2016 : 30 novembre; 2017 : 26 juillet\*.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit constitutionnel — Inuits — Droits issus de  
traités — Couronne — Obligation de consultation —  
Décision d'un organisme de réglementation fédéral indé-  
pendant qui pourrait avoir une incidence sur des droits  
issus de traités — Essais sismiques extracôtiers liés aux  
ressources pétrolières et gazières et susceptibles d'avoir  
une incidence sur des droits issus de traités des Inuits —*

\* Ce jugement a été modifié le 30 octobre 2017, par adjonction des notes en bas de page qui figurent maintenant aux par. 31 et 47 des versions anglaise et française des motifs.

*Crown can rely on Board's process to fulfill its duty — Role of Board in considering Crown consultation before approval of project — Whether consultation was adequate in this case — Canada Oil and Gas Operations Act, R.S.C. 1985, c. O-7, s. 5(1)(b).*

The National Energy Board (NEB), a federal administrative tribunal and regulatory agency, is the final decision maker for issuing authorizations for activities such as exploration and drilling for the production of oil and gas in certain designated areas. The proponents applied to the NEB to conduct offshore seismic testing for oil and gas in Nunavut. The proposed testing could negatively affect the treaty rights of the Inuit of Clyde River, who opposed the seismic testing, alleging that the duty to consult had not been fulfilled in relation to it. The NEB granted the requested authorization. It concluded that the proponents made sufficient efforts to consult with Aboriginal groups and that Aboriginal groups had an adequate opportunity to participate in the NEB's process. The NEB also concluded that the testing was unlikely to cause significant adverse environmental effects. Clyde River applied for judicial review of the NEB's decision. The Federal Court of Appeal found that while the duty to consult had been triggered, the Crown was entitled to rely on the NEB to undertake such consultation, and the Crown's duty to consult had been satisfied in this case by the NEB's process.

*Held:* The appeal should be allowed and the NEB's authorization quashed.

The NEB's approval process, in this case, triggered the duty to consult. Crown conduct which would trigger the duty to consult is not restricted to the exercise by or on behalf of the Crown of statutory powers or of the royal prerogative, nor is it limited to decisions that have an immediate impact on lands and resources. The NEB is not, strictly speaking, "the Crown" or an agent of the Crown. However, it acts on behalf of the Crown when making a final decision on a project application. In this context, the NEB is the vehicle through which the Crown acts. It therefore does not matter whether the final decision maker is Cabinet or the NEB. In either case, the decision constitutes Crown action that may trigger the duty to consult.

*Projet autorisé par l'Office national de l'énergie — Le processus d'approbation de l'Office a-t-il donné naissance à l'obligation de consulter de la Couronne? — La Couronne peut-elle s'en remettre au processus de l'Office pour satisfaire à son obligation? — Rôle de l'Office dans l'appréciation de la consultation incombant à la Couronne avant l'approbation d'un projet — La consultation a-t-elle été adéquate en l'espèce? — Loi sur les opérations pétrolières au Canada, L.R.C. 1985, c. O-7, art. 5(1)(b).*

L'Office national de l'énergie (ONÉ), tribunal administratif fédéral et organisme de réglementation, prend en dernier ressort la décision d'autoriser ou non des activités telles la recherche et l'exploitation des ressources pétrolières et gazières dans certains endroits désignés. Les promoteurs ont demandé à l'ONÉ l'autorisation de mener des essais sismiques extracôtiers liés aux ressources pétrolières et gazières au Nunavut. Les essais proposés pourraient avoir des incidences négatives sur les droits issus de traités des Inuits de Clyde River, qui se sont opposés aux essais sismiques, affirmant qu'il n'avait pas été satisfait à l'obligation de consultation en ce qui a trait à ces essais. L'ONÉ a accordé l'autorisation demandée. Il a conclu que les promoteurs avaient déployé suffisamment d'efforts pour consulter les groupes autochtones et que ces groupes avaient eu une possibilité adéquate de participer au processus d'évaluation environnementale de l'ONÉ. L'ONÉ a également conclu que les essais n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs et importants. Clyde River a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'ONÉ. La Cour d'appel fédérale a jugé que l'obligation de consulter avait pris naissance, mais que la Couronne pouvait s'en remettre à l'ONÉ pour que celui-ci procède à la consultation, et que le processus de l'ONÉ avait permis de satisfaire à l'obligation de consulter de la Couronne en l'espèce.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et l'autorisation de l'ONÉ est annulée.

Dans la présente affaire, le processus d'approbation de l'ONÉ a donné naissance à l'obligation de consulter. 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 pouvoirs conférés par la loi, et ne se limitent pas non plus aux décisions qui ont une incidence immédiate sur les terres et les ressources. L'ONÉ n'est pas, à proprement parler, « la Couronne » ou un mandataire de la Couronne. Cependant, il agit pour le compte de la Couronne lorsqu'il prend une décision définitive à l'égard d'une demande de projet. Dans ce contexte, l'ONÉ est le moyen par lequel la Couronne agit. Par conséquent, il importe



The substance of the duty does not change when a regulatory agency holds final decision-making authority.

It is open to legislatures to empower regulatory bodies to play a role in fulfilling the Crown's duty to consult. While the Crown always holds ultimate responsibility for ensuring consultation is adequate, it may rely on steps undertaken by a regulatory agency to fulfill its duty to consult. Where the regulatory process being relied upon does not achieve adequate consultation or accommodation, the Crown must take further measures. Also, where the Crown relies on the processes of a regulatory body to fulfill its duty in whole or in part, it should be made clear to affected Indigenous groups that the Crown is so relying. The NEB has the procedural powers necessary to implement consultation, and the remedial powers to, where necessary, accommodate affected Aboriginal claims, or Aboriginal and treaty rights. Its process can therefore be relied on by the Crown to completely or partially fulfill the Crown's duty to consult.

The NEB has broad powers to hear and determine all relevant matters of fact and law, and its decisions must conform to s. 35(1) the *Constitution Act, 1982*. It follows that the NEB can determine whether the Crown's duty has been fulfilled. The public interest and the duty to consult do not operate in conflict here. The duty to consult, being a constitutional imperative, gives rise to a special public interest that supersedes other concerns typically considered by tribunals tasked with assessing the public interest. A project authorization that breaches the constitutionally protected rights of Indigenous peoples cannot serve the public interest. When affected Indigenous groups have squarely raised concerns about Crown consultation with the NEB, the NEB must usually address those concerns in reasons. The degree of consideration that is appropriate will depend on the circumstances of each case. Above all, any decision affecting Aboriginal or treaty rights made on the basis of inadequate consultation will not be in compliance with the duty to consult. Where the Crown's duty to consult remains unfulfilled, the NEB must withhold project

peu que le décideur ultime soit le Cabinet ou l'ONÉ. Dans les deux cas, la décision constitue une mesure de la Couronne qui peut donner naissance à l'obligation de consulter. La substance de cette obligation ne change pas lorsqu'un organisme de réglementation détient le pouvoir de prendre la décision définitive.

Il est loisible aux législateurs d'habiliter des organismes de réglementation à contribuer à la réalisation de l'obligation de consulter de la Couronne. Bien que ce soit toujours à la Couronne qu'incombe la responsabilité ultime de veiller au caractère adéquat de la consultation, elle peut s'en remettre aux mesures prises par un organisme de réglementation pour satisfaire à son obligation de consulter. Lorsque le processus réglementaire auquel s'en remet la Couronne ne lui permet pas de satisfaire adéquatement à son obligation de consulter ou d'accommoder, elle doit prendre des mesures supplémentaires pour ce faire. De plus, lorsque la Couronne s'en remet aux processus d'un organisme de réglementation pour satisfaire en tout ou en partie à son obligation, il doit être clairement indiqué aux groupes autochtones touchés que la Couronne s'en remet à un tel processus. L'ONÉ dispose des pouvoirs procéduraux nécessaires pour mener des consultations, ainsi que des pouvoirs de réparation lui permettant de prendre, au besoin, des mesures d'accommodement à l'égard des revendications autochtones ou des droits ancestraux ou issus de traités touchés. La Couronne peut donc s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire, en tout ou en partie, à l'obligation de consulter qui lui incombe.

L'ONÉ dispose de vastes pouvoirs l'autorisant à entendre et à trancher toute question pertinente de droit et de fait, et ses décisions doivent respecter le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, l'ONÉ peut décider s'il a été satisfait à l'obligation de consulter de la Couronne. L'intérêt public et l'obligation de consulter ne sont pas incompatibles en l'espèce. En tant qu'impératif constitutionnel, l'obligation de consulter fait naître un intérêt public spécial, qui l'emporte sur les autres préoccupations dont tiennent habituellement compte les tribunaux administratifs appelés à évaluer l'intérêt public. Lorsque l'autorisation accordée à l'égard d'un projet viole les droits constitutionnels des peuples autochtones, cette autorisation ne saurait servir l'intérêt public. Lorsque les groupes autochtones touchés soulèvent directement auprès de l'ONÉ des préoccupations concernant la consultation qui a été menée par la Couronne, l'ONÉ doit habituellement traiter de ces préoccupations dans des motifs. L'étendue de l'analyse qui conviendra variera selon les circonstances propres à chaque cas. Par-dessus tout, toute décision touchant des droits ancestraux ou issus

approval. Where the NEB fails to do so, its approval decision should be quashed on judicial review.

While the Crown may rely on the NEB's process to fulfill its duty to consult, the consultation and accommodation efforts in this case were inadequate and fell short in several respects. First, the inquiry was misdirected. The consultative inquiry is not properly into environmental effects *per se*. Rather, it inquires into the impact on the right itself. No consideration was given in the NEB's environmental assessment to the source of the Inuit's treaty rights, nor to the impact of the proposed testing on those rights. Second, although the Crown relies on the processes of the NEB as fulfilling its duty to consult, that was not made clear to the Inuit. Finally, and most importantly, the process provided by the NEB did not fulfill the Crown's duty to conduct the deep consultation that was required here. Limited opportunities for participation and consultation were made available. There were no oral hearings and there was no participant funding. While these procedural safeguards are not always necessary, their absence in this case significantly impaired the quality of consultation. As well, the proponents eventually responded to questions raised during the environmental assessment process in the form of a practically inaccessible document months after the questions were asked. There was no mutual understanding on the core issues — the potential impact on treaty rights, and possible accommodations. As well, the changes made to the project as a result of consultation were insignificant concessions in light of the potential impairment of the Inuit's treaty rights. Therefore, the Crown breached its duty to consult in respect of the proposed testing.

### Cases Cited

**Applied:** *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; **distinguished:** *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; **referred to:** *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; R.

de traités prise sur la base d'une consultation inadéquate ne respectera pas l'obligation de consulter. Lorsque la Couronne n'a pas satisfait à son obligation de consulter, l'ONÉ doit refuser d'approuver le projet. S'il l'approuve, sa décision devrait être annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire.

Bien que la Couronne puisse s'en remettre au processus mené par l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter, les efforts de consultation et d'accommodement déployés dans le présent cas ont été inadéquats et lacunaires à plusieurs égards. Premièrement, la consultation était mal orientée. Le processus consultatif ne vise pas vraiment les effets environnementaux en tant que tels, mais plutôt les effets sur le droit lui-même. Dans son évaluation environnementale, l'ONÉ n'a pas pris en considération la source des droits issus de traités des Inuits, ni l'incidence des essais proposés sur ces droits. Deuxièmement, il n'a pas été indiqué clairement aux Inuits que la Couronne s'en remettait aux processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter. Enfin, élément le plus important, le processus de l'ONÉ n'a pas permis de satisfaire à l'obligation de la Couronne de mener la consultation approfondie qui était requise dans la présente affaire. Très peu de possibilités de participation et de consultation ont été offertes. Il n'y a pas eu d'audiences en l'espèce ni d'aide financière à l'intention des participants. Bien que ces garanties procédurales ne soient pas toujours nécessaires, leur absence dans la présente instance a réduit de façon importante la qualité de la consultation. De plus, les promoteurs ont finalement répondu aux questions soulevées durant le processus d'évaluation environnementale, mais au moyen d'un document pratiquement inaccessible, et ce, des mois après que les questions aient été posées. Il n'existait aucune compréhension mutuelle sur les points fondamentaux — à savoir les effets potentiels sur les droits issus de traités et les possibles accommodements. En outre, les changements apportés au projet par suite de la consultation ne représentaient que des concessions négligeables au regard de l'atteinte potentielle aux droits issus de traités des Inuits. En conséquence, la Couronne a manqué à son obligation de consulter en ce qui concerne les essais proposés.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; **distinction d'avec l'arrêt :** *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; **arrêts mentionnés :** *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des*



*v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Ross River Dena Council v. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96; *McAteer v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1; *Town Investments Ltd. v. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; *Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Kainaiwa/Blood Tribe v. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Qikiqtani Inuit Assn. v. Canada (Minister of Natural Resources)*, 2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Oil and Gas Operations Act*, R.S.C. 1985, c. O-7, ss. 2.1, 3, 5(1)(a), 5(1)(b), 5(4), 5(5), 5.002 [ad. 2015, c. 4, s. 7], 5.2(2), 5.31, 5.32, 5.331 [*idem*, s. 13], 5.36.  
*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37.  
*Canadian Environmental Assessment Act*, 2012, S.C. 2012, c. 19, s. 52.  
*Constitution Act*, 1982, s. 35.  
*National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, s. 12(2), 16.3, 24.  
*National Energy Board Act*, S.C. 1959, c. 46.

### Treaties and Agreements

*Nunavut Land Claims Agreement* (1993).

### Authors Cited

Freedman, Robert, and Sarah Hansen. "Aboriginal Rights vs. The Public Interest" prepared for Pacific Business & Law Institute Conference, Vancouver, B.C. (February 26-27, 2009) (online: [http://www.millerthomson.com/assets/files/article\\_attachments/Aboriginal\\_Rights\\_vs\\_The\\_Public\\_Interest.pdf](http://www.millerthomson.com/assets/files/article_attachments/Aboriginal_Rights_vs_The_Public_Interest.pdf); archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC40\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC40_1_eng.pdf)).  
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

*Forêts*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Ross River Dena Council c. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Première Nation des Chippewas de la Thames c. Pipelines Enbridge Inc.*, 2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96; *McAteer c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1; *Town Investments Ltd. c. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *Pre-mière nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Qikiqtani Inuit Assn. c. Canada (Minister of Natural Resources)*, 2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263.

### Lois et règlements cités

*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, c. 37.  
*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (2012), L.C. 2012, c. 19, art. 52.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 12(2), 16.3, 24.  
*Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.C. 1959, c. 46.  
*Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. 1985, c. O-7, art. 2.1, 3, 5(1)a), 5(1)b), 5(4), 5(5), 5.002 [aj. 2015, c. 4, art. 7], 5.2(2), 5.31, 5.32, 5.331 [*idem*, art. 13], 5.36.

### Traités et ententes

*Accord sur les revendications territoriales du Nunavut* (1993).

### Doctrine et autres documents cités

Freedman, Robert, and Sarah Hansen. « Aboriginal Rights vs. The Public Interest » prepared for Pacific Business & Law Institute Conference, Vancouver, B.C. (February 26-27, 2009) (en ligne : [http://www.millerthomson.com/assets/files/article\\_attachments/Aboriginal\\_Rights\\_vs\\_The\\_Public\\_Interest.pdf](http://www.millerthomson.com/assets/files/article_attachments/Aboriginal_Rights_vs_The_Public_Interest.pdf); version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC40\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC40_1_eng.pdf)).  
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.

Isaac, Thomas, and Anthony Knox. “The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich Publishing, 2009.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Dawson and Boivin JJ.A.), 2015 FCA 179, [2016] 3 F.C.R. 167, 474 N.R. 96, 94 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] F.C.J. No. 991 (QL), 2015 CarswellNat 3750 (WL Can.), affirming a decision of the National Energy Board, No. 5554587, June 26, 2014. Appeal allowed.

*Nader R. Hasan, Justin Safayeni and Pam Hrick*, for the appellants.

*Sandy Carpenter and Ian Breneman*, for the respondents Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest As (MKI) and TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS).

*Mark R. Kindrachuk, Q.C., and Peter Southey*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Manizeh Fancy and Richard Ogden*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Richard James Fyfe*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

*Dominique Nouvet, Marie Belleau and Sonya Morgan*, for the intervener Nunavut Tunngavik Incorporated.

Written submissions only by *David Schulze and Nicholas Dodd*, for the intervener the Makivik Corporation.

*Marie-France Major and Thomas Slade*, for the intervener the Nunavut Wildlife Management Board.

*Kate Darling, Lorraine Land, Matt McPherson and Krista Nerland*, for the intervener the Inuvialuit Regional Corporation.

Isaac, Thomas, and Anthony Knox. « The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples*, Saskatoon, Purich Publishing, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Nadon, Dawson et Boivin), 2015 CAF 179, [2016] 3 R.C.F. 167, 474 N.R. 96, 94 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] A.C.F. n° 991 (QL), 2015 CarswellNat 12196 (WL Can.), qui a confirmé une décision de l’Office national de l’énergie, n° 5554587, datée du 26 juin 2014. Pourvoi accueilli.

*Nader R. Hasan, Justin Safayeni et Pam Hrick*, pour les appelants.

*Sandy Carpenter et Ian Breneman*, pour les intimées Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest As (MKI) et TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS).

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

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

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

*Dominique Nouvet, Marie Belleau et Sonya Morgan*, pour l’intervenante Nunavut Tunngavik Incorporated.

Argumentation écrite seulement par *David Schulze et Nicholas Dodd*, pour l’intervenante Makivik Corporation.

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

*Kate Darling, Lorraine Land, Matt McPherson et Krista Nerland*, pour l’intervenante Inuvialuit Regional Corporation.

*Maxime Faille, Jaimie Lickers and Guy Régimbald*, for the interveners the Chiefs of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS AND BROWN JJ. —

### I. Introduction

[1] This Court has on several occasions affirmed the role of the duty to consult in fostering reconciliation between Canada's Indigenous peoples and the Crown. In this appeal, and its companion *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099, we consider the Crown's duty to consult with Indigenous peoples before an independent regulatory agency authorizes a project which could impact upon their rights. The Court's jurisprudence shows that the substance of the duty does not change when a regulatory agency holds final decision-making authority in respect of a project. While the Crown always owes the duty to consult, regulatory processes can partially or completely fulfill this duty.

[2] The Hamlet of Clyde River lies on the north-east coast of Baffin Island, in Nunavut. The community is situated on a flood plain between Patricia Bay and the Arctic Cordillera. Most residents of Clyde River are Inuit, who rely on marine mammals for food and for their economic, cultural, and spiritual well-being. They have harvested marine mammals for generations. The bowhead whale, the narwhal, the ringed, bearded, and harp seals, and the polar bear are of particular importance to them. Under the *Nunavut Land Claims Agreement* (1993), the Inuit of Clyde River ceded all Aboriginal claims, rights, title, and interests in the Nunavut Settlement Area, including Clyde River, in exchange for defined treaty rights, including the right to harvest marine mammals.

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES KARAKATSANIS ET BROWN —

### I. Introduction

[1] À plusieurs reprises, la Cour a confirmé la place que tient l'obligation de consultation de la Couronne lorsqu'il s'agit de favoriser la réconciliation entre les peuples autochtones du Canada et la Couronne. Dans le présent pourvoi, ainsi que dans le pourvoi connexe *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099, nous examinons l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones avant qu'un organisme de réglementation indépendant n'autorise un projet susceptible d'avoir des incidences sur leurs droits. Selon la jurisprudence de notre Cour, la substance de cette obligation ne change pas lorsqu'un organisme de réglementation détient le pouvoir de prendre la décision définitive à l'égard d'un projet. Bien que la Couronne soit toujours tenue de consulter, elle peut satisfaire partiellement ou totalement à cette obligation dans le cadre du processus de réglementation.

[2] Le hameau de Clyde River est situé sur la côte nord-est de l'île de Baffin, au Nunavut. La communauté se trouve dans une plaine inondable entre la Baie Patricia et la cordillère arctique. La plupart des résidents sont des Inuits et ils comptent sur les mammifères marins pour se nourrir et assurer leur bien-être économique, culturel et spirituel. Ils récoltent les mammifères marins depuis des générations. Ils accordent une importance particulière à la baleine boréale, au narval, au phoque annelé, au phoque barbu, au phoque du Groenland et à l'ours polaire. Aux termes de l'*Accord sur les revendications territoriales du Nunavut* (1993), les Inuits de Clyde River ont cédé l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux dans la région du Nunavut, qui comprend Clyde River, contre des droits définis par traité, notamment le droit de récolter des mammifères marins.

[3] In 2011, the respondents TGS-NOPEC Geophysical Company ASA, Multi Klient Invest As and Petroleum Geo-Services Inc. (the proponents) applied to the National Energy Board (NEB) to conduct offshore seismic testing for oil and gas resources. It is undisputed that this testing could negatively affect the harvesting rights of the Inuit of Clyde River. After a period of consultation among the project proponents, the NEB, and affected Inuit communities, the NEB granted the requested authorization.

[4] While the Crown may rely on the NEB's process to fulfill its duty to consult, considering the importance of the established treaty rights at stake and the potential impact of the seismic testing on those rights, we agree with the appellants that the consultation and accommodation efforts in this case were inadequate. For the reasons set out below, we would therefore allow the appeal and quash the NEB's authorization.

## II. Background

### A. *Legislative Framework*

[5] The *Canada Oil and Gas Operations Act*, R.S.C. 1985, c. O-7 (*COGOA*), aims, in part, to promote responsible exploration for and exploitation of oil and gas resources (s. 2.1). It applies to exploration and drilling for the production, conservation, processing, and transportation of oil and gas in certain designated areas, including Nunavut (s. 3). Engaging in such activities is prohibited without an operating licence under s. 5(1)(a) or an authorization under s. 5(1)(b).

[6] The NEB is a federal administrative tribunal and regulatory agency established by the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7 (*NEB Act*). In this case, it is the final decision maker for issuing an authorization under s. 5(1)(b) of *COGOA*. The NEB has broad discretion to impose requirements for authorization under s. 5(4), and can ask parties to

[3] En 2011, les intimées TGS-NOPEC Geophysical Company ASA, Multi Klient Invest As et Petroleum Geo-Services Inc. (les promoteurs) ont demandé à l'Office national de l'énergie (ONÉ) l'autorisation de mener des essais sismiques extracôtiers liés aux ressources pétrolières et gazières. Nul ne conteste que ces essais pourraient avoir des incidences négatives sur les droits de récolte des Inuits de Clyde River. Après une période de consultation entre les promoteurs du projet, l'ONÉ et les communautés inuites touchées, l'ONÉ a accordé l'autorisation demandée.

[4] Bien que la Couronne puisse s'en remettre au processus mené par l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter, vu l'importance des droits issus de traités reconnus en jeu et l'incidence que les essais sismiques pourraient avoir sur ces droits, à l'instar des appelants nous estimons que les efforts de consultation et d'accommodement en l'espèce ont été inadéquats. Pour les motifs qui suivent, nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'autorisation de l'ONÉ.

## II. Contexte

### A. *Cadre législatif*

[5] La *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. 1985, c. O-7 (*LOPC*), vise en partie à promouvoir la recherche et l'exploitation responsables des ressources pétrolières et gazières (art. 2.1). Elle s'applique à la recherche, notamment par forage, à la production, à la rationalisation de l'exploitation, à la transformation et au transport du pétrole et du gaz dans certains endroits désignés, notamment au Nunavut (art. 3). Il est interdit de se livrer à de telles activités sans avoir obtenu le permis de travaux prévu à l'al. 5(1)a) ou l'autorisation prévue à l'al. 5(1)b).

[6] L'ONÉ est un tribunal administratif fédéral et un organisme de réglementation établi par la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7 (*Loi sur l'ONÉ*). En l'espèce, c'est lui qui prend en dernier ressort la décision d'accorder ou non l'autorisation prévue à l'al. 5(1)b) de la *LOPC*. L'ONÉ est investi d'un large pouvoir discrétionnaire

provide any information it deems necessary to comply with its statutory mandate (s. 5.31).

#### B. *The Seismic Testing Authorization*

[7] In May 2011, the proponents applied to the NEB for an authorization under s. 5(1)(b) of *COGOA* to conduct seismic testing in Baffin Bay and Davis Strait, adjacent to the area where the Inuit have treaty rights to harvest marine mammals. The proposed testing contemplated towing airguns by ship through a project area. These airguns produce underwater sound waves, which are intended to find and measure underwater geological resources such as petroleum. The testing was to run from July through November, for five successive years.

[8] The NEB launched an environmental assessment of the project.<sup>1</sup>

[9] Clyde River opposed the seismic testing, and filed a petition against it with the NEB in May 2011. In 2012, the proponents responded to requests for further information from the NEB. They held meetings in communities that would be affected by the testing, including Clyde River.

[10] In April and May 2013, the NEB held meetings in Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtarjuaq, and Iqaluit to collect comments from the public on the project. Representatives of the proponents attended these meetings. Community members asked basic questions about the effects of the survey on marine mammals in the region, but the proponents were unable to answer many of them. For example, in

<sup>1</sup> This assessment was initially required under the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37. Since its repeal and replacement by the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52, the NEB has continued to conduct environmental assessments in relation to proposed projects, taking the position that it is still empowered to do so under *COGOA*.

qui l’habilite à assortir de conditions, en vertu du par. 5(4), les autorisations qu’il délivre, et il peut demander aux parties tout renseignement qu’il juge nécessaire pour s’acquitter du mandat que lui confère la loi (art. 5.31).

#### B. *L’autorisation relative aux essais sismiques*

[7] En mai 2011, les promoteurs ont demandé à l’ONÉ, aux termes de l’al. 5(1)b) de la *LOPC*, l’autorisation d’effectuer des essais sismiques dans la baie de Baffin et le détroit de Davis, lieux adjacents à la région où les Inuits peuvent, conformément à des droits issus de traités, récolter des mammifères marins. Les essais proposés prévoyaient que des canons à air seraient remorqués par navire à travers une région visée par le projet. Ces canons produisent des ondes sonores sous-marines qui permettent de trouver et de mesurer les ressources géologiques sous-marines tel le pétrole. Les essais devaient avoir lieu de juillet à novembre, pendant cinq années consécutives.

[8] L’ONÉ a procédé à une évaluation environnementale du projet<sup>1</sup>.

[9] Clyde River s’est opposé aux essais sismiques et a présenté à l’ONÉ une pétition à l’encontre de ces essais en mai 2011. En 2012, les promoteurs ont répondu à des demandes de renseignements supplémentaires de l’ONÉ. Ils ont tenu des assemblées dans des communautés qui seraient touchées par les essais, notamment à Clyde River.

[10] En avril et en mai 2013, l’ONÉ a tenu des assemblées dans les hameaux de Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtarjuaq et Iqaluit afin de recueillir les commentaires des membres du public concernant le projet. Des représentants des promoteurs ont assisté à ces assemblées. Les membres des communautés ont posé des questions de base au sujet de l’effet des essais sur les mammifères marins de la région, mais

<sup>1</sup> Cette évaluation était initialement exigée par la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, c. 37. Depuis l’abrogation de cette loi et son remplacement par la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, c. 19, art. 52, l’ONÉ continue de mener des évaluations environnementales relativement aux projets proposés, considérant qu’il possède toujours le pouvoir de le faire en vertu de la *LOPC*.



Pond Inlet, a community member asked the proponents which marine mammals would be affected by the survey. The proponents answered: “That’s a very difficult question to answer because we’re not the core experts” (A.R., vol. III, at p. 541). Similarly, in Clyde River, a community member asked how the testing would affect marine mammals. The proponents answered:

... a lot of work has been done with seismic surveys in other places and a lot of that information is used in doing the environmental assessment, the document that has been submitted by the companies to the National Energy Board for the approval process. It has a section on, you know, marine mammals and the effects on marine mammals.

(A.R., vol. III, at p. 651)

[11] These are but two examples of multiple instances of the proponents’ failure to offer substantive answers to basic questions about the impacts of the proposed seismic testing. That failure led the NEB, in May 2013, to suspend its assessment. In August 2013, the proponents filed a 3,926-page document with the NEB, purporting to answer those questions. This document was posted on the NEB website and delivered to the hamlet offices. The vast majority of this document was not translated into Inuktitut. No further efforts were made to determine whether this document was accessible to the communities, and whether their questions were answered. After this document was filed, the NEB resumed its assessment.

[12] Throughout the environmental assessment process, Clyde River and various Inuit organizations filed letters of comment with the NEB, noting the inadequacy of consultation and expressing concerns about the testing.

les promoteurs n’ont pas été en mesure de répondre à bon nombre de celles-ci. Par exemple, à Pond Inlet, un membre de la communauté a demandé aux promoteurs quels mammifères marins seraient touchés par les essais. Ceux-ci ont donné la réponse suivante : [TRADUCTION] « Il est très difficile de répondre à cette question parce que nous ne sommes pas des experts à ce sujet » (d.a., vol. III, p. 541). De même, à Clyde River, un membre de la communauté voulait savoir quel serait l’effet des essais sur les mammifères marins. Les promoteurs ont répondu ce qui suit :

[TRADUCTION] ... il y a eu beaucoup de travaux en matière d’essais sismiques à d’autres endroits, et une grande partie de cette information est utilisée dans la réalisation de l’évaluation environnementale, le document qui a été soumis à l’Office national de l’énergie par les entreprises pour les besoins du processus d’approbation. Il comporte une section sur, vous savez, les mammifères marins et les effets sur ceux-ci.

(d.a., vol. III, p. 651)

[11] Ce ne sont là que deux exemples des nombreux cas où les promoteurs n’ont pas su donner de réponses concrètes à des questions de base au sujet des répercussions des essais sismiques proposés. C’est ce qui a amené l’ONÉ à suspendre son évaluation en mai 2013. En août 2013, les promoteurs ont déposé auprès de l’ONÉ un document de 3 926 pages censé répondre à ces questions. Ce document a été affiché sur le site Web de l’ONÉ et envoyé aux bureaux des hameaux. La majeure partie de ce document n’a pas été traduite en inuktitut. Aucun effort additionnel n’a été déployé pour vérifier si les communautés avaient accès à ce document, et si elles avaient obtenu des réponses à leurs questions. Après le dépôt du document, l’ONÉ a repris son évaluation.

[12] Tout au long du processus d’évaluation environnementale, Clyde River et diverses organisations inuites ont déposé auprès de l’ONÉ des lettres de commentaires dans lesquelles ils affirmaient que la consultation était inadéquate et ils exprimaient leurs inquiétudes au sujet des essais.

[13] In April 2014, organizations representing the appellants and Inuit in other communities wrote to the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development and to the NEB, stating their view that the duty to consult had not been fulfilled in relation to the testing. This could be remedied, they said, by completing a strategic environmental assessment<sup>2</sup> before authorizing any seismic testing. In May, the Nunavut Marine Council also wrote to the NEB, with a copy to the Minister, asking that any regulatory decisions affecting the Nunavut Settlement Area's marine environment be postponed until completion of the strategic environmental assessment. This assessment was necessary, in the Council's view, to understand the baseline conditions in the marine environment and to ensure that seismic tests are properly regulated.

[14] In June 2014, the Minister responded to both letters, "disagree[ing] with the view that seismic exploration of the region should be put on hold until the completion of a strategic environmental assessment" (A.R., vol. IV, at p. 967). A Geophysical Operations Authorization letter from the NEB soon followed, advising that the environmental assessment report was completed and that the authorization had been granted.

[15] In its environmental assessment report, the NEB discussed consultation with, and the participation of, Aboriginal groups in the NEB process. It concluded that the proponents "made sufficient efforts to consult with potentially-impacted Aboriginal groups and to address concerns raised" and that

[13] En avril 2014, des organisations représentant les appelants et des Inuits d'autres communautés ont écrit au ministre des Affaires autochtones et du Nord et à l'ONÉ, affirmant qu'à leur avis il n'avait pas été satisfait à l'obligation de consultation en ce qui a trait aux essais. Selon ces organisations, il était possible de remédier à cette situation en réalisant une évaluation environnementale stratégique<sup>2</sup> avant que des essais sismiques ne soient autorisés. En mai, le Conseil du milieu marin du Nunavut a lui aussi écrit à l'ONÉ, avec copie au ministre, et demandé que toute décision réglementaire touchant le milieu marin de la région du Nunavut soit reportée jusqu'à ce que l'évaluation environnementale stratégique soit terminée. De l'avis du Conseil, cette évaluation était nécessaire pour que l'on comprenne les conditions de référence du milieu marin et pour veiller à ce que les essais sismiques soient adéquatement réglementés.

[14] En juin 2014, le ministre a répondu à ces deux lettres, exprimant son [TRADUCTION] « désaccord avec l'idée de suspendre l'exploration sismique de la région jusqu'à ce que l'évaluation environnementale stratégique soit terminée » (d.a., vol. IV, p. 967). Peu de temps après, une lettre émanant de l'ONÉ qui accordait l'autorisation de mener des travaux géophysiques a suivi, indiquant que le rapport d'évaluation environnementale était terminé et que l'autorisation avait été accordée.

[15] Dans son rapport d'évaluation environnementale, l'ONÉ a traité de la consultation et de la participation des groupes autochtones dans le cadre de son processus. Il a conclu que les promoteurs [TRADUCTION] « ont déployé suffisamment d'efforts pour consulter les groupes autochtones susceptibles

<sup>2</sup> At the time, the Department of Aboriginal Affairs and Northern Development was preparing a strategic environmental assessment — specifically, the "Eastern Arctic Strategic Environmental Assessment" — for Baffin Bay and Davis Strait, meant to examine "all aspects of future oil and gas development." Once complete, it would "inform policy decisions around if, when, and where oil and gas companies may be invited to bid on parcels of land for exploration drilling rights in Baffin Bay/Davis Strait" (Letter to Cathy Towtongie et al. from the Honourable Bernard Valcourt, A.R., vol. IV, at pp. 966-67).

<sup>2</sup> À cette époque, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien préparait une évaluation environnementale stratégique — plus précisément l'[TRADUCTION] « Évaluation environnementale stratégique dans l'Arctique de l'Est » — pour la baie de Baffin et le détroit de Davis, qui visait l'examen de « tous les aspects de l'exploitation pétrolière et gazière future ». Une fois terminée, cette évaluation « guiderait les décisions de politique générale concernant l'opportunité d'inviter les sociétés pétrolières et gazières à soumissionner à l'égard de parcelles de terre afin d'y obtenir des droits d'exploration par forage dans la baie de Baffin et le détroit de Davis, ainsi que le moment où cela pourrait se faire et les endroits qui seraient visés » (lettre de l'honorable Bernard Valcourt à Cathy Towtongie et autres, d.a., vol. IV, p. 966-967).

“Aboriginal groups had an adequate opportunity to participate in the NEB’s [environmental assessment] process” (A.R., vol. I, at p. 24). It also determined that the testing could change the migration routes of marine mammals and increase their risk of mortality, thereby affecting traditional harvesting of marine mammals including bowhead whales and narwhals, which are both identified as being of “Special Concern” by the Committee on the Status of Endangered Wildlife in Canada (COSEWIC). The NEB concluded, however, that the testing was unlikely to cause significant adverse environmental effects given the mitigation measures that the proponents would implement.

### C. *The Judicial Review Proceedings*

[16] Clyde River applied to the Federal Court of Appeal for judicial review of the NEB’s decision to grant the authorization. Dawson J.A. (Nadon and Boivin JJ.A. concurring) found that the duty to consult had been triggered because the NEB could not grant the authorization without the minister’s approval (or waiver of the requirement for approval) of a benefits plan for the project, pursuant to s. 5.2(2) of *COGOA* (2015 FCA 179, [2016] 3 F.C.R. 167). The Federal Court of Appeal characterized the degree of consultation owed in the circumstances as deep, as that concept was discussed in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 44, and found that the Crown was entitled to rely on the NEB to undertake such consultation.

[17] The Court of Appeal also concluded that the Crown’s duty to consult had been satisfied by the nature and scope of the NEB’s processes. The conditions upon which the authorization had been granted showed that the interests of the Inuit had been sufficiently considered and that further consultation would be expected to occur were the proposed testing to be followed by further development

d’être touchés et pour répondre aux préoccupations qu’ils ont soulevées », et que « les groupes autochtones ont eu une possibilité adéquate de participer au processus d’évaluation environnementale de l’ONÉ » (d.a., vol. I, p. 24). L’ONÉ a également conclu que les essais pouvaient modifier les routes migratoires des mammifères marins et augmenter le risque de mortalité chez ces animaux, situation qui influencerait sur la récolte traditionnelle des mammifères marins, notamment les baleines boréales et les narvals, deux espèces qualifiées d’« espèces préoccupantes » par le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada (COSEPAC). L’ONÉ a toutefois conclu que les essais n’étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs et importants compte tenu des mesures d’atténuation que les promoteurs mettraient en œuvre.

### C. *La demande de contrôle judiciaire*

[16] Clyde River a demandé à la Cour d’appel fédérale le contrôle judiciaire de la décision de l’ONÉ accordant l’autorisation. La juge Dawson (avec l’appui des juges Nadon et Boivin) a conclu que l’obligation de consulter avait pris naissance, parce que l’ONÉ ne pouvait pas accorder l’autorisation tant que le ministre n’aurait pas approuvé (ou renoncer à l’obligation d’approuver) un plan de retombées économiques relativement au projet, conformément au par. 5.2(2) de la *LOPC* (2015 CAF 179, [2016] 3 R.C.F. 167). La Cour d’appel fédérale a considéré que les circonstances requéraient une consultation approfondie, suivant le sens donné à cette notion dans l’arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 44, et elle a jugé que la Couronne pouvait s’en remettre à l’ONÉ pour que celui-ci procède à la consultation.

[17] La Cour d’appel a également conclu que, du fait de la nature et de l’étendue des processus de l’ONÉ, il avait été satisfait à l’obligation de consulter incombant à la Couronne. Les conditions auxquelles l’ONÉ avait accordé son autorisation montraient qu’il avait suffisamment pris en compte les intérêts des Inuits et qu’il était permis de s’attendre à ce que de nouvelles consultations soient



activities. In the circumstances, a strategic environmental assessment report was not required.

### III. Analysis

[18] The following issues arise in this appeal:

1. Can an NEB approval process trigger the duty to consult?
2. Can the Crown rely on the NEB's process to fulfill the duty to consult?
3. What is the NEB's role in considering Crown consultation before approval?
4. Was the consultation adequate in this case?

#### A. *The Duty to Consult — General Principles*

[19] The duty to consult seeks to protect Aboriginal and treaty rights while furthering reconciliation between Indigenous peoples and the Crown (*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 34). It has both a constitutional and a legal dimension (*R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6; *Carrier Sekani*, at para. 34). Its constitutional dimension is grounded in the honour of the Crown (*Kapp*, at para. 6). This principle is in turn enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms existing Aboriginal and treaty rights (*Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 24). And, as a legal obligation, it is based in the Crown's assumption of sovereignty over lands and resources formerly held by Indigenous peoples (*Haida*, at para. 53).

menées si les essais proposés étaient suivis d'autres activités de mise en valeur. Dans les circonstances, un rapport d'évaluation environnementale stratégique n'était pas nécessaire.

### III. Analyse

[18] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Un processus d'approbation de l'ONÉ peut-il donner naissance à l'obligation de consulter?
2. La Couronne peut-elle s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire à l'obligation de consulter?
3. Quel est le rôle de l'ONÉ dans l'appréciation de la consultation incombant à la Couronne avant l'approbation d'un projet?
4. La consultation a-t-elle été adéquate en l'espèce?

#### A. *L'obligation de consulter — principes généraux*

[19] L'obligation de consulter vise la protection des droits ancestraux et issus de traités tout en favorisant la réconciliation entre les peuples autochtones et la Couronne (*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 34). Elle revêt à la fois une dimension constitutionnelle et une dimension légale (*R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6; *Carrier Sekani*, par. 34). Sa dimension constitutionnelle découle du principe de l'honneur de la Couronne (*Kapp*, par. 6). Ce principe est lui-même consacré au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et confirme les droits existants ancestraux et issus de traités (*Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 24). Et, en tant qu'obligation légale, elle découle de la proclamation de la souveraineté de la Couronne sur des terres et ressources autrefois détenues par les peuples autochtones (*Haida*, par. 53).

[20] The content of the duty, once triggered, falls along a spectrum ranging from limited to deep consultation, depending upon the strength of the Aboriginal claim, and the seriousness of the potential impact on the right. Each case must be considered individually. Flexibility is required, as the depth of consultation required may change as the process advances and new information comes to light (*Haida*, at paras. 39 and 43-45).

[21] This Court has affirmed that it is open to legislatures to empower regulatory bodies to play a role in fulfilling the Crown's duty to consult (*Carrier Sekani*, at para. 56; *Haida*, at para. 51). The appellants argue that a regulatory process alone cannot fulfill the duty to consult because at least some direct engagement between "the Crown" and the affected Indigenous community is necessary.

[22] In our view, while the Crown may rely on steps undertaken by a regulatory agency to fulfill its duty to consult in whole or in part and, where appropriate, accommodate, the Crown always holds ultimate responsibility for ensuring consultation is adequate. Practically speaking, this does not mean that a minister of the Crown must give explicit consideration in every case to whether the duty to consult has been satisfied, or must directly participate in the process of consultation. Where the regulatory process being relied upon does not achieve adequate consultation or accommodation, the Crown must take further measures to meet its duty. This might entail filling any gaps on a case-by-case basis or more systemically through legislative or regulatory amendments (see e.g. *Ross River Dena Council v. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100). Or, it might require making submissions to the regulatory body, requesting reconsideration of a decision, or seeking a postponement in order to carry out further consultation in a separate process before the decision is rendered. And, if an affected Indigenous group is (like the Inuit of Nunavut) a party to a modern treaty and perceives the process to be deficient, it should, as it did here, request such direct Crown engagement in a timely manner (since parties to treaties

[20] Une fois que l'obligation a pris naissance, son contenu se situe sur un continuum qui va de la consultation limitée à la consultation approfondie, selon la solidité de la revendication autochtone et la gravité de l'impact potentiel sur le droit concerné. Il faut procéder au cas par cas et faire preuve de souplesse, car le caractère approfondi de la consultation nécessaire peut varier au fur et à mesure que se déroule le processus et que sont mis au jour de nouveaux renseignements (*Haida*, par. 39 et 43-45).

[21] Notre Cour a affirmé qu'il est loisible aux législateurs d'habiliter des organismes de réglementation à contribuer à la réalisation de l'obligation de consulter de la Couronne (*Carrier Sekani*, par. 56; *Haida*, par. 51). Les appelants plaident qu'un processus réglementaire ne peut à lui seul assurer le respect de l'obligation de consulter, parce qu'il faut au moins un certain dialogue direct entre « la Couronne » et la communauté autochtone touchée.

[22] À notre avis, bien que la Couronne puisse s'en remettre aux mesures prises par un organisme de réglementation pour satisfaire, en tout ou en partie, à son obligation de consulter et, lorsque cela se justifie, à son obligation d'accommoder, c'est toujours à elle qu'incombe la responsabilité ultime de veiller au caractère adéquat de la consultation. Sur le plan pratique, cela ne signifie pas qu'un ministre doive dans chaque cas se demander explicitement s'il a été satisfait à l'obligation de consulter, ou qu'il doive participer directement au processus de consultation. Lorsque le processus réglementaire auquel s'en remet la Couronne ne lui permet pas de satisfaire adéquatement à son obligation de consulter ou d'accommoder, elle doit prendre des mesures supplémentaires pour ce faire. Elle pourrait devoir combler les lacunes soit au cas par cas, soit de manière plus systématique au moyen de modifications législatives ou réglementaires (voir, par ex., *Ross River Dena Council c. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100). Elle pourrait également exiger la présentation d'observations à l'organisme de réglementation, demander le réexamen de la décision ou solliciter le report de l'audience afin de mener d'autres consultations dans le cadre d'un processus distinct avant que la décision ne soit rendue. Par ailleurs, si un groupe autochtone

are obliged to act diligently to advance their respective interests) (*Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 12).

[23] Further, because the honour of the Crown requires a meaningful, good faith consultation process (*Haida*, at para. 41), where the Crown relies on the processes of a regulatory body to fulfill its duty in whole or in part, it should be made clear to affected Indigenous groups that the Crown is so relying. Guidance about the form of the consultation process should be provided so that Indigenous peoples know how consultation will be carried out to allow for their effective participation and, if necessary, to permit them to raise concerns with the proposed form of the consultations in a timely manner.

[24] Above all, and irrespective of the process by which consultation is undertaken, any decision affecting Aboriginal or treaty rights made on the basis of inadequate consultation will not be in compliance with the duty to consult, which is a constitutional imperative. Where challenged, it should be quashed on judicial review. That said, judicial review is no substitute for adequate consultation. True reconciliation is rarely, if ever, achieved in courtrooms. Judicial remedies may seek to undo past infringements of Aboriginal and treaty rights, but adequate Crown consultation *before* project approval is always preferable to after-the-fact judicial remonstrance following an adversarial process. Consultation is, after all, “[c]oncerned with an ethic of ongoing relationships” (*Carrier Sekani*, at para. 38, quoting D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), at p. 21). As the Court noted in *Haida*, “[w]hile Aboriginal claims can be and are pursued through litigation, negotiation is a preferable way of reconciling state and Aboriginal

touché est (comme les Inuits du Nunavut) partie à un traité moderne et juge que le processus est déficient, il devrait, comme ce fut le cas en l’espèce, demander une intervention directe de la Couronne en temps opportun (puisque les parties aux traités sont tenues d’agir de façon diligente pour faire valoir leurs intérêts respectifs) (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 12).

[23] De plus, étant donné que l’honneur de la Couronne commande que celle-ci agisse de bonne foi et tienne une véritable consultation (*Haida*, par. 41), lorsque la Couronne s’en remet aux processus d’un organisme de réglementation pour satisfaire en tout ou en partie à son obligation, il doit être clairement indiqué aux groupes autochtones touchés que la Couronne s’en remet à un tel processus. Les peuples autochtones doivent être avisés de la forme que prendra le processus de consultation, afin de savoir comment les consultations se dérouleront, de pouvoir y participer activement et, au besoin, d’être en mesure de soulever en temps opportun leurs préoccupations au sujet de la forme des consultations proposées.

[24] Par-dessus tout, et peu importe le processus de consultation entrepris, toute décision touchant des droits ancestraux ou issus de traités prise sur la base d’une consultation inadéquate ne respectera pas l’obligation de consulter, laquelle est un impératif constitutionnel. En cas de contestation, la décision devrait être annulée à l’issue d’un contrôle judiciaire. Cela dit, le contrôle judiciaire ne saurait remplacer une consultation adéquate. On ne parvient que rarement, voire jamais, à une véritable réconciliation dans une salle d’audience. Un recours judiciaire peut tendre à corriger des atteintes passées à des droits ancestraux ou issus de traités, mais une consultation adéquate par la Couronne *avant* que le projet ne soit approuvé est toujours préférable à des remontrances judiciaires formulées après le fait, au terme d’une procédure contradictoire. Après tout, la consultation [TRADUCTION] « s’attache au maintien de relations constantes » (*Carrier Sekani*, par. 38, citant D. G. Newman, *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009),

interests” (para. 14). No one benefits — not project proponents, not Indigenous peoples, and not non-Indigenous members of affected communities — when projects are prematurely approved only to be subjected to litigation.

*B. Can an NEB Approval Process Trigger the Duty to Consult?*

[25] The duty to consult is triggered when the Crown has actual or constructive knowledge of a potential Aboriginal claim or Aboriginal or treaty rights that might be adversely affected by Crown conduct (*Haida*, at para. 35; *Carrier Sekani*, at para. 31). Crown conduct which would trigger the duty is not restricted to the exercise by or on behalf of the Crown of statutory powers or of the royal prerogative, nor is it limited to decisions that have an immediate impact on lands and resources. The concern is for adverse impacts, however made, upon Aboriginal and treaty rights and, indeed, a goal of consultation is to identify, minimize and address adverse impacts where possible (*Carrier Sekani*, at paras. 45-46).

[26] In this appeal, all parties agreed that the Crown’s duty to consult was triggered, although agreement on *just what* Crown conduct triggered the duty has proven elusive. The Federal Court of Appeal saw the trigger in *COGOA*’s requirement for ministerial approval (or waiver of the requirement for approval) of a benefits plan for the testing. In the companion appeal of *Chippewas of the Thames*, the majority of the Federal Court of Appeal concluded that it was not necessary to decide whether the duty to consult was triggered since the Crown was not a party before the NEB, but suggested the only Crown action involved might have been the 1959 enactment

p. 21). Comme notre Cour l’a souligné dans *Haida*, « [m]ême si les revendications autochtones sont et peuvent être réglées dans le cadre de litiges, il est préférable de recourir à la négociation pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones » (par. 14). Il n’est à l’avantage de personne — promoteurs du projet, peuples autochtones ou membres non autochtones des communautés touchées — qu’un projet soit approuvé prématurément mais fasse ensuite l’objet d’un litige.

*B. Un processus d’approbation de l’ONÉ peut-il donner naissance à l’obligation de consulter?*

[25] L’obligation de consulter prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle d’une revendication autochtone ou de droits ancestraux ou issus de traités susceptibles de subir des effets préjudiciables en raison d’une mesure prise par la Couronne (*Haida*, par. 35; *Carrier Sekani*, par. 31). 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 pouvoirs 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 des droits ancestraux ou issus de traités. D’ailleurs, un des objectifs de la consultation consiste à cerner les effets préjudiciables, à les réduire au minimum et à y remédier si possible (*Carrier Sekani*, par. 45-46).

[26] Dans le présent pourvoi, toutes les parties ont reconnu que l’obligation de consulter de la Couronne avait pris naissance, mais elles ont été incapables de s’accorder sur la *nature exacte* de la mesure de la Couronne qui a donné naissance à cette obligation. La Cour d’appel fédérale a considéré que l’élément ayant fait naître l’obligation est l’exigence prévue par la *LOPC* qui requiert que le ministre approuve (ou renonce à l’obligation d’approuver) un plan de retombées économiques pour les essais. Dans l’affaire connexe *Chippewas of the Thames*, les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont conclu qu’il n’était pas nécessaire de

of the *NEB Act*<sup>3</sup> (*Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96). In short, the Federal Court of Appeal in both cases was of the view that only action by a minister of the Crown or a government department, or a Crown corporation, can constitute Crown conduct triggering the duty to consult. And, before this Court in *Chippewas of the Thames*, the Attorney General of Canada argued that the duty was triggered by the NEB's approval of the pipeline project, because it was state action with the potential to affect Aboriginal or treaty rights.

[27] Contrary to the Federal Court of Appeal's conclusions on this point, we agree that the NEB's approval process, in this case, as in *Chippewas of the Thames*, triggered the duty to consult.

[28] It bears reiterating that the duty to consult is owed by the Crown. In one sense, the "Crown" refers to the personification in Her Majesty of the Canadian state in exercising the prerogatives and privileges reserved to it. The Crown also, however, denotes the sovereign in the exercise of her formal legislative role (in assenting, refusing assent to, or reserving legislative or parliamentary bills), and as the head of executive authority (*McAteer v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1, at para. 51; P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at pp. 11-12; but see *Carrier Sekani*, at para. 44). For this reason, the term "Crown" is commonly used to symbolize and denote executive power. This was described by Lord Simon of Glaisdale in *Town Investments Ltd. v. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359 (H.L.), at p. 397:

<sup>3</sup> *National Energy Board Act*, S.C. 1959, c. 46.

décider si l'obligation de consulter s'appliquait, puisque la Couronne n'était pas partie à l'instance devant l'ONÉ, mais ils ont évoqué l'idée que la seule mesure de la Couronne en cause pourrait être l'adoption en 1959 de la *Loi sur l'ONÉ*<sup>3</sup> (*Première Nation des Chippewas de la Thames c. Pipelines Enbridge Inc.*, 2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96). Bref, dans les deux affaires la Cour d'appel fédérale était d'avis que seule une mesure prise par un ministre ou un ministère du gouvernement, ou une société d'État, peut constituer une mesure de la Couronne donnant naissance à l'obligation de consulter. Et devant notre Cour, dans le pourvoi *Chippewas of the Thames*, la procureure générale du Canada a plaidé que c'est l'approbation du projet de pipeline par l'ONÉ qui a donné naissance à l'obligation, puisqu'il s'agissait d'une mesure de l'État susceptible d'avoir une incidence sur des droits ancestraux ou issus de traités.

[27] Contrairement aux conclusions de la Cour d'appel fédérale sur ce point, nous sommes d'avis qu'en l'espèce, tout comme dans *Chippewas of the Thames*, c'est le processus d'approbation de l'ONÉ qui a donné naissance à l'obligation de consulter.

[28] Il importe de répéter que l'obligation de consulter incombe à la Couronne. 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 (*McAteer c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1, par. 51; P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 11-12; mais voir *Carrier Sekani*, par. 44). 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 dans *Town Investments Ltd. c. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359 (H.L.), p. 397 :

<sup>3</sup> *Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.C. 1959, c. 46.



The crown as an object is a piece of jewelled headgear under guard at the Tower of London. But it symbolises the powers of government which were formerly wielded by the wearer of the crown; so that by the 13th century crimes were committed not only against the king's peace but also against "his crown and dignity": *Pollock and Maitland, History of English Law*, 2nd ed. (1898), vol. I, p. 525. The term "the Crown" is therefore used in constitutional law to denote the collection of such of those powers as remain extant (the royal prerogative), together with such other powers as have been expressly conferred by statute on "the Crown."

[29] By this understanding, the NEB is not, strictly speaking, "the Crown". Nor is it, strictly speaking, an agent of the Crown, since — as the NEB operates independently of the Crown's ministers — no relationship of control exists between them (Hogg, Monahan and Wright, at p. 465). As a statutory body holding responsibility under s. 5(1)(b) of *COGOA*, however, the NEB acts on behalf of the Crown when making a final decision on a project application. Put plainly, once it is accepted that a regulatory agency exists to exercise executive power as authorized by legislatures, any distinction between its actions and Crown action quickly falls away. In this context, the NEB is the vehicle through which the Crown acts. Hence this Court's interchangeable references in *Carrier Sekani* to "government action" and "Crown conduct" (paras. 42-44). It therefore does not matter whether the final decision maker on a resource project is Cabinet or the NEB. In either case, the decision constitutes Crown action that may trigger the duty to consult. As Rennie J.A. said in dissent at the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames*, "[t]he duty, like the honour of the Crown, does not evaporate simply because a final decision has been made by a tribunal established by Parliament, as opposed to Cabinet" (para. 105). The action of the NEB, taken in furtherance of its statutory powers under s. 5(1)(b) of *COGOA* to make final

[TRANSLATION] 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<sup>e</sup> siècle, les crimes étaient commis non seulement contre la paix du roi, mais aussi contre « sa couronne et sa dignité » : *Pollock and Maitland, History of English Law*, 2<sup>e</sup> éd. (1898), vol. I, p. 525. 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 ».

[29] 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 (Hogg, Monahan et Wright, p. 465). Cependant, en tant qu'organisme créé par la loi à qui incombe la responsabilité visée à l'al. 5(1)(b) de la *LOPC*, 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 rapidement. Dans ce contexte, l'ONÉ est le moyen par lequel la Couronne agit, d'où l'emploi interchangeable dans *Carrier Sekani* des expressions « mesure gouvernementale » et « mesure [...] de la Couronne » (par. 42-44). Par conséquent, il importe peu que le décideur ultime dans un projet soit le Cabinet ou l'ONÉ. Dans les deux cas, la décision constitue une mesure de la Couronne qui peut donner naissance à l'obligation de consulter. Comme l'a affirmé en dissidence le juge Rennie de la Cour d'appel fédérale dans *Chippewas of the Thames*, « [l']obligation,

decisions respecting such testing as was proposed here, clearly constitutes Crown action.

C. *Can the Crown Rely on the NEB's Process to Fulfill the Duty to Consult?*

[30] As we have said, while ultimate responsibility for ensuring the adequacy of consultation remains with the Crown, the Crown may rely on steps undertaken by a regulatory agency to fulfill the duty to consult. Whether, however, the Crown is capable of doing so, in whole or in part, depends on whether the agency's statutory duties and powers enable it to do what the duty requires in the particular circumstances (*Carrier Sekani*, at paras. 55 and 60). In the NEB's case, therefore, the question is whether the NEB is able, to the extent it is being relied on, to provide an appropriate level of consultation and, where necessary, accommodation to the Inuit of Clyde River in respect of the proposed testing.

[31] We note that the NEB and *COGOA* each predate judicial recognition of the duty to consult. However, given the flexible nature of the duty, a process that was originally designed for a different purpose may be relied on by the Crown so long as it affords an appropriate level of consultation to the affected Indigenous group (*Beckman*, at para. 39; *Taku River*, at para. 22). Under *COGOA*, the NEB has a significant array of powers that permit extensive consultation. It may conduct hearings, and has broad discretion to make orders or elicit information in furtherance of *COGOA* and the public interest (ss. 5.331, 5.31(1) and 5.32). It can also require

comme l'honneur de la Couronne, ne s'envole pas en fumée simplement parce qu'une décision sans appel a été rendue par un tribunal établi par le Parlement, plutôt que par le Cabinet » (par. 105). La mesure qu'a prise l'ONÉ dans l'exercice du pouvoir qu'il possède, en vertu de l'al. 5(1)b) de la *LOPC*, de prendre la décision ultime concernant des essais tels ceux proposés en l'espèce, constitue manifestement une mesure de la Couronne.

C. *La Couronne peut-elle s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire à l'obligation de consulter?*

[30] Comme nous l'avons déjà dit, bien que la Couronne demeure ultimement responsable de veiller au caractère adéquat de la consultation, celle-ci peut s'en remettre aux mesures prises par un organisme de réglementation pour satisfaire à l'obligation de consulter. Cependant, la question de savoir si la Couronne est en mesure de le faire, en tout ou en partie, dépend de la réponse à la question de savoir si les attributions que la loi confère à l'organisme habilite ce dernier à faire ce que l'obligation exige dans les circonstances particulières (*Carrier Sekani*, par. 55 et 60). En conséquence, dans le cas de l'ONÉ, la question consiste à décider si celui-ci peut, dans la mesure où la Couronne s'en remet à lui, assurer un niveau de consultation adéquat et, au besoin, accorder aux Inuits de Clyde River des mesures d'accommodement à l'égard des essais proposés.

[31] Nous constatons que tant l'ONÉ que la *LOPC* sont antérieurs à la reconnaissance judiciaire de l'obligation de consulter. Toutefois, compte tenu du caractère souple de cette obligation, la Couronne peut s'en remettre à un processus qui a été initialement conçu pour une autre fin, tant que ce processus rend possible un niveau approprié de consultation du groupe autochtone touché (*Beckman*, par. 39; *Taku River*, par. 22). En vertu de la *LOPC*, l'ONÉ dispose d'un large éventail de pouvoirs qui permettent une consultation étendue. Il peut tenir des audiences, en plus de posséder un vaste pouvoir discrétionnaire l'habilitant à rendre des ordonnances ou obtenir

studies to be undertaken and impose preconditions to approval (s. 5(4)). In the case of designated projects, it can also (as here) conduct environmental assessments, and establish participant funding programs to facilitate public participation (s. 5.002).<sup>4</sup>

[32] *COGOA* also grants the NEB broad powers to accommodate the concerns of Indigenous groups where necessary. The NEB can attach any terms and conditions it sees fit to an authorization issued under s. 5(1)(b), and can make such authorization contingent on their performance (ss. 5(4) and 5.36(1)). Most importantly, the NEB may require accommodation by exercising its discretion to deny an authorization or by reserving its decision pending further proceedings (ss. 5(1)(b), 5(5) and 5.36(2)).

[33] The NEB has also developed considerable institutional expertise, both in conducting consultations and in assessing the environmental impacts of proposed projects. Where the effects of a proposed project on Aboriginal or treaty rights substantially overlap with the project's potential environmental impact, the NEB is well situated to oversee consultations which seek to address these effects, and to use its technical expertise to assess what forms of accommodation might be available.

[34] In sum, the NEB has (1) the procedural powers necessary to implement consultation; and (2) the remedial powers to, where necessary, accommodate affected Aboriginal claims, or Aboriginal and treaty rights. Its process can therefore be relied on by the Crown to completely or partially fulfill

des renseignements pour l'application de la *LOPC* et dans l'intérêt public (art. 5.331, par. 5.31(1), art. 5.32). Il peut également exiger que des études soient entreprises et imposer des conditions préalables à l'approbation (par. 5(4)). Dans le cas de projets désignés, il peut aussi (comme c'est le cas en l'espèce) réaliser des évaluations environnementales et créer un programme d'aide financière pour faciliter la participation du public (art. 5.002)<sup>4</sup>.

[32] La *LOPC* confère aussi à l'ONÉ de vastes pouvoirs d'accommodement afin de répondre, au besoin, aux préoccupations des groupes autochtones. L'ONÉ peut assortir l'autorisation qu'il accorde en vertu de l'al. 5(1)b) de toute condition qu'il juge appropriée, et peut faire dépendre la prise d'effet de cette autorisation de l'exécution de ces conditions (par. 5(4) et 5.36(1)). Plus important encore, l'ONÉ peut exiger que des accommodements soient apportés soit en exerçant son pouvoir discrétionnaire de refuser une autorisation, soit en réservant sa décision pendant le règlement d'autres questions (al. 5(1)b), et par. 5(5) et 5.36(2)).

[33] L'ONÉ a également acquis une importante expertise institutionnelle, tant en effectuant des consultations qu'en évaluant les effets environnementaux des projets proposés. Lorsque les effets d'un projet proposé sur un droit ancestral ou issu d'un traité chevauchent considérablement les répercussions environnementales potentielles du projet, l'ONÉ est bien placé pour superviser les consultations visant l'examen de ces effets, et pour utiliser son expertise technique afin d'évaluer les formes d'accommodement possibles.

[34] En somme, l'ONÉ dispose (1) des pouvoirs procéduraux nécessaires pour mener des consultations et (2) des pouvoirs de réparation lui permettant de prendre, au besoin, des mesures d'accommodement à l'égard des revendications autochtones ou des droits ancestraux ou issus de traités touchés. La

<sup>4</sup> While s. 5.002 (participant funding) and s. 5.331 (public hearings) of *COGOA* were not in force at the time the NEB considered and authorized the project at issue here, they were added later (see S.C. 2015, c. 4, ss. 7 and 13).

<sup>4</sup> Même si les art. 5.002 (aide financière) et 5.331 (audiences publiques) de la *LOPC* n'étaient pas en vigueur lorsque l'ONÉ a examiné et autorisé le projet litigieux en l'espèce, ils ont été ajoutés à la loi par la suite (voir L.C. 2015, c. 4, art. 7 et 13).



the Crown's duty to consult. Whether the NEB's process did so in this case, we consider below.

D. *What Is the NEB's Role in Considering Crown Consultation Before Approval?*

[35] The appellants argue that, as a tribunal empowered to decide questions of law, the NEB *must* exercise its decision-making authority in accordance with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* by evaluating the adequacy of consultation before issuing an authorization for seismic testing. In contrast, the proponents submit that there is no basis in this Court's jurisprudence for imposing this obligation on the NEB. Although the Attorney General of Canada agrees with the appellants that the NEB has the legal capacity to decide constitutional questions when doing so is necessary to its decision-making powers, she argues that the NEB's environmental assessment decision in this case appropriately considered the adequacy of the proponents' consultation efforts.

[36] Generally, a tribunal empowered to consider questions of law must determine whether such consultation was constitutionally sufficient if the issue is properly raised. The power of a tribunal "to decide questions of law implies a power to decide constitutional issues that are properly before it, absent a clear demonstration that the legislature intended to exclude such jurisdiction from the tribunal's power" (*Carrier Sekani*, at para. 69). Regulatory agencies with the authority to decide questions of law have both the duty and authority to apply the Constitution, unless the authority to decide the constitutional issue has been clearly withdrawn (*R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at para. 77). It follows that they must ensure their decisions comply with s. 35 of the *Constitution Act, 1982* (*Carrier Sekani*, at para. 72).

Couronne peut donc s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire, en tout ou en partie, à l'obligation de consulter qui lui incombe. Nous allons examiner ci-après si le processus de l'ONÉ a permis de satisfaire à cette obligation en l'espèce.

D. *Quel est le rôle de l'ONÉ dans l'appréciation de la consultation incombant à la Couronne avant l'approbation d'un projet?*

[35] Les appelants soutiennent que, en tant que tribunal administratif habilité à trancher des questions de droit, l'ONÉ *doit* exercer son pouvoir décisionnel en conformité avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et ce, en évaluant le caractère adéquat de la consultation avant d'accorder une autorisation pour des essais sismiques. À l'inverse, les promoteurs plaident que rien dans la jurisprudence de notre Cour ne permet d'imposer cette obligation à l'ONÉ. Bien que la procureure générale du Canada soit d'accord avec les appelants pour dire que l'ONÉ possède la capacité juridique de trancher des questions constitutionnelles lorsque cela est nécessaire dans l'exercice de ses pouvoirs décisionnels, elle soutient que, dans sa décision relative à l'évaluation environnementale en l'espèce, l'ONÉ a examiné de manière appropriée le caractère adéquat des efforts de consultation déployés par les promoteurs.

[36] En général, un tribunal administratif habilité à examiner des questions de droit doit décider si une consultation de ce genre était suffisante sur le plan constitutionnel dans le cas où cette question est régulièrement soulevée devant lui. Le pouvoir d'un tribunal administratif « de statuer en droit emporte celui de trancher une question constitutionnelle dont il est régulièrement saisi, sauf lorsqu'il est clairement établi que le législateur a voulu le priver d'un tel pouvoir » (*Carrier Sekani*, par. 69). Les organismes de réglementation investis du pouvoir de trancher des questions de droit ont le devoir et le pouvoir d'appliquer la Constitution, sauf si le pouvoir de statuer sur la question constitutionnelle a clairement été écarté (*R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 77). Il s'ensuit qu'ils doivent s'assurer que leurs décisions sont conformes à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*Carrier Sekani*, par. 72).

[37] The NEB has broad powers under both the *NEB Act* and *COGOA* to hear and determine all relevant matters of fact and law (*NEB Act*, s. 12(2); *COGOA*, s. 5.31(2)). No provision in either statute suggests an intention to withhold from the NEB the power to decide the adequacy of consultation. And, in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, this Court concluded that NEB decisions must conform to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. It follows that the NEB can determine whether the Crown's duty to consult has been fulfilled.

[38] We note that the majority at the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames* considered that this issue was not properly before the NEB. It distinguished *Carrier Sekani* on the basis that the Crown was not a party to the NEB hearing in *Chippewas of the Thames*, while the Crown (in the form of BC Hydro, a Crown corporation) was a party in the utilities commission proceedings in *Carrier Sekani*. Based on the authority of *Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500, the majority of the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames* reasoned that the NEB is not required to evaluate whether the Crown's duty to consult had been triggered (or whether it was satisfied) before granting a resource project authorization, except where the Crown is a party before the NEB.

[39] The difficulty with this view, however, is that — as we have explained — action taken by the NEB in furtherance of its powers under s. 5(1)(b) of *COGOA* to make final decisions is *itself* Crown conduct which triggers the duty to consult. Nor, respectfully, can we agree with the majority of the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames* that an NEB decision will comply with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* so long as the NEB ensures the proponents engage in a “dialogue” with potentially affected Indigenous groups (para. 62). If the Crown's duty to consult has been

[37] L'ONÉ dispose, tant en vertu de la *Loi sur l'ONÉ* que de la *LOPC*, de vastes pouvoirs l'autorisant à entendre et à trancher toute question pertinente de droit et de fait (*Loi sur l'ONÉ*, par. 12(2); *LOPC*, par. 5.31(2)). Aucune disposition de l'une ou l'autre de ces lois ne tend à indiquer que le législateur entendait priver l'ONÉ du pouvoir de statuer sur le caractère adéquat de la consultation. De plus, dans *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, notre Cour a conclu que les décisions de l'ONÉ doivent respecter le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, l'ONÉ peut décider s'il a été satisfait à l'obligation de consulter de la Couronne.

[38] Nous constatons que, dans l'affaire *Chippewas of the Thames*, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont considéré que l'ONÉ n'avait pas été régulièrement saisi de cette question. Ils ont distingué cette affaire de l'arrêt *Carrier Sekani* sur la base que, dans *Chippewas of the Thames*, la Couronne n'était pas partie à l'audience devant l'ONÉ, tandis que dans *Carrier Sekani* la Couronne (par l'entremise de BC Hydro, une société d'État) était partie à l'instance devant la commission des services d'utilité publique. Se fondant sur l'arrêt *Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale dans *Chippewas of the Thames* ont estimé que l'ONÉ n'est pas tenu de se demander si l'obligation de consulter incombant à la Couronne a pris naissance (ou s'il a été satisfait à cette obligation) avant d'autoriser un projet lié aux ressources, sauf dans le cas où la Couronne est une partie à l'instance devant l'ONÉ.

[39] Toutefois, la difficulté que soulève cette opinion est que — comme nous l'avons expliqué — les mesures prises par l'ONÉ en application de son pouvoir de rendre des décisions définitives en vertu de l'al. 5(1)b de la *LOPC* sont *elles-mêmes* des mesures prises par la Couronne qui donnent naissance à l'obligation de consulter. Nous ne pouvons pas non plus, soit dit en tout respect, souscrire à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire connexe *Chippewas of the Thames* selon laquelle une décision de l'ONÉ respecte le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans

triggered, a decision maker may only proceed to approve a project if Crown consultation is adequate. Although in many cases the Crown will be able to rely on the NEB's processes as meeting the duty to consult, because the NEB is the final decision maker, the key question is whether the duty is fulfilled prior to project approval (*Haida*, at para. 67). Accordingly, where the Crown's duty to consult an affected Indigenous group with respect to a project under *COGOA* remains unfulfilled, the NEB must withhold project approval. And, where the NEB fails to do so, its approval decision should (as we have already said) be quashed on judicial review, since the duty to consult must be fulfilled prior to the action that could adversely affect the right in question (*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 78).

[40] Some commentators have suggested that the NEB, in view of its mandate to decide issues in the public interest, cannot effectively account for Aboriginal and treaty rights and assess the Crown's duty to consult (see R. Freedman and S. Hansen, "Aboriginal Rights vs. The Public Interest", prepared for Pacific Business & Law Institute Conference, Vancouver, B.C. (February 26-27, 2009) (online), at pp. 4 and 14). We do not, however, see the public interest and the duty to consult as operating in conflict. As this Court explained in *Carrier Sekani*, the duty to consult, being a constitutional imperative, gives rise to a special public interest that supersedes other concerns typically considered by tribunals tasked with assessing the public interest (para. 70). A project authorization that breaches the constitutionally protected rights of Indigenous peoples cannot serve the public interest (*ibid.*).

[41] This leaves the question of what a regulatory agency must do where the adequacy of Crown

la mesure où l'ONÉ s'assure que les promoteurs participent à des « discussions » avec les groupes autochtones susceptibles d'être touchés (par. 62). Si l'obligation de la Couronne de consulter a pris naissance, un décideur ne peut approuver un projet que si la consultation incombant à la Couronne est adéquate. Même si dans bien des cas la Couronne peut s'en remettre aux processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter, étant donné que c'est l'ONÉ qui prend la décision définitive, la question fondamentale consiste à décider s'il a été satisfait à l'obligation avant l'approbation du projet (*Haida*, par. 67). En conséquence, lorsque la Couronne n'a pas satisfait à son obligation de consulter les groupes autochtones touchés par un projet visé par la *LOPC*, l'ONÉ doit refuser d'approuver le projet. S'il l'approuve, sa décision devrait (comme nous l'avons dit précédemment) être annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire, puisque l'obligation de consulter doit être respectée avant la prise de mesures susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur le droit en question (*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 78).

[40] Certains auteurs affirment que, comme l'ONÉ a pour mission de trancher des questions dans l'intérêt public, il ne peut, de manière effective, tenir compte des droits ancestraux et issus de traités et apprécier l'obligation de consulter de la Couronne (voir R. Freedman et S. Hansen, « Aboriginal Rights vs. The Public Interest », préparé pour une conférence du Pacific Business & Law Institute, Vancouver, C.-B. (26-27 février 2009) (en ligne), p. 4 et 14). À notre avis, cependant, l'intérêt public et l'obligation de consulter ne sont pas incompatibles. Comme l'a expliqué la Cour dans *Carrier Sekani*, en tant qu'impératif constitutionnel, l'obligation de consulter fait naître un intérêt public spécial, qui l'emporte sur les autres préoccupations dont tiennent habituellement compte les tribunaux administratifs appelés à évaluer l'intérêt public (par. 70). Lorsque l'autorisation accordée à l'égard d'un projet viole les droits constitutionnels des peuples autochtones, cette autorisation ne saurait servir l'intérêt public (*ibid.*).

[41] Il reste à déterminer ce qu'un organisme de réglementation doit faire dans les cas où se soulève

consultation is raised before it. When affected Indigenous groups have squarely raised concerns about Crown consultation with the NEB, the NEB must usually address those concerns in reasons, particularly in respect of project applications requiring deep consultation. Engagement of the honour of the Crown does not predispose a certain outcome, but promotes reconciliation by imposing obligations on the manner and approach of government (*Haida*, at paras. 49 and 63). Written reasons foster reconciliation by showing affected Indigenous peoples that their rights were considered and addressed (*Haida*, at para. 44). Reasons are “a sign of respect [which] displays the requisite comity and courtesy becoming the Crown as Sovereign toward a prior occupying nation” (*Kainaiwa/Blood Tribe v. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107, at para. 117 (CanLII)). Written reasons also promote better decision making (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 39).

[42] This does not mean, however, that the NEB is always required to review the adequacy of Crown consultation by applying a formulaic “*Haida* analysis”, as the appellants suggest. Nor will explicit reasons be required in every case. The degree of consideration that is appropriate will depend on the circumstances of each case. But where deep consultation is required and the affected Indigenous peoples have made their concerns known, the honour of the Crown will usually oblige the NEB, where its approval process triggers the duty to consult, to explain how it considered and addressed these concerns.

E. *Was the Consultation Adequate in This Case?*

[43] The Crown acknowledges that deep consultation was required in this case, and we agree. As

devant lui la question du caractère adéquat de la consultation incombant à la Couronne. Lorsque les groupes autochtones touchés soulèvent directement auprès de l’ONÉ des préoccupations concernant la consultation qui a été menée par la Couronne, l’ONÉ doit habituellement traiter de ces préoccupations dans des motifs, plus particulièrement s’il s’agit d’une demande d’approbation de projet requérant une consultation approfondie. Le fait que l’honneur de la Couronne soit en jeu ne permet pas de préjuger d’un résultat donné, mais favorise la réconciliation en imposant des obligations quant à l’approche et à la façon de faire du gouvernement (*Haida*, par. 49 et 63). L’existence de motifs écrits favorise la réconciliation, parce que ces motifs montrent aux peuples autochtones touchés que leurs droits ont été considérés et comment on en a tenu compte (*Haida*, par. 44). Des motifs constituent [TRADUCTION] « une marque de respect [qui] démontre la courtoisie dont doit faire preuve la Couronne en tant que souverain envers une nation qui occupait le territoire avant elle » (*Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107, par. 117 (CanLII)). Les motifs écrits favorisent également une meilleure prise de décision (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 39).

[42] Cependant, cela ne signifie pas, contrairement à ce qu’affirment les appelants, que l’ONÉ est toujours tenu d’examiner le caractère adéquat de la consultation qui a été menée en appliquant mécaniquement l’« analyse requise par l’arrêt *Haida* ». Des motifs explicites ne sont pas non plus requis dans tous les cas. L’étendue de l’analyse qui conviendra variera selon les circonstances propres à chaque cas. Mais dans les cas où une consultation approfondie est nécessaire et que les peuples autochtones touchés ont fait connaître leurs préoccupations, l’honneur de la Couronne obligera généralement l’ONÉ, lorsque son processus d’approbation donne naissance à l’obligation de consulter, à expliquer de quelle manière il a considéré ces préoccupations et il en a tenu compte.

E. *La consultation a-t-elle été adéquate en l’espèce?*

[43] La Couronne reconnaît qu’une consultation approfondie était requise dans le cas qui nous

this Court explained in *Haida*, deep consultation is required “where a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high” (para. 44). Here, the appellants had *established treaty rights* to hunt and harvest marine mammals. These rights were acknowledged at the Federal Court of Appeal as being extremely important to the appellants for their economic, cultural, and spiritual well-being (para. 2). Jerry Natanine, the former mayor of Clyde River, explained that hunting marine mammals “provides us with nutritious food; enables us to take part in practices we have maintained for generations; and enables us to maintain close relationships with each other through the sharing of what we call ‘country food’” (A.R., vol. II, at p. 197). The importance of these rights was also recently recognized by the Nunavut Court of Justice:

The Inuit right which is of concern in this matter is the right to harvest marine mammals. Many Inuit in Nunavut rely on country food for the majority of their diet. Food costs are very high and many would be unable to purchase food to replace country food if country food were unavailable. Country food is recognized as being of higher nutritional value than purchased food. But the inability to harvest marine mammals would impact more than . . . just the diet of Inuit. The cultural tradition of sharing country food with others in the community would be lost. The opportunity to make traditional clothing would be impacted. The opportunity to participate in the hunt, an activity which is fundamental to being Inuk, would be lost. The Inuit right which is at stake is of high significance. This suggests a significant level of consultation and accommodation is required.

(*Qikiqtani Inuit Assn. v. Canada (Minister of Natural Resources)*, 2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263, at para. 25)

occupe, et nous en convenons. Comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Haida*, une consultation approfondie est requise dans « les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l’atteinte potentielle sont d’une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé » (par. 44). En l’espèce, les appelants possèdent des *droits issus de traités établis* leur permettant de chasser et de récolter des mammifères marins. La Cour d’appel fédérale a reconnu que ces droits étaient extrêmement importants pour le bien-être économique, culturel et spirituel des appelants (par. 2). Jerry Natanine, l’ancien maire de Clyde River, a fourni les explications qui suivent à ce sujet : [TRADUCTION] « [la chasse aux mammifères marins] nous fournit des aliments nutritifs, en plus de nous permettre d’exercer des pratiques observées depuis des générations et d’entretenir d’étroites relations les uns avec les autres grâce au partage de ce que nous appelons les “aliments traditionnels” » (d.a., vol. II, p. 197). Récemment, la Cour de justice du Nunavut a également reconnu l’importance de ces droits :

[TRADUCTION] Le droit inuit qui nous intéresse en l’espèce est le droit de récolter les mammifères marins. Le régime alimentaire de nombreux Inuits au Nunavut se compose en grande partie d’aliments traditionnels. Le coût des aliments est très élevé, et plusieurs habitants seraient dans l’incapacité d’acheter des aliments pour remplacer les aliments traditionnels si ceux-ci n’étaient plus disponibles. Il est reconnu que les aliments traditionnels ont une valeur nutritive plus élevée que les aliments achetés. Cependant, l’incapacité de récolter des mammifères marins n’aurait pas uniquement des répercussions sur le régime alimentaire des Inuits. La tradition culturelle qu’ont les Inuits de partager les aliments traditionnels entre eux dans la communauté serait perdue. La fabrication de vêtements traditionnels serait aussi touchée. Les Inuits perdraient la possibilité de participer à la chasse, une activité qui constitue un aspect fondamental de l’identité inuite. Le droit des Inuits qui est en jeu est d’une grande importance, d’où la nécessité d’une consultation approfondie et de mesures d’accommodement substantielles.

(*Qikiqtani Inuit Assn. c. Canada (Minister of Natural Resources)*, 2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263, par. 25)



[44] The risks posed by the proposed testing to these treaty rights were also high. The NEB's environmental assessment concluded that the project could increase the mortality risk of marine mammals, cause permanent hearing damage, and change their migration routes, thereby affecting traditional resource use. Given the importance of the rights at stake, the significance of the potential impact, and the risk of non-compensable damage, the duty owed in this case falls at the highest end of the spectrum.

[45] Bearing this in mind, the consultation that occurred here fell short in several respects. First, the inquiry was misdirected. While the NEB found that the proposed testing was not likely to cause significant adverse environmental effects, and that any effects on traditional resource use could be addressed by mitigation measures, the consultative inquiry is not properly into environmental effects *per se*. Rather, it inquires into the impact on the *right*. No consideration was given in the NEB's environmental assessment to the source — in a treaty — of the appellants' rights to harvest marine mammals, nor to the impact of the proposed testing on those rights.

[46] Furthermore, although the Crown relies on the processes of the NEB as fulfilling its duty to consult, that was not made clear to the Inuit. The significance of the process was not adequately explained to them.

[47] Finally, and most importantly, the process provided by the NEB did not fulfill the Crown's duty to conduct deep consultation. Deep consultation "may entail the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision-making process, and provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision" (*Haida*, at para. 44). Despite the NEB's broad powers under *COGOA* to afford those advantages, limited opportunities for participation and consultation were made available to the appellants.

[44] Les essais proposés comportent également des risques importants pour ces droits issus de traités. Selon l'évaluation environnementale de l'ONÉ, ce projet est susceptible d'accroître le risque de mortalité chez les mammifères marins, de causer des dommages permanents à leur ouïe et de modifier leurs routes migratoires, situation qui a en conséquence une incidence sur l'utilisation des ressources traditionnelles. En raison de l'importance du droit en jeu, de la portée des effets potentiels et du risque de préjudice non indemnisable, l'obligation qui s'impose dans la présente affaire se situe à l'extrémité supérieure du continuum.

[45] Dans cette optique, la consultation qui a eu lieu en l'espèce a été lacunaire à plusieurs égards. Premièrement, la consultation était mal orientée. Bien que l'ONÉ ait conclu que les essais proposés n'étaient pas susceptibles d'avoir des effets environnementaux négatifs importants, et que tout effet sur l'utilisation des ressources traditionnelles pourrait faire l'objet de mesures d'atténuation, le processus consultatif ne vise pas vraiment les effets environnementaux en tant que tels, mais plutôt les effets sur le *droit*. Dans son évaluation environnementale, l'ONÉ n'a pas pris en considération la source — un traité — des droits des appelants de récolter des mammifères marins, ni l'incidence des essais proposés sur ces droits.

[46] Deuxièmement, il n'a pas été indiqué clairement aux Inuits que la Couronne s'en remettait aux processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter. L'importance du processus ne leur a pas été expliquée adéquatement.

[47] Enfin, élément le plus important, le processus de l'ONÉ n'a pas permis de satisfaire à l'obligation de la Couronne de mener une consultation approfondie. Une telle consultation « pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision » (*Haida*, par. 44). Malgré les vastes pouvoirs que la *LOPC* confère à l'ONÉ pour offrir de telles mesures avantageuses, les appelants n'ont bénéficié

Unlike many NEB proceedings, including the proceedings in *Chippewas of the Thames*, there were no oral hearings. Although the appellants submitted scientific evidence to the NEB, this was done without participant funding. Again, this stands in contrast to *Chippewas of the Thames*, where the consultation process was far more robust. In that case, the NEB held oral hearings, the appellants received funding to participate in the hearings, and they had the opportunity to present evidence and a final argument.<sup>5</sup> While these procedural protections are characteristic of an adversarial process, they may be required for meaningful consultation (*Haida*, at para. 41) and do not transform its underlying objective: fostering reconciliation by promoting an ongoing relationship (*Carrier Sekani*, at para. 38).

[48] The consultation in this case also stands in contrast to *Taku River* where, despite its entitlement to consultation falling only at the midrange of the spectrum (para. 32), the Taku River Tlingit First Nation, with financial assistance (para. 37), fully participated in the assessment process as a member of the project committee, which was “the primary engine driving the assessment process” (paras. 3, 8 and 40).

[49] While these procedural safeguards are not always necessary, their absence in this case significantly impaired the quality of consultation. Although the appellants had the opportunity to question the proponents about the project during the NEB meetings in the spring of 2013, the proponents were unable to answer many questions, including

que de très peu de possibilités de participation et de consultation. Contrairement à de nombreuses autres instances de l’ONÉ, y compris celle dans l’affaire *Chippewas of the Thames*, il n’y a pas eu d’audiences en l’espèce. Bien que les appelants aient soumis des éléments de preuve scientifique à l’ONÉ, ils l’ont fait sans recevoir d’aide financière à l’intention des participants. Une autre situation qui contraste avec l’affaire *Chippewas of the Thames*, où le processus de consultation a été beaucoup plus robuste. Dans cette affaire, l’ONÉ a tenu des audiences, les appelants ont reçu des fonds pour y participer et ils ont eu l’occasion de présenter des éléments de preuve et des observations finales<sup>5</sup>. Quoique ces garanties procédurales constituent des caractéristiques d’un processus contradictoire, elles peuvent être nécessaires pour qu’une véritable consultation ait lieu (*Haida*, par. 41) et elles ne transforment pas l’objectif sous-jacent de cette consultation, soit encourager la réconciliation tout en favorisant le maintien de relations constantes (*Carrier Sekani*, par. 38).

[48] La consultation qui s’est déroulée en l’espèce contraste également avec celle tenue dans l’affaire *Taku River* où, même si elle avait droit uniquement à un niveau de consultation se trouvant à mi-chemin du continuum (par. 32), la Première Nation Tlingit de Taku River a obtenu de l’aide financière (par. 37) et a participé pleinement au processus d’évaluation en tant que membre du comité responsable du projet, comité qui était le « principal moteur du processus d’évaluation » (par. 3, 8 et 40).

[49] Bien que ces garanties procédurales ne soient pas toujours nécessaires, leur absence en l’espèce a réduit de façon importante la qualité de la consultation. Même si les appelants ont eu la possibilité d’interroger les promoteurs au sujet du projet lors des rencontres organisées par l’ONÉ au printemps 2013, ces derniers ont été incapables de répondre à

<sup>5</sup> The NEB process in *Chippewas of the Thames* was undertaken pursuant to the *NEB Act*, not *COGOA*. Under the *NEB Act*, the NEB had at the relevant time, and still has today, explicit statutory powers to conduct public hearings (s. 24) and provide participant funding for such hearings (s. 16.3). As noted above, Parliament conferred similar powers upon the NEB under *COGOA* in 2015.

<sup>5</sup> Le processus suivi par l’ONÉ dans l’affaire *Chippewas of the Thames* s’est déroulé conformément à la *Loi sur l’ONÉ*, et non à la *LOPC*. En vertu de la *Loi sur l’ONÉ*, l’ONÉ possédait au moment pertinent, et possède encore aujourd’hui, le pouvoir explicite de tenir des audiences publiques (art. 24) et de verser de l’aide financière en vue de faciliter la participation à de telles audiences (art. 16.3). Comme il a été indiqué précédemment, le Parlement a conféré à l’ONÉ des pouvoirs similaires dans la *LOPC* en 2015.

basic questions about the effect of the proposed testing on marine mammals. The proponents did eventually respond to these questions; however, they did so in a 3,926 page document which they submitted to the NEB. This document was posted on the NEB website and delivered to the hamlet offices in Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak and Iqaluit. Internet speed is slow in Nunavut, however, and bandwidth is expensive. The former mayor of Clyde River deposed that he was unable to download this document because it was too large. Furthermore, only a fraction of this enormous document was translated into Inuktitut. To put it mildly, furnishing answers to questions that went to the heart of the treaty rights at stake in the form of a practically inaccessible document dump months after the questions were initially asked in person is not true consultation. “[C]onsultation’ in its least technical definition is talking together for mutual understanding” (T. Isaac and A. Knox, “The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, at p. 61). No mutual understanding on the core issues — the potential impact on treaty rights, and possible accommodations — could possibly have emerged from what occurred here.

[50] The fruits of the Inuit’s limited participation in the assessment process here are plain in considering the accommodations recorded by the NEB’s environmental assessment report. It noted changes made to the project as a result of consultation, such as a commitment to ongoing consultation, the placement of community liaison officers in affected communities, and the design of an Inuit Qaujimajatuqangit (Inuit traditional knowledge) study. The proponents also committed to installing passive acoustic monitoring on the ship to be used in the proposed testing to avoid collisions with marine mammals.

de nombreuses questions, y compris des questions de base sur les effets des essais proposés sur les mammifères marins. Les promoteurs ont finalement répondu à ces questions; cependant, ils l’ont fait dans un document de 3 926 pages, qu’ils ont soumis à l’ONÉ. Ce document a été affiché sur le site Web de l’ONÉ et remis aux bureaux des hameaux de Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak et Iqaluit. Toutefois, l’Internet est lent au Nunavut, et la bande passante est coûteuse. L’ancien maire de Clyde River a déclaré avoir été incapable de télécharger le document, puisque celui-ci était trop volumineux. De plus, une fraction seulement de cet énorme document a été traduite en inuktitut. Le moins que l’on puisse dire, c’est que le fait de répondre à des questions qui touchent à l’essence des droits issus de traités en cause au moyen d’un amas documentaire pratiquement inaccessible, et ce, des mois après que les questions aient été posées en personne ne constitue pas une véritable consultation. Selon des auteurs, le mot [TRADUCTION] « “consultation”, dans son sens le moins technique, s’entend de l’action de se parler dans le but de se comprendre les uns les autres » (T. Isaac et A. Knox, « The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, p. 61). Aucune compréhension mutuelle sur les points fondamentaux — à savoir les effets potentiels sur les droits issus de traités et les possibles accommodements — n’aurait pu vraiment aboutir de ce qui s’est déroulé dans la présente affaire.

[50] Les fruits de la participation limitée des Inuits au processus d’évaluation en l’espèce ressortent clairement de l’examen des mesures d’accommodement consignées dans le rapport d’évaluation environnementale de l’ONÉ. Il y est fait état des changements apportés au projet par suite de la consultation, par exemple un engagement à poursuivre les consultations, l’affectation d’agents de liaison auprès de la communauté dans les communautés touchées et un projet d’étude sur les Inuit Qaujimajatuqangit (connaissances traditionnelles inuites). Les promoteurs se sont aussi engagés à doter le navire devant être utilisé pour les essais proposés d’appareils de surveillance acoustique passive afin d’éviter les collisions avec des mammifères marins.



[51] These changes were, however, insignificant concessions in light of the potential impairment of the Inuit's treaty rights. Further, passive acoustic monitoring was no concession at all, since it is a requirement of the Statement of Canadian Practice With Respect to the Mitigation of Seismic Sound in the Marine Environment which provides "minimum standards, which will apply in all non-ice covered marine waters in Canada" (A.R., vol. I, at p. 40), and which would be included in virtually all seismic testing projects. None of these putative concessions, nor the NEB's reasons themselves, gave the Inuit any reasonable assurance that their constitutionally protected treaty rights were considered as *rights*, rather than as an afterthought to the assessment of environmental concerns.

[52] The consultation process here was, in view of the Inuit's established treaty rights and the risk posed by the proposed testing to those rights, significantly flawed. Had the appellants had the resources to submit their own scientific evidence, and the opportunity to test the evidence of the proponents, the result of the environmental assessment could have been very different. Nor were the Inuit given meaningful responses to their questions regarding the impact of the testing on marine life. While the NEB considered potential impacts of the project on marine mammals and on Inuit traditional resource use, its report does not acknowledge, or even mention, the Inuit treaty rights to harvest wildlife in the Nunavut Settlement Area, or that deep consultation was required.

#### IV. Conclusion

[53] For the foregoing reasons, we conclude that the Crown breached its duty to consult the appellants in respect of the proposed testing. We would allow the appeal with costs to the appellants, and quash the NEB's authorization.

*Appeal allowed with costs.*

[51] Cependant, ces changements ne représentaient que des concessions négligeables au regard de l'atteinte potentielle aux droits issus de traités des Inuits. En outre, la surveillance acoustique passive ne constituait aucunement une concession, puisqu'elle est exigée par l'Énoncé des pratiques canadiennes d'atténuation des ondes sismiques en milieu marin, lequel énonce des « normes minimales, qui s'appliquent dans toutes les eaux marines du Canada libres de glace » (d.a., vol. I, p. 40), et qui figureraient virtuellement dans tous les projets d'essais sismiques. Aucune de ces soi-disant concessions, ni les motifs eux-mêmes exposés par l'ONÉ, n'ont donné aux Inuits une assurance raisonnable que leurs droits issus de traités protégés par la Constitution avaient été considérés en tant que *droits*, plutôt que comme un aspect accessoire de l'évaluation des préoccupations environnementales.

[52] Compte tenu des droits issus de traités établis que possèdent les Inuits et des risques que posent pour ces droits les essais proposés, le processus de consultation qui s'est déroulé en l'espèce a comporté d'importantes lacunes. Si les appelants avaient disposé des ressources nécessaires pour présenter leur propre preuve scientifique, et s'ils avaient eu l'occasion de vérifier la validité de la preuve des promoteurs, le résultat de l'évaluation environnementale aurait pu être bien différent. Les Inuits n'ont pas non plus reçu de réponses concrètes à leurs questions au sujet de l'effet des essais sur la vie marine. Bien que l'ONÉ ait examiné les répercussions potentielles du projet sur les mammifères marins et sur l'utilisation traditionnelle des ressources par les Inuits, son rapport ne reconnaît pas, ni même ne mentionne, l'existence des droits issus de traités des Inuits de récolter des ressources fauniques au Nunavut ou le fait qu'une consultation approfondie était nécessaire.

#### IV. Conclusion

[53] Pour ces motifs, nous concluons que la Couronne a manqué à son obligation de consulter les appelants au sujet des essais proposés. Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur des appelants, et d'annuler l'autorisation de l'ONÉ.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Solicitors for the appellants: Stockwoods, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest As (MKI) and TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS): Blake, Cassels & Graydon, Calgary.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Saskatoon.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the intervener Nunavut Tunngavik Incorporated: Woodward & Company, Victoria; Nunavut Tunngavik Incorporated, Iqaluit.*

*Solicitors for the intervener the Makivik Corporation: Dionne Schulze, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Nunavut Wildlife Management Board: Supreme Advocacy, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Inuvialuit Regional Corporation: Inuvialuit Regional Corporation, Inuvik; Olthuis Kleer Townshend, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Chiefs of Ontario: Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Procureurs des appelants : Stockwoods, Toronto.*

*Procureurs des intimées Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest As (MKI) et TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS) : Blake, Cassels & Graydon, Calgary.*

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

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

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

*Procureurs de l'intervenante Nunavut Tunngavik Incorporated : Woodward & Company, Victoria; Nunavut Tunngavik Incorporated, Iqaluit.*

*Procureurs de l'intervenante Makivik Corporation : Dionne Schulze, Montréal.*

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

*Procureurs de l'intervenante Inuvialuit Regional Corporation : Inuvialuit Regional Corporation, Inuvik; Olthuis Kleer Townshend, Toronto.*

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

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20160623

Dockets: A-437-14 (lead file), A-56-14, A-59-14,  
A-63-14, A-64-14; A-67-14, A-439-14,  
A-440-14, A-442-14, A-443-14, A-445-14,  
A-446-14, A-447-14, A-448-14, A-514-14,  
A-517-14, A-520-14, A-522-14

Citation: 2016 FCA 187

CORAM: DAWSON J.A.  
STRATAS J.A.  
RYER J.A.

BETWEEN:

GITXAALA NATION, GITGA'AT FIRST NATION,  
HAISLA NATION, THE COUNCIL OF THE HAIDA NATION  
and PETER LANTIN suing on his own behalf and on  
behalf of all citizens of the Haida Nation,  
KITASOO XAI'XAIS BAND COUNCIL on behalf of  
all members of the Kitsoo Xai'Xais Nation and  
HEILTSUK TRIBAL COUNCIL on behalf of all  
members of the Heiltsuk Nation, MARTIN LOUIE,  
on his own behalf, and on behalf of Nadleh Whut'en and on  
behalf of the Nadleh Whut'en Band, FRED SAM, on his  
own behalf, on behalf of all Nak'azdli Whut'en, and on  
behalf of the Nak'azdli Band, UNIFOR, FORESTETHICS  
ADVOCACY ASSOCIATION, LIVING OCEANS SOCIETY,  
RAINCOAST CONSERVATION FOUNDATION,  
FEDERATION OF BRITISH COLUMBIA NATURALISTS  
carrying on business as BC NATURE

Applicants and Appellants

and

HER MAJESTY THE QUEEN, ATTORNEY GENERAL  
OF CANADA, MINISTER OF THE ENVIRONMENT,  
NORTHERN GATEWAY PIPELINES INC.,

**NORTHERN GATEWAY PIPELINES LIMITED PARTNERSHIP  
and NATIONAL ENERGY BOARD**

**Respondents**

**and**

**THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA,  
AMNESTY INTERNATIONAL and THE CANADIAN ASSOCIATION OF  
PETROLEUM PRODUCERS**

**Intervenors**

Heard at Vancouver, British Columbia, on October 1-2 and October 5-8, 2015.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on June 23, 2016.

REASONS FOR JUDGMENT BY:  
DISSENTING REASONS BY:

DAWSON AND STRATAS JJ.A.  
RYER J.A.

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20160623

Dockets: A-437-14 (lead file), A-56-14, A-59-14,  
A-63-14, A-64-14; A-67-14, A-439-14,  
A-440-14, A-442-14, A-443-14, A-445-14,  
A-446-14, A-447-14, A-448-14, A-514-14,  
A-517-14, A-520-14, A-522-14

Citation: 2016 FCA 187

**CORAM:** DAWSON J.A.  
STRATAS J.A.  
RYER J.A.

**BETWEEN:**

**GITXAALA NATION, GITGA'AT FIRST NATION,  
HAISLA NATION, THE COUNCIL OF THE HAIDA NATION  
and PETER LANTIN suing on his own behalf and on  
behalf of all citizens of the Haida Nation,  
KITASOO XAI'XAIS BAND COUNCIL on behalf of  
all members of the Kitsoo Xai'Xais Nation and  
HEILTSUK TRIBAL COUNCIL on behalf of all  
members of the Heiltsuk Nation, MARTIN LOUIE,  
on his own behalf, and on behalf of Nadleh Whut'en and on  
behalf of the Nadleh Whut'en Band, FRED SAM, on his  
own behalf, on behalf of all Nak'azdli Whut'en, and on  
behalf of the Nak'azdli Band, UNIFOR, FORESTETHICS  
ADVOCACY ASSOCIATION, LIVING OCEANS SOCIETY,  
RAINCOAST CONSERVATION FOUNDATION,  
FEDERATION OF BRITISH COLUMBIA NATURALISTS  
carrying on business as BC NATURE**

**Applicants and Appellants**

**and**

**HER MAJESTY THE QUEEN, ATTORNEY GENERAL  
OF CANADA, MINISTER OF THE ENVIRONMENT,  
NORTHERN GATEWAY PIPELINES INC.,**

**NORTHERN GATEWAY PIPELINES LIMITED PARTNERSHIP  
and NATIONAL ENERGY BOARD**

**Respondents**

**and**

**THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA,  
AMNESTY INTERNATIONAL and THE CANADIAN ASSOCIATION OF  
PETROLEUM PRODUCERS**

**Intervenors**

**REASONS FOR JUDGMENT**

**DAWSON and STRATAS JJ.A.**

[1] Before the Court are nine applications for judicial review of Order in Council P.C. 2014-809. That Order required the National Energy Board to issue two Certificates of Public Convenience and Necessity, on certain conditions, concerning the Northern Gateway Project. That Project, proposed by Northern Gateway Pipelines Inc. and Northern Gateway Pipelines Limited Partnership, consists of two pipelines transporting oil and condensate, and related facilities.

[2] Also before the Court are five applications for judicial review of a Report issued by a review panel, known as the Joint Review Panel, acting under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, section 52 and the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, as amended. The Governor in Council considered the Joint Review Panel's Report when making its Order in Council.

[3] And also before the Court are four appeals of the Certificates issued by the National Energy Board.

[4] All of these proceedings have been consolidated. These are our reasons for judgment in the consolidated proceedings. In conformity with the order consolidating the proceedings, the original of these reasons will be placed in the lead file, file A-437-14, and a copy will be placed in each of the other files.

[5] As seen above, three administrative acts—the Order in Council, the Report and the Certificates—are all subject to challenge. But, as explained below, for our purposes, the Order in Council is legally the decision under review and is the focus of our analysis.

[6] Applying the principles of administrative law, we find that the Order in Council is acceptable and defensible on the facts and the law and is reasonable. The Order in Council was within the margin of appreciation of the Governor in Council, a margin of appreciation that, as we shall explain, in these circumstances is broad.

[7] However, the Governor in Council could not make the Order in Council unless Canada has also fulfilled the duty to consult owed to Aboriginal peoples.

[8] When considering whether that duty has been fulfilled—*i.e.*, the adequacy of consultation—we are not to insist on a standard of perfection; rather, only reasonable satisfaction is required. Bearing in mind that standard, we conclude that Canada has not fulfilled its duty to

consult. While Canada exercised good faith and designed a good framework to fulfil its duty to consult, execution of that framework—in particular, one critical part of that framework known as Phase IV—fell well short of the mark. A summary of our reasons in support of this conclusion can be found at paragraphs 325-332, below.

[9] In reaching this conclusion, we rely to a large extent on facts not in dispute, including Canada’s own factual assessments and its own officials’ words. Further, in reaching this conclusion, we have not extended any existing legal principles or fashioned new ones. Our conclusion follows from the application of legal principles previously settled by the Supreme Court of Canada to the undisputed facts of this case.

[10] Thus, for the following reasons, we would quash the Order in Council and the Certificates that were issued under them. We would remit the matter back to the Governor in Council for prompt redetermination.

[11] For the convenience of the reader, we offer an index to these reasons:

A.	The Project	[12]
B.	The parties	[17]
C.	The approval process for the Project	[19]
(1)	Introduction	[19]
(2)	The beginning	[21]
(3)	The process gets underway	[33]
(4)	The parties’ participation in the approval process	[48]



(5)	The Report of the Joint Review Panel	[50]
(6)	Consultation with Aboriginal groups: Phase IV	[54]
(7)	The Order and the Certificates	[59]
(8)	Future regulatory processes	[67]
D.	Legal proceedings	[68]
E.	Reviewing the administrative decisions following administrative law principles	[74]
(1)	Introduction	[74]
(2)	Preliminary issues	[82]
(a)	The standing of certain parties	[82]
(b)	The admissibility of affidavits	[88]
(3)	The legislative scheme in detail	[92]
(a)	The report stage: the <i>National Energy Board Act</i> requirements	[102]
(b)	The report stage: the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i> requirements	[108]
(c)	Consideration by the Governor in Council	[112]
(4)	Characterization of the legislative scheme	[119]
(5)	Standard of review	[128]
(6)	The Governor in Council's decision was reasonable under administrative law principles	[156]
F.	The duty to consult Aboriginal peoples	[170]
(1)	Legal principles	[170]
(2)	The standard to which Canada is to be held in fulfilling the duty	[182]
(3)	The consultation process	[187]
(4)	The alleged flaws in the consultation process	[191]

- (a) The Governor in Council prejudged the approval of the Project [192]
- (b) The framework of the consultation process was unilaterally imposed upon the First Nations [201]
- (c) Inadequate funding for participation in the Joint Review Panel and consultation processes [209]
- (d) The consultation process was over-delegated [211]
- (e) Canada either failed to conduct or failed to share with affected First Nations its legal assessment of the strength of their claims to Aboriginal rights or title [218]
- (f) The Crown consultation did not reflect the terms, spirit and intent of the Haida Agreements [226]
- (g) The Joint Review Panel Report left too many issues affecting First Nations to be decided after the Project was approved [230]
- (h) The consultation process was too generic: Canada and the Joint Review Panel looked at First Nations as a whole and failed to address adequately the specific concerns of particular First Nations [230]
- (i) After the Report of the Joint Review Panel was finalized, Canada failed to consult adequately with First Nations about their concerns and failed to give adequate reasons [230]
- (j) Canada did not assess or discuss title or governance rights and the impact on those rights [230]
- (5) Conclusion [325]

G. Remedy [333]

H. Proposed disposition [342]

**A. The Project**

[12] The Northern Gateway Project consists of two 1,178 kilometer pipelines and associated facilities. One pipeline is intended to transport oil from Bruderheim, Alberta to Kitimat, British Columbia. At Kitimat, the oil would be loaded onto tankers for delivery to export markets. The other pipeline would carry condensate removed from tankers at Kitimat to Bruderheim, for distribution to Alberta markets.

[13] The associated facilities include both tank and marine terminals in Kitimat consisting of a number of oil storage tanks, condensate storage tanks, tanker berths and a utility berth. Kitimat would be a much busier place, with 190-250 tanker calls a year, some tankers up to 320,000 tons deadweight in size.

[14] If built, the Project could operate for 50 years or more.

[15] Behind the Project are Northern Gateway Pipelines Limited Partnership and Northern Gateway Pipelines Inc. For the purposes of these reasons, it is not necessary to distinguish between the two and so the term “Northern Gateway” shall be used throughout for both or either.

[16] Northern Gateway is not alone behind the Project. It has 26 Aboriginal equity partners representing almost 60% of the Aboriginal communities along the pipelines' right-of-way, representing 60% of the area's First Nations' population and 80% of the area's combined First Nations and Métis population. Northern Gateway continues to discuss long term partnerships with a number of Aboriginal groups and expects that the number of equity partners will increase.

## **B. The parties**

[17] The Project significantly affects a number of the First Nations who are parties to these proceedings. In no particular order, these parties are as follows:

- *Gitxaala Nation*. Portions of the oil and condensate tanker routes for the Project are located within the Gitxaala's asserted traditional territory. The Gitxaala maintain that the tanker traffic resulting from the Project would affect its Aboriginal rights, including title and self-governance rights. Its main community, Lach Klan, is roughly 10 kilometres from the tanker routes. Also near the tanker routes are fifteen of its reserves, several harvesting areas, traditional village sites, and spiritual sites.
- *Haisla Nation*. A portion of the pipelines, the entire Kitimat terminal and a portion of the tanker route are within territory claimed by the Haisla upon which they assert rights to hunt, fish, trap, gather, use timber resources and govern. Canada accepted the Haisla's comprehensive claim for negotiations decades ago

and twenty years ago, Canada entered into a framework agreement with the Haisla for treaty negotiations.

- *Gitga'at First Nation*. All ships coming or going from the Kitimat terminal must pass through the Gitga'at's asserted territory. They have fourteen reserves along the proposed shipping route; indeed, the route is just two kilometres from the main Gitga'at community at Hartley Bay, British Columbia.
- *Kitasoo Xai'Xais Band Council*. This party is the body that governs the Kitasoo Xai'Xais Nation, a band of Aboriginal peoples comprised of the Tsimshian Kitasoo people and Heiltsuk language speaking Xai'Xais people. Their asserted territory includes a number of coastal islands and surrounding waters and mainland territory next to inlets and fjords. Tankers will cross their territory.
- *Heiltsuk Tribal Council*. This party governs the Heiltsuk Nation. The Heiltsuk Nation is a band of Aboriginal peoples amalgamated from five tribal groups located on the central coast of British Columbia. They assert a claim to 16,658 square kilometres of land and nearshore and offshore waters on the central coast of British Columbia. Their main community is Bella Bella, on Campbell Island. Tankers approaching Kitimat from the southern approach will travel through the Heiltsuk's asserted territory.

- *Nadleh Whut'en and Nak'azdli Whut'en.* They are part of the Yinka Dene or Dakelh people. Yinka Dene means “people of the earth” or “people for the land.” Dakelh means “travellers on water.” They have a governance system founded in ancestral laws, key elements of which include the affiliation of Dakelh people with clans that include hereditary leaders, land and resource management territories known as “keyoh” or “keyah,” and a system of governance known as “bahlats” as an institution to govern the keyoh/keyah and clans. The pipelines would cross approximately 50 kilometres of the Nadleh’s asserted territory and cross 86 watercourses on their land, 21 of which are fish-bearing waters. The pipelines would cross approximately 110 kilometres of the Nak’azdli’s asserted territory and cross 167 watercourses on their land, 60 of which are fish-bearing waters. A pumping station would also be located on the Nak’azdli’s asserted territory. The Nadleh and the Nak’azdli are members of the Carrier Sekani Tribal Council, whose comprehensive claim has been accepted by Canada for negotiation.
  
- *Haida Nation.* The Haida Nation is the Indigenous Peoples of Haida Gwaii. Haida Gwaii means “islands of the people,” and is an archipelago of more than 150 islands, extending roughly 250 kilometres, with roughly 4,700 kilometres of shoreline. No place is further than 20 kilometres from the sea. All proposed tanker routes go through or are next to the marine portion of the territory asserted by the Haida. In the southern portion of Haida Gwaii is Gwaii Haanas, a Haida protected area and national park reserve that contains a UNESCO World Heritage Site

called “sGan gwaay” or “nansdins.” Northern Gateway identified nine ecosections and twelve oceanographic areas of significance for the Project and a number of these surround Haida Gwaii.

[18] Other parties before the Court claim a strong interest in the Project:

- *ForestEthics Advocacy Association*. This non-profit environmental protection society has a long history of advocating for changes in the extraction of natural resources, protecting endangered forests and wild places, educating and informing the public and working with governments and others in pursuit of these objectives.
- *Living Oceans Society*. This non-profit society advances science-based policy recommendations to achieve the conservation of oceans and the communities that depend upon them. It has been involved in researching and proposing policy for oil and gas development as it affects the marine environment.
- *Raincoast Conservation Foundation*. This is a group of conservationists and scientists dedicated to protecting the lands, waters and wildlife of coastal British Columbia through peer-reviewed science and grassroots advocacy and the use of a full-time university lab, a research station and a research vessel.

- *B.C. Nature*. This is a federation of naturalists and naturalist clubs representing more than 5,000 people. It wishes to maintain the integrity of British Columbia's ecosystems and rich biodiversity. To this end, it engages in public education and coordinates a science-based program that identifies, conserves and monitors a network of habitats for bird populations.
- *Unifor*. This is a labour union that represents many energy and fisheries workers in Canada. The energy workers it represents are employed in oil and gas exploration, transportation, refining and conservation in petrochemical and plastics industries. A number of its members work in production and refining facilities in Alberta and British Columbia that are to be served by the Project. The fisheries workers are located across Canada. On the west coast, Unifor represents commercial fishers and fish plant workers who rely on healthy fish stocks and fish habitats.

## **C. The approval process for the Project**

### **(1) Introduction**

[19] The challenges associated with the approval process for the Project were immense. Massive in size and affecting so many diverse groups and geographic habitats in so many different ways, the Project had to be assessed in a sensitive, structured, efficient, yet inclusive manner.



[20] By and large—with the exception of certain aspects of Canada’s execution of the duty to consult, to which we return later in these reasons—the assessment and approval process was set up well and operated well. Given the challenges, this was no small achievement.

**(2) The beginning**

[21] In late 2005, Northern Gateway Pipeline submitted a preliminary information package to the National Energy Board and the Canadian Environmental Assessment Agency.

[22] In early 2006, the Board, after consulting with various federal authorities, recommended that the Minister of the Environment refer the Project to a review panel. In the autumn, the Minister of the Environment referred the Project to a review panel to be conducted jointly under the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment Act*. That review panel was known as the Joint Review Panel because it had two tasks. First, it was to prepare a report under section 52 of the *National Energy Board Act* for the consideration of the Governor in Council. Second, owing to the fact that the Project was a “designated project” within the meaning of section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act*, the Joint Review Panel was to conduct an environmental assessment of the Project and provide recommendations to the Governor in Council under section 30 of the *Canadian Environmental Assessment Act*.

[23] The terms of reference for the Joint Review Panel needed to be settled. Those terms of reference were to appear in an agreement between the National Energy Board and the Minister of the Environment. In September 2006, the Canadian Environmental Assessment Agency released

a draft of that agreement for comment. This was an opportunity for the public and, specifically, Aboriginal groups, to provide their views.

[24] The review process was paused in late 2006 at the request of Northern Gateway which wanted time to complete various commercially necessary tasks. Those tasks were completed by mid-2008 when Northern Gateway requested the review process resume. In particular, it requested that the draft agreement setting the terms for the Joint Review Panel be finalized.

[25] Throughout this time, Aboriginal groups continued to have an opportunity to comment on the draft agreement. And in late 2008-early 2009, the Canadian Environmental Assessment Agency specifically contacted Aboriginal groups to advise them about the Project and to inform them of opportunities to participate in proceedings before the Joint Review Panel and the related process of consultation with the Crown. Much more on this will be discussed below.

[26] In February 2009, the Agency released the Government of Canada's framework for consulting with Aboriginal groups regarding the Project. This framework, found in a document entitled *Approach to Crown Consultation for the Northern Gateway Project*, outlined a comprehensive five phase consultation process:

- *Phase I: Preliminary Phase.* During this Phase, there would be consultation on the draft Joint Review Panel agreement and information would be provided to Aboriginal Groups on the mandates of the National Energy Board and the Canadian Environmental Agency and the Joint Review Panel process.

- *Phase II: Pre-hearing Phase.* Information would be given to Aboriginal groups concerning the Joint Review Panel process and groups would be encouraged to participate in the process.
- *Phase III: The Hearing Phase.* During this time, the Joint Review Panel would hold its hearings. Aboriginal groups would be encouraged to participate and to provide information to help the Joint Review Panel in its process and deliberations. During this phase, the Crown was to participate and to facilitate the process by providing expert scientific and regulatory advice.
- *Phase IV: The Post-Report Phase.* Following the release of the Report of the Joint Review Panel, the Crown was to engage in consultation concerning the Report and on any project-related concerns that were outside of the Joint Review Panel's mandate. For this purpose, the Canadian Environmental Assessment Agency was to be the contact point. This was to take place before the Governor in Council's decision whether certificates for the Project should be issued under section 54 of the *National Energy Board Act*.
- *Phase V: The Regulatory/Permitting Phase.* During this phase, further consultation was contemplated concerning permits and authorizations to be granted for the Project, if approved.

[27] In February 2009, the Canadian Environmental Assessment Agency also released a new draft Joint Review Panel agreement, amended to respond to concerns raised during the initial comment period. A public comment period regarding the new draft agreement followed. Although the public comment period closed in mid-April 2009, submissions and comments from Aboriginal groups continued to be accepted until August 2009. During this time, the Crown offered to meet with Aboriginal groups to discuss the draft Joint Review Panel agreement and how consultation with them would be carried out. In particular, the Gitga'at, the Gitxaala and the Haisla met with the Crown.

[28] Near the end of 2009, the mandate of the Joint Review Panel and the process for the assessment of the Project began to be finalized. The National Energy Board and all federal “responsible authorities” within the meaning of the *Canadian Environment Assessment Act* signed an agreement entitled *Project Agreement for the Northern Gateway Pipelines Project in Alberta and British Columbia*. The Canadian Environmental Assessment Agency issued a document entitled *Scope of the Factors – Northern Gateway Pipeline Project, Guidance for the assessment of the environmental effects of the Northern Gateway Project*. Finally, the Agency issued letters to certain Aboriginal groups providing all of these documents and a table setting out the consideration given to comments made by Aboriginal groups.

[29] Shortly afterward, the Canadian Environmental Assessment Agency and the National Energy Board issued the Agreement Between the National Energy Board and the Minister of the Environment concerning the Joint Review of the Northern Gateway Pipeline Project. In this agreement, Canada committed to a “whole of government” approach to Aboriginal engagement

and consultation, including reliance, to the extent possible, on the consultation efforts of Northern Gateway and the Joint Review Panel.

[30] Also appended to this agreement as an appendix were the terms of reference for the Joint Review Panel. These terms of reference included process requirements for the Joint Review Panel to follow during its review of the Project. And in January 2010, in accordance with that agreement, the Minister of the Environment and the Chair of the National Energy Board appointed three persons to serve on the Joint Review Panel.

[31] The National Energy Board also established a Joint Review Panel Secretariat working in concert with the Canadian Environmental Assessment Agency to provide support to the Joint Review Panel.

[32] The Canadian Environmental Assessment Agency acted as Canada's "Crown Consultation Coordinator" for the Project.

### **(3) The process gets underway**

[33] With these preliminary matters completed, the approval process formally began.

[34] In May 2010, Northern Gateway filed an application requesting certificates from the National Energy Board for the Project, an order under Part IV of the *National Energy Board Act* approving the toll principles for service on the pipelines and such further relief as required.

[35] In July 2010, the Joint Review Panel issued its first procedural direction. It sought comment from the public, including Aboriginal groups, concerning a draft list of issues, the information that Northern Gateway should be required to file over and above that submitted with its application, and locations for the Joint Review Panel's oral hearings. To this end, the Joint Review Panel received written comments and received oral comments at hearings held at three locations.

[36] The Joint Review Panel considered what it had heard and decided certain things. It required Northern Gateway to file additional information to address certain issues specific to the Project and certain risks posed by the Project. The Joint Review Panel stated that this information had to be provided before it could issue a hearing order. It also revised the list of issues and commented on the locations for its hearings.

[37] Staff for the Joint Review Panel conducted public information sessions between 2010 and July 2011 and online workshops from November 2011 to April 2013. By March 31, 2011, Northern Gateway submitted additional information in response to the Joint Review Panel's decision.

[38] In May 2011, the Joint Review Panel issued a hearing order. In that order, it described the procedures to be followed in the joint review process and gave notice that the hearings would start on January 10, 2012.

[39] Around the same time, the Crown consulted with representatives of some of the Aboriginal groups who are applicants/appellants in these proceedings, including the Gitga'at, the Gitxaala, the Haida, the Haisla and the Heiltsuk. Also in 2011, a number of Aboriginal groups, including most of the Aboriginal groups who are parties to these proceedings, and a number of public interest groups registered to intervene in the proceedings before the Joint Review Panel.

[40] A number of government agencies—Natural Resources Canada, Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, Fisheries and Oceans Canada, the Canadian Coast Guard, Transport Canada, and Environment Canada—also registered as government participants in the proceedings. All interveners and government agencies had to file written evidence with the Joint Review Panel by one week before the start date for the hearings.

[41] Through its Participant Funding Program, the Canadian Environmental Assessment Agency provided funding to certain public and Aboriginal groups to facilitate their participation in the Joint Review Panel process and Crown consultation activities.

[42] As scheduled, on January 10, 2012, the Joint Review Panel's hearings began. The first set of hearings was known as the "community hearings." The Joint Review Panel travelled to many local communities and received letters of comment and oral statements, including statements from representatives of Aboriginal groups. At one point, the Joint Review Panel and other interveners accompanied representatives of the Gitxaala on a boat tour of a portion of their asserted traditional territory.

[43] Around this time, the Joint Review Panel received a report setting out a technical review of marine aspects of the Project. Initiated in 2004 at the request of Northern Gateway, this technical review, known as the Technical Review Process of Marine Terminal Systems and Transshipment Sites or “TERMPOL”, was conducted by a review committee chaired by Transport Canada, staffed by representatives of other federal departments and, among other things, assisted by a technical consultant acting on behalf of the Haisla and the Kitimat Village Council.

[44] Also around this time, there were some legislative changes. Originally, the environmental assessment was to be conducted in accordance with the *Canadian Environmental Assessment Act* that was introduced in 1992. But in mid-2012, the *Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19 became law, repealing the 1992 version of the *Canadian Environmental Assessment Act*, enacting the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and amending the *National Energy Board Act*. The joint review process for the Project, already underway, was continued under these amended provisions. Hereafter, in these reasons, unless otherwise noted, references to the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and the *National Energy Board Act* refer to the 2012 versions of these statutes.

[45] A month after those statutory amendments became law, and in accordance with those amendments, the Minister of the Environment and the Chair of the National Energy Board directed that the Joint Review Panel submit its environmental assessment as part of the recommendation report under section 52 of the *National Energy Board Act* no later than



December 31, 2013. They also finalized amendments to some of the agreements discussed above and the terms of reference of the Joint Review Panel.

[46] Proceeding under the 2012 legislation, the Joint Review Panel had two main tasks. First, it had to provide a report under section 52 of the *National Energy Board Act*. Second, in that report it was also to include recommendations flowing from the environmental assessment conducted under *Canadian Environment Assessment Act, 2012*: subsection 29(1). Overall, the report was to:

- recommend whether the requested certificates should be issued;
- outline the terms and conditions that should be attached to any certificates issued by the Board for the Project;
- present recommendations based on the environmental assessment.

[47] In September 2012, the Joint Review Panel conducted what it called “final hearings.” This last phase of the hearing process ended in June 2013. During this stage, the parties asked questions, filed written argument and made oral argument.

**(4) The parties' participation in the approval process**

[48] Overall, the parties had ample opportunity to participate in the Joint Review Panel process and generally availed themselves of it:

- *Gitxaala Nation.* The Gitxaala participated in all parts of the Joint Review Panel process, including making information requests, submitting technical reports, written and oral Aboriginal evidence, and attending hearings in many localities. Overall, the Gitxaala submitted 7,400 pages of written material, oral testimony from 27 community members and 11 expert reports on various subjects, including Northern Gateway's risk assessment methodology, oil spill modelling, and the fate and behaviour of spilled diluted bitumen. Among other things, the Gitxaala expressed deep concern about the specific effects the Project could have on asserted rights and title.
- *Haisla Nation.* The Haisla also participated in all parts of the Joint Review Panel process, including submitting technical and Aboriginal evidence, oral traditional evidence, attending hearings, and participating extensively in the final round of submissions. During the process, the Haisla filed a traditional use study that describes their culture, property ownership system and laws and how the Project will interfere with their use and occupation of their lands, water and resources. The Haisla also submitted a historic and ethnographic report and an archaeological site summary supporting their claim to exclusive use and

occupation of their asserted lands. The Haisla also tendered statements and oral histories from hereditary and elected chiefs and elders outlining the Haisla's history, their use and occupation of their asserted lands, and their efforts to protect their lands, waters and resources for the benefit of future generations. The Haisla also expressed their concerns about the Project.

- *Kitasoo Xai'Xais Band Council.* The Kitasoo submitted brief written evidence, oral evidence at a community hearing and filed final written argument.
- *Heiltsuk Tribal Council.* The Heiltsuk submitted written evidence, answered an information request, gave oral evidence at a community hearing, conducted some cross-examination of witnesses for Northern Gateway and Canada, and submitted final argument.
- *Nadleh Whut'en and Nak'azdli Whut'en.* These parties made submissions to the Crown regarding the draft joint review agreement and the manner in which Canada was engaging in consultation during Phase I of the consultation process. The Yinka Dene Alliance, of which the Nadleh and the Nak'azdli were a part, elected not to intervene before the Joint Review Panel, but a keyoh within the Nak'azdli Whut'en system of governance did intervene.
- *Haida Nation.* The Haida participated in all parts of the Joint Review Panel process. They made information requests, submitted written technical and

Aboriginal evidence, provided oral Aboriginal evidence, attended hearings to question Northern Gateway witnesses, submitted a final written argument with comments on proposed conditions, and made oral reply argument. They submitted a 336-page Marine Traditional Knowledge Study describing traditional harvesting activities, both historically and currently, locations of harvesting, and the time of year that harvesting is undertaken for various species throughout Haida Gwaii. The Haida and Canada collaborated on Living Marine Legacy Reports over six years culminating in 2006. These reports, totalling 1,247 pages, provide baseline inventories of marine plants, invertebrates, birds and mammals along the coastline of Haida Gwaii.

- *ForestEthics Advocacy Association, Living Oceans Society and Raincoast Conservation Foundation* (hereafter, the “Coalition”). The Coalition participated in the Joint Review Panel process as interveners, providing written evidence and written responses to information requests regarding that evidence, submitting written information requests to other parties, offering witnesses, questioning other parties’ witnesses and making submissions.
- *B.C. Nature*. B.C. Nature participated in the Joint Review Panel process as a joint intervener with Nature Canada. It tendered written evidence, provided written responses to information requests regarding that evidence, questioned the witnesses of other parties, provided late written evidence, offered witnesses on that evidence, filed several motions and made submissions.

- *Unifor*. The predecessor unions of this national union participated in the Joint Review Panel process as interveners. They adduced expert evidence, exchanged information requests and responses, presented witnesses for questioning, and offered final argument.

[49] Needless to say, the involvement of Northern Gateway and Canada throughout the Joint Review Panel process was massive. In Canada's case, as mentioned above, a number of departments and agencies registered with the Joint Review Panel process as government participants. They filed written evidence, information requests and responses to information requests. They also offered witnesses for questioning on the evidence provided.

#### **(5) The Report of the Joint Review Panel**

[50] On December 19, 2013, the Joint Review Panel issued a two volume report: *Connections: Report of the Joint Review Panel for the Enbridge Northern Gateway Project*, vol. 1 and *Considerations: Report of the Joint Review Panel for the Enbridge Northern Gateway Project*, vol. 2.

[51] The Joint Review Panel found that the Project was in the public interest. It recommended that the applied-for certificates be issued subject to 209 conditions. The conditions require a number of plans, studies and assessments to be considered and assessed by the National Energy Board and other regulators in the future. The 209 conditions include requirements that Northern Gateway provide ongoing and enduring opportunities for affected Aboriginal groups to have

input into the continuing planning, construction and operation of the Project through a variety of plans, programs and benefits. A number of the conditions were offered by Northern Gateway during the process. Along with those 209 conditions, Northern Gateway made over 450 voluntary commitments.

[52] The conditions deal with such matters as environmental management and monitoring, emergency preparedness and response, and the delivery of economic benefits. Northern Gateway says that these conditions represent an investment of \$2 billion on its part. Aboriginal groups, including the First Nations parties in these proceedings will continue to have opportunities to provide input and participate in fulfilment of these conditions.

[53] The Joint Review Panel also recommended that the Governor in Council conclude that:

- potential adverse environmental effects from the Project alone are not likely to be significant;
- adverse effects of the Project, in combination with effects of past, present and reasonably foreseeable activities or actions are likely to be significant for certain woodland caribou herds and grizzly bear populations; and
- the significant adverse cumulative effects in relation to the caribou and grizzly bear populations are justified in the circumstances.

**(6) Consultation with Aboriginal groups: Phase IV**

[54] Following the release of the Report of the Joint Review Panel, the process of consultation with Aboriginal groups entered Phase IV of the consultation framework. A detailed description of what happened during this phase is set out below.

[55] For present purposes, Phase IV began with the Crown sending letters to representatives of Aboriginal groups in December 2013, seeking input on how the Joint Review Panel's recommendations and conclusions addressed their concerns. Officials from the Canadian Environmental Assessment Agency and other federal departments held meetings with representatives from Aboriginal groups to discuss concerns. Federal representatives met with a number of Aboriginal groups including the Gitga'at, the Gitxaala, the Haida, the Haisla, the Heiltsuk, the Kitasoo and the Yinka Dene Alliance (which includes the Nak'azdli and the Nadleh).

[56] Following these meetings and discussions, on May 22, 2014, Canada issued a report concerning its consultation: *Report on Aboriginal Consultation Associated with the Environmental Assessment*.

[57] At this point, it is perhaps appropriate to note that this is not a case where the proponent of the Project, Northern Gateway, declined to work with Aboriginal groups. Far from it. Once the pipeline corridor for the Project was defined in 2005, Northern Gateway engaged with all Aboriginal groups, both First Nations and Métis, with communities located within 80 kilometres

of the Project corridor and the marine terminal. Northern Gateway engaged with other Aboriginal groups beyond that area to the extent that they self-identified as having an interest because the corridor crossed their traditional territory.

[58] In all, Northern Gateway engaged with over 80 different Aboriginal Groups across various regions of Alberta and British Columbia. It employed many methods of engagement, giving \$10.8 million in capacity funding to interested Aboriginal groups. It also implemented an Aboriginal Traditional Knowledge program, spending \$5 million to fund studies in that area.

#### **(7) The Order and the Certificates**

[59] The Governor in Council had before it the Report of the Joint Review Panel. It also had other material before it that was not disclosed in these proceedings. Canada asserted privilege over that material under section 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5.

[60] On June 17, 2014, the Governor in Council issued Order in Council P.C. 2014-809. On June 28, 2014, the Order in Council was published in the *Canada Gazette*.

[61] Balancing all of the competing considerations before it, the Governor in Council accepted “the [Joint Review] Panel’s finding that the Project, if constructed and operated in full compliance with the conditions set out in Appendix 1 of Volume 2 of the [Joint Review Panel’s] Report, is and will be required by the present and future public convenience and necessity.” It



“accept[ed] the Panel’s recommendation.” It added that “the Project would diversify Canada’s energy export markets and would contribute to Canada’s long-term economic prosperity.”

[62] As for matters raised by the environmental assessment, the Governor in Council found that, taking into account the implementation of mitigation measures, “the Project is not likely to cause significant environmental effects” within the meaning of subsection 5(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. However, the Project would cause significant adverse environmental effects to certain populations of woodland caribou and grizzly bear within the meaning of subsection 5(2) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* but these effects were “justified in the circumstances.” Exercising its authority under subsections 53(1) and 53(2) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Governor in Council established conditions with which Northern Gateway must comply, which conditions were set out in Appendix 1 of *Considerations: Report of the Joint Review Panel for the Enbridge Northern Gateway Project*, vol. 2.

[63] In light of the foregoing, exercising its power under section 54 of the *National Energy Board Act*, the Governor in Council directed the National Energy Board to issue Certificates of Public Convenience and Necessity to Northern Gateway for the Project in accordance with the terms and conditions set out in the Joint Review Panel’s Report.

[64] On the same day, at the behest of the Governor in Council, the National Energy Board issued a decision statement under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*. The Decision Statement summarized what the Governor in Council had decided on the Joint Review

Panel's recommendations made as a result of the environmental assessment. The Decision Statement reads as follows:

The Governor in Council has decided, after considering the [Joint Review Panel's] report together with the conditions proposed in it, that the [Project] is not likely to cause significant adverse environmental effects referred to in subsection 5(1) of [the *Canadian Environmental Assessment Act*], but it is likely to cause significant environmental effects referred to in subsection 5(2) of [the *Canadian Environmental Assessment Act*] to certain populations of woodland caribou and grizzly bear as described in the [Joint Review Panel's] report.

The Governor in Council has also decided that, pursuant to subsection 52(4) of [the *Canadian Environmental Assessment Act*], the significant adverse environmental effects that the [Project] is likely to cause to certain populations of woodland caribou and grizzly bear are justified in the circumstances.

The Governor in Council has established the 209 conditions set out by the [Joint Review Panel] in its report as the conditions in relation to the environmental effects referred to in subsections 53(1) and (2) of [the *Canadian Environmental Assessment Act*] with which [Northern Gateway] must comply.

[65] A day later, on June 18, 2014, following the direction of the Governor in Council, the National Energy Board issued to Northern Gateway two certificates: Certificate OC-060 for the oil pipeline and associated facilities and Certificate OC-061 for the condensate pipeline and associated facilities.

[66] In July 2014, a month after the Governor in Council made its Order in Council and the Board issued its two Certificates, as part of Phase IV of the consultation framework, the Crown wrote a number of Aboriginal groups, including some of the parties to these proceedings, offering explanations concerning the comments they had made and the Governor in Council's Order in Council. To the same effect was an earlier letter written in June 2014, just before the

Governor in Council made its Order in Council approving the Project. We will consider these letters, along with other facts concerning what took place during Phase IV, in more detail below.

**(8) Future regulatory processes**

[67] The issuance of the Certificates by the National Energy Board is not the final step before construction of the Project starts. Further regulatory processes will have to be pursued. Northern Gateway must obtain:

- *Routing approval.* Northern Gateway must apply for and receive approval from the National Energy Board for the detailed route of the Project. Owners of land and those whose interests may be adversely affected will have an opportunity to file objections. In approving a route, the National Energy Board must take into account all representations made to it at a public hearing and consider the most appropriate methods of construction and its timing. The National Energy Board has the power to attach conditions to its approval. See generally sections 33-40 of the *National Energy Board Act*.
- *Acquisition of land rights.* Northern Gateway must acquire land rights for the Project in Alberta and British Columbia from private landowners or provincial Crowns by voluntary agreements, right-of-entry orders or Governor-in-Council consent. In some instances, it must pay compensation for acquisition of or damage

to land. See generally sections 75, 77, 84, 87-103 of the *National Energy Board Act*.

- *Approval to start construction.* Northern Gateway must apply for and receive leave from the National Energy Board to start construction of the Project. Under this process, Northern Gateway must satisfy all of the pre-construction conditions contained in the Certificates granted by the National Energy Board. As a practical matter, during this process, the detailed design and operation of the Project will be refined. Out of the 209 conditions attached to the Certificates, roughly 120 involve the preparation and filing of further information with the Board before construction can begin. Some of the conditions require Northern Gateway to report on its consultations with Aboriginal groups as part of its application for approval submitted to the National Energy Board.
- *Approval to start operations.* Before the Project can be operated, Northern Gateway must apply to the National Energy Board for approval. Among other things, it must satisfy the National Energy Board that the pipelines can be opened safely for transmission.
- *Other approvals under federal and provincial legislation.* Northern Gateway will also have to apply for these. The application process may involve the need for further consultation with Aboriginal groups. Much of this may take place under Phase V of the consultation framework.

**D. Legal proceedings**

[68] The following notices of application for judicial review challenge the Report of the Joint Review Panel:

- *Federation of British Columbia Naturalists d.b.a. BC Nature v. Attorney General of Canada et al.* (A-59-14);
- *ForestEthics Advocacy Association et al. v. Attorney General of Canada et al.* (A-56-14);
- *Gitxaala Nation v. Minister of the Environment et al.* (A-64-14);
- *Haisla Nation v. Canada (Minister of Environment) et al.* (A-63-14) (later amended);
- *Gitga'at First Nation v. Attorney General of Canada et al.* (A-67-14).

[69] The following notices of application for judicial review challenge the decision of the Governor in Council, namely Order in Council P.C. 2014-809:

- *Gitxaala Nation v. Attorney General of Canada et al.* (A-437-14);
- *Federation of British Columbia Naturalists d.b.a. BC Nature v. Attorney General of Canada et al.* (A-443-14);
- *ForestEthics Advocacy Association et al. v. Attorney General of Canada et al.* (A-440-14);
- *Gitga'at First Nation v. Attorney General of Canada et al.* (A-445-14);
- *The Council of the Haida Nation et al. v. Attorney General of Canada et al.* (A-446-14);
- *Haisla Nation v. Attorney General of Canada et al.* (A-447-14);
- *Kitasoo Xai'Xais Band Council et al. v. Her Majesty the Queen et al.* (A-448-14);
- *Nadleh Whut'en Band et al. v. Attorney General of Canada et al.* (A-439-14);
- *Unifor v. Attorney General of Canada et al.* (A-442-14).

[70] The following notices of appeal were filed against the National Energy Board's decision to issue the Certificates (Certificate OC-060 and Certificate OC-061):

- *ForestEthics Advocacy Association et al. v. Northern Gateway Pipelines et al.* (A-514-14);
- *Gitxaala Nation v. Attorney General of Canada et al.* (A-520-14);
- *Haisla Nation v. Attorney General of Canada et al.* (A-522-14);
- *Unifor v. Attorney General of Canada et al.* (A-517-14).

[71] As mentioned above, these proceedings were all consolidated. This consolidated matter was one of the largest proceedings ever prosecuted in this Court, with approximately 250,000 documents and multiple parties before the Court. Seven months after the proceedings were consolidated and after several motions to resolve minor disputes, the consolidated proceedings were ready for hearing. This Court wishes to express its appreciation to the parties for their exemplary conduct in prosecuting the consolidated proceedings in an efficient and expeditious manner.

[72] Broadly speaking, the consolidated proceedings, taken together, seek an order quashing the administrative decisions in this case because, under administrative law principles, they are unreasonable or incorrect. They also seek an order quashing the Order in Council and the Certificates because Canada has not fulfilled its duty to consult with Aboriginal peoples concerning the Project.

[73] Thus, we shall review the administrative decisions following administrative law principles and then assess whether Canada fulfilled its duty to consult with Aboriginal peoples.

## **E. Reviewing the administrative decisions following administrative law principles**

### **(1) Introduction**

[74] This is a complicated case, with appeals and judicial reviews concerning three different administrative decisions: the Report of the Joint Review Panel, the Order in Council made by the Governor in Council and the Certificates made by the National Energy Board.

[75] In complicated cases such as this, it is prudent to have front of mind the proper methodology for reviewing administrative decisions.

[76] Some of the administrative decisions have been challenged by way of appeal, others by way of application for judicial review. Regardless of how they have been challenged, we are to review them in the same way, namely the way we proceed when considering applications for judicial review: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

[77] Broadly speaking, in judicial reviews, we deal with any preliminary issues, determine the standard of review, use that standard of review to assess the administrative decisions to see if the court should interfere, and then, if we consider interference to be warranted, decide what remedy,



if any, should be granted. See generally *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 87 Admin. L.R. (5th) 175, at paragraphs 35-37; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171, at paragraph 26; *Budlakoti v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 139, 473 N.R. 283, at paragraphs 27-28.

[78] However, in complicated cases with many moving parts like this one, often it is useful to begin at a more basic level. What exactly is being reviewed?

[79] In this case, we have a statutory scheme for the approval of projects, such as the Project in this case, involving the participation of a Joint Review Panel, the Governor in Council, and the National Energy Board. As part of their participation, each makes a decision of sorts. But in the end, are there really three decisions for the purposes of review?

[80] Before pursuing the methodology of review, it is often useful to characterize the decision or decisions in issue in light of the legislative scheme within which they rest. After all, the legislative scheme is the law of the land. Absent constitutional objection, the legislative scheme must always bind us and guide the analysis.

[81] Therefore, we shall examine certain preliminary issues raised by the parties. Then we shall analyze the legislative regime with a view to understanding the nature of the administrative decisions made here. Then we shall proceed to the substance of review and, if necessary, proceed to remedy.

**(2) Preliminary issues**

**(a) The standing of certain parties**

[82] Northern Gateway challenges the standing of the Coalition, BC Nature and Unifor to maintain their proceedings.

[83] To have direct standing in a proceeding challenging an administrative decision, a party must show that the decision affects its legal rights, imposes legal obligations upon it, or prejudicially affects it in some way: *League for Human Rights of B'Nai Brith Canada v. Odynsky*, 2010 FCA 307, 409 N.R. 298; *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Canada (M.N.R.)*, [1976] 2 F.C. 500 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (A.G.)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488.

[84] On the evidence before us, we are persuaded that the legal or practical interests of these parties are sufficient to maintain proceedings. Above, at paragraph 18, we have set out these parties' interests. We also note that they were all active interveners before the Joint Review Panel, participating in much of its process. In our view, these parties have direct standing to maintain their proceedings.

[85] In support of its submission that these parties did not have standing, Northern Gateway invokes this Court's decision in *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75.

[86] In that case, this Court held that ForestEthics did not have standing to apply for judicial review of interlocutory National Energy Board decisions concerning who could participate in its hearing, the relevancy of certain issues, and the participation of an individual in the hearing. In the circumstances of that case, the National Energy Board's decisions did not affect ForestEthics' rights, impose legal obligations upon it, or prejudicially affect it in any way and so it did not have direct standing. Nor did it have standing as a public interest litigant under *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524. Instead, it was a classic "busybody" as that term is understood in the jurisprudence (at paragraph 33):

ForestEthics asks this Court to review an administrative decision it had nothing to do with. It did not ask for any relief from the Board. It did not seek any status from the Board. It did not make any representations on any issue before the Board. In particular, it did not make any representations to the Board concerning the three interlocutory decisions.

[87] The circumstances are completely different in the case at bar. Therefore, we reject Northern Gateway's challenge to the standing of the Coalition, BC Nature and Unifor to maintain proceedings.

**(b) The admissibility of affidavits**

[88] In their memoranda, the Heiltsuk and the Kitasoo submit that the affidavits of Northern Gateway are "substantially submissions in affidavit form, and the whole of each...or alternatively the offending parts of each should be struck out." The Gitxaala have adopted these submissions.

[89] Under Rule 81 of the *Federal Courts Rules*, S.O.R./98-106, affidavits offered in support of proceedings are to be “confined to facts within the deponent’s personal knowledge.”

[90] We agree that some portions of the affidavits filed by Northern Gateway smack of submissions that should appear in a memorandum of fact and law, not an affidavit. In considering this consolidated proceeding, we disregarded the offending portions of Northern Gateway’s affidavits. Northern Gateway’s affidavits do contain admissible evidence that we have considered.

[91] Northern Gateway also submitted that there were argumentative portions in other affidavits filed with the Court, such as the Affidavit of Chief Councillor Ellis and most of the exhibits to the Affidavit of Acting Chief Clarence Innis. We agree. Again, in determining this matter, we disregarded argumentative portions in the evidence, and this did not affect our determination.

### **(3) The legislative scheme in detail**

[92] This is the first case to consider this legislative scheme, one that integrates elements from the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and culminates in substantial decision-making by the Governor in Council. It is unique; there is no analogue in the statute book. Accordingly, cases that have considered other legislative schemes are not relevant to our analysis.

[93] We must assess this legislative scheme on its own terms in light of the legislative text, the surrounding context, and Parliament's purpose in enacting the legislation: *Re Rizzo & Rizzo Shoes*, [1998] 1 S.C.R. 27, 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559. Where the legislative text is clear, as it is here, it will predominate in the analysis: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

[94] Broadly speaking, under this legislative scheme, the proponent of a project applies for a certificate approving the project.

[95] In response to the application, information is gathered, evaluations are made, an environmental assessment is conducted and recommendations are prepared and presented to the Governor in Council in a report. Overall, on the basis of everything put before it, the Governor in Council decides whether or not the certificate should be issued.

[96] If the Governor in Council decides that a certificate may be issued, the Governor in Council may also cause the Board to issue a decision statement setting out conditions relating to the mitigation of environmental effects and follow-up measures. The decision statement becomes part of the certificate, *i.e.*, the mitigation and follow-up measures must be complied with.

[97] In cases of uncertainty, the Governor in Council may remit the matter back for reconsideration of the recommendations. After reconsideration, recommendations are sent back to the Governor in Council for decision.

[98] We turn now to a more detailed analysis of the legislative scheme.

[99] In this case, the decision-making process under the *National Energy Board Act* was triggered by Northern Gateway applying for certificates for the Project.

[100] In response to an application, there are two stages: a report stage and a decision stage. During the former, a report is prepared under the *National Energy Board Act*. In cases like this involving a “designated project” within the meaning of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the report must include a report of an environmental assessment prepared under the Act. In short, in a case such as this, the report stage requires fulfilment of requirements under the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[101] Under this legislative scheme, the National Energy Board is assigned many responsibilities, particularly at the report stage. In this case, as mentioned, a Joint Review Panel was established. It was a “review panel” for the purposes of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and stood in the shoes of the National Energy Board for the purposes of the report stage under the *National Energy Board Act*. So in this case, references in the legislation to the Board should be seen as references to the Joint Review Panel for the purposes of the report stage.

**(a) The report stage: the *National Energy Board Act* requirements**

[102] First, under subsection 52(1) of the *National Energy Board Act*, a report has to be prepared and submitted to a coordinating Minister for transmission to the Governor in Council. Subsection 52(1) provides that the report is to set out a recommendation as to whether the certificates should be granted and, if so, what conditions, if any, ought to be attached to the certificates:

**52.** (1) If the Board [here the Joint Review Panel] is of the opinion that an application for a certificate in respect of a pipeline is complete, it shall prepare and submit to the Minister, and make public, a report setting out

(a) its recommendation as to whether or not the certificate should be issued for all or any portion of the pipeline, taking into account whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity, and the reasons for that recommendation; and

(b) regardless of the recommendation that the Board [here the Joint Review Panel] makes, all the terms and conditions that it considers necessary or desirable in the public interest to which the certificate will be subject if the Governor in Council were to direct the Board to issue the certificate, including terms or conditions relating to when the certificate or portions or

**52.** (1) S'il estime qu'une demande de certificat visant un pipeline est complète, l'Office établit et présente au ministre un rapport, qu'il doit rendre public, où figurent :

a) sa recommandation motivée à savoir si le certificat devrait être délivré ou non relativement à tout ou partie du pipeline, compte tenu du caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, du pipeline;

b) quelle que soit sa recommandation, toutes les conditions qu'il estime utiles, dans l'intérêt public, de rattacher au certificat si le gouverneur en conseil donne instruction à l'Office de le délivrer, notamment des conditions quant à la prise d'effet de tout ou partie du certificat.

provisions of it are to come into force.

[103] Under subsection 52(2), the recommendation of the Board (here the Joint Review Panel) contained in its report must be based on certain criteria:

**52. (2)** In making its recommendation, the Board [here the Joint Review Panel] shall have regard to all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant, and may have regard to the following:

(a) the availability of oil, gas or any other commodity to the pipeline;

(b) the existence of markets, actual or potential;

(c) the economic feasibility of the pipeline;

(d) the financial responsibility and financial structure of the applicant, the methods of financing the pipeline and the extent to which Canadians will have an opportunity to participate in the financing, engineering and construction of the pipeline; and

(e) any public interest that in the Board's opinion may be affected by the issuance of the certificate or the dismissal of the application.

**52. (2)** En faisant sa recommandation, l'Office tient compte de tous les facteurs qu'il estime directement liés au pipeline et pertinents, et peut tenir compte de ce qui suit :

a) l'approvisionnement du pipeline en pétrole, gaz ou autre produit;

b) l'existence de marchés, réels ou potentiels;

c) la faisabilité économique du pipeline;

d) la responsabilité et la structure financières du demandeur et les méthodes de financement du pipeline ainsi que la mesure dans laquelle les Canadiens auront la possibilité de participer au financement, à l'ingénierie ainsi qu'à la construction du pipeline;

e) les conséquences sur l'intérêt public que peut, à son avis, avoir la délivrance du certificat ou le rejet de la demande.



[104] Subsections 52(4) to 54(10) place the Board (here the Joint Review Panel) on a strict time line to issue its report:

(4) The report must be submitted to the Minister within the time limit specified by the Chairperson. The specified time limit must be no longer than 15 months after the day on which the applicant has, in the Board's opinion, provided a complete application. The Board shall make the time limit public.

(5) If the Board requires the applicant to provide information or undertake a study with respect to the pipeline and the Board, with the Chairperson's approval, states publicly that this subsection applies, the period that is taken by the applicant to comply with the requirement is not included in the calculation of the time limit.

(6) The Board shall make public the dates of the beginning and ending of the period referred to in subsection (5) as soon as each of them is known.

(7) The Minister may, by order, extend the time limit by a maximum of three months. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, by order, further extend the time limit by any additional period or periods of time.

(8) To ensure that the report is prepared and submitted in a timely manner, the Minister may, by order, issue a directive to the Chairperson that requires the Chairperson to

(4) Le rapport est présenté dans le délai fixé par le président. Ce délai ne peut excéder quinze mois suivant la date où le demandeur a, de l'avis de l'Office, complété la demande. Le délai est rendu public par l'Office.

(5) Si l'Office exige du demandeur, relativement au pipeline, la communication de renseignements ou la réalisation d'études et déclare publiquement, avec l'approbation du président, que le présent paragraphe s'applique, la période prise par le demandeur pour remplir l'exigence n'est pas comprise dans le calcul du délai.

(6) L'Office rend publiques, sans délai, la date où commence la période visée au paragraphe (5) et celle où elle se termine.

(7) Le ministre peut, par arrêté, proroger le délai pour un maximum de trois mois. Le gouverneur en conseil peut, par décret pris sur la recommandation du ministre, accorder une ou plusieurs prorogations supplémentaires.

(8) Afin que le rapport soit établi et présenté en temps opportun, le ministre peut, par arrêté, donner au président instruction :

(a) specify under subsection (4) a time limit that is the same as the one specified by the Minister in the order;	a) de fixer, en vertu du paragraphe (4), un délai identique à celui indiqué dans l'arrêté;
(b) issue a directive under subsection 6(2.1), or take any measure under subsection 6(2.2), that is set out in the order; or	b) de donner, en vertu du paragraphe 6(2.1), les instructions qui figurent dans l'arrêté, ou de prendre, en vertu du paragraphe 6(2.2), les mesures qui figurent dans l'arrêté;
(c) issue a directive under subsection 6(2.1) that addresses a matter set out in the order.	c) de donner, en vertu du paragraphe 6(2.1), des instructions portant sur une question précisée dans l'arrêté.
(9) Orders made under subsection (7) are binding on the Board and those made under subsection (8) are binding on the Chairperson.	(9) Les décrets et arrêtés pris en vertu du paragraphe (7) lient l'Office et les arrêtés pris en vertu du paragraphe (8) lient le président.
(10) A copy of each order made under subsection (8) must be published in the Canada Gazette within 15 days after it is made.	(10) Une copie de l'arrêté pris en vertu du paragraphe (8) est publiée dans la Gazette du Canada dans les quinze jours de sa prise.

[105] In this case, as noted above, the Joint Review Panel was under an order requiring it to finish its report by December 31, 2013.

[106] As subsection 52(1) of the *National Energy Board Act* makes clear, the report is submitted to the “Minister,” who is defined in section 2 of the *National Energy Board Act* as “such member of the Queen’s Privy Council for Canada as is designated by the Governor in Council as the Minister for the purposes of this Act.” The role of that coordinating Minister is to place the report before the Governor in Council for its consideration under sections 53 and 54.

[107] Once made, the report is “final and conclusive” but this is “[s]ubject to sections 53 and 54” of the *National Energy Board Act*. These sections empower the Governor in Council to consider the report and decide what to do with it: subsection 52(11) of the *National Energy Board Act*.

**(b) The report stage: the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* requirements**

[108] The second thing that happened after Northern Gateway applied for the certificates was an environmental assessment process. In this case, this was required. The Project was a “designated project” within the meaning of section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Accordingly, under subsection 52(3), the report also had to set out an environmental assessment conducted under that Act:

**52.** (3) If the application relates to a designated project within the meaning of section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the report must also set out the Board’s environmental assessment prepared under that Act in respect of that project.

**52.** (3) Si la demande vise un projet désigné au sens de l’article 2 de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* (2012), le rapport contient aussi l’évaluation environnementale de ce projet établi par l’Office sous le régime de cette loi.

[109] Environmental assessments are to include assessments of the matters set out in sections 5 and 19 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. For present purposes, we need only offer a general summary of these matters. They include changes caused to the air, land or sea and the lifeforms that inhabit those areas. They also include consideration of matters specific to the Project and its specific effects on the environment and lifeforms who inhabit it. And they

include the effects upon Aboriginal peoples' health and socio-economic conditions, physical and cultural heritage, the use of lands and resources for traditional purposes, and any structures, sites or things that are of historical, archaeological, palaeontological, or architectural significance.

[110] What is submitted to the Governor in Council is not the whole environmental assessment but rather only a report of it. Under section 29 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the report must offer recommendations concerning the subject matter found in paragraph 31(1)(a) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*—i.e., the existence of significant adverse environmental effects and whether or not those effects can be justified.

[111] Section 29 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* provides as follows:

**29.** (1) If the carrying out of a designated project requires that a certificate be issued in accordance with an order made under section 54 of the *National Energy Board Act*, the responsible authority with respect to the designated project must ensure that the report concerning the environmental assessment of the designated project sets out

(a) its recommendation with respect to the decision that may be made under paragraph 31(1)(a) in relation to the designated project, taking into account the implementation of any mitigation measures that it set out in the report; and

**29.** (1) Si la réalisation d'un projet désigné requiert la délivrance d'un certificat au titre d'un décret pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, l'autorité responsable à l'égard du projet veille à ce que figure dans le rapport d'évaluation environnementale relatif au projet :

a) sa recommandation quant à la décision pouvant être prise au titre de l'alinéa 31(1)a) relativement au projet, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle précise dans le rapport;

(b) its recommendation with respect to the follow-up program that is to be implemented in respect of the designated project.

b) sa recommandation quant au programme de suivi devant être mis en oeuvre relativement au projet.

(2) The responsible authority submits its report to the Minister within the meaning of section 2 of the *National Energy Board Act* at the same time as it submits the report referred to in subsection 52(1) of that Act.

(2) Elle présente son rapport au ministre au sens de l'article 2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* au même moment où elle lui présente le rapport visé au paragraphe 52(1) de cette loi.

(3) Subject to sections 30 and 31, the report with respect to the environmental assessment is final and conclusive.

(3) Sous réserve des articles 30 et 31, le rapport d'évaluation environnementale est définitif et sans appel.

**(c) Consideration by the Governor in Council**

[112] Armed with the report prepared in accordance with the foregoing provisions of the *National Energy Board Act* and *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Governor in Council may make its decision concerning the application for the certificate by the proponent, here Northern Gateway.

[113] Overall, the Governor in Council has three options:

- (1) It can “direct the Board to issue a certificate in respect of the pipeline or any part of it and to make the certificate subject to the terms and conditions set out in the report”: paragraph 54(1)(a) of the *National Energy Board Act*. If this option is pursued, the Board has no discretion. It must grant the certificates within seven days: subsection 54(5) of the *National Energy Board Act*.

As part of its consideration, the Governor in Council must consider whether significant adverse environmental effects will be caused and, if so, whether the effects “can be justified in the circumstances.” Depending on its decision, it may have to impose conditions that must be complied with: section 53 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. It does this through the mechanism of a “decision statement” it can cause the Board to issue: section 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. The Board must issue the decision statement within seven days and it forms part of the certificate: subsection 31(5) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

- (2) It can “direct the Board to dismiss the application for a certificate”: paragraph 54(1)(b) of the *National Energy Board Act*. If this option is pursued, the Board has no discretion. It must dismiss the certificates within seven days: subsection 54(5) of the *National Energy Board Act*.
- (3) It can ask the Board to reconsider its recommendations in its report or any terms and conditions, or both: subsection 53(1) of the *National Energy Board Act*; subsection 30(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. It can specify exactly what issue or issues are to be reconsidered and specify a time limit for the reconsideration: subsection 53(2) of the *National Energy Board Act*; subsection 30(2) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. After its reconsideration is completed, the Board submits its reconsideration report. Then

the Governor in Council considers the reconsideration report and decides again among these three options.

[114] By law, the Governor in Council must choose one of these options within three months and only can take longer if it passes a specific order to that effect: subsection 54(3) of the *National Energy Board Act*.

[115] For reference, section 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, referred to above, provides as follows:

**31.** (1) After the responsible authority with respect to a designated project has submitted its report with respect to the environmental assessment or its reconsideration report under section 29 or 30, the Governor in Council may, by order made under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*

(a) decide, taking into account the implementation of any mitigation measures specified in the report with respect to the environmental assessment or in the reconsideration report, if there is one, that the designated project

(i) is not likely to cause significant adverse environmental effects,

(ii) is likely to cause significant adverse environmental effects that

**31.** (1) Une fois que l'autorité responsable à l'égard d'un projet désigné a présenté son rapport d'évaluation environnementale ou son rapport de réexamen en application des articles 29 ou 30, le gouverneur en conseil peut, par décret pris en vertu du paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* :

a) décider, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation précisées dans le rapport d'évaluation environnementale ou, s'il y en a un, le rapport de réexamen, que la réalisation du projet, selon le cas :

(i) n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants,

(ii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs

can be justified in the circumstances, or

(iii) is likely to cause significant adverse environmental effects that cannot be justified in the circumstances; and

(b) direct the responsible authority to issue a decision statement to the proponent of the designated project that

(i) informs the proponent of the decision made under paragraph (a) with respect to the designated project and,

(ii) if the decision is referred to in subparagraph (a)(i) or (ii), sets out conditions — which are the implementation of the mitigation measures and the follow-up program set out in the report with respect to the environmental assessment or the reconsideration report, if there is one — that must be complied with by the proponent in relation to the designated project.

et importants qui sont justifiables dans les circonstances,

(iii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui ne sont pas justifiables dans les circonstances;

b) donner à l'autorité responsable instruction de faire une déclaration qu'elle remet au promoteur du projet dans laquelle :

(i) elle donne avis de la décision prise par le gouverneur en conseil en vertu de l'alinéa a) relativement au projet,

(ii) si cette décision est celle visée aux sous-alinéas a)(i) ou (ii), elle énonce les conditions que le promoteur est tenu de respecter relativement au projet, à savoir la mise en oeuvre des mesures d'atténuation et du programme de suivi précisés dans le rapport d'évaluation environnementale ou, s'il y en a un, le rapport de réexamen.



(2) The conditions that are included in the decision statement regarding the environmental effects referred to in subsection 5(2), that are directly linked or necessarily incidental to the exercise of a power or performance of a duty or function by a federal authority and that would permit the designated project to be carried out, in whole or in part, take effect only if the federal authority exercises the power or performs the duty or function.

(3) The responsible authority must issue to the proponent of the designated project the decision statement that is required in accordance with the order relating to the designated project within seven days after the day on which that order is made.

(4) The responsible authority must ensure that the decision statement is posted on the Internet site.

(5) The decision statement issued in relation to the designated project under subsection (3) is considered to be a part of the certificate issued in accordance with the order made under section 54 of the *National Energy Board Act* in relation to the designated project.

(2) Les conditions énoncées dans la déclaration qui sont relatives aux effets environnementaux visés au paragraphe 5(2) et qui sont directement liées ou nécessairement accessoires aux attributions qu'une autorité fédérale doit exercer pour permettre la réalisation en tout ou en partie du projet désigné sont subordonnées à l'exercice par l'autorité fédérale des attributions en cause.

(3) Dans les sept jours suivant la prise du décret, l'autorité responsable fait la déclaration exigée aux termes de celui-ci relativement au projet désigné et la remet au promoteur du projet.

(4) Elle veille à ce que la déclaration soit affichée sur le site Internet.

(5) La déclaration faite au titre du paragraphe (3) relativement au projet désigné est réputée faire partie du certificat délivré au titre du décret pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* relativement au projet.

[116] For reference, section 54 of the *National Energy Board Act*, referred to above, provides as follows:

**54.** (1) After the Board has submitted its report under section 52 or 53, the Governor in Council may, by order,

**54.** (1) Une fois que l'Office a présenté son rapport en application des articles 52 ou 53, le gouverneur en conseil peut, par décret :

<p>(a) direct the Board to issue a certificate in respect of the pipeline or any part of it and to make the certificate subject to the terms and conditions set out in the report; or</p> <p>(b) direct the Board to dismiss the application for a certificate.</p>	<p>a) donner à l'Office instruction de délivrer un certificat à l'égard du pipeline ou d'une partie de celui-ci et de l'assortir des conditions figurant dans le rapport;</p> <p>b) donner à l'Office instruction de rejeter la demande de certificat.</p>
<p>(2) The order must set out the reasons for making the order.</p>	<p>(2) Le gouverneur en conseil énonce, dans le décret, les motifs de celui-ci.</p>
<p>(3) The order must be made within three months after the Board's report under section 52 is submitted to the Minister. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, by order, extend that time limit by any additional period or periods of time. If the Governor in Council makes an order under subsection 53(1) or (9), the period that is taken by the Board to complete its reconsideration and to report to the Minister is not to be included in the calculation of the time limit.</p>	<p>(3) Le décret est pris dans les trois mois suivant la remise, au titre de l'article 52, du rapport au ministre. Le gouverneur en conseil peut, par décret pris sur la recommandation du ministre, proroger ce délai une ou plusieurs fois. Dans le cas où le gouverneur en conseil prend un décret en vertu des paragraphes 53(1) ou (9), la période que prend l'Office pour effectuer le réexamen et faire rapport n'est pas comprise dans le calcul du délai imposé pour prendre le décret.</p>
<p>(4) Every order made under subsection (1) or (3) is final and conclusive and is binding on the Board.</p>	<p>(4) Les décrets pris en vertu des paragraphes (1) ou (3) sont définitifs et sans appel et lient l'Office.</p>
<p>(5) The Board shall comply with the order made under subsection (1) within seven days after the day on which it is made.</p>	<p>(5) L'Office est tenu de se conformer au décret pris en vertu du paragraphe (1) dans les sept jours suivant sa prise.</p>
<p>(6) A copy of the order made under subsection (1) must be published in the Canada Gazette within 15 days after it is made.</p>	<p>(6) Une copie du décret pris en vertu du paragraphe (1) est publiée dans la Gazette du Canada dans les quinze jours de sa prise.</p>

[117] For reference, section 30 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, referred to above, which provides for consideration of the environmental recommendations set out in the report, provides as follows:

**30.** (1) After the responsible authority with respect to a designated project has submitted its report with respect to the environmental assessment under section 29, the Governor in Council may, by order made under section 53 of the *National Energy Board Act*, refer any of the responsible authority's recommendations set out in the report back to the responsible authority for reconsideration.

(2) The order may direct the responsible authority to conduct the reconsideration taking into account any factor specified in the order and it may specify a time limit within which the responsible authority must complete its reconsideration.

(3) The responsible authority must, before the expiry of the time limit specified in the order, if one was specified, reconsider any recommendation specified in the order and prepare and submit to the Minister within the meaning of section 2 of the *National Energy Board Act* a report on its reconsideration.

(4) In the reconsideration report, the responsible authority must

(a) if the order refers to the recommendation referred to in paragraph 29(1)(a)

(i) confirm the recommendation or set out

**30.** (1) Une fois que l'autorité responsable à l'égard d'un projet désigné a présenté son rapport d'évaluation environnementale en vertu de l'article 29, le gouverneur en conseil peut, par décret pris en vertu de l'article 53 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, renvoyer toute recommandation figurant au rapport à l'autorité responsable pour réexamen.

(2) Le décret peut préciser tout facteur dont l'autorité responsable doit tenir compte dans le cadre du réexamen ainsi que le délai pour l'effectuer.

(3) L'autorité responsable, dans le délai précisé — le cas échéant — dans le décret, réexamine toute recommandation visée par le décret, établit un rapport de réexamen et le présente au ministre au sens de l'article 2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

(4) Dans son rapport de réexamen, l'autorité responsable :

a) si le décret vise la recommandation prévue à l'alinéa 29(1)a) :

(i) d'une part, confirme celle-ci ou formule une

a different one with respect to the decision that may be made under paragraph 31(1)(a) in relation to the designated project, and

(ii) confirm, modify or replace the mitigation measures set out in the report with respect to the environmental assessment; and

(b) if the order refers to the recommendation referred to in paragraph 29(1)(b), confirm the recommendation or set out a different one with respect to the follow-up program that is to be implemented in respect of the designated project.

(5) Subject to section 31, the responsible authority reconsideration report is final and conclusive.

(6) After the responsible authority has submitted its report under subsection (3), the Governor in Council may, by order made under section 53 of the *National Energy Board Act*, refer any of the responsible authority's recommendations set out in the report back to the responsible authority for reconsideration. If it does so, subsections (2) to (5) apply. However, in subparagraph (4)(a)(ii), the reference to the mitigation measures set out in the report with respect to the environmental assessment is to be read as a reference to the mitigation measures set out in the reconsideration report.

autre recommandation quant à la décision pouvant être prise au titre de l'alinéa 31(1)a) relativement au projet,

(ii) d'autre part, confirme, modifie ou remplace les mesures d'atténuation précisées dans le rapport d'évaluation environnementale;

b) si le décret vise la recommandation prévue à l'alinéa 29(1)b), confirme celle-ci ou formule une autre recommandation quant au programme de suivi devant être mis en oeuvre relativement au projet.

(5) Sous réserve de l'article 31, le rapport de réexamen est définitif et sans appel.

(6) Une fois que l'autorité responsable a présenté son rapport de réexamen en vertu du paragraphe (3), le gouverneur en conseil peut, par décret pris en vertu de l'article 53 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, renvoyer toute recommandation figurant au rapport à l'autorité responsable pour réexamen. Les paragraphes (2) à (5) s'appliquent alors mais, au sous-alinéa (4)a)(ii), la mention des mesures d'atténuation précisées dans le rapport d'évaluation environnementale vaut mention des mesures d'atténuation précisées dans le rapport de réexamen.

[118] And, finally, for reference, here is the reconsideration power under section 53 of the *National Energy Board Act*, referred to above:

**53.** (1) After the Board has submitted its report under section 52, the Governor in Council may, by order, refer the recommendation, or any of the terms and conditions, set out in the report back to the Board for reconsideration.

(2) The order may direct the Board to conduct the reconsideration taking into account any factor specified in the order and it may specify a time limit within which the Board shall complete its reconsideration.

(3) The order is binding on the Board.

(4) A copy of the order must be published in the Canada Gazette within 15 days after it is made.

(5) The Board shall, before the expiry of the time limit specified in the order, if one was specified, reconsider its recommendation or any term or condition referred back to it, as the case may be, and prepare and submit to the Minister a report on its reconsideration.

(6) In the reconsideration report, the Board shall

(a) if its recommendation was referred back, either confirm the recommendation or set out a different recommendation; and

(b) if a term or condition was referred back, confirm the term

**53.** (1) Une fois que l'Office a présenté son rapport en vertu de l'article 52, le gouverneur en conseil peut, par décret, renvoyer la recommandation ou toute condition figurant au rapport à l'Office pour réexamen.

(2) Le décret peut préciser tout facteur dont l'Office doit tenir compte dans le cadre du réexamen ainsi que le délai pour l'effectuer.

(3) Le décret lie l'Office.

(4) Une copie du décret est publiée dans la Gazette du Canada dans les quinze jours de sa prise.

(5) L'Office, dans le délai précisé — le cas échéant — dans le décret, réexamine la recommandation ou toute condition visée par le décret, établit un rapport de réexamen et le présente au ministre.

(6) Dans son rapport de réexamen, l'Office :

a) si le décret vise la recommandation, confirme celle-ci ou en formule une autre;

b) si le décret vise une condition, confirme la

or condition, state that it no longer supports it or replace it with another one.

condition visée par le décret, déclare qu'il ne la propose plus ou la remplace par une autre.

(7) Regardless of what the Board sets out in the reconsideration report, the Board shall also set out in the report all the terms and conditions, that it considers necessary or desirable in the public interest, to which the certificate would be subject if the Governor in Council were to direct the Board to issue the certificate.

(7) Peu importe ce qu'il mentionne dans le rapport de réexamen, l'Office y mentionne aussi toutes les conditions qu'il estime utiles, dans l'intérêt public, de rattacher au certificat si le gouverneur en conseil donne instruction à l'Office de délivrer le certificat.

(8) Subject to section 54, the Board's reconsideration report is final and conclusive.

(8) Sous réserve de l'article 54, le rapport de réexamen est définitif et sans appel.

(9) After the Board has submitted its report under subsection (5), the Governor in Council may, by order, refer the Board's recommendation, or any of the terms or conditions, set out in the report, back to the Board for reconsideration. If it does so, subsections (2) to (8) apply.

(9) Une fois que l'Office a présenté son rapport au titre du paragraphe (5), le gouverneur en conseil peut, par décret, renvoyer la recommandation ou toute condition figurant au rapport à l'Office pour réexamen. Les paragraphes (2) à (8) s'appliquent alors.

#### **(4) Characterization of the legislative scheme**

[119] This legislative scheme is a complete code for decision-making regarding certificate applications. Other statutory regimes are not relevant unless they are specifically incorporated into this code, and then only to the extent they are incorporated into the code.

[120] The legislative scheme shows that for the purposes of review the only meaningful decision-maker is the Governor in Council.

[121] Before the Governor in Council decides, others assemble information, analyze, assess and study it, and prepare a report that makes recommendations for the Governor in Council to review and decide upon. In this scheme, no one but the Governor in Council decides anything.

[122] In particular, the environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* plays no role other than assisting in the development of recommendations submitted to the Governor in Council so it can consider the content of any decision statement and whether, overall, it should direct that a certificate approving the project be issued.

[123] This is a different role—a much attenuated role—from the role played by environmental assessments under other federal decision-making regimes. It is not for us to opine on the appropriateness of the policy expressed and implemented in this legislative scheme. Rather, we are to read legislation as it is written.

[124] Under this legislative scheme, the Governor in Council alone is to determine whether the process of assembling, analyzing, assessing and studying is so deficient that the report submitted does not qualify as a “report” within the meaning of the legislation:

- In the case of the report or portion of the report setting out the environmental assessment, subsection 29(3) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* provides that it is “final and conclusive,” but this is “[s]ubject to sections 30 and 31.” Sections 30 and 31 provide for review of the report by the Governor in

Council and, if the Governor in Council so directs, reconsideration and submission of a reconsideration report by the Governor in Council.

- In the case of the report under section 52 of the *National Energy Board Act*, subsection 52(11) of the *National Energy Board Act* provides that it too is “final and conclusive,” but this is “[s]ubject to sections 53 and 54.” These sections empower the Governor in Council to consider the report and decide what to do with it.

[125] In the matter before us, several parties brought applications for judicial review against the Report of the Joint Review Panel. Within this legislative scheme, those applications for judicial review did not lie. No decisions about legal or practical interests had been made. Under this legislative scheme, as set out above, any deficiency in the Report of the Joint Review Panel was to be considered only by the Governor in Council, not this Court. It follows that these applications for judicial review should be dismissed.

[126] Under this legislative scheme, the National Energy Board also does not really decide anything, except in a formal sense. After the Governor in Council decides that a proposed project should be approved, it directs the National Energy Board to issue a certificate, with or without a decision statement. The National Energy Board does not have an independent discretion to exercise or an independent decision to make after the Governor in Council has decided the matter. It simply does what the Governor in Council has directed in its Order in Council.



[127] In the matter before us, some parties filed notices of appeal against the Certificates issued by the National Energy Board. They, along with others, filed notices of application against the Governor in Council's Order in Council directing the National Energy Board to grant the Certificates. In our view, under this legislative regime, the primary attack must be against the Governor in Council's Order in Council, as it prompts the automatic issuance of the Certificates. If the Governor in Council's Order in Council falls, then in our view the Certificates issued by the National Energy Board automatically fall as a consequence. As mentioned at the start of these reasons, since we would quash the Order in Council, the Certificates issued as a result of the Order in Council must also be quashed.

#### **(5) Standard of review**

[128] With a full appreciation of the legislative scheme and our conclusion that the Governor in Council's Order in Council is the decision that is to be reviewed, we can now consider the standard of review.

[129] Some of the parties before us submitted that the standard of review of the Order in Council made by the Governor in Council in this case has already been determined by this Court: *Council of the Innu of Ekuanitshit v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 189, 376 D.L.R. (4th) 348.

[130] In *Innu of Ekuanitshit*, the Governor in Council made an order in council approving a governmental response to a joint review panel established under the 1992 version of the

*Canadian Environmental Assessment Act*. Among other things, this Court found that a failure to properly follow the earlier processes under the *Canadian Environmental Assessment Act* could invalidate the later order in council.

[131] Many of the applicant/appellant First Nations argue that the processes under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* in this case were not properly followed and so, on the authority of *Innu of Ekuanitshit*, the Order in Council in this case should be quashed.

[132] On the surface, *Innu of Ekuanitshit* seems analogous to the case before us. In both cases, an order in council was made after a process under federal environmental assessment legislation had been followed. However, a closer inspection reveals that, in fact, *Innu of Ekuanitshit* was based on a fundamentally different statutory framework. To understand the differences, *Innu of Ekuanitshit* must be examined more closely.

[133] In *Innu of Ekuanitshit*, this Court considered a decision made by three federal departments and a later order made by the Governor in Council approving the decision. The order and the decision came after an environmental assessment process had been followed concerning a hydroelectric project.

[134] The Governor in Council's order in council approved the federal government's response to a report of a joint review panel established under the 1992 version of the *Canadian Environmental Assessment Act*. The order in council was made under section 37 of that legislation.

[135] In considering the Governor in Council's order in council, this Court asked itself whether the Governor in Council and the departments "had respected the requirements of the [1992 version of the Canadian Environmental Assessment Act] before making their decisions" (at paragraph 39). It held (at paragraphs 40-41) that it could interfere with the Governor in Council's order only if it found that the legislative process was not properly followed before it made its decision, it made its decision without regard for the purposes of the Act or its decision had no basis in fact.

[136] Of course, we are bound by this Court's decision in *Ekuanitshit*. However, in our view, it does not set out a standard of review that must be applied to the Governor in Council's decision under the different and unique legislative scheme in this case.

[137] In assessing the standard of review, we cannot adopt a one-size-fits-all approach to a particular administrative decision-maker. Instead, in assessing the standard of review, it is necessary to understand the specific decision made in light of the provision authorizing it, the structure of the legislation and the overall purposes of the legislation.

[138] The standard of review of the decision of the Governor in Council in *Ekuanitshit* may make sense where this Court is reviewing a decision by the Governor in Council to approve a decision made by others based on an environmental assessment. The Governor in Council's decision is based largely on the environmental assessment. A broader range of policy and other diffuse considerations do not bear significantly in the decision.

[139] In the case at bar, however, the Governor in Council's decision—the Order in Council—is the product of its consideration of recommendations made to it in the report. The decision is not simply a consideration of an environmental assessment. And the recommendations made to the Governor in Council cover much more than matters disclosed by the environmental assessment—instead, a number of matters of a polycentric and diffuse kind.

[140] In conducting its assessment, the Governor in Council has to balance a broad variety of matters, most of which are more properly within the realm of the executive, such as economic, social, cultural, environmental and political matters. It will be recalled that under subsection 52(2), matters such as these must be included in the report that is reviewed by the Governor in Council.

[141] The amorphous nature and the breadth of the discretion that the Governor in Council must exercise is shown by the fact that the section 52 report it receives can include “any public interest that in the National Energy Board's opinion may be affected by the issuance of the certificate or the dismissal of the application”: subsection 52(2) of the *National Energy Board Act*.

[142] In assessing the scope of an administrative decision-maker's discretion, it is sometimes helpful to consider the nature of the body that is exercising the discretion: *Odynsky*, above, at paragraph 76. In section 54 of the *National Energy Board Act* and in section 30 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, Parliament has designated the Governor in Council as the body to receive and consider the section 52 report. The Governor in Council is the Governor

General, acting on the advice of the Prime Minister and the Cabinet. (For that reason, throughout these reasons, we have referred to the Governor in Council as “it,” in recognition of its practical status as a body of persons.) In Canada, executive authority is vested in the Crown—the Crown also being subject to the duty to consult Aboriginal peoples—and the Governor in Council is the advisory body, some might say the real initiator, for the exercise of much of that executive authority. See generally A. O’Brien and M. Bosc, *House of Commons Procedure and Practice*, 2d ed. (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2009) at pages 18-23 and 28-32; *Constitution Act, 1867*, sections 9, 10 and 13.

[143] In *Odynsky*, this Court described the practical nature of the Governor in Council as follows (at paragraph 77):

The Governor in Council is the “Governor General of Canada acting by and with the advice of, or by and with the advice and consent of, or in conjunction with the Queen’s Privy Council for Canada”: *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-23, subsection 35(1), and see also the *Constitution Act, 1867*, sections 11 and 13. All the Ministers of the Crown, not just the Minister, are active members of the Queen’s Privy Council for Canada. They meet in a body known as Cabinet. Cabinet is “to a unique degree the grand co-ordinating body for the divergent provincial, sectional, religious, racial and other interests throughout the nation” and, by convention, it attempts to represent different geographic, linguistic, religious, and ethnic groups: Norman Ward, *Dawson’s The Government of Canada*, 6th ed., (Toronto: University of Toronto Press, 1987) at pages 203-204; Richard French, “The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making” in Richard Schultz, Orest M. Kruhlak and John C. Terry, eds., *The Canadian Political Process*, 3rd ed. (Toronto: Holt Rinehart and Winston of Canada, 1979) at pages 363-394.

[144] In the case before us, by vesting decision-making in the Governor in Council, Parliament implicated the decision-making of Cabinet, a body of diverse policy perspectives representing all

constituencies within government. And by defining broadly what can go into the report upon which it is to make its decision—literally anything relevant to the public interest—Parliament must be taken to have intended that the decision in issue here be made on the broadest possible basis, a basis that can include the broadest considerations of public policy.

[145] The standard of review for decisions such as this—discretionary decisions founded upon the widest considerations of policy and public interest—is reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 53.

[146] Reasonableness has been described as a range of acceptable and defensible decisions on the facts and the law or a margin of appreciation over the problem before it: *Dunsmuir*, at paragraph 47. The notion of a range or margin suggests that different decisions, by their nature, will admit of a larger or smaller number of acceptable and defensible solutions: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 at paragraphs 17-18 and 23; *Khosa*, at paragraph 59; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraphs 37-41. For example, an issue of statutory interpretation where the statutory language is precise admits of fewer acceptable or defensible solutions than one where the language is wider and more amorphous, where policy may inform the proper interpretation to a larger extent.

[147] Similarly, some decisions made by administrative decision-makers lie more within the expertise and experience of the executive rather than the courts. On these, courts must afford

administrative decision-makers a greater margin of appreciation: see, *e.g.*, *Delios*, at paragraph 21; *Boogaard*, at paragraph 62; *Forest Ethics*, at paragraph 82.

[148] Recently, this Court usefully contrasted two types of administrative decisions, the former inviting courts to review decision-making intensely, the latter less so:

For present purposes, one might usefully contrast two types of administrative proceedings. At one end are matters where an administrative decision-maker assesses the conduct of an individual or known group of individuals against concrete criteria, the potential effects upon the legal or practical interests of the individual(s) are large, and the matters lie somewhat within the ken of the courts. A good example is a professional disciplinary proceeding where an individual is charged with violations of a disciplinary code and the individual faces serious legal or practical consequences such as restrictions, prohibitions or penalties. At the other end are matters where an administrative decision-maker assesses something broader and more diffuse, using polycentric, subjective or fuzzy criteria to decide the matter, criteria that are more typically within the ken of the executive and less so the courts.

(*Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, at paragraph 25)

[149] To similar effect, a majority of this Court recently said the following:

[W]here the decision is clear-cut or constrained by judge-made law or clear statutory standards, the margin of appreciation is narrow: see, *e.g.*, [*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895]; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 440 N.R. 201; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C. 203; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Huang*, 2014 FCA 228, 464 N.R. 112....On the other hand, where the decision is suffused with subjective judgment calls, policy considerations and regulatory experience or is a matter uniquely within the ken of the executive, the margin of appreciation will be broader: see, *e.g.*, [*Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006]; *Rotherham*

*Metropolitan Borough Council v. Secretary of State for Business Innovation and Skills*, 2015 UKSC 6.

(*Paradis Honey Ltd. v. Canada*, 2015 FCA 89, 382 D.L.R. (4th) 720, at paragraph 136.)

[150] Although the legislative scheme in this case is unique, some administrative decision-makers, like the Governor in Council here, are empowered to make decisions on the basis of broad public interest considerations, along with economic and policy considerations, and weigh them against detrimental effects. A good example is the decision of the Alberta Utilities Commission in *FortisAlberta Inc v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 ABCA 295, 389 D.L.R. (4th) 1. In words apposite to this case, the Alberta Court of Appeal upheld the Commission's decision, giving it a very broad margin of appreciation (at paragraphs 171-172):

The legislature has entrusted the Commission with a policy-laden role, which includes a strong public interest mandate: see, for example, ss. 16(1) and 17(1) of the *Alberta Utilities Commission Act*. Its mandate includes the creation of a balanced and predictable application of principles to the relationship between revenues, expenses and assets (both depreciable and non-depreciable) of utilities on the one hand, and the reasonable expectations of the ratepayers who receive and pay for services on the other. The treatment of stranded assets is, at its foundation, a policy issue informed by public interest considerations. The Commission's policy choice, as expressed in the [decision], is a legitimate and defensible one, and well within its legislated power.

One must also bear in mind that the questions raised have political and economic aspects. Courts are poorly positioned to opine on such matters. Judicial review considers the scope or breadth of jurisdiction, but by legislative design the selection of a policy choice from among a range of options lies with the Commission empowered and mandated to make that selection.

(See also *Trinity Western University v. The Law Society of Upper Canada*, 2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1, at paragraph 37; *Odynsky*, above, at paragraphs 81-82 and 86.)



[151] The Supreme Court itself has recognized that “[a]s a general principle, increased deference is called for where legislation is intended to resolve and balance competing policy objectives or the interests of various constituencies.” In its view, “[a] statutory purpose that requires a tribunal to select from a range of remedial options or administrative responses, is concerned with the protection of the public, engages policy issues, or involves the balancing of multiple sets of interests or considerations will demand greater deference from a reviewing court.” See *Dr. Q. v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraphs 30-31.

[152] The words of all these courts are apposite here: the Governor in Council is entitled to a very broad margin of appreciation in making its discretionary decision upon the widest considerations of policy and public interest under sections 53 and 54 of the *National Energy Board Act*.

[153] We acknowledge that on some occasions, the Governor in Council makes decisions that have some legal content. On these occasions, signalled by specific legislative language, the margin of appreciation courts afford to the Governor in Council will be narrow: see, *e.g.*, *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Globalive Wireless Management Corp. v. Public Mobile Inc.*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344.

[154] But in this case, the Governor in Council’s discretionary decision was based on the widest considerations of policy and public interest assessed on the basis of polycentric,

subjective or indistinct criteria and shaped by its view of economics, cultural considerations, environmental considerations, and the broader public interest.

[155] Does the economic benefit associated with the construction and operation of a transportation system that will help to unlock Alberta's oil resources and make those resources more readily available worldwide outweigh the detrimental effects, actual or potential, including those effects on the environment and, in particular, the matters under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*? To what extent will the conditions that Northern Gateway must satisfy—many concerning technical matters that can be evaluated and weighed only with expertise—alleviate those concerns? And in light of all of these considerations, was there enough high-quality information for the Governor in Council to balance all the considerations and properly assess the matter? These are the sorts of questions this legislative scheme remits to the Governor in Council. Under the authorities set out above that are binding upon us, we must give the Governor in Council the widest margin of appreciation over these questions.

**(6) The Governor in Council's decision was reasonable under administrative law principles**

[156] In our view, for the foregoing reasons and based on the record before the Governor in Council, we are not persuaded that the Governor in Council's decision was unreasonable on the basis of administrative law principles.

[157] The Governor in Council was entitled to assess the sufficiency of the information and recommendations it had received, balance all the considerations—economic, cultural,

environmental and otherwise—and come to the conclusion it did. To rule otherwise would be to second-guess the Governor in Council’s appreciation of the facts, its choice of policy, its access to scientific expertise and its evaluation and weighing of competing public interest considerations, matters very much outside of the ken of the courts.

[158] This conclusion, however, does not end the analysis.

[159] Before us, all parties accepted that Canada owes a duty of consultation to Aboriginal peoples concerning the Project. All parties accepted that if that duty were not fulfilled, the Order in Council cannot stand. In our view, these concessions are appropriate.

[160] Section 54 of the *National Energy Board Act* does not refer to the duty to consult. However, in 2012, when Parliament enacted section 54 in its current form, the duty to consult was well-established in our law. As all parties before us recognized, it is inconceivable that section 54 could operate in a manner that ousts the duty to consult. Very express language would be required to bring about that effect. And if that express language were present in section 54, tenable arguments could be made that section 54 is inconsistent with the recognition and affirmation of Aboriginal rights under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and, thus, invalid. A number of the First Nations before us were prepared, if necessary, to assert those arguments and they filed Notices of Constitutional Question to that effect.

[161] It is a well-recognized principle of statutory interpretation that statutory provisions that are capable of multiple meanings should be interpreted in a manner that preserves their

constitutionality: *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, 151 D.L.R. (4th) 577, at paragraph 32; *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 612, at paragraphs 14-15. Parliament is presumed to wish its legislation to be valid and have force; it does not intend to legislate provisions that are invalid and of no force.

[162] Further, it is a well-recognized principle of statutory interpretation that interpretations that lead to absurd or inequitable results should be avoided: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, 125 D.L.R. (4th) 385, at paragraph 65.

[163] Section 54 of the *National Energy Board Act* and the associated sections constituting the legislative scheme we have described above can be interpreted in such a way as to respect Canada's duty to consult and to remain valid. We interpret these sections in that way.

[164] Under section 52 of the *National Energy Board Act*, the National Energy Board, or here the Joint Review Panel, submits its report to a coordinating Minister who brings the report before the Governor in Council, along with any other memoranda or information. There is nothing that prevents that coordinating Minister, or any other Minister who is assigned responsibility for the matter, from bringing to the Governor in Council information necessary for it to satisfy itself that the duty to consult has been fulfilled, to recommend that further conditions be added to any certificate for the project issued under section 54 to accommodate Aboriginal peoples or to ask the National Energy Board to redetermine the matter and consider making further conditions under section 53.

[165] Here, subsection 31(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, I-21 is relevant. It provides that where a statute gives to a public official the power to do a thing, all powers necessary to allow that person to do the thing are also given. Subsection 31(2) provides as follows:

**31. (2)** Where power is given to a person, officer or functionary to do or enforce the doing of any act or thing, all such powers as are necessary to enable the person, officer or functionary to do or enforce the doing of the act or thing are deemed to be also given.

**31. (2)** Le pouvoir donné à quiconque, notamment à un agent ou fonctionnaire, de prendre des mesures ou de les faire exécuter comporte les pouvoirs nécessaires à l'exercice de celui-ci.

[166] The Governor in Council's ability to consider whether Canada has fulfilled its duty to consult and to impose conditions is a power necessary for the Governor in Council to exercise its power under sections 53 and 54 of the *National Energy Board Act*. Similarly, the activities of the coordinating Minister and other Ministers concerning the duty to consult are necessary matters that they can exercise in accordance with subsection 31(2) of the *Interpretation Act*.

[167] We are fortified in this conclusion by the relationship between the Crown and the Governor in Council. The duty to consult is imposed upon the Crown. As explained in paragraph 142, above, the Governor in Council is frequently the initiator of the Crown's exercise of executive authority. Given the Governor in Council's relationship with the Crown, it stands to reason that Parliament gave the Governor in Council the necessary power in section 54 of the *National Energy Board Act* to consider whether the Crown has fulfilled its duty to consult and, if necessary, to impose conditions.

[168] Thus, we are satisfied that under this legislative scheme the Governor in Council, when considering a project under the *National Energy Board Act*, must consider whether Canada has fulfilled its duty to consult. Further, in order to accommodate Aboriginal concerns as part of its duty to consult, the Governor in Council must necessarily have the power to impose conditions on any certificate it directs the National Energy Board to issue.

[169] While the parties did not seriously dispute whether the duty to consult could co-exist and be accommodated under the *National Energy Board Act*, they did dispute whether Canada has fulfilled its duty to consult on the facts of this case. We turn to this issue now.

## **F. The duty to consult Aboriginal peoples**

### **(1) Legal principles**

[170] At this point, it is helpful to discuss briefly the existing jurisprudence which has considered the scope and content of the duty to consult. As mentioned at the outset of these reasons, insofar as that jurisprudence applies to these proceedings, it is not in dispute.

[171] The duty to consult is grounded in the honour of the Crown. The duties of consultation and, if required, accommodation form part of the process of reconciliation and fair dealing: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at paragraph 32.

[172] The duty arises when the Crown has actual or constructive knowledge of the potential existence of Aboriginal rights or title and contemplates conduct that might adversely affect those rights or title: *Haida Nation*, at paragraph 35.

[173] The extent or content of the duty of consultation is fact specific. The depth or richness of the required consultation increases with the strength of the *prima facie* Aboriginal claim and the seriousness of the potentially adverse effect upon the claimed right or title: *Haida Nation*, at paragraph 39; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at paragraph 36.

[174] When the claim to title is weak, the Aboriginal interest is limited or the potential infringement is minor, the duty of consultation lies at the low end of the consultation spectrum. In such a case, the Crown may be required only to give notice of the contemplated conduct, disclose relevant information and discuss any issues raised in response to the notice: *Haida Nation*, at paragraph 43. When a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high, the duty of consultation lies at the high end of the spectrum. While the precise requirements will vary with the circumstances, in this type of case a deep consultative process might entail: the opportunity to make submissions; formal participation in the decision-making process; and, the provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and how those concerns were factored into the decision: *Haida Nation*, at paragraph 44.

[175] It is now settled law that Parliament may choose to delegate procedural aspects of the duty to consult to a tribunal. Tribunals that consider resource issues that impinge on Aboriginal interests may be given: the duty to consult; the duty to determine whether adequate consultation has taken place; both duties; or, no duty at all. In order to determine the mandate of any particular tribunal, it is relevant to consider the powers conferred on the Tribunal by its constituent legislation, whether the tribunal is empowered to consider questions of law and what remedial powers the tribunal possesses: *Rio Tinto*, at paragraphs 55 to 65.

[176] Thus, for example in *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, the Supreme Court accepted that an environmental assessment process was sufficient to satisfy the procedural requirements of the duty to consult. At paragraph 40 of the Court's reasons, the Chief Justice wrote that the province did not have to develop special consultation measures to address the First Nation's concerns "outside of the process provided for by the [B.C. environmental legislation], which specifically set out a scheme that required consultation with affected Aboriginal peoples." Subsequently, in *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at paragraph 39, the Supreme Court interpreted *Taku River* as saying that participation in a forum created for other purposes may satisfy the duty to consult "if *in substance* an appropriate level of consultation is provided" [emphasis in original].

[177] In *Taku River*, the Supreme Court also recognized that project approval is "simply one stage in the process by which the development moves forward": at paragraph 45. Thus, outstanding First Nation concerns could be more effectively considered at later stages of the



development process. It was expected that throughout the permitting, approval and licensing process, as well as in the development of a land use strategy, the Crown would continue to fulfil its duty to consult, and if required, accommodate.

[178] When the Crown relies on a regulatory or environmental assessment process to fulfil the duty to consult, such reliance is not delegation of the Crown's duty. Rather, it is a means by which the Crown can be satisfied that Aboriginal concerns have been heard and, where appropriate, accommodated: *Haida Nation*, at paragraph 53.

[179] The consultation process does not dictate a particular substantive outcome. Thus, the consultation process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of their claim. Nor does consultation equate to a duty to agree; rather, what is required is a commitment to a meaningful process of consultation. Put another way, perfect satisfaction is not required. The question to be answered is whether the regulatory scheme, when viewed as a whole, accommodates the Aboriginal right in question: *Haida Nation*, at paragraphs 42, 48 and 62.

[180] Good faith consultation may reveal a duty to accommodate. Where there is a strong *prima facie* case establishing the claim and the consequence of proposed conduct may adversely affect the claim in a significant way, the honour of the Crown may require steps to avoid irreparable harm or to minimize the effects of infringement: *Haida Nation*, at paragraph 47.

[181] Good faith is required on both sides in the consultative process: “The common thread on the Crown’s part must be ‘the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns’ as they are raised [...] through a meaningful process of consultation”: *Haida Nation*, at paragraph 42. At the same time, Aboriginal claimants must not frustrate the Crown’s reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart the government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached: *Haida Nation*, at paragraph 42.

**(2) The standard to which Canada is to be held in fulfilling the duty**

[182] Canada is not to be held to a standard of perfection in fulfilling its duty to consult. In this case, the subjects on which consultation was required were numerous, complex and dynamic, involving many parties. Sometimes in attempting to fulfil the duty there can be omissions, misunderstandings, accidents and mistakes. In attempting to fulfil the duty, there will be difficult judgment calls on which reasonable minds will differ.

[183] In determining whether the duty to consult has been fulfilled, “perfect satisfaction is not required,” just reasonable satisfaction: *Ahousaht v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2008 FCA 212, 297 D.L.R. (4th) 722, at paragraph 54; *Canada v. Long Plain First Nation*, 2015 FCA 177, 388 D.L.R. (4th) 209, at paragraph 133; *Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2015 FCA 148, 474 N.R. 350, at paragraph 56; *Clyde River (Hamlet) v. TGS-NOPEC Geophysical Co. ASA*, 2015 FCA 179, 474 N.R. 96, at paragraph 47.

[184] The Supreme Court of Canada has expressed it this way:

Perfect satisfaction is not required; the question is whether the regulatory scheme or government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”: [*R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, 137 D.L.R. (4th) 648, at paragraph 170]. What is required is not perfection, but reasonableness. As stated in [*R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, 133 D.L.R. (4th) 658, at paragraph 110], “in . . . information and consultation the concept of reasonableness must come into play. . . . So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice.” The government is required to make reasonable efforts to inform and consult. This suffices to discharge the duty.

(*Haida Nation*, at paragraph 62.)

[185] Therefore, the question is whether “reasonable efforts to inform and consult” were made.

In applying this standard, we have been careful not to hold Canada to anything approaching a standard of perfection.

[186] But here, in executing Phase IV of its consultation framework, Canada failed to make reasonable efforts to inform and consult. It fell well short of the mark.

### **(3) The consultation process**

[187] As explained above, from the outset of the Project, Canada acknowledged its duty to engage in deep consultation with the First Nations potentially affected by the Project owing to the significance of the rights and interests affected. Canada submits that, consistent with its duty, it offered a deep, consultation process consisting of five phases to more than 80 Aboriginal groups, including all of the First Nations in this proceeding.

[188] The First Nations agree that Canada was obliged to provide deep consultation. However, they assert a number of flaws in the consultation process that rendered it inadequate. In this section of the reasons, we will review the nature of the consultation process, briefly describe the most salient concerns expressed about the process, and consider whether Canada fulfilled its duty to consult.

[189] Canada describes the consultation process to include:

- Direct engagement by Canada with affected Aboriginal groups, both before and after the Joint Review Panel process. This consultation included consideration of the mandate of the Joint Review Panel.
- Participation by Canada in the Joint Review Panel process in order to effectively and meaningfully:
  - i. gather, distribute and assess information concerning the Project's potential adverse impacts on Aboriginal rights and interests;
  - ii. address adverse impacts to Aboriginal rights and interests by assessing potential environmental effects and identifying mitigation and avoidance measures; and

- iii. ensure, to the extent possible, that specific Aboriginal concerns were heard and, where appropriate, accommodated.
- The provision of almost \$4,000,000 in participant funding by Canada to 46 Aboriginal groups to assist their involvement in the Joint Review Panel process and related Crown consultations.
- The provision of written reasons to Aboriginal groups explaining how their concerns were considered and addressed.

[190] As noted above, and to reiterate, Canada's framework for consultation had five distinct phases:

1. Phase I provided for Canada's direct engagement with Aboriginal groups before the Joint Review Panel process, including consultation on the draft Joint Review Panel Agreement and the mandate of the Joint Review Panel.
2. Phase II required Canada to provide information to Aboriginal groups about the pending Joint Review Panel process.
3. Phase III provided for participation in the Joint Review Panel process by Canada and Aboriginal groups.

4. Phase IV provided for additional, direct consultations between Canada and Aboriginal groups after the Joint Review Panel process, but before the Governor in Council considered the Project.
5. Phase V would provide additional consultation on permits or authorizations that Canada might be requested to issue after the Governor in Council's decision on the Project.

**(4) The alleged flaws in the consultation process**

[191] Briefly, the most salient concerns about the nature of the consultation asserted by the applicant/appellant First Nations are:

- (a) The Governor in Council prejudged the approval of the Project.
- (b) Canada's consultation framework was unilaterally imposed on the First Nations; there was no consultation on it.
- (c) Canada provided inadequate funding to facilitate the participation of First Nations in the Joint Review Panel process and other consultation processes.

- (d) The consultation process was over-delegated: the Joint Review Panel was not a legitimate forum for consultation and it did not allow for discussions between Canada and affected First Nations.
- (e) Canada either failed to conduct or failed to share its assessment of the strength of the First Nations' claims to Aboriginal rights or title.
- (f) The Crown consultation did not reflect the terms, spirit and intent of certain agreements between Canada and the Haida.
- (g) The Report of the Joint Review Panel left too many issues affecting First Nations to be decided after the Project was approved.
- (h) The consultation process was too generic. Canada and the Joint Review Panel looked at First Nations as a whole and failed to address adequately the specific concerns of particular First Nations.
- (i) After the Report of the Joint Review Panel was finalized, Canada failed to consult adequately with First Nations about their concerns; it also failed to give reasons showing that Canada considered and factored them into the Governor in Council's decision to approve the Project.

- (j) Canada did not assess or discuss First Nations' title or governance rights, nor was the impact on those rights factored into the Governor in Council's decision to approve the Project.

We shall examine each of these in turn.

**(a) The Governor in Council prejudged the approval of the Project**

[192] The Gitxaala argue that Canada did not consult in good faith and one manifestation of this is that the outcome of the approval process was pre-ordained. In support of this submission, the Gitxaala point to:

- Statements made by the then Minister of Natural Resources reported in the *Globe and Mail* in July, 2011 that the Project “is in the national interest” and that discussions among Ministers will touch on ways of “improving the regulatory system so it is less duplicative, so it is more fair, transparent and independent—but takes into account the need for expeditious review.”
- The adoption of a process that excluded real consideration of title and governance rights.



- The legislative change in 2012 after the review process had begun that modified the powers of the National Energy Board, giving the Governor in Council the final decision-making power.

[193] The Haida adopt this submission.

[194] In our view, the second and third concerns raised by the Gitxaala do not support its submission that Canada had prejudged the outcome. This is so because there are many possible explanations as to why the process was adopted and the powers of the National Energy Board were modified; many of those possible explanations do not lead to the conclusion that results were predetermined. Equivocal evidence cannot support an assertion of bias.

[195] Of greater concern are the remarks attributed to the then Minister of Natural Resources. Notwithstanding the concern, the remarks are insufficient to establish bias.

[196] In *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624, the Supreme Court observed that the content of the duty of impartiality varies according to the decision-maker's activities and the nature of the question it must decide.

[197] In the present case, the decision-maker is the Governor in Council and the decision whether to approve the Project is politically charged, involving an appreciation of many, sometimes conflicting, considerations of policy and the public interest. The decision is not judicial or quasi-judicial.

[198] In this circumstance, we accept that the duty of impartiality owed by the Governor in Council is not co-extensive with that imposed upon judicial or quasi-judicial decision-makers.

[199] Thus, statements by individual members of Cabinet will not establish bias unless the person alleging such bias demonstrates that the statements are the expression of a final opinion on the question at issue. Put another way, it must be shown that the decision-maker's mind was closed such that representations to the contrary would be futile: *Old St. Boniface Residents Association Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, 75 D.L.R. (4th) 385.

[200] The evidence of one Minister's comment made years before the decision at issue is insufficient to establish that the outcome of the Governor in Council's decision was predetermined.

**(b) The framework of the consultation process was unilaterally imposed upon the First Nations**

[201] The Haisla argue that while it was given the opportunity to comment on the draft Joint Review Panel Agreement, it was not consulted on the Crown consultation process itself. Instead, they argue, Canada unilaterally chose to integrate consultation into the Joint Review Panel process. The Haida adopt this submission.

[202] The Kitasoo and the Heiltsuk argue that the Crown failed to consult with them about the five-phase review process, the impact of using a hearing process to engage in consultation, and the timing or scope of Canada's consultation in Phase IV of the consultation framework.

[203] We disagree that the initial engagement with affected First Nations and the subsequent consultation on the draft Joint Review Panel Agreement (*i.e.*, Phase I) were flawed or unreasonable. As a matter of law, the Crown has discretion as to how it structures the consultation process and how the duty to consult is met: *Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks & Recreation)*, 2013 ABCA 443, 556 A.R. 259, at paragraph 39. What is required is a reasonable process, not perfect consultation: *Haida Nation*, at paragraph 62.

[204] Phase I consultation included the following steps:

- Following receipt of a preliminary information package submitted by Northern Gateway, the National Energy Board, in consultation with other responsible federal authorities, requested that the then Minister of the Environment refer the Project to a review panel. On September 29, 2006, the Minister referred the Project to a review panel and released the draft Joint Review Panel agreement for a 60-day comment period. A number of comments were received from Aboriginal groups. Thereafter, Northern Gateway put the Project on hold.
- Following resubmission of the Project by Northern Gateway, Canada, through the Canadian Environmental Assessment Agency, contacted over 80 Aboriginal groups to advise them of the Project and of opportunities to participate in the Joint Review Panel process and the related Crown consultation process. The Agency provided information to groups for whom Canada had a duty to consult. Other Aboriginal groups subsequently contacted the Agency expressing interest in the

Project and were provided with information. Some Aboriginal groups were contacted but chose not to participate in the Joint Review Panel or Crown consultation process. The Agency communicated with Aboriginal groups throughout the consultation process. It requested input on the draft Joint Review Panel Agreement, provided information on opportunities for participation in the Joint Review Panel and subsequent consultation on the Report of the Joint Review Panel, advised on the availability of participant funding and met with Aboriginal groups to provide further clarification. Canada's approach to consultation was outlined in a document entitled "Aboriginal Consultation Framework," which was made available to Aboriginal groups in November 2009.

- Canada significantly modified the Joint Review Panel process in response to concerns expressed by affected Aboriginal groups. Examples of such modifications include:
  - in response to concerns raised by the Haisla and the Gitga'at that the Project's marine components, including marine shipping, were not within the mandate of the Joint Review Panel, Canada changed the scope of its review to include the marine transportation of oil and condensate;
  - in response to concerns raised by the Haisla respecting the capacity and expertise of the Joint Review Panel to undertake the environmental assessment review, Canada modified the Joint Review Panel selection

process to ensure that the Joint Review Panel could retain expert consultants or special advisors if required; and

- in response to concerns raised by the Haisla, the Nak'azdli, the Gitga'at, the Gitxaala and the Nadleh about Aboriginal involvement in the Joint Review Panel process, Canada modified the Joint Review Panel Agreement so as to include provisions requiring that the Joint Review Panel conduct its review to facilitate the participation of Aboriginal peoples and that Northern Gateway provide evidence setting out the concerns of Aboriginal groups.

[205] The final Joint Review Panel Agreement required the Joint Review Panel to:

- consider and address all Project-related Aboriginal issues and concerns within its mandate;
- conduct its review in a manner that facilitated the participation of Aboriginal peoples;
- receive evidence from Northern Gateway regarding the concerns of Aboriginal groups;
- receive information from Aboriginal peoples related to the nature and scope of potentially affected Aboriginal and treaty rights; and

- include recommendations in its report for appropriate measures to avoid or mitigate potential adverse impacts or infringements on Aboriginal and treaty rights and interests.

[206] Finally, Canada communicated with all of the Aboriginal applicants/appellants in this proceeding in November and December 2009 so as to ensure that they were aware of the modifications made to the Joint Review Panel process, the ongoing consultation activities and the ongoing availability of funding.

[207] In our view, the evidence establishes that from the outset Canada acknowledged its duty of deep consultation with all affected First Nations. In Phase I, it provided information about the Project to affected First Nations, sought and obtained comments on the proposed consultation process as initially outlined in the draft Joint Review Panel Agreement, and reasonably addressed concerns expressed by First Nations by incorporating significant revisions into the Joint Review Panel Agreement.

[208] We will address in more detail below the submission that the Joint Review Panel was not a legitimate forum for consultation. However, we are satisfied that there was consultation about Canada's framework for consultation. It was not unilaterally imposed. It was reasonable.

**(c) Inadequate funding for participation in the Joint Review Panel and consultation processes**

[209] The Kitasoo and the Heiltsuk argue that the process required significant legal assistance and significant travel expenses because the Joint Review Panel hearings were held in Prince Rupert and Terrace, British Columbia. They point to the fact that even though approximately 35 Aboriginal communities registered as interveners, only 12 First Nations cross-examined witness panels and only two First Nations substantially participated in the cross-examination hearings. The Kitasoo and the Heiltsuk say they could not afford to provide expert reports or retain experts to review the Proponent's extensive data. The Heiltsuk sought funding of \$421,877 for all phases, but received \$96,000. In Phase IV, the Kitasoo sought funding of \$110,410 but received \$14,000.

[210] We have carefully reviewed the second affidavits of Douglas Neasloss and Marilyn Slett, which contain the evidence filed in support of the submissions. Without doubt, the level of funding provided constrained participation in the Joint Review Panel process. However, the affidavits do not explain how the amounts sought were calculated, or detail any financial resources available to the First Nations outside of that provided by Canada. As such, the evidence fails to demonstrate that the funding available was so inadequate as to render the consultation process unreasonable.

**(d) The consultation process was over-delegated**

[211] The Haisla point to many asserted flaws flowing from the Crown's reliance on the Joint Review Panel process to discharge, at least in part, its duty to consult. The Haisla submit that:

- meaningful consultation requires a two-way dialogue whereas the Joint Review Panel process was a quasi-judicial process in which the Crown and Haisla had no direct engagement; and
- the Joint Review Panel did not assess the nature and strength of each First Nation's claimed Aboriginal rights and it did not assess the potential infringement of Aboriginal rights by the Project.

[212] To this, the Heiltsuk add that the formalities of the quasi-judicial tribunal process led to friction between them and the Joint Review Panel and restrictions on the Heiltsuk's ability to provide all of the information they wished to provide for consultation purposes.

[213] We have not been persuaded that the consultation process was over-delegated or that it was unreasonable for Canada to integrate the Joint Review Panel process into the Crown consultation process for the following reasons.

[214] First, in *Rio Tinto*, at paragraph 56, the Supreme Court confirmed that participation by affected First Nations in a forum created for other purposes, such as an environmental



assessment, can fulfil the Crown's duty to consult. The issue to be decided in every case is whether an appropriate level of consultation is provided through the totality of measures the Crown brings to bear on its duty of consultation.

[215] In the present case, we are satisfied that Canada did not inappropriately delegate its obligation to consult to the Joint Review Panel – as evidenced by the existence of Phase IV of the consultation process in which there was to be direct consultation between Canada and affected Aboriginal groups following the Joint Review Panel process and before the Governor in Council considered the Project.

[216] The Joint Review Panel process provided affected Aboriginal groups with the opportunity to learn in detail about the nature of the Project and its potential impact on their interests, while at the same time affording an opportunity to Aboriginal groups to voice their concerns. As noted above, the Joint Review Panel Agreement gave the Panel the mandate to receive information regarding potential impacts of the Project on Aboriginal rights and title, consider mitigation where appropriate and report on information received directly from Aboriginal groups about impacts upon their rights.

[217] Additionally, we accept the submission of the Attorney General that the Joint Review Panel had the experience and statutory mandate to address mitigation, avoidance and environmental issues relating to the Project.

**(e) Canada either failed to conduct or failed to share with affected First Nations its legal assessment of the strength of their claims to Aboriginal rights or title**

[218] In this section of the reasons, we consider the assertion that Canada failed to conduct an assessment of the strength of the applicant/appellant First Nations' claims to Aboriginal rights and title. We also consider the assertion that Canada was obliged to disclose the analysis that led to its assessment of the strength of each First Nation's claim.

[219] For example, the Gitxaala state that despite repeated requests, government officials responsible for consultation did not assess the strength of their claims to governance and title rights. Nor did they ever receive Canada's assessment of the strength of its claims. They submit this is an error of law that wholly undermined the consultation process. This argument is echoed by the Gitga'at and the Haisla.

[220] The Haisla make the additional point that by letter dated April 18, 2012, the then Minister of the Environment advised their counsel that:

Based on the significant evidence filed by the Haisla Nation in the joint review panel process, the federal government is currently updating its strength of claim and depth of consultation assessment and will provide a description of this analysis to the Haisla Nation once this work is completed and ready to be released. The results of this updated assessment will be shared with potentially affected groups prior to consultation on the Panel's environmental assessment report (Phase IV of the consultation process). [Emphasis added]

[221] Canada never provided the Haisla with a copy of its updated strength of claim and depth of consultation analysis and assessment.

[222] However, as set out in the portion of the letter extracted above, the Minister made no commitment to provide the actual legal analysis to the Haisla. He committed to providing only a description of the analysis, which we construe to be an informational component. In Phase IV, the Haisla were advised only in a general sense of the informational component. They were told that the preliminary strength of claim assessment “supports the Haisla Nation as having strong *prime [sic] facie* claim to both Aboriginal rights and title within lands claimed as part of the Haisla traditional territory”: Exhibit H to the affidavit of Ellis Ross, at page 152 of Haisla’s Compendium.

[223] We reject the assertion that Canada failed to assess the strength of the First Nations’ claims. The assertion is unsupported by the evidence.

[224] We also conclude that Canada was not obliged to share its *legal* assessment of the strength of claim. In *Halalt First Nation v. British Columbia*, 2012 BCCA 472, [2013] 1 W.W.R. 791, at paragraph 123, the British Columbia Court of Appeal observed that, inherently, a legal assessment of the strength of a claim is subject to solicitor-client privilege.

[225] It is to be remembered that the strength of claim plays an important role in the nature and content of the duty to consult. Canada must disclose information on this and discuss it with affected First Nations. On this, Canada fell short. We say more about this below. But for present purposes we do not accept that Canada was obligated to share its *legal* analyses.

**(f) The Crown consultation did not reflect the terms, spirit and intent of the Haida Agreements**

[226] The Haida have concluded a number of agreements with Canada and British Columbia to establish collaborative management of all of the terrestrial and portions of the marine area in Haida Gwaii. These agreements are:

- the 1993 Gwaii Haanas Agreement;
- the 2010 Gwaii Haanas Marine Agreement;
- the 2007 Strategic Land Use Plan Agreement;
- the 2009 Kunst'aa Guu-Kunst'aayah Reconciliation Protocol;
- the Memoranda of Understanding with Canada for cooperative management and planning of the sGaan Kinghlaas (Bowie Seamount).

[227] The Haida argue that these agreements reinforce and individualize Canada's obligation to engage in a deep and specific level of consultation and accommodation with it. They submit that Canada followed only a "generic" consultation process, with the result that the Governor in Council's decision to approve the Project failed to respect the Haida Agreements.

[228] In our view, Canada correctly acknowledged its obligation to consult deeply with the applicant/appellant First Nations, including the Haida. This deep consultation required the highest level of consultation possible, short of consent. The Haida Agreements do not, in our view, modify or add to that obligation.

[229] There are four more concerns expressed by the applicant/appellant First Nations. We view these as overlapping and interrelated. They all focus primarily on Canada's execution of Phase IV of the consultation framework. Therefore, it is convenient to deal with them together.

- (g) **The Joint Review Panel Report left too many issues affecting First Nations to be decided after the Project was approved**
- (h) **The consultation process was too generic: Canada and the Joint Review Panel looked at First Nations as a whole and failed to address adequately the specific concerns of particular First Nations**
- (i) **After the Report of the Joint Review Panel was finalized, Canada failed to consult adequately with First Nations about their concerns and failed to give adequate reasons**
- (j) **Canada did not assess or discuss title or governance rights and the impact on those rights**

[230] To this point we have rejected the arguments advanced by the applicant/appellant First Nations that Canada's execution of the consultation process was unacceptable or unreasonable. However, for the reasons developed below, Canada's execution of the Phase IV consultation

process was unacceptably flawed and fell well short of the mark. Canada's execution of Phase IV failed to maintain the honour of the Crown.

[231] We begin our analysis on this point by briefly setting forth some of the relevant legal principles that speak to what constitutes a meaningful process of consultation.

[232] As explained above, the duty to consult is a procedural duty grounded in the honour of the Crown. The "common thread on the Crown's part must be 'the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns as they are raised ... through a meaningful process of consultation': *Haida Nation*, at paragraph 42. The "controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake": *Haida Nation*, at paragraph 45.

[233] Meaningful consultation is not intended simply to allow Aboriginal peoples "to blow off steam" before the Crown proceeds to do what it always intended to do. Consultation is meaningless when it excludes from the outset any form of accommodation: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, at paragraph 54.

[234] As the Supreme Court observed in *Haida Nation* at paragraph 46, meaningful consultation is not just a process of exchanging information. Meaningful consultation "entails testing and being prepared to amend policy proposals in the light of information received, and providing feedback." As submitted by Kitasoo and Heiltsuk, where deep consultation is required,

a dialogue must ensue that “leads to a demonstrably serious consideration of accommodation (as manifested by the Crown’s consultation-related duty to provide written reasons)...” [Emphasis added].

[235] Further, the Crown is obliged to inform itself of the impact the proposed project will have on an affected First Nation and communicate its findings to the First Nation: *Mikisew Cree First Nation*, at paragraph 55.

[236] Two final points are to be made. First, where the Crown knows, or ought to know, that its conduct may adversely affect the Aboriginal right or title of more than one First Nation, each First Nation is entitled to consultation based upon the unique facts and circumstances pertinent to it.

[237] Second, where the duty to consult arises in a project like this, the duty to consult must be fulfilled before the Governor in Council gives its approval for the issuance of a certificate by the National Energy Board. This is because the Governor in Council’s decision is a high-level strategic decision that sets into motion risks to the applicant/appellant First Nations’ Aboriginal rights: *Haida*, at paragraph 76. Further, future consultation, as contemplated by the Joint Review Panel conditions, would not involve the Crown and future decision-making lies with the National Energy Board. Canada advised in the consultation process that the National Energy Board does not consult with First Nations at the leave to open stage.

[238] Against this legal framework, we turn to the execution of Phase IV of the consultation process. We begin with a general comment about the importance of consultation at the beginning of Phase IV and the status of the consultation process at that time.

[239] Phase IV was a very important part of the overall consultation framework. It began as soon as the Joint Review Panel released its Report. That Report set out specific evaluations on matters of great interest and effect upon Aboriginal peoples, for example matters involving their traditional culture, the environment around them, and, in some cases, their livelihoods. Specific evaluations call for specific responses and due consideration of those responses by Canada. Specific feedback regarding specific matters dealt with in the Report may be more important than earlier opinions offered in the abstract.

[240] Further, the Report of the Joint Review Panel covers only some of the subjects on which consultation was required. Its terms of reference were narrower than the scope of Canada's duty to consult. One example of this is the fact that Aboriginal subjects that, by virtue of section 5 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, must be considered in an environmental assessment are a small subset of the subjects that make up Canada's duty to consult.

[241] In addition, in the Joint Review Panel's process:

- The proponent, Northern Gateway, made no assessment of the Project's impact on Aboriginal title: Cross-examination of Enbridge witness, Haisla Compendium, at pages 973, 975 and 976.



- Similarly, the Joint Review Panel made no determination regarding Aboriginal rights or the strength of an Aboriginal group's claim to an Aboriginal right or title: Report of the Joint Review Panel, at page 47.
- Northern Gateway confined its assessment of the Project's impact on Aboriginal and treaty rights to an assessment of the potential impacts upon the rights to harvest and use land and resources: Cross-examination of Enbridge witness, transcript, v. 149, line 22890; Report of the Joint Review Panel, at page 42.
- In assessing the various rights that Aboriginal peoples enjoy, including hunting, fishing and gathering rights, Northern Gateway did not look specifically at a single community's right. Rather it looked at rights "generally speaking": Cross-examination of Enbridge witness, transcript, v. 112, lines 9990-9993.
- The Joint Review Panel accepted this approach and relied upon it to conclude that the Project would not significantly adversely affect the interests of Aboriginal groups that use lands, waters or resources in the Project area: Report of the Joint Review Panel, at pages 49-50.

[242] As for the status of the consultation process at the start of Phase IV, this was Canada's first opportunity—and its last opportunity before the Governor in Council's decision—to engage in direct consultation and dialogue with affected First Nations on matters of substance, not procedure, concerning the Project: Crown Consultation Report, Exhibit A to the affidavit of Jim

Clarke (the Director General, Operations of the Major Project Management Office, Natural Resources Canada).

[243] It is in this context that Canada entered Phase IV of the consultation process. Its goal was stated, in Canada's Aboriginal Consultation Framework, to be to:

...seek to establish whether all concerns about potential project impacts on potential or established Aboriginal and treaty rights have been characterized accurately. It will also consult on the manner and extent to which any recommended mitigation measures might serve to accommodate these concerns, and whether there remain any outstanding issues.

[244] We turn now to consider Canada's execution of the process of consultation under Phase IV—a process we would characterize as falling well short of the minimum standards prescribed by the Supreme Court in its jurisprudence.

[245] Canada initiated Phase IV shortly before the Joint Review Panel issued its Report. In a letter dated December 5, 2013, Canada advised that:

- consultation meetings would begin shortly after the release of the Report of the Joint Review Panel;
- 45 days was allotted to meet with all affected Aboriginal groups;

- the Report of the Joint Review Panel and a Crown Consultation Report would be used to inform the Governor in Council about whether to order the National Energy Board to issue a Certificate;
- affected First Nations were given 45 days to advise Canada in writing of their concerns by responding to the following three questions:
  - Does the Panel Report appropriately characterize the concerns you raised during the Joint Review Panel process?
  - Do the recommendations and conditions in the Panel Report address some/all of your concerns?
  - Are there any “outstanding” concerns that are not addressed in the Panel Report? If so, do you have recommendations (*i.e.*, proposed accommodation measures) on how to address them?
- Such responses “must not exceed 2-3 pages in length and must be received by April 16, 2014.”

[246] The First Nations responded that the timelines were arbitrarily short and insufficient to provide for meaningful consultation: see, for example, the Haisla’s letter of December 12, 2013, Exhibit H to the affidavit of Chief Councillor Ellis Ross, at page 787.

[247] At consultation meetings, the First Nations requested that the timelines for consultation be extended. Evidence illustrating this is found in the affidavit of Chief Ellis Ross of the Haisla:

107. During the March Meeting, the Haisla Nation asked the Crown representatives to extend the timeline for consultation. Mr. Clarke advised that the timelines were driven by legislation which they themselves were not authorized to extend. We pointed out that the relevant legislation provided the Crown with an ability to extend the timelines. Mr. Clarke conceded that this was correct. The Haisla Nation therefore asked the Crown representatives to ask the Minister to extend the timelines for the Decision to allow meaningful consultation. Mr. Clarke agreed to do so.

108. During the April Meeting, Mr. Clarke told us that he had communicated the Haisla Nation's request to extend the deadlines to the Minister of Natural Resources, but the Minister had failed to respond to this request. In our May 7, 2014 letter we requested again that a decision on the Project be delayed to allow meaningful consultation to take place. The Crown refused. [Emphasis added]

[248] The Haisla Phase IV consultation meeting notes of March 3, 2014 and April 8-9, 2014 are consistent with this evidence.

[249] As the Haisla observed at their consultation meeting, no explanation "from anyone at all" was ever provided for the rush "and that's a problem."

[250] Throughout the consultation, the Haisla asked that Canada defer consideration of the Project. Specifically, the Haisla requested that the decision be delayed to allow for scientific studies. Taylor Cross, Deputy Chief Councillor of the Haisla, gave evidence that:

15. We further identified the lack of certainty surrounding the Crown's preparedness for potential spills of diluted bitumen as a reason to consider delaying Project approval. The Coast Guard Canada representative, Mr. Roger Girouard, could not say how long it would take Canada to be prepared to provide

effective ocean-based spill response, even with an unlimited budget. Mr. Girouard further stated that ocean-based spill response requires additional information about the relevant waters, the nature of the products to be transported, and appropriate governance, management, and equipment requirements before it can be effective. We asked for a delay of the decision to allow for the proper scientific studies to take place. Canada's representatives told us they would place this request before decision-makers. If they did, it was ignored. [Emphasis added]

16. Ms. Maclean [of Environment Canada] stated that the spill modelling done conducted [sic] by Northern Gateway Pipelines Inc. and Northern Gateway Pipelines Limited Partnership (collectively "Northern Gateway") did not include stochastic modelling, which would have provided a better understanding about how environmental conditions would influence a spill. We asked for a delay of the decision until this modelling had been provided. Canada's representatives told us they would place this request before decision-makers. If they did, it was ignored. [Emphasis added]

[251] While the Governor in Council was subject to a deadline for decision under subsection 54(3) of the National Energy Board Act, that subsection allows the Governor in Council, by order, to extend that deadline. The importance and constitutional significance of the duty to consult provides ample reason for the Governor in Council, in appropriate circumstances, to extend the deadline. There is no evidence that Canada gave any thought to asking the Governor in Council to extend the deadline.

[252] But even if Canada did not wish to ask the Governor in Council for an extension, we consider that a pre-planned, organized process of Phase IV consultation would have allowed Canada to receive in time all relevant views, discuss and consider them, provide any necessary explanations and, if appropriate, make suitable recommendations to the Governor in Council, including any further conditions to be added to any approval of the Project.

[253] By and large, many of the First Nations' concerns were specific, focused and brief; Canada's actions in response equally could have been specific, focused and brief.

[254] Jim Clarke was involved in Phase IV and "acted as Canada's lead" on issues that involved the mandates of two or more government departments. Under cross-examination on his affidavit by counsel for Haisla, Mr. Clarke himself acknowledged that consultation on some issues fell well short of the mark:

323. Q. Now you indicated yesterday that you had to review the meeting notes to assess whether Canada and Haisla had been able to address the agenda items.

Generally is it your conclusion that Haisla and Canada had a full discussion of the items on the two agendas?

A. I focused my efforts in looking at the notes on the second agenda, and I apologize if that was not the understanding yesterday.

I looked at specifically all the items under 7(c) of the second agenda, all the issues, the extent to which panel terms and conditions addressed concerns of potential impacts, those 20 items.

324. Q. And generally is it your conclusion that Haisla and Canada had a full discussion of those 20 items?

A. I would say the general conclusion is that there was not a full discussion of those 20 items. There was discussion of a majority of those items. My assessment last evening was that there was discussion of 12 of 20 items.

...

327. Q. Would you say that the Haisla's concerns about potential impacts on hunting is one of the items that was fully discussed?

A. I would say, no, it wasn't.

328. Q. What about trapping?

A. I would say, no, it wasn't.

329. Q. How about marine spills? Was there a discussion about how marine spills may have negative effects on the marine environment?

A. Yes, in many different parts of the meeting.

330. Q. Was there a discussion of how Haisla rely on marine resources in the exercise of their Aboriginal rights?

A. I believe so.

331. Q. Could you point me to that in the meeting notes?

A. I have multiple Adobe references to where marine spills were discussed but that specific item I can't point you to right now.

332. Q. Was there a discussion of how the negative effects on the environment might impact the marine resources Haisla relies on in a way that might infringe its Aboriginal rights?

A. I don't recall if that was specifically part of the discussion.

333. Q. So you do not recall going into that level of detail?

A. I don't. [Emphasis added]

[255] A further problem in Phase IV was that, in at least three instances, information was put before the Governor in Council that did not accurately portray the concerns of the affected First Nations. Canada was less than willing to hear the First Nations on this and to consider and, if necessary, correct the information.

[256] The first instance involved the Kitasoo. On June 9, 2014, Messrs. Maracle (the Crown Consultation Coordinator) and Clarke wrote acknowledging some of the Kitasoo's concerns expressed during Phase IV and enclosing that portion of the Crown Consultation Report that outlined its position and summarized its concerns.

[257] Counsel for Kitasoo responded by letter dated June 17, 2014, identifying several inaccuracies in the letter of Messrs. Maracle and Clarke and the Consultation Report. Points made included the following:

- The Crown's letter incorrectly represented the Kitasoo's position respecting mitigation.
- The Consultation Report states "[t]he shipping route would cross the northwestern portion of the Kitasoo/Xai'xais First Nation for approximately 45 km. The confined channel assessment area is approximately 56 km from the proposed shipping route." This was incorrect and inconsistent with the Kitasoo's evidence that its territory extended into the confined channel assessment area.
- The information provided in the Crown Consultation Report was insufficient. By presenting the Kitasoo's concerns in a summary and high-level fashion, the decision-maker had insufficient information to assess the Kitasoo's outstanding concerns respecting the Project.

[258] As counsel's information was conveyed to Canada only on the date the decision to approve the Project was made, the record before us does not demonstrate that these errors were corrected or brought to the attention of the Governor in Council.



[259] On June 9, 2014, a similar letter was sent to the Heiltsuk. Again, its counsel responded by letter dated June 17, 2014. Errors and omissions identified by counsel included:

- an incorrect representation of the Heiltsuk's position on mitigation.
- an incorrect statement that the "proposed shipping lane would be between 30 and 70 km north of the northern and western boundaries of the traditional territories." The Heiltsuk's evidence was that the proposed southern approach shipping lane intersected with a significant portion of the Heiltsuk's traditional territory.
- an incorrect representation of the Heiltsuk's position on equity participation.
- a failure to identify the central issue raised by the Heiltsuk regarding the lack of baseline work and the lack of spill modelling in the Open Water Area.

[260] In the letter of June 17, 2014, counsel argued insufficient information was provided to the decision-maker that would allow assessment of the Heiltsuk's outstanding concerns. As was the case with the letter sent by counsel for the Kitasoo, this letter was only received the day the decision to approve the Project was made.

[261] The final example comes from the June 9, 2014 letter with appended extracts of the Crown Consultation Report received by the Nadleh and the Nak'azdli. In a letter dated June 16, 2014, the Yinka Dene Alliance Coordinator highlighted issues and inaccuracies in this letter:

- The letter inaccurately stated that, at the Phase IV consultation meeting, federal officials discussed Canada's priorities regarding oil spill prevention and response and discussed the opportunity for future involvement in oil spill planning and response when such dialogue did not occur.
- The Crown failed to respond to the key concerns and impacts raised by the Nadleh and the Nak'azdli regarding the risks of an oil spill in their territory.

[262] As with the Kitsoo and the Heiltsuk, the Nadleh and the Nak'azdli also responded to Canada asserting that the Governor in Council did not have sufficient information to make a decision. The record does not demonstrate that the Governor in Council had this information before making its decision. While Canada did respond acknowledging the errors in the Phase IV discussions, it did not indicate any steps taken to correct the errors or state what effect, if any, this had on the Governor in Council's decision: July 14 letter, Major Book of Documents, page 469.

[263] Also of significant concern is the lack of meaningful dialogue that took place in Phase IV.

[264] During the consultation meetings, Aboriginal groups were repeatedly told that Canada's representatives were:

- working on the assumption that the Governor in Council needed to make the decision by June 17, 2014;
- tasked with information gathering, so that their goal was to get the best information to the decision-makers;
- not authorized to make decisions;
- required to complete the Crown Consultation Report by April 16, 2014.

[265] When the role of Canada’s representatives is seen in this light, it is of no surprise that a number of concerns raised by Aboriginal groups—in our view, concerns very central to their legitimate interests—were left unconsidered and undiscussed. This fell well short of the conduct necessary to meet the duty to consult. There are several examples.

[266] At the consultation meeting on April 22, 2014, the Kitasoo made detailed submissions about why the Project’s impacts on their Aboriginal rights could not be assessed without what they referred to as the “missing information.” The Kitasoo representatives explained that they required information about spill modelling and assessment, the behaviour (or fate) of bitumen in the water, a baseline marine inventory and what the spill recovery would look like. Thereafter, Chief Clark Robinson asked Canada’s representatives “who will engage in consultation, will you?” Canada’s response was delivered by two of its representatives: Joseph Whiteside, a senior policy analyst with Natural Resources, and Brett Maracle, the Crown Consultation Coordinator.

Their response shows little in terms of facilitating consultation; indeed, it shows just how short of the mark the Phase IV consultation was:

Joseph Whiteside: Building on what I just said – we're not decision makers, our job is to collect information to make sure that within the individual expertise of Environment Canada, Transport Canada, my department Natural Resources and others, we fully understand what you're trying to tell us, and so the decision making is at a different level. Particularly on the matter of funding. They haven't given us funding approval authority yet – maybe they will. But, our job is to take the best recommendations forward that we can. We may have some questions as the afternoon unfolds, to detail more of what was in your slide presentation – I assume we have a copy of the slide presentation. That will help our analysis as well.

So, part of our responsibility today is not to make decisions, or to tell you we have decisions that we can make. It is to tell you we will do the best job we can in taking your recommendations forward so that they are properly understood within our respective departments.

Brett Maracle: And considered.

Joseph Whiteside: and considered.

Chief Clark Robinson: Will [you] make a recommendation on consultation?

Joseph Whiteside: Well one of the things we can look at is, based on what your community and others have said – is that they are seeking, I think [it's] fair from the hereditary chiefs said this morning, you're looking for an additional level of consultation beyond what has already been engaged in prior to panel, through the panel, which Canada continues to say we rely on, to the extent possible to meet the duty to consult, and then using this phase IV to build on the work of the Panel to make sure we fully understood what Aboriginal communities are saying.

To identify where you believes [there] are gaps, and I think [it's] fair to describe a lot of the presentation is talking about gaps in the analytical framework that you believe critically need to be filled, and then to see what more can be done. It may well be possible to take – to put forward a recommendation, and I can't say what's in the Cabinet submission because I don't make that decision. As to whether [Cabinet] feels there is ongoing consultation work that needs to be engaged [in regardless] of the whether the decision is pro or con on the particular project, that may well be an issue Ministers may wish to bring forward further information about consultation, I can't say the door is closed, and I can't say what the door on consultation may be, that part of the analysis, we as a team may have to do some work on to assist to assist our seniors.

Chief Clark Robinson: We don't agree that there has been any consultation.

[Emphasis added] [*sic* throughout]

[267] In our view, the Kitasoo never received Canada's explanation why the missing information was not required and why Canada rejected the assertion that the Kitasoo had not been adequately consulted.

[268] The Heiltsuk made similar submissions to the Kitasoo at their Phase IV consultation meeting with Canada in terms of requiring additional information to assess the impacts on their Aboriginal rights. Particularly concerning for the Heiltsuk was that there was insufficient information regarding the risk of an oil spill to herring-spawn-on-kelp—a resource over which the Heiltsuk have an Aboriginal right to fish on a commercial basis: see the Heiltsuk's closing submissions to the Joint Review Panel, extract book, Tab 19.

[269] During the consultation meeting, elected leader and Chief Councillor Cecil Reid described the importance of the herring industry to the Heiltsuk and the "horrific" consequences that an oil spill would have on their livelihood. He then asked Canada's representative "[...] why did you come without the authority to discuss our concerns and react to them in a positive way so that we have some comfort that this thing is being taken seriously? ... How can you make a decision until all the information is in?"

[270] Joseph Whiteside, a senior policy analyst with Natural Resources, responded along the same lines as he did at the Kitasoo meeting:

Our responsibility is to collect the information we have and be as responsive to the questions and issues we've heard in the last day and a half, and to be as responsive back to, within the time that we have, to provide some information and try and build some understanding. Our main responsibility is to take your views back and integrate them into the report that we have to prepare, so that our senior managers and all up to the Ministers are fully aware of the perspective of the Heiltsuk Nation brings forward on the proposal that will be before the Cabinet by mid-June.

[271] When Chief Councillor Marilyn Slett asked Canada's representatives if Canada would be available for further consultations with the Heiltsuk on this matter, Canada's Crown Consultation Coordinator, Brett Maracle, replied, "I can't say, because that would be basically the [M]inister's agreeing to [a] delay of the process." The Heiltsuk never received an explanation why the missing information concerning a resource necessary for their sustenance was not required.

[272] Deputy Chief Counselor Taylor Cross of the Haisla also provided evidence of the following unaddressed concerns:

7. Despite a representative from Transport Canada attending the March and April Meetings, we did not have time to discuss Canada's Tanker Safety Expert Panel Report or our concerns with that report. We therefore requested that the Crown reply to our concerns regarding that report in writing. To the best of my knowledge, Transport Canada has not yet replied to our concerns in writing or otherwise.

[273] The Haisla fared no better when they raised concerns about errors in the Report of the Joint Review Panel. For example, during the consultation meetings, Canada's representative agreed that hundreds of culturally modified trees exist at the proposed terminal site, notwithstanding that the Report of the Joint Review Panel stated that there were none. He agreed that many culturally modified trees would be destroyed by the Project and that this would have

an impact on the Haisla. Canada then offered no suggestion as to how the impacts to the Haisla's culturally modified trees could be avoided or accommodated.

[274] Deputy Chief Councillor of the Haisla, Taylor Cross, also gave evidence that Canada's representatives, including Jim Clarke, repeatedly stated that they had to accept the findings of the Joint Review Panel as set out in its Report. This was not so. Phase IV in part was an opportunity to address errors and omissions in the Report on subjects of vital concern to Aboriginal Peoples. The consequence of Canada's position was to severely limit its ability to consult meaningfully on accommodation measures.

[275] The Gitxaala encountered the same problems with Canada during Phase IV. It also took the position that approval of the Project was premature and that further studies on matters arising from the Report of the Joint Review Panel were required. The notes of the April 3, 2014 consultation meeting show that Canada was asked "[c]an we get any response, any reasons why the additional work that we're asking for can't be undertaken? Can we talk about what can or can't be undertaken? We invite any discussion?"

[276] Jim Clarke, for Canada, replied that "I don't want to raise your expectations. Typically we just use the Joint Review Panel as information for the decision. It is not typical to delay the legislative timeframe for decision. It doesn't mean it can't happen it's just not routinely done."

[277] During this April 2014 consultation meeting, Canada acknowledged to the Gitxaala that an oil spill could have a catastrophic effect on the Gitxaala's interests. The Gitxaala's

representatives went on to observe that the Gitxaala had filed many expert reports in the Joint Review Panel process. The Gitxaala's representatives asked what Canada's views were on a specific report dealing with navigation issues, and how Canada intended to take such report into account. Transport Canada's representative answered, "If we can get more answers we'll try." Answers on this critical issue were never forthcoming.

[278] One final example occurred during the March 3, 2014, consultation meeting with the Haisla. The Haisla's representatives expressed concern at the extent to which paid lobbyists were talking to government officials and affecting the consideration of their concerns and asked for disclosure of lobbying efforts. Mr. Maracle responded that it was "hard for us to get [information] from Ministers, [and it would be] better if you [used] an [access to information request]." If information was available through an access request, it is difficult to see why it would not be provided through the consultation process—particularly in light of the timelines Canada had imposed.

[279] Based on our view of the totality of the evidence, we are satisfied that Canada failed in Phase IV to engage, dialogue and grapple with the concerns expressed to it in good faith by all of the applicant/appellant First Nations. Missing was any indication of an intention to amend or supplement the conditions imposed by the Joint Review Panel, to correct any errors or omissions in its Report, or to provide meaningful feedback in response to the material concerns raised. Missing was a real and sustained effort to pursue meaningful two-way dialogue. Missing was someone from Canada's side empowered to do more than take notes, someone able to respond meaningfully at some point.



[280] Canada places great reliance on two letters sent to each affected First Nation on June 9, 2014 and July 14, 2014, the former roughly a week before the Governor in Council approved the Project, the other after. In our view, for the following reasons, these letters were insufficient to discharge Canada's obligation to enter into a meaningful dialogue.

[281] Aside from the errors found in the June 9, 2014 letter sent to the Kitasoo, the Heiltsuk, the Nadleh and the Nak'azdli, the content of the letters can at best be characterized as summarizing at a high level of generality the nature of some of the concerns expressed by the affected First Nation. Thus, the letter explained that during Phase IV, officials "noted [their] perspective on the extent which [your] concerns could be mitigated by various measures" without setting out what the Nations suggested mitigation measures were. To the limited extent the June 9, 2014 letter responded to a concern, it did so only in a generic fashion. In substance, no explanation was provided about what, if any, consideration had been given to the suggested mitigation measures.

[282] To illustrate, to the extent a First Nation had raised a concern about the consequence of an oil spill, Canada responded that it "place[d] a high priority on preventative measures to avoid the occurrence of spills in the first place, and on enhancing response and recovery measures in the unlikely event of a spill." The letter went on to inform that "the Government of Canada has recently announced new measures to further enhance Canada's world-class pipeline safety and tanker safety systems."

[283] The July 14, 2014 letters were lengthier and were intended “to respond to the many important issues you have raised, and to describe some of the next steps related to the Project.” Given that the decision to approve the Project had already been made, and that consultation is to be complete prior to making the decision at issue, it is difficult to see these letters as fulfilling Canada’s obligation to consult.

[284] Moreover, again we characterize the content of the July letters as generic in nature, explaining that the Joint Review Panel had subjected the Project proposal “to a rigorous science-based review by an independent Panel.” To the extent the letter addressed concerns expressed by the First Nation, those concerns were summarized at a general level and then responded to by reference to conditions imposed by the Joint Review Panel, by reliance upon the current marine safety regime, the possibility “there may be further interest in conducting geological and geotechnical sampling to gather additional information to better evaluate” hazards posed by geo-hazards, additional research and development on the fate of diluted bitumen and ongoing research.

[285] It is fair to say the letters centered on accommodation measures.

[286] However, the letters did not engage with the stated concerns that the Phase IV consultation process was rushed and lacked any meaningful dialogue. Nor did the letters engage with the repeatedly expressed concern that insufficient evidence was available to allow for an informed dialogue about the potential impacts of the Project on Aboriginal and treaty rights.

[287] Following the authorities of the Supreme Court of Canada on the duty to consult, we conclude that during the Phase IV process, the parties were entitled to much more in the nature of information, consideration and explanation from Canada regarding the specific and legitimate concerns they put to Canada.

[288] The dialogue necessary to fulfil the duty to consult was also frustrated by Canada's failure to disclose necessary information it had about the affected First Nations' strength of claims to rights and title. We stress information, as opposed to the legal assessments we discussed above at paragraphs 218-225. Canada's attitude to the sharing of information about this is troubling. Strength of claims was an important matter that had to be considered in order for the consultation in Phase IV to be meaningful. We wish to explain why.

[289] The consultation process in Phase IV was not to be a forum for the final determination and resolution of Aboriginal claims to rights and title. We agree, based on the Supreme Court's reasoning in *Haida Nation*, that this was appropriate: the duty to consult is not a duty to determine unresolved claims. But disclosure by Canada of information concerning the affected First Nations' strength of claims to rights and title was needed for another reason.

[290] In law, the extent and strength of the claims of affected First Nations affect Canada's level of obligation to consult and, if necessary, accommodate. It also defines the subjects over which dialogue must take place: a broad and strong claim to rights and title over an asserted territory means that broad subjects within that territory must be discussed and, perhaps, must be accommodated. Looking specifically at the case before us, Canada accepted that the obligation to

consult was deep. But dialogue had to take place regarding what that meant. What subjects were on the table? How deep did the dialogue and, if necessary, accommodation have to go?

[291] The case law is clear that Canada, acting under the duty to consult, must dialogue concerning the impacts that the proposed project will have on affected First Nations and to communicate its findings to the First Nations: *Mikisew Cree First Nation*, at paragraph 55. But contrary to that case law, Canada repeatedly told the affected First Nations that it would not share a matter fundamental to identifying the relevant impacts—information concerning the strength of the affected First Nations’ claims to Aboriginal rights and title.

[292] For discussions during Phase IV to be fruitful and the dialogue to be meaningful, this had to happen. And, as we noted above, in a letter dated April 18, 2012, the then Minister of the Environment committed to do just that—to provide a description of its strength of claim and depth of consultation assessment.

[293] But Canada never provided the Haisla with that description. The evidence of Chief Ross of the Haisla shows that during Phase IV Canada resiled from that commitment and avoided defining exactly what was in play during the consultations:

99. There was no genuine discussion of the Haisla Nation’s strength of claim at the March and April Meetings. At the March Meeting, the Haisla Nation raised the importance of openly discussing Aboriginal rights and title – a topic [the Joint Review Panel] had avoided entirely – and asked the Crown representatives to share the Crown’s views of the strength of claim. In his letter dated April 18, 2012 the Minister of Environment had committed to sharing the Crown’s results of its analysis of our strength of claim prior to the commencement of Phase IV of its Consultation Framework. We stressed that we needed to know of any

disagreements regarding strength of claim in order for consultation to be meaningful, and so that we were not speaking at cross purposes.

100. The Environment Canada representatives, Mr. Brett Maracle and Analise Saely, stated that, based on a preliminary assessment, they were of the view that the Haisla Nation had a strong Aboriginal title claim to the terminal site, a strong Aboriginal title claim to portions of the pipeline right-of-way within Haisla Territory, as well as a strong claim to Aboriginal rights to fish and harvest marine resources in parts of the Kitamaat River, Kitamaat River or Estuary, and in the Douglas Channel. We asked that the Crown provide detail as to what portions of the pipeline route they conceded Haisla Nation has a strong Aboriginal title claim to and what areas of water the Crown has conceded Haisla Nation has a strong claim of aboriginal rights in. The Crown representatives told us they would seek permission to disclose the Crown's actual strength of claim analysis, including further analysis of strength of claim along the pipeline route. A copy of a March 11, 2014 letter to the Crown documenting at page 4 some of what the Crown admitted in terms of the Haisla Nation's strength of claim is found at pages 920 to 929 of Exhibit H to this my Affidavit. This letter, however, contains an error. At page 4, the letter incorrectly states that the Crown explicitly agreed that the Haisla Nation has a high strength of claim to its entire Traditional Territory. In fact, the Crown representatives only explicitly admitted that the Haisla Nation has a strong claim to title at the terminal site and portions of the pipeline route, as well as a strong claim to fishing and harvesting rights in the aforementioned waters.

101. Shortly after the March Meeting, the Crown sent a letter to the Haisla Nation with a generic and deliberately vague statement about our Nation's strength of claim that was divorced from the Project area. The letter states as follows at page 2:

As discussed during our meetings on March 4 and 5, Canada's preliminary strength of claim assessment is based on the information the Haisla Nation have provided to the Panel and in correspondence with government officials. Without making any determination of the Haisla Nation's Aboriginal rights or title claims, our preliminary assessment of that information, for the sole purpose of the consultation process for this proposed project, is that it supports the Haisla Nation as a having strong *prime* [sic] *facie* claim to both aboriginal rights and title within lands claimed as part of the Haisla traditional territory.

A copy of the Crown's letter dated March 24, 2014 with this statement is found at pages 931 to 1,052 of Exhibit H to this my Affidavit.

102. This carefully crafted statement came as a surprise to me, given that the Crown representatives had previously conceded the Crown's view that the Haisla Nation has a high strength of claim to Aboriginal title to the terminal site itself and to portions of the pipeline right-of-way. Our request for clarity and for

disclosure of the Crown's strength of claim analysis had resulted in a statement which effectively told us nothing about the Crown's view of the strength of our claim in relation to the Project.

103. At the April Meeting, the issue of strength of claim was again raised, as was the deliberately vague strength of claim language in the March 24 letter. We expressed concern that such language was entirely unhelpful for the consultation process. Mr. Maracle and Mr. Jim Clarke, of the Major Projects Management Office, told us that they were limited in what they were authorized to disclose. Specifically, Mr. Maracle stated that he had sought to disclose more and had drafted a letter that did in fact disclose more regarding our strength of claim, but that his supervisors had directed him to disclose nothing beyond what was set out in the March 24 letter. Mr. Clarke told us that the Minister of Natural Resources himself had directed that the consultation team disclose nothing more than what was in the letter quoted above. Mr. Clarke stated that he had done his best to seek the disclosure of the Crown's strength of claim analysis. He explicitly confirmed that the Minister of Natural Resources rejected this plea for disclosure and ordered that no further disclosure be made. We asked Mr. Clarke if he could explain the rationale behind the Crown's refusal to share its analysis of the Haisla Nation strength of claim. He stated that he could not. We stated that the effect of Canada's failure to share its strength of claim analysis was that Minister Kent's promise would be broken. The Crown representatives had no explanation. A copy of our letter of May 7, 2014 expressing frustration with the Crown's approach to Phase IV consultation is found at pages 1,054 to 1,066 of Exhibit H to this my Affidavit. [Emphasis added]

[294] The experience of the Gitxaala was not dissimilar. By letter dated March 28, 2014, they were informed that Canada accepted the Gitxaala had a strong *prima facie* claim "to an Aboriginal right to fish and harvest shellfish and other marine resources for food, social and ceremonial purposes in the area claimed as part of the Gitxaala Nation traditional territory."

[295] Thereafter, the notes of the Phase IV consultation meeting held on April 3, 2014 show that the Gitxaala asked, not for an adjudication of their rights, but for Canada's assessment of the strength of their claim as they had asserted governance and title rights, *i.e.* far more than just harvesting rights. Brett Maracle responded that Canada had already gone through many ministerial levels to get approval for the statement about the strength of claim that was provided

in Canada's correspondence. Jim Clarke also advised they had pushed very hard to get this disclosure.

[296] When asked if Canada agreed that the Gitxaala was owed a deep level of consultation, Mr. Maracle advised that he didn't have approval to say so. When further pressed, he repeated that Canada had tried to give as much information as it could about the rights of the Gitxaala, and what Canada's representatives were able to share they did share.

[297] Chief Moody then observed that somewhere a determination had been made that their rights were focused on subsistence harvesting. In answer to the question of whether the discussion would be limited to this determination of their rights he was told, "No, but that's all we are allowed to share."

[298] Again, at the April 22, 2014 consultation meeting with the Kitasoo, Mr. Maracle repeated that Canada was not at that time sharing the strength of claim assessments. Aynslie Saely of Environment Canada then added that they were still getting information which would allow them to complete the depth of consultation assessment. When asked if Canada would share its ultimate conclusion and the information it relied on for assessing the strength of claim, Ms. Saely responded that such conclusion would be a cabinet confidence, and as such it was not information that could be shared.

[299] Three days later, the transcript of the April 25, 2014 consultation meeting with the Heiltsuk records Ms. Saely of Environment Canada advising that Canada had a strength of claim

assessment but it was not something that could be shared. The stated rationale was that, as it had been prepared by the Department of Justice, it was protected by solicitor client privilege. When counsel for the Heiltsuk observed that while legal advice could not be disclosed, the result of the assessment could be disclosed, Ms. Saely responded that “[i]n terms of the directions that we received – that it is part of Cabinet confidence.”

[300] We do not accept that privileges in this case barred Canada from disclosing factual information relevant to the consultation process.

[301] At the consultation meeting with the Gitxaala held on April 2, 3 and 4, 2014, in response to questions about the impacts of oil spills upon governance and other concerns, Canada’s representatives advised that “Phase IV consultations are an opportunity to carefully consider the concerns of Gitxaala Nation regarding the potential adverse impacts of the propose (*sic*) Project.” The question was then asked if that was the only answer the Gitxaala was going to get. Mr. Maracle responded “[t]his is the answer that’s being provided, and some of this will form part of our impact assessment, which we cannot share.”

[302] On cross-examination, Jim Clarke confirmed “Canada has not provided a detailed impact assessment to the Gitxaala, nor would Canada consider that to be a normal part of an environmental assessment process.” Perhaps such information is not part of an environmental assessment process—but the Supreme Court has held it to be a necessary part of meaningful consultation.



[303] Again, we refer to the affidavit of Chief Ross on this point:

106. At the March Meeting, we asked the Crown representatives to provide us with a list of the infringements of the Haisla Nation's Aboriginal rights and title that the Crown had identified as flowing from the Project. Mr. Maracle stated that this was a work in progress but that he would try to get that information to us as soon as possible. However, at the April Meeting, Mr. Maracle stated that his supervisors had prohibited any discussion of the Crown's assessment of infringements. In fact, Mr. Maracle told us that Canada had a document that sets out the Haisla Nation strength of claim, the severity of impacts from the Project, and the depth of consultation required, but that the Crown representatives had been forbidden from sharing that. We asked Mr. Maracle if he knew what the rationale was for his supervisors directing him to not provide this information. Mr. Maracle stated that he did not know. [Emphasis added]

[304] This evidence is again consistent with the notes of the consultation meeting held on April 8 and 9, 2014, except that at the meeting Mr. Maracle stated that the direction precluding disclosure came from the Ministerial level.

[305] We are satisfied that neither the Gitxaala nor the Haisla were singled out. Rather, the highest level of government directed that information vital to the assessment of the required depth of consultation (Canada's understanding of the strength of the right claimed and the potential impact of that right) not be shared with any First Nation.

[306] We note that Canada does not argue that it was not obliged to consult with respect to title and governance matters. Rather, it argues that it reasonably accommodated potential impacts on assertions of Aboriginal title and governance claims to the point of Project development.

[307] This is similar to the strategy that Canada employed with respect to disclosing its strength of claim assessments at the Phase IV consultation meetings. It was Canada's view that a dialogue regarding the content and extent of a particular right claim was unnecessary and it attempted to focus the meetings on mitigation and minimization of impacts. For example, at the April 3 meeting, the Gitxaala asked Canada "When Canada says it's taking the rights at face value, what does that mean? That it accepts Gitxaala has these rights?" Brett Maracle for Canada responded "No, it means considering whether there are measures that could address these impacts."

[308] In our view, it was not consistent with the duty to consult and the obligation of fair dealing for Canada to simply assert the Project's impact would be mitigated without first discussing the nature and extent of the rights that were to be impacted. In order for the applicant/appellant First Nations to assess and consult upon the impacts of the Project on their rights there must first be a respectful dialogue about the asserted rights. Once the duty to consult is acknowledged, a failure to consult cannot be justified by moving directly to accommodation. To do so is inconsistent with the principle of fair dealing and reconciliation.

[309] While we agree with Canada that the consultation process was not a proper forum for the negotiation of title and governance matters, similar to other asserted rights, affected First Nations were entitled to a meaningful dialogue about the strength of their claim. They were entitled to know Canada's information and views concerning the content and strength of their claims so they would know and would be able to discuss with Canada what was in play in the consultations, the subjects on which Canada might have to accommodate, and the extent to which Canada might have to accommodate. Canada's failure to be candid on this point,

particularly in light of the initial commitments made in the letter of the Minister of the Environment dated April 18, 2012 (discussed at paragraphs 220 and 292, above), was legally unacceptable. Canada's failure frustrated the sort of genuine dialogue the duty to consult is meant to foster.

[310] We now consider the adequacy of Canada's reasons.

[311] In the present case, Canada was obliged at law to give reasons for its decision directing the National Energy Board to issue the Certificates. The source of this obligation was two-fold. As we develop in more detail below, in the present circumstances where a requirement of deep consultation existed, the Crown was obliged to give reasons. Additionally, subsection 54(2) of the *National Energy Board Act* requires that where the Governor in Council orders the National Energy Board to issue a certificate, the order "must set out the reasons for making the order."

[312] Canada argues that the requirement to give reasons was met for the following reasons:

- Neither the *National Energy Board Act* nor the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* require the Governor in Council to expressly address the adequacy of consultation in the order, nor to provide reasons in relation thereto.
- To the extent that the fulfilment of the duty to consult required reasons to be provided with respect to Canada's assessment of Aboriginal concerns and the impact those concerns had, the June and July letters addressed the information and

issues arising in the consultation process to the point of the Governor in Council's decision.

- “Added to the other aspects of the record and the lengthy consultation process in this case that unfolded over several years, the June and July letters amply accomplish this purpose.”
- Read together with the findings and recommendations found in the Report of the Joint Review Panel, the Order in Council allows the parties and the Court to understand the decision and to determine whether it falls within the range of acceptable outcomes.

[313] We accept the submission of the Attorney General that the Order in Council allows us to understand that the Governor in Council made its decision on the basis that it accepted the Joint Review Panel's finding that the Project will be required by present and future public convenience and necessity, and that the Project will diversify Canada's energy export markets and will contribute to Canada's long-term economic prosperity. This was sufficient to comply with the statutory requirement to give reasons in so far as the issues covered by the Joint Review Panel were concerned. But as far as the independent duty to consult is concerned, it fell well short of the mark.

[314] Canada elected in these proceedings not to challenge, but to take at face value, assertions of Aboriginal rights and title. In some instances it has expressly acknowledged the existence of a

strong *prima facie* case for a claim. For example, it has acknowledged the Heiltsuk's right to a commercial herring-spawn-on-kelp fishery as recognized by the Supreme Court in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, 137 D.L.R. (4th) 648. Given this, the importance of the claimed rights to Aboriginal groups, and the significance of the potential infringement of those rights, this is a case where deep consultation required written explanations of the sort described below to show that the Aboriginal groups' concerns were considered and to reveal the impact those concerns had on the Governor in Council's decision: *Haida Nation*, at paragraph 44.

[315] We accept the submissions of counsel for the Kitasoo and the Heiltsuk that where, as in this case, the Crown must balance multiple interests, a safeguard requiring the Crown to set out the impacts of Aboriginal concerns on decision-making becomes more important. In the absence of this safeguard, other issues may overshadow or displace the issue of the impacts on Aboriginal rights.

[316] Nor is the requirement to give reasons met by the Report of the Joint Review Panel or the June and July letters.

[317] In its Report, the Joint Review Panel did not determine anything about Aboriginal rights or title and gave no explanation on how those non-assessed rights affected, if at all, its decision that the Project would not significantly adversely affect the interests of Aboriginal groups that use lands, waters or resources in the Project area. Thus, the Report of the Joint Review Panel—under this legislative scheme, nothing more than a guidance document—can shed no light on Canada's assessment of how the Project would impact upon asserted rights and title.

[318] Similarly, as the Attorney General correctly conceded, the June and July letters are only capable of addressing issues up to the point of the Governor in Council's decision. Additionally, we addressed above the deficiencies of these letters as part of the consultation process. The letters' contents are not sufficient to show that the Governor in Council had proper regard for the asserted rights and how that appreciation of those rights factored into its decision to approve the Project.

[319] The balance of the record that could shed light on this, *i.e.*, the staff recommendations flowing from the Phase IV consultation process, the ministerial recommendation to the Governor in Council and the information before the Governor in Council when it made his decision, are all the subject of Canada's claim to Cabinet confidence under section 39 of the *Canada Evidence Act* and thus do not form part of the record. Canada was not willing to provide even a general summary of the sorts of recommendations and information provided to the Governor in Council.

[320] Finally and most importantly, on the subject of reasons, we note that the Order in Council contains only a single recital on the duty to consult. It records only that a process of consultation was pursued, nothing more:

Whereas the Crown has undertaken a process of consultation and accommodation with Aboriginal groups relying on the work of the Panel and additional consultations with Aboriginal groups;

[321] Nowhere in the Order in Council does the Governor in Council express itself on whether Canada had fulfilled the duty to consult. This raises the serious question whether the Governor in Council actually considered that issue and whether it actually concluded that it was satisfied that

Canada had fulfilled its duty to consult. All parties acknowledge that the Governor in Council had to consider and be satisfied on the issue of the duty to consult before it made the Order in Council.

[322] Similarly, the Order in Council does not suggest that the Governor in Council received information from the consultations and considered it.

[323] There is nothing in the record before us to assist us on these matters. This is a troubling and unacceptable gap.

[324] Had the Phase IV consultation process been adequate, had the reasons given by Canada's officials during the consultation process been adequate and had the Order in Council referred to and adopted, even generically, that process and the reasons given in it, the reasons requirement might have been met. But that is not what happened. Here too, Canada fell short of the mark.

## **(5) Conclusion**

[325] We have applied the Supreme Court's authorities on the duty to consult to the uncontested evidence before us. We conclude that Canada offered only a brief, hurried and inadequate opportunity in Phase IV—a critical part of Canada's consultation framework—to exchange and discuss information and to dialogue. The inadequacies—more than just a handful and more than mere imperfections—left entire subjects of central interest to the affected First Nations, sometimes subjects affecting their subsistence and well-being, entirely ignored. Many

impacts of the Project—some identified in the Report of the Joint Review Panel, some not—were left undisclosed, undiscussed and unconsidered. It would have taken Canada little time and little organizational effort to engage in meaningful dialogue on these and other subjects of prime importance to Aboriginal peoples. But this did not happen.

[326] The Project is large and has been in the works for many years. But the largeness of the Project means that its effects are also large. Here, laudably, many of the potentially-detrimental effects appear to have been eliminated or mitigated as a result of Northern Gateway's design of the Project, the voluntary undertakings it has made, and the 209 conditions imposed on the Project. But by the time of Phase IV consultations, legitimate and serious concerns about the effect of the Project upon the interests of affected First Nations remained. Some of these were considered by the Joint Review Panel but many of these were not, given the Joint Review Panel's terms of reference. The Phase IV consultations after the Report of the Joint Review Panel were meant to provide an opportunity for dialogue about the Report and to fill the gaps.

[327] However, the Phase IV consultations did not sufficiently allow for dialogue, nor did they fill the gaps. In order to comply with the law, Canada's officials needed to be empowered to dialogue on all subjects of genuine interest to affected First Nations, to exchange information freely and candidly, to provide explanations, and to complete their task to the level of reasonable fulfilment. Then recommendations, including any new proposed conditions, needed to be formulated and shared with Northern Gateway for input. And, finally, these recommendations and any necessary information needed to be placed before the Governor in Council for its consideration. In the end, it has not been demonstrated that any of these steps took place.



[328] In our view, this problem likely would have been solved if the Governor in Council granted a short extension of time to allow these steps to be pursued. But in the face of the requests of affected First Nations for more time, there was silence. As best as we can tell from the record, these requests were never conveyed to the Governor in Council, let alone considered.

[329] Based on this record, we believe that an extension of time in the neighbourhood of four months—just a fraction of the time that has passed since the Project was first proposed—might have sufficed. Consultation to a level of reasonable fulfilment might have further reduced some of the detrimental effects of the Project identified by the Joint Review Panel. And it would have furthered the constitutionally-significant goals the Supreme Court has identified behind the duty to consult—the honourable treatment of Canada’s Aboriginal peoples and Canada’s reconciliation with them.

[330] At the end of Phase IV of the consultation process is the Governor in Council. As we have explained above at paragraphs 159-168, under this legislative scheme the ultimate responsibility for considering whether the duty to consult has been fulfilled and whether necessary action must be taken in response to it rests with the Governor in Council and no one else. As a matter of law, the Governor in Council had to receive and consider any new information or new recommendations stemming from the concerns expressed by Aboriginal peoples during the consultation and, if necessary or appropriate, react, for example by imposing further conditions on any certificates it was inclined to grant.

[331] Did the Governor in Council fulfil this legal obligation? In its Order in Council, the Governor in Council decided to acknowledge only the existence of consultations by others during the process. It did not say more despite the requirement to provide reasons under section 54 of the *National Energy Board Act* and under the duty to consult. The Governor in Council had to provide reasons to show that it fulfilled its legal obligation. It did not do so.

[332] Overall, bearing in mind that only reasonable fulfilment of the duty to consult is required, we conclude that in Phase IV of the consultation process—including the execution of the Governor in Council’s role at the end of Phase IV—Canada fell short of the mark.

#### **G. Remedy**

[333] For the foregoing reasons, the Order in Council must be quashed. The Order in Council directed that the National Energy Board issue the Certificates. Now that the basis for the Certificates is a nullity, the Certificates are also a nullity and must be quashed. The matter is remitted to the Governor in Council for redetermination.

[334] In that redetermination, the Governor in Council is entitled to make a fresh decision—one of the three options identified at paragraph 113 above, including the making of additional conditions discussed at paragraphs 159-168 above—on the basis of the information and recommendations before it based on its current views of the broad policies, public interests and other considerations that bear upon the matter. For example, if the Governor in Council, in looking at the matter afresh, considers that the environmental recommendations are

unsatisfactory because the environmental assessment should have been conducted differently, it may exercise its discretion under section 53 to have the National Energy Board redetermine the matter.

[335] But if the Governor in Council decides in that redetermination to have Certificates issue for the Project, it can only make that decision after Canada has fulfilled its duty to consult with Aboriginal peoples, in particular, at a minimum, only after Canada has re-done its Phase IV consultation, a matter that, if well-organized and well-executed, need not take long.

[336] As a result of that consultation, Canada may obtain new information that affects the Governor in Council's assessment whether Canada has fulfilled its duty to consult. It may prompt Canada to accommodate Aboriginal concerns by recommending that additional conditions be added to the Project. It may also affect the balancing of considerations under section 54 of the *National Energy Board Act*. Thus, any new information and new recommendations must be placed before the Governor in Council.

[337] It goes without saying that as a matter of procedural fairness, all affected parties must have an opportunity to comment on any new recommendations that the coordinating Minister proposes to make to the Governor in Council.

[338] This leaves the Governor in Council in the same position as it was immediately before it first issued the Order in Council. All the powers that were available to it before are available to it now.

[339] This means that on redetermination, the Governor in Council will have the three options available to it, summarized at paragraph 113 above, as well as the discretionary power, as explained at paragraphs 159-168 above, to impose further conditions on the Certificates in order to accommodate the concerns of Aboriginal peoples.

[340] This also means that upon receipt of any new information or any new recommendations, the Governor in Council is subject to the strict time limits for making its decision under subsection 54(3) of the Act.

[341] Finally, we note that the Governor in Council must provide reasons for its decision in order to fulfil its obligations under subsection 54(2) and the duty to consult.

## **H. Proposed disposition**

[342] For the foregoing reasons, we would dismiss the applications for judicial review of the Report of the Joint Review Panel in files A-59-14, A-56-14, A-64-14, A-63-14 and A-67-14.

[343] We would also allow the applications for judicial review of the Order in Council, P.C. 2014-809 in files A-437-14, A-443-14, A-440-14, A-445-14, A-446-14, A-447-14, A-448-14, A-439-14 and A-442-14 and quash the Order in Council. We would also allow the appeals in files A-514-14, A-520-14, A-522-14 and A-517-14 and quash the National Energy Board's Certificates OC-060 and OC-061.

[344] We would further order that:

- (a) The matter is remitted to the Governor in Council for redetermination;
- (b) At its option, the Governor in Council may receive submissions on the current record and, within the timeframe under subsection 54(3) of the *National Energy Board Act* calculated from the date submissions are complete, may redetermine the matter by causing it to be dismissed under paragraph 54(1)(b) of the *National Energy Board Act*;
- (c) If the Governor in Council does not pursue the option in paragraph (b) or if it pursues that option but does not cause the matter to be dismissed at that time, the matter will remain pending before it; in that case, Phase IV consultation shall be redone promptly along with any other necessary consultation with a view to fulfilling the duty to consult with Aboriginal peoples in accordance with these reasons;
- (d) When the Attorney General of Canada is of the view that the duty under paragraph (c) and any procedural fairness obligations are fulfilled, she shall cause this matter to be placed as soon as practicable before the Governor in Council for redetermination, along with any new recommendations and any new relevant information; and

- (e) The Governor in Council shall then redetermine this matter in accordance with these reasons within the timeframe set out in subsection 54(3) of the *National Energy Board Act*, running from the time it has received any new recommendations and any new relevant information.

[345] If the parties are unable to agree on costs, we invite them to provide us with submissions of no more than five pages.

[346] We thank the parties for the great assistance they have provided to the Court throughout.

“Eleanor R. Dawson”

---

J.A.

“David Stratas”

---

J.A.

**RYER J.A. (Dissenting Reasons)**

[347] I have read the thorough reasons of the majority (the “Majority Reasons”) and am in agreement with much of them. In particular, I agree that the Order in Council is unimpeachable from an administrative law perspective. However, with respect, I do not agree that it should be set aside on the basis that the Crown’s execution of the Phase IV consultations was inadequate to meet its duty to consult. In my view, in the context of the overall Project-approval process, the execution of the Phase IV consultations was adequate, and I would dismiss the applications and appeals with costs.

[348] In preparing these reasons, I have adopted all of the defined terms contained in the Majority Reasons, except where otherwise stipulated.

[349] As a starting point, it is my view that the only Aboriginal rights that are engaged by the Project are each First Nation’s asserted rights in relation to the use and benefits of the lands and waterways that the Project will cross. Additionally, the Project may engage the Heiltsuk Nation’s established right to use a portion of the offshore waters to conduct commercial herring-spawn-on-kelp fishery operations. In these reasons, I refer to each of these engaged asserted or established Aboriginal rights as a “Usage Right”.

[350] I reject any assertion that the construction and operation of the Project could affect the asserted governance rights or asserted Aboriginal title. These are purely legal rights that could not be damaged or extinguished by the activities undertaken in the course of the Project. An

action that has the effect of sterilizing land near the Project right of way would, no doubt, damage a First Nation's ability to use and enjoy the flora and fauna that would otherwise have been situated on the sterilized land. However, the sterilizing action would have no impact upon the First Nation's ability to establish, at some future time, a right to Aboriginal title to, and governance rights in respect of, such land.

[351] A detailed description of the history, size and scope of the Project is contained in the Majority Reasons and does not bear repeating. Suffice it to say that the Project is a massive undertaking, with an estimated cost of over \$7.9 billion. It also has the support of a majority of the affected First Nations, 26 of which accepted the Project proponent's offer to acquire an equity interest in the Project. In assessing the adequacy of the execution of the Phase IV consultations, it is important to consider these consultations in the context of the Project's duration, size and scope.

[352] The Majority Reasons describe a number of alleged imperfections in the Crown's execution of the Phase IV consultations and conclude that such imperfections establish the Crown's failure to meet its duty to consult obligations. However, as acknowledged in the Majority Reasons, the standard to be met is that of adequacy and not perfection (*Haida Nation*, at paragraphs 60-63).



[353] In essence, the alleged imperfections are as follows:

- (a) the timelines for the Phase IV consultations were too short;
- (b) the Crown Consultation Report contained inaccuracies in its portrayal of the First Nations' concerns, with the result that the Governor in Council had insufficient information to render its decision;
- (c) the dialogue that occurred in the Phase IV consultations was not meaningful; and
- (d) the Crown did not share its strength of claim information.

[354] With respect, even assuming that these imperfections have been established, it is my view that taken together, in the context of such a large and complex project that has taken over 18 years to reach the present stage, they are insufficient to render the Phase IV consultations inadequate.

[355] I wish to briefly address each of the four alleged imperfections. First, the timelines for the Phase IV consultations were statutorily imposed. The Majority Reasons criticize the Crown for failing to request an extension from the Governor in Council, but the Crown had no obligation to make such a request. Moreover, there has been no challenge, by way of judicial review, of the Crown's alleged failure to request an extension of the statutory timelines. The Majority Reasons offer the view that a short relaxation of the timelines—in the neighbourhood of four months—

would have been sufficient to permit sufficient dialogue to take place and to fill any informational gaps. With respect, this view is speculative.

[356] Secondly, because of the claim of Cabinet confidence, under section 39 of the *Canada Evidence Act*, this Court is unaware of the entirety of the materials that were before the Governor in Council when it made its decision. Accordingly, with respect, it is not possible for this Court to make any assessment of the adequacy of the materials that were before the Governor in Council when it made its decision. In any event, it is apparent that the Crown's summaries in the Crown Consultation Report, which contained the alleged inaccuracies, were not the only documents that were before the Governor in Council. Any such inaccuracies would have been apparent from a review of the Report, and the letters from First Nations which were appended to the Crown Consultation Report, both of which are presumed to have been reviewed by the Governor in Council. Thus, in my view, any inaccuracies in the Crown Consultation Report are insufficient to render the Crown's Phase IV consultations inadequate.

[357] Thirdly, the Majority Reasons appear to conclude that the Crown failed to engage in a meaningful dialogue because some First Nations stated that they required further information regarding the Project's impacts, and the letters sent by the Crown following the Phase IV consultations addressed accommodation but not the First Nations' concerns regarding consultation. With respect, in my view, the requested information, by and large, related to matters that were considered by the Joint Review Panel or, in some instances, matters that were never placed before the Joint Review Panel, but should have been. The assertion of such imperfections in the Phase IV consultations represented an attack on the Report in a forum

neither designed nor equipped to adjudicate its merits. Indeed, those First Nations have challenged the adequacy of the Report in this appeal, but to no avail. In addition, it is my view that a focus on accommodation in the letters is consistent with the Phase IV mandate to consider the efficacy of the “mitigation measures” put forth by the Joint Review Panel (Aboriginal Consultation Framework at page 8). Moreover, one may question the practical utility of engaging in ongoing discussions with respect to a concern that has been accommodated.

[358] Finally, it is my view that the Crown made no error in failing to disclose its strength of claim assessments. It seems incongruous to stipulate that the consultation process was “not a proper forum for the negotiation of title and governance matters” (Majority Reasons at paragraph 309) and then to conclude that the Crown’s “attitude to the sharing of information” regarding its assessment of the strength of the First Nations’ claims in respect of such asserted rights was “troubling” (Majority Reasons at paragraph 288). This is especially so in light of the conclusion that the Crown, as a matter of law, had no obligation to share its assessment of the strength of each First Nation’s claim in respect of asserted rights (Majority Reasons at paragraph 224). In my view, there is little, if anything, to distinguish between the Crown’s “legal” assessment of a First Nation’s claim and “information” the Crown has about the strength of such a claim. As the Majority Reasons stipulate, the Crown’s legal assessment of the strength of a First Nation’s claim is inherently subject to solicitor-client privilege. In my view, that privilege extends to the Crown’s information upon which its legal assessment is based. To the extent that issues as to governance rights and Aboriginal title are live as between the Crown and any of the applicant/appellant First Nations, such issues ought to be pursued elsewhere as they are not, in my view, properly engaged by the Project-approval process. I agree that the Crown had no

obligation to share its strength of claim assessments and, as a result, it is my view that this alleged failure does not establish the inadequacy of the Crown's Phase IV consultations.

[359] In my view, the Crown's participation in the Phase IV consultations was sufficient to fulfill the honour of the Crown, particularly in a process that dealt with a project of this duration, size and scope. In conclusion, it is my view that the alleged imperfections in the execution of the Phase IV consultations, which are stipulated in the Majority Reasons, are insufficient to demonstrate that the Crown's consultations were inadequate.

[360] The Majority Reasons also conclude that the Governor in Council's reasons were inadequate. In my view, there is no error in the Governor in Council's reasons that warrants this Court's intervention. In the Project-approval process, the Crown had the obligation to fulfill the duty to consult. As a result, any obligation to explain why the duty to consult was adequately discharged rested with the Crown, not the Governor in Council. The Majority Reasons (paragraph 331) appear to take issue with the Governor in Council's reference in the Order in Council to "consultations by others". I do not accept this as a valid criticism because, at least implicitly, it places an obligation on the Governor in Council to directly engage in *Haida* consultations with respect to the Project, rather than to simply determine the adequacy of the consultations that were undertaken by the Crown.

[361] In my view, the Crown's reasons for concluding that it had met its duty to consult are readily apparent:

- an extensive consultation process was created, documented and implemented through the Aboriginal Consultation Framework, the Joint Review Panel Project-approval process and the Phase IV consultations;
- all of the applicant/appellant First Nations were encouraged to participate in the process and received, or were entitled to receive, funding in respect of their participation;
- the Crown acknowledged the potential impacts of the Project on the Usage Rights; and
- many of the First Nations' concerns were accommodated through the 209 conditions detailed in the Report.

[362] The Crown's reasoning was, in my view, adequately demonstrated by the Report, the Phase IV consultation meetings, the Crown Consultation Report and the correspondence from the Crown to the First Nations who engaged in the Phase IV consultations. A more explicit explanation from the Crown was not required. Furthermore, in my view, the Governor in Council had no obligation to repeat the reason-providing exercise.

[363] In my view, it is apparent from the Order in Council that the Governor in Council determined that the Crown's duty to consult had been met, thereby satisfying the condition precedent to the exercise of its power to issue the Order in Council. With respect, I find it

difficult to accept that, notwithstanding the brevity of the reference to Crown consultation in the Order in Council, there is any doubt that the Governor in Council considered and determined the critical issue of whether or not the Crown had met its duty to consult obligations. As discussed above, at a minimum, the Governor in Council had the Report and the Crown Consultation Report before it, both of which clearly addressed this issue and both of which the Governor in Council is presumed to have reviewed. For the reasons that I have given, I conclude that the duty to consult was met in the circumstances and the Governor in Council was correct in so acknowledging. As no other defect has been demonstrated, the Order in Council should stand.

[364] For the foregoing reasons, I would dismiss the applications and appeals with costs.

“C. Michael Ryer”

---

J.A.

**FEDERAL COURT OF APPEAL**

**NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD**

**DOCKETS:**

A-437-14 (LEAD FILE), A-56-14,  
A-59-14, A-63-14, A-64-14,  
A-67-14, A-439-14, A-440-14,  
A-442-14, A-443-14, A-445-14,  
A-446-14, A-447-14, A-448-14,  
A-514-14, A-517-14,  
A-520-14, A-522-14

**APPLICATIONS FOR JUDICIAL REVIEW OF A REPORT DATED DECEMBER 19, 2013 OF A JOINT REVIEW PANEL; APPLICATIONS FOR JUDICIAL REVIEW OF ORDER IN COUNCIL P.C. 2014-809 DATED JUNE 17, 2014; APPEALS OF CERTIFICATE OC-060 AND CERTIFICATE OC-061 BOTH DATED JUNE 18, 2014 OF THE NATIONAL ENERGY BOARD**

**STYLE OF CAUSE:**

GITXAALA NATION *ET AL.* v.  
HER MAJESTY THE QUEEN *ET AL.*

**PLACE OF HEARING:**

VANCOUVER, BRITISH  
COLUMBIA

**DATE OF HEARING:**

OCTOBER 1-2 AND 5-8, 2015

**REASONS FOR JUDGMENT BY:**

DAWSON AND STRATAS J.A.

**DISSENTING REASONS BY:**

RYER J.A.

**DATED:**

JUNE 23, 2016

**APPEARANCES:**

Robert J.M. Janes  
Elin R.S. Sigurdson  
Virginia V. Mathers  
Christopher J. Evans

FOR THE APPLICANT/  
APPELLANT, GITXAALA  
NATION

Michael Lee Ross  
Grace A. Jackson  
Benjamin Ralston

FOR THE APPLICANT/  
APPELLANT, GITGA'AT FIRST  
NATION

Jennifer Griffith  
Allan Donovan  
Mary Anne Vallianatos

FOR THE APPLICANT/  
APPELLANT, HAISLA NATION

Terri-Lynn Williams-Davidson  
Michael Jackson  
David Paterson  
Elizabeth Bulbrook (Articled Student)

FOR THE APPLICANTS/  
APPELLANTS, THE COUNCIL  
OF THE HAIDA NATION AND  
PETER LANTIN, suing on his own  
behalf and on behalf of all citizens  
of the HAIDA NATION

Lisa Fong  
Julia Hincks

FOR THE APPLICANTS/  
APPELLANTS, KITASOO  
XAI'XAIS BAND COUNCIL  
AND HEILTSUK TRIBAL  
COUNCIL

Cheryl Sharvit  
Gavin Smith

FOR THE APPLICANTS/  
APPELLANTS, MARTIN LOUIE,  
on his own behalf, and on behalf of  
NADLEH WHUT'EN and on  
behalf of the NADLEH WHUT'EN  
BAND, FRED SAM, on his own  
behalf, and on behalf of all  
NAK'AZDLI WHUT'EN, and on  
behalf of the NAK'AZDLI BAND

Steven Shrybman

FOR THE APPLICANT/  
APPELLANT, UNIFOR

Barry Robinson  
Karen Campbell

FOR THE APPLICANTS/  
APPELLANTS, FORESTETHICS  
ADVOCACY ASSOCIATION,  
LIVING OCEANS SOCIETY and  
RAINCOAST CONSERVATION  
FOUNDATION

Chris D. Tollefson  
Anthony Ho

FOR THE APPLICANT/  
APPELLANT, FEDERATION OF  
BC NATURALISTS, carrying on  
business as BC NATURE

Jan Brongers  
Ken Manning  
Dayna Anderson  
Liliane Bantourakis  
Sarah Bird

FOR THE RESPONDENTS, HER  
MAJESTY THE QUEEN,  
ATTORNEY GENERAL OF  
CANADA AND THE MINISTER  
OF THE ENVIRONMENT



E. David D. Tevender, Q.C.  
Bernard J. Roth  
Laura K. Estep

FOR THE RESPONDENTS,  
NORTHERN GATEWAY  
PIPELINES INC. AND  
NORTHERN GATEWAY  
PIPELINES LIMITED  
PARTNERSHIP

Andrew R. Hudson

FOR THE RESPONDENT,  
NATIONAL ENERGY BOARD

Angela Cousins

FOR THE INTERVENER,  
ATTORNEY GENERAL OF  
BRITISH COLUMBIA

Colleen Bauman  
Justin Safayeni

FOR THE INTERVENER,  
AMNESTY INTERNATIONAL

Lewis L. Manning  
Keith B. Bergner  
Toby Kruger

FOR THE INTERVENER,  
CANADIAN ASSOCIATION OF  
PETROLEUM PRODUCERS

**SOLICITORS OF RECORD:**

Janes Freedman Kyle Law Corporation  
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANT/  
APPELLANT, GITXAALA  
NATION

Michael Lee Ross  
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANT/  
APPELLANT, GITGA'AT FIRST  
NATION

Peter Grant & Associates  
Vancouver, British Columbia

Donovan & Company

FOR THE APPLICANT/  
APPELLANT, HAISLA NATION

White Raven Law Corporation  
Surrey, British Columbia

FOR THE APPLICANTS/  
APPELLANTS, THE COUNCIL  
OF THE HAIDA NATION AND  
PETER LANTIN, suing on his own  
behalf and on behalf of all citizens  
of the HAIDA NATION

Ng Ariss Fong  
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANTS/  
APPELLANTS, KITASOO  
XAI'XAIS BAND COUNCIL  
AND HEILTSUK TRIBAL  
COUNCIL

Mandell Pinder LLP  
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANTS/  
APPELLANTS, MARTIN LOUIE,  
on his own behalf, and on behalf of  
NADLEH WHUT'EN and on  
behalf of the NADLEH WHUT'EN  
BAND, FRED SAM, on his own  
behalf, and on behalf of all  
NAK'AZDLI WHUT'EN, and on  
behalf of the NAK'AZDLI BAND

Goldblatt Partners LLP  
Toronto, Ontario

FOR THE APPLICANT/  
APPELLANT, UNIFOR

Ecojustice  
Calgary, Alberta

FOR THE APPLICANTS/  
APPELLANTS, FORESTETHICS  
ADVOCACY ASSOCIATION,  
LIVING OCEANS SOCIETY AND  
RAINCOAST CONSERVATION  
FOUNDATION

Environmental Law Centre  
University of Victoria  
Victoria, British Columbia

FOR THE APPLICANT/  
APPELLANT, FEDERATION OF  
BC NATURALISTS, carrying on  
business as BC NATURE

William F. Pentney  
Deputy Attorney General of Canada

FOR THE RESPONDENTS, HER  
MAJESTY THE QUEEN,  
ATTORNEY GENERAL OF  
CANADA AND THE MINISTER  
OF THE ENVIRONMENT

Dentons Canada LLP  
Calgary, Alberta

FOR THE RESPONDENTS,  
NORTHERN GATEWAY  
PIPELINES INC. AND  
NORTHERN GATEWAY  
PIPELINES LIMITED  
PARTNERSHIP

National Energy Board  
Calgary, Alberta

FOR THE RESPONDENT,  
NATIONAL ENERGY BOARD

Ministry of Justice  
Victoria, British Columbia

FOR THE INTERVENER,  
ATTORNEY GENERAL OF  
BRITISH COLUMBIA

Sack Goldblatt Mitchell LLP  
Ottawa, Ontario

FOR THE INTERVENER,  
AMNESTY INTERNATIONAL

Stockwoods LLP  
Toronto, Ontario

Lawson Lundell LLP  
Vancouver, British Columbia

FOR THE INTERVENER,  
CANADIAN ASSOCIATION OF  
PETROLEUM PRODUCERS

**Minister of Forests and Attorney  
General of British Columbia  
on behalf of Her Majesty The Queen  
in Right of the Province  
of British Columbia** *Appellants*

v.

**Council of the Haida Nation and  
Guujaaw, on their own behalf  
and on behalf of all members of the  
Haida Nation** *Respondents*

and between

**Weyerhaeuser Company Limited** *Appellant*

v.

**Council of the Haida Nation and  
Guujaaw, on their own behalf  
and on behalf of all members of the  
Haida Nation** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of Nova Scotia,  
Attorney General for Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta,  
Squamish Indian Band and  
Lax-kw'alaams Indian Band,  
Haisla Nation, First Nations Summit,  
Dene Tha' First Nation,  
Tenimgyet, aka Art Matthews,  
Gitxsan Hereditary Chief, Business  
Council of British Columbia,  
Aggregate Producers Association  
of British Columbia, British Columbia  
and Yukon Chamber of Mines,  
British Columbia Chamber of Commerce,  
Council of Forest Industries, Mining  
Association of British Columbia,**

**Ministre des Forêts et procureur  
général de la Colombie-Britannique  
au nom de Sa Majesté la Reine du  
chef de la province de la  
Colombie-Britannique** *Appellants*

c.

**Conseil de la Nation haïda et  
Guujaaw, en leur propre nom et  
au nom des membres de la  
Nation haïda** *Intimés*

et entre

**Weyerhaeuser Company Limited** *Appelante*

c.

**Conseil de la Nation haïda et  
Guujaaw, en leur propre nom et  
au nom des membres de la  
Nation haïda** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
procureur général du Québec,  
procureur général de la  
Nouvelle-Écosse, procureur général  
de la Saskatchewan, procureur  
général de l'Alberta, Bande indienne  
de Squamish et Bande indienne  
des Lax-kw'alaams, Nation haisla,  
Sommet des Premières nations,  
Première nation Dene Tha', Tenimgyet,  
aussi connu sous le nom  
d'Art Matthews, chef héréditaire  
Gitxsan, Business Council of  
British Columbia, Aggregate Producers  
Association of British Columbia,  
British Columbia and Yukon Chamber of  
Mines, British Columbia  
Chamber of Commerce, Council of**

**British Columbia Cattlemen's Association  
and Village of Port Clements** *Interveners*

**INDEXED AS: HAIDA NATION v. BRITISH COLUMBIA  
(MINISTER OF FORESTS)**

**Neutral citation: 2004 SCC 73.**

File No.: 29419.

2004: March 24; 2004: November 18.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Crown — Honour of Crown — Duty to consult and  
accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown  
has duty to consult and accommodate Aboriginal peo-  
ples prior to making decisions that might adversely  
affect their as yet unproven Aboriginal rights and title  
claims — Whether duty extends to third party.*

For more than 100 years, the Haida people have claimed title to all the lands of Haida Gwaii and the waters surrounding it, but that title has not yet been legally recognized. The Province of British Columbia issued a "Tree Farm License" (T.F.L. 39) to a large forestry firm in 1961, permitting it to harvest trees in an area of Haida Gwaii designated as Block 6. In 1981, 1995 and 2000, the Minister replaced T.F.L. 39, and in 1999, the Minister approved a transfer of T.F.L. 39 to Weyerhaeuser Co. The Haida challenged in court these replacements and the transfer, which were made without their consent and, since at least 1994, over their objections. They asked that the replacements and transfer be set aside. The chambers judge dismissed the petition, but found that the government had a moral, not a legal, duty to negotiate with the Haida. The Court of Appeal reversed the decision, declaring that both the government and Weyerhaeuser Co. have a duty to consult with and accommodate the Haida with respect to harvesting timber from Block 6.

*Held:* The Crown's appeal should be dismissed. Weyerhaeuser Co.'s appeal should be allowed.

While it is open to the Haida to seek an interlocutory injunction, they are not confined to that remedy, which

**Forest Industries, Mining Association  
of British Columbia, British Columbia  
Cattlemen's Association et Village de Port  
Clements** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : NATION HAÏDA c. COLOMBIE-  
BRITANNIQUE (MINISTRE DES FORÊTS)**

**Référence neutre : 2004 CSC 73.**

N° du greffe : 29419.

2004 : 24 mars; 2004 : 18 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation  
de consulter les peuples autochtones et de trouver des  
accommodements à leurs préoccupations — La Cou-  
ronne a-t-elle envers les peuples autochtones une  
obligation de consultation et d'accommodement avant  
de prendre une décision susceptible d'avoir un effet  
préjudiciable sur des revendications de droits et titres  
ancestraux non encore prouvées? — L'obligation vise-t-  
elle aussi les tiers?*

Depuis plus de 100 ans, les Haïda revendiquent un titre sur les terres des îles Haïda Gwaii et les eaux les entourant; ce titre n'a pas encore été juridiquement reconnu. En 1961, la province de la Colombie-Britannique a délivré à une grosse compagnie forestière une « concession de ferme forestière » (CFF 39) l'autorisant à récolter des arbres dans la région des îles Haïda Gwaii connue sous le nom de Bloc 6. En 1981, en 1995 et en l'an 2000, le ministre a remplacé la CFF 39 et en 1999 il a autorisé la cession de la CFF 39 à Weyerhaeuser Co. Les Haïda ont contesté devant les tribunaux ces remplacements et cette cession, qui ont été effectués sans leur consentement et, depuis 1994 au moins, en dépit de leurs objections. Ils demandent leur annulation. Le juge en son cabinet a rejeté la demande, mais a conclu que le gouvernement a l'obligation morale, mais non légale, de négocier avec les Haïda. La Cour d'appel a infirmé cette décision, déclarant que le gouvernement et Weyerhaeuser Co. ont tous deux l'obligation de consulter les Haïda et de trouver des accommodements à leurs préoccupations.

*Arrêt :* Le pourvoi de la Couronne est rejeté. Le pourvoi de Weyerhaeuser Co. est accueilli.

Il est loisible aux Haïda de demander une injonction interlocutoire, mais ce n'est pas leur seul recours. Par

may fail to adequately take account of their interests prior to final determination thereof. If they can prove a special obligation giving rise to a duty to consult or accommodate, they are free to pursue other available remedies.

The government's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the principle of the honour of the Crown, which must be understood generously. While the asserted but unproven Aboriginal rights and title are insufficiently specific for the honour of the Crown to mandate that the Crown act as a fiduciary, the Crown, acting honourably, cannot cavalierly run roughshod over Aboriginal interests where claims affecting these interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation and proof. The duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution. The foundation of the duty in the Crown's honour and the goal of reconciliation suggest that the duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it. Consultation and accommodation before final claims resolution preserve the Aboriginal interest and are an essential corollary to the honourable process of reconciliation that s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, demands.

The scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed. The Crown is not under a duty to reach an agreement; rather, the commitment is to a meaningful process of consultation in good faith. The content of the duty varies with the circumstances and each case must be approached individually and flexibly. The controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal people with respect to the interests at stake. The effect of good faith consultation may be to reveal a duty to accommodate. Where accommodation is required in making decisions that may adversely affect as yet unproven Aboriginal rights and title claims, the Crown must balance Aboriginal concerns reasonably

ailleurs, il est possible que l'injonction interlocutoire ne tienne pas suffisamment compte de leurs intérêts avant qu'une décision définitive soit rendue au sujet de ceux-ci. S'ils sont en mesure d'établir l'existence d'une obligation particulière donnant naissance à l'obligation de consulter ou d'accommoder, ils sont libres de demander l'application de ces mesures.

L'obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs intérêts découle du principe de l'honneur de la Couronne, auquel il faut donner une interprétation généreuse. Bien que les droits et titre ancestraux revendiqués, mais non encore définis ou prouvés, ne soient pas suffisamment précis pour que l'honneur de la Couronne oblige celle-ci à agir comme fiduciaire, cette dernière, si elle entend agir honorablement, ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité. L'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà de la reconnaissance formelle des revendications. L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci. La prise de mesures de consultation et d'accommodement avant le règlement définitif d'une revendication permet de protéger les intérêts autochtones et constitue même un aspect essentiel du processus honorable de conciliation imposé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'étendue de l'obligation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre. La Couronne n'a pas l'obligation de parvenir à une entente mais plutôt de mener de bonne foi de véritables consultations. Le contenu de l'obligation varie selon les circonstances et il faut procéder au cas par cas. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. Des consultations menées de bonne foi peuvent faire naître l'obligation d'accommodement. Lorsque des mesures d'accommodement sont nécessaires lors de la prise d'une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titre ancestraux non encore prouvées, la Couronne doit établir un équilibre

with the potential impact of the decision on the asserted right or title and with other societal interests.

Third parties cannot be held liable for failing to discharge the Crown's duty to consult and accommodate. The honour of the Crown cannot be delegated, and the legal responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown. This does not mean, however, that third parties can never be liable to Aboriginal peoples.

Finally, the duty to consult and accommodate applies to the provincial government. At the time of the Union, the Provinces took their interest in land subject to any interest other than that of the Province in the same. Since the duty to consult and accommodate here at issue is grounded in the assertion of Crown sovereignty which pre-dated the Union, the Province took the lands subject to this duty.

The Crown's obligation to consult the Haida on the replacement of T.F.L. 39 was engaged in this case. The Haida's claims to title and Aboriginal right to harvest red cedar were supported by a good *prima facie* case, and the Province knew that the potential Aboriginal rights and title applied to Block 6, and could be affected by the decision to replace T.F.L. 39. T.F.L. decisions reflect strategic planning for utilization of the resource and may have potentially serious impacts on Aboriginal rights and titles. If consultation is to be meaningful, it must take place at the stage of granting or renewing T.F.L.'s. Furthermore, the strength of the case for both the Haida's title and their right to harvest red cedar, coupled with the serious impact of incremental strategic decisions on those interests, suggest that the honour of the Crown may also require significant accommodation to preserve the Haida's interest pending resolution of their claims.

### Cases Cited

**Applied:** *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; **referred to:** *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Gladstone*, [1996]

raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d'une part, et l'incidence potentielle de la décision sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d'autre part.

Les tiers ne peuvent être jugés responsables de ne pas avoir rempli l'obligation de consultation et d'accommodement qui incombe à la Couronne. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne ne peut être délégué, et la responsabilité juridique en ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement incombe à la Couronne. Toutefois, cela ne signifie pas que des tiers ne peuvent jamais être tenus responsables envers des peuples autochtones.

Enfin, l'obligation de consultation et d'accommodement s'applique au gouvernement provincial. Les intérêts acquis par la province sur les terres lors de l'Union sont subordonnés à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province. Comme l'obligation de consulter et d'accommoder qui est en litige dans la présente affaire est fondée sur l'affirmation par la province, avant l'Union, de sa souveraineté sur le territoire visé, la province a acquis les terres sous réserve de cette obligation.

En l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter les Haïda au sujet du remplacement de la CFF 39. Les revendications par les Haïda du titre et du droit ancestral de récolter du cèdre rouge étaient étayées par une preuve à première vue valable, et la province savait que les droits et titre ancestraux potentiels visaient le Bloc 6 et qu'ils pouvaient être touchés par la décision de remplacer la CFF 39. Les décisions rendues à l'égard des CFF reflètent la planification stratégique touchant l'utilisation de la ressource en cause et risquent d'avoir des conséquences graves sur les droits ou titres ancestraux. Pour que les consultations soient utiles, elles doivent avoir lieu à l'étape de l'octroi ou du renouvellement de la CFF. De plus, la solidité de la preuve étayant l'existence d'un titre haïda et d'un droit haïda autorisant la récolte du cèdre rouge, conjuguée aux répercussions sérieuses sur ces intérêts des décisions stratégiques successives, indique que l'honneur de la Couronne pourrait bien commander des mesures d'accommodement substantielles pour protéger les intérêts des Haïda en attendant que leurs revendications soient réglées.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; **arrêts mentionnés :** *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1

2 S.C.R. 723; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45, aff'd [1999] 4 C.N.L.R. 1; *Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

#### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867*, s. 109.  
*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157.  
*Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, c. 17.

#### Authors Cited

*Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "accommodate", "accommodation".  
 Hunter, John J. L. "Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw*: The Role of the Injunction". Continuing Legal Education Conference on Litigating Aboriginal Title, June 2000.  
 Isaac, Thomas, and Anthony Knox. "The Crown's Duty to Consult Aboriginal People" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.  
 Lawrence, Sonia, and Patrick Macklem. "From Consultation to Reconciliation: Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 252.  
 New Zealand. Ministry of Justice. *A Guide for Consultation with Māori*. Wellington: The Ministry, 1997.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [2002] 6 W.W.R. 243, 164 B.C.A.C. 217, 268 W.A.C. 217, 99 B.C.L.R. (3d) 209, 44 C.E.L.R. (N.S.) 1, [2002] 2 C.N.L.R. 121, [2002] B.C.J. No. 378 (QL), 2002 BCCA 147,

R.C.S. 1013; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45, conf. par [1999] 4 C.N.L.R. 1; *Heiltsuk Tribal Council c. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

#### Lois et règlements cités

*Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157.  
*Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, ch. 17.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 109.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.

#### Doctrine citée

Hunter, John J. L. « Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw*: The Role of the Injunction ». Continuing Legal Education Conference on Litigating Aboriginal Title, June 2000.  
 Imbs, Paul, dir. *Trésor de la langue française, dictionnaire de la langue du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle (1789-1960)*, t. 1. Paris : Centre national de la recherche scientifique, 1971, « accommodement », « accommoder ».  
 Isaac, Thomas, and Anthony Knox. « The Crown's Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.  
 Lawrence, Sonia, and Patrick Macklem. « From Consultation to Reconciliation : Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult » (2000), 79 *R. du B. can.* 252.  
 Nouvelle-Zélande. Ministry of Justice. *A Guide for Consultation with Māori*. Wellington : The Ministry, 1997.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [2002] 6 W.W.R. 243, 164 B.C.A.C. 217, 268 W.A.C. 217, 99 B.C.L.R. (3d) 209, 44 C.E.L.R. (N.S.) 1, [2002] 2 C.N.L.R. 121, [2002] B.C.J. No. 378 (QL), 2002 BCCA 147, avec motifs



with supplementary reasons (2002), 216 D.L.R. (4th) 1, [2002] 10 W.W.R. 587, 172 B.C.A.C. 75, 282 W.A.C. 75, 5 B.C.L.R. (4th) 33, [2002] 4 C.N.L.R. 117, [2002] B.C.J. No. 1882 (QL), 2002 BCCA 462, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court (2000), 36 C.E.L.R. (N.S.) 155, [2001] 2 C.N.L.R. 83, [2000] B.C.J. No. 2427 (QL), 2000 BCSC 1280. Appeal by the Crown dismissed. Appeal by Weyerhaeuser Co. allowed.

*Paul J. Pearlman, Q.C., and Kathryn L. Kickbush*, for the appellants the Minister of Forests and the Attorney General of British Columbia on behalf of Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

*John J. L. Hunter, Q.C., and K. Michael Stephens*, for the appellant Weyerhaeuser Company Limited.

*Louise Mandell, Q.C., Michael Jackson, Q.C., Terri-Lynn Williams-Davidson, Gidfahl Gudslilaay and Cheryl Y. Sharvit*, for the respondents.

*Mitchell R. Taylor and Brian McLaughlin*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*E. Ria Tzimas and Mark Crow*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Pierre-Christian Labeau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Alexander MacBain Cameron*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*Graeme G. Mitchell, Q.C., and P. Mitch McAdam*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Stanley H. Rutwind and Kurt Sandstrom*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Gregory J. McDade, Q.C., and John R. Rich*, for the interveners the Squamish Indian Band and the Lax-kw'alaams Indian Band.

*Allan Donovan*, for the intervener the Haisla Nation.

supplémentaires (2002), 216 D.L.R. (4th) 1, [2002] 10 W.W.R. 587, 172 B.C.A.C. 75, 282 W.A.C. 75, 5 B.C.L.R. (4th) 33, [2002] 4 C.N.L.R. 117, [2002] B.C.J. No. 1882 (QL), 2002 BCCA 462, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (2000), 36 C.E.L.R. (N.S.) 155, [2001] 2 C.N.L.R. 83, [2000] B.C.J. No. 2427 (QL), 2000 BCSC 1280. Pourvoi de la Couronne rejeté. Pourvoi de Weyerhaeuser Co. accueilli.

*Paul J. Pearlman, c.r., et Kathryn L. Kickbush*, pour les appelants le ministre des Forêts et le procureur général de la Colombie-Britannique au nom de Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

*John J. L. Hunter, c.r., et K. Michael Stephens*, pour l'appelante Weyerhaeuser Company Limited.

*Louise Mandell, c.r., Michael Jackson, c.r., Terri-Lynn Williams-Davidson, Gidfahl Gudslilaay et Cheryl Y. Sharvit*, pour les intimés.

*Mitchell R. Taylor et Brian McLaughlin*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*E. Ria Tzimas et Mark Crow*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Pierre-Christian Labeau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Alexander MacBain Cameron*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Graeme G. Mitchell, c.r., et P. Mitch McAdam*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Stanley H. Rutwind et Kurt Sandstrom*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Gregory J. McDade, c.r., et John R. Rich*, pour les intervenantes la Bande indienne de Squamish et la Bande indienne des Lax-kw'alaams.

*Allan Donovan*, pour l'intervenante la Nation haisla.

*Hugh M. G. Braker, Q.C., Anja Brown, Arthur C. Pape and Jean Teillet*, for the intervener the First Nations Summit.

*Robert C. Freedman*, for the intervener the Dene Tha' First Nation.

*Robert J. M. Janes and Dominique Nouvet*, for the intervener Tenimgyet, aka Art Matthews, Gitxsan Hereditary Chief.

*Charles F. Willms and Kevin O'Callaghan*, for the interveners the Business Council of British Columbia, the Aggregate Producers Association of British Columbia, the British Columbia and Yukon Chamber of Mines, the British Columbia Chamber of Commerce, the Council of Forest Industries and the Mining Association of British Columbia.

*Thomas F. Isaac*, for the intervener the British Columbia Cattlemen's Association.

*Stuart A. Rush, Q.C.*, for the intervener the Village of Port Clements.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

To the west of the mainland of British Columbia lie the Queen Charlotte Islands, the traditional homeland of the Haida people. Haida Gwaii, as the inhabitants call it, consists of two large islands and a number of smaller islands. For more than 100 years, the Haida people have claimed title to all the lands of the Haida Gwaii and the waters surrounding it. That title is still in the claims process and has not yet been legally recognized.

The islands of Haida Gwaii are heavily forested. Spruce, hemlock and cedar abound. The most important of these is the cedar which, since time immemorial, has played a central role in the economy and culture of the Haida people. It is from cedar that they made their ocean-going canoes, their clothing, their utensils and the totem poles that guarded their

*Hugh M. G. Braker, c.r., Anja Brown, Arthur C. Pape et Jean Teillet*, pour l'intervenant le Sommet des Premières nations.

*Robert C. Freedman*, pour l'intervenante la Première nation Dene Tha'.

*Robert J. M. Janes et Dominique Nouvet*, pour l'intervenant Tenimgyet, aussi connu sous le nom d'Art Matthews, chef héréditaire Gitxsan.

*Charles F. Willms et Kevin O'Callaghan*, pour les intervenants Business Council of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, Council of Forest Industries et Mining Association of British Columbia.

*Thomas F. Isaac*, pour l'intervenante British Columbia Cattlemen's Association.

*Stuart A. Rush, c.r.*, pour l'intervenant le village de Port Clements.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

À l'ouest de la partie continentale de la Colombie-Britannique s'étendent les îles de la Reine-Charlotte, patrie traditionnelle des Haïda. Les îles Haïda Gwaii, comme leurs habitants les appellent, se composent de deux grandes îles et de plusieurs petites îles. Depuis plus de 100 ans, les Haïda revendiquent un titre sur les terres des îles Haïda Gwaii et les eaux les entourant. Ce titre en est toujours à l'étape de la revendication et n'a pas encore été juridiquement reconnu.

Les îles Haïda Gwaii sont densément boisées. L'épinette, la pruche et le cèdre y foisonnent. Le plus important de ces arbres est le cèdre, qui, depuis des temps immémoriaux, joue un rôle central dans l'économie et la culture des Haïda. C'est à partir du cèdre qu'ils fabriquaient leurs canots maritimes, leurs vêtements, leurs ustensiles et les totems qui

lodges. The cedar forest remains central to their life and their conception of themselves.

3 The forests of Haida Gwaii have been logged since before the First World War. Portions of the island have been logged off. Other portions bear second-growth forest. In some areas, old-growth forests can still be found.

4 The Province of British Columbia continues to issue licences to cut trees on Haida Gwaii to forestry companies. The modern name for these licenses are Tree Farm Licences, or T.F.L.'s. Such a licence is at the heart of this litigation. A large forestry firm, MacMillan Bloedel Limited acquired T.F.L. 39 in 1961, permitting it to harvest trees in an area designated as Block 6. In 1981, 1995 and 2000, the Minister replaced T.F.L. 39 pursuant to procedures set out in the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157. In 1999, the Minister approved a transfer of T.F.L. 39 to Weyerhaeuser Company Limited ("Weyerhaeuser"). The Haida people challenged these replacements and the transfer, which were made without their consent and, since at least 1994, over their objections. Nevertheless, T.F.L. 39 continued.

5 In January of 2000, the Haida people launched a lawsuit objecting to the three replacement decisions and the transfer of T.F.L. 39 to Weyerhaeuser and asking that they be set aside. They argued legal encumbrance, equitable encumbrance and breach of fiduciary duty, all grounded in their assertion of Aboriginal title.

6 This brings us to the issue before this Court. The government holds legal title to the land. Exercising that legal title, it has granted Weyerhaeuser the right to harvest the forests in Block 6 of the land. But the Haida people also claim title to the land — title which they are in the process of trying to prove — and object to the harvesting of the forests on Block 6 as proposed in T.F.L. 39. In this situation, what duty if any does the government owe the

protégeaient leurs habitations. La forêt de cèdres demeure essentielle à leur vie et à la conception qu'ils se font d'eux-mêmes.

Les forêts des îles Haïda Gwaii étaient déjà exploitées avant la Première Guerre mondiale. Certaines parties du territoire ont été coupées à blanc. D'autres sont occupées par une forêt secondaire. Dans certaines régions, on peut encore trouver de vieilles forêts.

La province de la Colombie-Britannique continue de délivrer à des compagnies forestières des permis de coupe autorisant l'abattage d'arbres sur les îles Haïda Gwaii. Ce sont ces permis, maintenant appelés [TRADUCTION] « concessions de ferme forestière » (« CFF »), qui sont au cœur du présent litige. En 1961, MacMillan Bloedel Limited, une grosse compagnie forestière, a obtenu la CFF 39, qui lui permettait de récolter des arbres dans la région connue sous le nom de « Bloc 6 ». En 1981, en 1995 et en l'an 2000, le ministre a remplacé la CFF 39 conformément à la procédure prévue par la *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157. En 1999, il a autorisé la cession de la CFF 39 à Weyerhaeuser Company Limited (« Weyerhaeuser »). Les Haïda ont contesté ces remplacements et cette cession, qui ont été effectués sans leur consentement et, depuis 1994 au moins, en dépit de leurs objections. La CFF 39 est cependant restée en vigueur.

En janvier 2000, les Haïda ont engagé une procédure par laquelle ils s'opposent aux trois remplacements et à la cession de la CFF 39 à Weyerhaeuser, et demandent leur annulation. Invoquant l'existence d'un titre ancestral, ils ont plaidé grèvement en common law, grèvement en equity et manquement à l'obligation de fiduciaire.

Cela nous amène à la question dont la Cour est saisie. Le gouvernement détient le titre en common law sur les terres en question. Dans l'exercice des pouvoirs que lui confère ce titre, il a accordé à Weyerhaeuser le droit d'exploiter les forêts du Bloc 6. Mais les Haïda prétendent également détenir un titre sur ces terres — titre dont ils tentent actuellement d'établir l'existence — et s'opposent à l'exploitation des forêts du Bloc 6 prévue par la

Haida people? More concretely, is the government required to consult with them about decisions to harvest the forests and to accommodate their concerns about what if any forest in Block 6 should be harvested before they have proven their title to land and their Aboriginal rights?

The stakes are huge. The Haida argue that absent consultation and accommodation, they will win their title but find themselves deprived of forests that are vital to their economy and their culture. Forests take generations to mature, they point out, and old-growth forests can never be replaced. The Haida's claim to title to Haida Gwaii is strong, as found by the chambers judge. But it is also complex and will take many years to prove. In the meantime, the Haida argue, their heritage will be irretrievably despoiled.

The government, in turn, argues that it has the right and responsibility to manage the forest resource for the good of all British Columbians, and that until the Haida people formally prove their claim, they have no legal right to be consulted or have their needs and interests accommodated.

The chambers judge found that the government has a moral, but not a legal, duty to negotiate with the Haida people: [2001] 2 C.N.L.R. 83, 2000 BCSC 1280. The British Columbia Court of Appeal reversed this decision, holding that both the government and Weyerhaeuser have a duty to consult with and accommodate the Haida people with respect to harvesting timber from Block 6: (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147, with supplementary reasons (2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, 2002 BCCA 462.

CFF 39. Dans ces circonstances, le gouvernement est-il tenu à une obligation envers les Haïda et, si oui, laquelle? De façon plus concrète, a-t-il l'obligation de consulter les Haïda avant de prendre des décisions concernant l'exploitation des forêts et de trouver des accommodements à leurs préoccupations quant à la question de savoir si les forêts du Bloc 6 peuvent être exploitées — et, dans l'affirmative, lesquelles — avant qu'ils aient pu établir l'existence de leur titre sur les terres et leurs droits ancestraux?

Les enjeux sont énormes. Les Haïda font valoir que, si on ne procède pas à ces consultation et accommodement, ils obtiendront leur titre mais se retrouveront privés de forêts qui sont vitales à leur économie et à leur culture. Il faut des générations aux forêts pour parvenir à maturité, soulignent-ils, et les vieilles forêts sont irremplaçables. Comme a conclu le juge en son cabinet, leur revendication du titre sur les îles Haïda Gwaii s'appuie sur des arguments solides. Mais elle est également complexe, et il faudra de nombreuses années pour l'établir. Les Haïda affirment qu'entre-temps ils auront été irrémédiablement dépouillés de leur héritage.

Le gouvernement, pour sa part, soutient qu'il a le droit et le devoir d'aménager les ressources forestières dans l'intérêt de tous les habitants de la Colombie-Britannique et que, tant que les Haïda n'auront pas formellement établi le bien-fondé de leur revendication, ils n'ont aucun droit à des consultations ou à des accommodements à leurs besoins et intérêts.

Le juge en son cabinet a décidé que le gouvernement a l'obligation morale, mais non légale, de négocier avec les Haïda : [2001] 2 C.N.L.R. 83, 2000 BCSC 1280. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette décision, déclarant que le gouvernement et Weyerhaeuser ont tous deux l'obligation de consulter les Haïda et de trouver des accommodements à leurs préoccupations en ce qui concerne la récolte de bois sur le bloc 6 : (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147, avec motifs supplémentaires (2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, 2002 BCCA 462.

7

8

9

10

I conclude that the government has a legal duty to consult with the Haida people about the harvest of timber from Block 6, including decisions to transfer or replace Tree Farm Licences. Good faith consultation may in turn lead to an obligation to accommodate Haida concerns in the harvesting of timber, although what accommodation if any may be required cannot at this time be ascertained. Consultation must be meaningful. There is no duty to reach agreement. The duty to consult and, if appropriate, accommodate cannot be discharged by delegation to Weyerhaeuser. Nor does Weyerhaeuser owe any independent duty to consult with or accommodate the Haida people's concerns, although the possibility remains that it could become liable for assumed obligations. It follows that I would dismiss the Crown's appeal and allow the appeal of Weyerhaeuser.

11

This case is the first of its kind to reach this Court. Our task is the modest one of establishing a general framework for the duty to consult and accommodate, where indicated, before Aboriginal title or rights claims have been decided. As this framework is applied, courts, in the age-old tradition of the common law, will be called on to fill in the details of the duty to consult and accommodate.

## II. Analysis

### A. *Does the Law of Injunctions Govern This Situation?*

12

It is argued that the Haida's proper remedy is to apply for an interlocutory injunction against the government and Weyerhaeuser, and that therefore it is unnecessary to consider a duty to consult or accommodate. In *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, the requirements for obtaining an interlocutory injunction were reviewed. The plaintiff must establish: (1) a serious issue to be tried; (2) that irreparable harm will be

Je conclus que le gouvernement est légalement tenu de consulter les Haïda au sujet de la récolte de bois sur le bloc 6, y compris en ce qui concerne la cession ou le remplacement des CFF. Une consultation menée de bonne foi pourrait à son tour entraîner l'obligation de trouver des accommodements aux préoccupations des Haïda à propos de la récolte de bois, mais il est impossible pour le moment de préciser le genre d'accommodement qui s'impose, à supposer qu'une telle mesure soit requise. Il faut une véritable consultation. Les intéressés n'ont aucune obligation de parvenir à une entente. Le gouvernement ne peut se décharger des obligations de consultation et d'accommodement en les déléguant à Weyerhaeuser. De son côté, cette dernière n'a pas d'obligation indépendante de consulter les Haïda ou de trouver des accommodements à leurs préoccupations, bien qu'il demeure possible qu'elle soit tenue responsable à l'égard d'obligations qu'elle aurait assumées. Je suis donc d'avis de rejeter l'appel de la Couronne et d'accueillir l'appel de Weyerhaeuser.

Il s'agit de la première affaire du genre à être soumise à la Cour. Notre tâche se limite modestement à établir le cadre général d'application, dans les cas indiqués, de l'obligation de consultation et d'accommodement avant que les revendications de titre et droits ancestraux soient tranchées. Au fur et à mesure de l'application de ce cadre, les tribunaux seront appelés, conformément à la méthode traditionnelle de la common law, à préciser l'obligation de consultation et d'accommodement.

## II. Analyse

### A. *Le droit en matière d'injonction s'applique-t-il en l'espèce?*

On fait valoir que le recours approprié pour les Haïda consiste à demander une injonction interlocutoire contre le gouvernement et contre Weyerhaeuser et qu'il est en conséquence inutile d'examiner la question de l'existence de l'obligation de consulter ou d'accommoder. Dans *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, les critères à respecter pour obtenir une injonction interlocutoire ont été examinés. Le demandeur

suffered if the injunction is not granted; and (3) that the balance of convenience favours the injunction.

It is open to plaintiffs like the Haida to seek an interlocutory injunction. However, it does not follow that they are confined to that remedy. If plaintiffs can prove a special obligation giving rise to a duty to consult or accommodate, they are free to pursue these remedies. Here the Haida rely on the obligation flowing from the honour of the Crown toward Aboriginal peoples.

Interlocutory injunctions may offer only partial imperfect relief. First, as mentioned, they may not capture the full obligation on the government alleged by the Haida. Second, they typically represent an all-or-nothing solution. Either the project goes ahead or it halts. By contrast, the alleged duty to consult and accommodate by its very nature entails balancing of Aboriginal and other interests and thus lies closer to the aim of reconciliation at the heart of Crown-Aboriginal relations, as set out in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 31, and *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 186. Third, the balance of convenience test tips the scales in favour of protecting jobs and government revenues, with the result that Aboriginal interests tend to “lose” outright pending a final determination of the issue, instead of being balanced appropriately against conflicting concerns: J. J. L. Hunter, “Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw*: The Role of the Injunction” (June 2000). Fourth, interlocutory injunctions are designed as a stop-gap remedy pending litigation of the underlying issue. Aboriginal claims litigation can be very complex and require years and even decades to resolve in the courts. An interlocutory injunction over such a long period of time might work unnecessary prejudice and may diminish incentives on the part of the successful party to compromise. While Aboriginal claims can be and are pursued through litigation, negotiation is a preferable way of reconciling state

doit établir les éléments suivants : (1) il existe une question sérieuse à juger; (2) le refus de l’injonction causera un préjudice irréparable; (3) la prépondérance des inconvénients favorise l’octroi de l’injonction.

Il est loisible à des demandeurs comme les Haïda de demander une injonction interlocutoire. Cependant, cela ne signifie pas qu’il s’agit là de leur seul recours. Si des demandeurs sont en mesure d’établir l’existence d’une obligation particulière donnant naissance à l’obligation de consulter ou d’accommoder, ils sont libres de demander l’application de ces mesures. Ici, les Haïda invoquent l’obligation découlant du principe que la Couronne doit agir honorablement envers les peuples autochtones.

L’injonction interlocutoire n’offre parfois qu’une réparation partielle et imparfaite. Premièrement, comme nous l’avons déjà mentionné, elle peut ne pas faire apparaître toute l’obligation du gouvernement, qui, selon les Haïda, incombe au gouvernement. Deuxièmement, elle représente généralement la solution du tout ou rien. Ou le projet se poursuit, ou il s’arrête. Par contre, l’obligation de consulter et d’accommoder invoquée en l’espèce nécessite, de par sa nature même, une mise en balance des intérêts autochtones et des intérêts non autochtones et se rapproche donc de l’objectif de conciliation qui est au cœur des rapports entre la Couronne et les Autochtones et qui a été énoncé dans les arrêts *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 31, et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 186. Troisièmement, le critère de la balance des inconvénients fait pencher la balance du côté de la protection des emplois et des recettes de l’État, de sorte que les intérêts autochtones tendent à « être écartés » totalement jusqu’à ce que la question en litige ait été tranchée de façon définitive, au lieu d’être convenablement mis en balance avec les préoccupations opposées : J. J. L. Hunter, « Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw* : The Role of the Injunction » (juin 2000). Quatrièmement, l’injonction interlocutoire est considérée comme une mesure corrective provisoire jusqu’à ce que le tribunal ait statué sur la question litigieuse fondamentale. Les affaires portant sur des revendications autochtones peuvent

13

14



and Aboriginal interests. For all these reasons, interlocutory injunctions may fail to adequately take account of Aboriginal interests prior to their final determination.

être extrêmement complexes et prendre des années, voire des décennies, avant d'être tranchées par les tribunaux. L'application d'une injonction interlocutoire pendant une si longue période pourrait causer des préjudices inutiles et pourrait inciter la partie en bénéficiant à faire moins de compromis. Même si les revendications autochtones sont et peuvent être réglées dans le cadre de litiges, il est préférable de recourir à la négociation pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. Pour toutes ces raisons, il est possible qu'une injonction interlocutoire ne tienne pas suffisamment compte des intérêts autochtones avant qu'une décision définitive soit rendue au sujet de ceux-ci.

15 I conclude that the remedy of interlocutory injunction does not preclude the Haida's claim. We must go further and see whether the special relationship with the Crown upon which the Haida rely gives rise to a duty to consult and, if appropriate, accommodate. In what follows, I discuss the source of the duty, when the duty arises, the scope and content of the duty, whether the duty extends to third parties, and whether it applies to the provincial government and not exclusively the federal government. I then apply the conclusions flowing from this discussion to the facts of this case.

B. *The Source of a Duty to Consult and Accommodate*

16 The government's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the honour of the Crown. The honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples: see for example *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456. It is not a mere incantation, but rather a core precept that finds its application in concrete practices.

17 The historical roots of the principle of the honour of the Crown suggest that it must be understood generously in order to reflect the underlying realities from which it stems. In all its dealings with Aboriginal peoples, from the assertion of sovereignty to the resolution of claims and the implementation of treaties, the Crown must act

J'estime que le recours en injonction interlocutoire ne fait pas obstacle à la revendication des Haïda. Nous devons aller plus loin et décider si les rapports particuliers avec la Couronne qu'invoquent les Haïda font naître une obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder. Je vais maintenant analyser la source de l'obligation, le moment où elle prend naissance, sa portée et son contenu, la question de savoir si elle vise aussi les tiers et si elle s'applique au gouvernement provincial, et non exclusivement au gouvernement fédéral. J'appliquerai ensuite les conclusions de cette analyse aux faits de l'espèce.

B. *La source de l'obligation de consulter et d'accommoder*

L'obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones et de prendre en compte leurs intérêts découle du principe de l'honneur de la Couronne. L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones : voir par exemple *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456. Il ne s'agit pas simplement d'une belle formule, mais d'un précepte fondamental qui peut s'appliquer dans des situations concrètes.

Les origines historiques du principe de l'honneur de la Couronne tendent à indiquer que ce dernier doit recevoir une interprétation généreuse afin de refléter les réalités sous-jacentes dont il découle. 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

honourably. Nothing less is required if we are to achieve “the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown”: *Delgamuukw*, *supra*, at para. 186, quoting *Van der Peet*, *supra*, at para. 31.

The honour of the Crown gives rise to different duties in different circumstances. Where the Crown has assumed discretionary control over specific Aboriginal interests, the honour of the Crown gives rise to a fiduciary duty: *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79, at para. 79. The content of the fiduciary duty may vary to take into account the Crown’s other, broader obligations. However, the duty’s fulfilment requires that the Crown act with reference to the Aboriginal group’s best interest in exercising discretionary control over the specific Aboriginal interest at stake. As explained in *Wewaykum*, at para. 81, the term “fiduciary duty” does not connote a universal trust relationship encompassing all aspects of the relationship between the Crown and Aboriginal peoples:

... “fiduciary duty” as a source of plenary Crown liability covering all aspects of the Crown-Indian band relationship ... overshoots the mark. The fiduciary duty imposed on the Crown does not exist at large but in relation to specific Indian interests.

Here, Aboriginal rights and title have been asserted but have not been defined or proven. The Aboriginal interest in question is insufficiently specific for the honour of the Crown to mandate that the Crown act in the Aboriginal group’s best interest, as a fiduciary, in exercising discretionary control over the subject of the right or title.

The honour of the Crown also infuses the processes of treaty making and treaty interpretation. In making and applying treaties, the Crown must act with honour and integrity, avoiding even the appearance of “sharp dealing” (*Badger*, at para. 41). Thus in *Marshall*, *supra*, at para. 4, the majority of this Court supported its interpretation of a treaty by

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 » : *Delgamuukw*, précité, par. 186, citant *Van der Peet*, précité, par. 31.

L’honneur de la Couronne fait naître différentes obligations selon les circonstances. Lorsque la Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l’égard d’intérêts autochtones particuliers, le principe de l’honneur de la Couronne donne naissance à une obligation de fiduciaire : *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, par. 79. Le contenu de l’obligation de fiduciaire peut varier en fonction des autres obligations, plus larges, de la Couronne. Cependant, pour s’acquitter de son obligation de fiduciaire, la Couronne doit agir dans le meilleur intérêt du groupe autochtone lorsqu’elle exerce des pouvoirs discrétionnaires à l’égard des intérêts autochtones en jeu. Comme il est expliqué dans *Wewaykum*, par. 81, l’expression « obligation de fiduciaire » ne dénote pas un rapport fiduciaire universel englobant tous les aspects des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones :

... [considérer l’] « obligation de fiduciaire » [...] comme si elle imposait à la Couronne une responsabilité totale à l’égard de tous les aspects des rapports entre la Couronne et les bandes indiennes[, c’est] aller trop loin. L’obligation de fiduciaire incombant à la Couronne n’a pas un caractère général, mais existe plutôt à l’égard de droits particuliers des Indiens.

En l’espèce, des droits et un titre ancestraux ont été revendiqués, mais n’ont pas été définis ou prouvés. L’intérêt autochtone en question n’est pas suffisamment précis pour que l’honneur de la Couronne oblige celle-ci à agir, comme fiduciaire, dans le meilleur intérêt du groupe autochtone lorsqu’elle exerce des pouvoirs discrétionnaires à l’égard de l’objet du droit ou du titre.

L’honneur de la Couronne imprègne également les processus de négociation et d’interprétation des traités. Lorsqu’elle conclut et applique un traité, la Couronne doit agir avec honneur et intégrité, et éviter la moindre apparence de « manœuvres malhonnêtes » (*Badger*, par. 41). Ainsi, dans *Marshall*, précité, par. 4, les juges majoritaires de la Cour ont

18

19



stating that “nothing less would uphold the honour and integrity of the Crown in its dealings with the Mi’kmaq people to secure their peace and friendship . . .”.

justifié leur interprétation du traité en déclarant que « rien de moins ne saurait protéger l’honneur et l’intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi’kmaq en vue d’établir la paix avec eux et de s’assurer leur amitié . . . ».

20 Where treaties remain to be concluded, the honour of the Crown requires negotiations leading to a just settlement of Aboriginal claims: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pp. 1105-6. Treaties serve to reconcile pre-existing Aboriginal sovereignty with assumed Crown sovereignty, and to define Aboriginal rights guaranteed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Section 35 represents a promise of rights recognition, and “[i]t is always assumed that the Crown intends to fulfil its promises” (*Badger, supra*, at para. 41). This promise is realized and sovereignty claims reconciled through the process of honourable negotiation. It is a corollary of s. 35 that the Crown act honourably in defining the rights it guarantees and in reconciling them with other rights and interests. This, in turn, implies a duty to consult and, if appropriate, accommodate.

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 : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1105-1106. 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*, précité, par. 41). 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.

21 This duty to consult is recognized and discussed in the jurisprudence. In *Sparrow, supra*, at p. 1119, this Court affirmed a duty to consult with west-coast Salish asserting an unresolved right to fish. Dickson C.J. and La Forest J. wrote that one of the factors in determining whether limits on the right were justified is “whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented”.

Cette obligation de consulter a été reconnue et analysée dans la jurisprudence. Dans *Sparrow*, précité, p. 1119, la Cour a confirmé l’existence de l’obligation de consulter les Salish de la côte ouest qui revendiquaient un droit de pêche non encore reconnu. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit que, pour déterminer si les restrictions imposées au droit sont justifiées, il faut notamment se demander « si le groupe d’autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre ».

22 The Court affirmed the duty to consult regarding resources to which Aboriginal peoples make claim a few years later in *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, where Cory J. wrote: “So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice to meet the justification requirement” (para. 110).

Quelques années plus tard, la Cour a confirmé l’existence de l’obligation de consultation à l’égard des ressources visées par une revendication autochtone dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, où le juge Cory a écrit que « [d]ans la mesure où tous les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l’obligation de justifier » (par. 110).

In the companion case of *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, Lamer C.J. referred to the need for “consultation and compensation”, and to consider “how the government has accommodated different aboriginal rights in a particular fishery . . . , how important the fishery is to the economic and material well-being of the band in question, and the criteria taken into account by the government in, for example, allocating commercial licences amongst different users” (para. 64).

The Court’s seminal decision in *Delgamuukw*, *supra*, at para. 168, in the context of a claim for title to land and resources, confirmed and expanded on the duty to consult, suggesting the content of the duty varied with the circumstances: from a minimum “duty to discuss important decisions” where the “breach is less serious or relatively minor”; through the “significantly deeper than mere consultation” that is required in “most cases”; to “full consent of [the] aboriginal nation” on very serious issues. These words apply as much to unresolved claims as to intrusions on settled claims.

Put simply, Canada’s Aboriginal peoples were here when Europeans came, and were never conquered. Many bands reconciled their claims with the sovereignty of the Crown through negotiated treaties. Others, notably in British Columbia, have yet to do so. The potential rights embedded in these claims are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The honour of the Crown requires that these rights be determined, recognized and respected. This, in turn, requires the Crown, acting honourably, to participate in processes of negotiation. While this process continues, the honour of the Crown may require it to consult and, where indicated, accommodate Aboriginal interests.

Dans l’arrêt connexe *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, le juge en chef Lamer a fait état de la nécessité « [des] consultations et [de] l’indemnisation », et de la nécessité d’examiner « la manière dont l’État a concilié les différents droits ancestraux visant une pêche donnée [. . . ], l’importance de la pêche pour le bien-être économique et matériel de la bande en question, ainsi que les critères appliqués par l’État, par exemple, dans la répartition des permis de pêche commerciale entre les divers usagers » (par. 64).

Au paragraphe 168 de l’arrêt de principe *Delgamuukw*, précité, prononcé dans le contexte d’une revendication de titre sur des terres et des ressources, la Cour a confirmé l’existence de l’obligation de consulter et a précisé cette obligation, affirmant que son contenu variait selon les circonstances : de la simple « obligation de discuter des décisions importantes » « lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur », en passant par l’obligation nécessitant « beaucoup plus qu’une simple consultation » qui s’impose « [d]ans la plupart des cas », jusqu’à la nécessité d’obtenir le « consentement [de la] nation autochtone » sur les questions très importantes. Ces remarques s’appliquent autant aux revendications non réglées qu’aux revendications déjà réglées et auxquelles il est porté atteinte.

En bref, les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l’arrivée des Européens; ils n’ont jamais été conquis. De nombreuses bandes ont concilié leurs revendications avec la souveraineté de la Couronne en négociant des traités. D’autres, notamment en Colombie-Britannique, ne l’ont pas encore fait. Les droits potentiels visés par ces revendications sont protégés par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorablement et négocier. Au cours des négociations, l’honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et, s’il y a lieu, à trouver des accommodements à leurs intérêts.

23

24

25

C. *When the Duty to Consult and Accommodate Arises*

26

Honourable negotiation implies a duty to consult with Aboriginal claimants and conclude an honourable agreement reflecting the claimants' inherent rights. But proving rights may take time, sometimes a very long time. In the meantime, how are the interests under discussion to be treated? Underlying this question is the need to reconcile prior Aboriginal occupation of the land with the reality of Crown sovereignty. Is the Crown, under the aegis of its asserted sovereignty, entitled to use the resources at issue as it chooses, pending proof and resolution of the Aboriginal claim? Or must it adjust its conduct to reflect the as yet unresolved rights claimed by the Aboriginal claimants?

27

The answer, once again, lies in the honour of the Crown. The Crown, acting honourably, cannot cavalierly run roughshod over Aboriginal interests where claims affecting these interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation and proof. It must respect these potential, but yet unproven, interests. The Crown is not rendered impotent. It may continue to manage the resource in question pending claims resolution. But, depending on the circumstances, discussed more fully below, the honour of the Crown may require it to consult with and reasonably accommodate Aboriginal interests pending resolution of the claim. To unilaterally exploit a claimed resource during the process of proving and resolving the Aboriginal claim to that resource, may be to deprive the Aboriginal claimants of some or all of the benefit of the resource. That is not honourable.

28

The government argues that it is under no duty to consult and accommodate prior to final determination of the scope and content of the right. Prior to proof of the right, it is argued, there exists only

C. *Le moment où l'obligation de consulter et d'accommoder prend naissance*

L'obligation de négocier honorablement emporte celle de consulter les demandeurs autochtones et de parvenir à une entente honorable, qui tienne compte de leurs droits inhérents. Mais prouver l'existence de droits peut prendre du temps, parfois même beaucoup de temps. Comment faut-il traiter les intérêts en jeu dans l'intervalle? Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de la nécessité de concilier l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones et la réalité de la souveraineté de la Couronne. Celle-ci peut-elle, en vertu de la souveraineté qu'elle a proclamée, exploiter les ressources en question comme bon lui semble en attendant que la revendication autochtone soit établie et réglée? Ou doit-elle plutôt adapter son comportement de manière à tenir compte des droits, non encore reconnus, visés par cette revendication?

La réponse à cette question découle, encore une fois, de l'honneur de la Couronne. Si cette dernière entend agir honorablement, elle ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité. Elle doit respecter ces intérêts potentiels mais non encore reconnus. La Couronne n'est pas paralysée pour autant. Elle peut continuer à gérer les ressources en question en attendant le règlement des revendications. Toutefois, selon les circonstances, question examinée de façon plus approfondie plus loin, le principe de l'honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et à prendre raisonnablement en compte leurs intérêts jusqu'au règlement de la revendication. Le fait d'exploiter unilatéralement une ressource faisant l'objet d'une revendication au cours du processus visant à établir et à régler cette revendication peut revenir à dépouiller les demandeurs autochtones d'une partie ou de l'ensemble des avantages liés à cette ressource. Agir ainsi n'est pas une attitude honorable.

Le gouvernement prétend qu'il n'a aucune obligation de consulter et d'accommoder tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue quant à la portée et au contenu du droit. Avant que le droit ne soit

a broad, common law “duty of fairness”, based on the general rule that an administrative decision that affects the “rights, privileges or interests of an individual” triggers application of the duty of fairness: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 20. The government asserts that, beyond general administrative law obligations, a duty to consult and accommodate arises only where the government has taken on the obligation of protecting a specific Aboriginal interest or is seeking to limit an established Aboriginal interest. In the result, the government submits that there is no legal duty to consult and accommodate Haida interests at this stage, although it concedes there may be “sound practical and policy reasons” to do so.

The government cites both authority and policy in support of its position. It relies on *Sparrow*, *supra*, at pp. 1110-13 and 1119, where the scope and content of the right were determined and infringement established, prior to consideration of whether infringement was justified. The government argues that its position also finds support in the perspective of the Ontario Court of Appeal in *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403, which held that “what triggers a consideration of the Crown’s duty to consult is a showing by the First Nation of a violation of an existing Aboriginal or treaty right recognized and affirmed by s. 35(1)” (para. 120).

As for policy, the government points to practical difficulties in the enforcement of a duty to consult or accommodate unproven claims. If the duty to consult varies with the circumstances from a “mere” duty to notify and listen at one end of the spectrum to a requirement of Aboriginal consent at the other end, how, the government asks, are the parties to agree which level is appropriate in the face of contested claims and rights? And if they cannot agree, how are courts or tribunals to determine this? The

établi, affirme-t-on, il n’existe qu’une « obligation d’équité » générale en common law, fondée sur la règle générale selon laquelle une décision administrative qui touche « les droits, privilèges ou biens d’une personne » entraîne l’application de cette obligation d’équité : *Cardinal c. Directeur de l’établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 20. Le gouvernement affirme que, en dehors des obligations générales découlant du droit administratif, l’obligation de consulter et d’accommoder n’existe que dans le cas où le gouvernement s’est engagé à protéger un intérêt autochtone particulier ou cherche à restreindre un intérêt autochtone reconnu. Le gouvernement soutient donc qu’il n’existe, à ce stade-ci, aucune obligation légale de consulter les Haïda et de prendre en compte leurs intérêts, bien qu’il admette qu’il puisse exister de [TRADUCTION] « bonnes raisons sur le plan pratique et politique » de le faire.

Le gouvernement invoque des précédents et des considérations d’intérêt général à l’appui de sa thèse. Il cite *Sparrow*, précité, p. 1110-1113 et 1119, où l’étendue et le contenu du droit avaient été déterminés et l’atteinte avait été établie, avant que soit examinée la question de savoir si l’atteinte était justifiée. Le gouvernement prétend que sa position est également étayée par le point de vue exprimé dans *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403, où la Cour d’appel de l’Ontario a jugé que [TRADUCTION] « ce qui déclenche l’examen de l’obligation de la Couronne de consulter, c’est la démonstration par la Première nation qu’il y a eu violation d’un droit existant, ancestral ou issu de traité, reconnu et confirmé par le par. 35(1) » (par. 120).

Du point de vue des considérations d’intérêt général, le gouvernement invoque les difficultés que pose sur le plan pratique l’application de l’obligation de consulter ou d’accommoder dans les cas de revendications non établies. Si, selon les circonstances, l’obligation de consulter peut aller de la « simple » obligation d’informer et d’écouter, à une extrémité de la gamme, à l’obligation d’obtenir le consentement des Autochtones, à l’autre extrémité, comment, demande le gouvernement, les parties peuvent-elles

29

30

government also suggests that it is impractical and unfair to require consultation before final claims determination because this amounts to giving a remedy before issues of infringement and justification are decided.

s'entendre sur le degré de consultation lorsque des revendications et des droits sont contestés? Et si elles n'arrivent pas à s'entendre, comment les tribunaux judiciaires ou administratifs sont-ils censés trancher la question? Le gouvernement affirme également qu'il est irréaliste et injuste d'imposer une consultation avant que les revendications soient réglées de façon définitive, car cela revient à accorder réparation avant que la question de l'atteinte et celle de la justification aient été tranchées.

31 The government's arguments do not withstand scrutiny. Neither the authorities nor practical considerations support the view that a duty to consult and, if appropriate, accommodate arises only upon final determination of the scope and content of the right.

Les arguments du gouvernement ne résistent pas à un examen minutieux. Ni les précédents ni les considérations d'ordre pratique n'appuient la thèse selon laquelle l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder ne prend naissance que lorsqu'une décision définitive a été rendue quant à la portée et au contenu du droit.

32 The jurisprudence of this Court supports the view that the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution. Reconciliation is not a final legal remedy in the usual sense. Rather, it is a process flowing from rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. This process of reconciliation flows from the Crown's duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples, which arises in turn from the Crown's assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of land and resources that were formerly in the control of that people. As stated in *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, at para. 9, "[w]ith this assertion [sovereignty] arose an obligation to treat aboriginal peoples fairly and honourably, and to protect them from exploitation" (emphasis added).

La jurisprudence de la Cour étaye le point de vue selon lequel l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications. La conciliation ne constitue pas une réparation juridique définitive au sens usuel du terme. Il s'agit plutôt d'un processus découlant des droits garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce processus de conciliation découle de l'obligation de la Couronne de se conduire honorablement envers les peuples autochtones, obligation qui, à son tour, tire son origine de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple. Comme il est mentionné dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 9, « [c]ette affirmation de souveraineté a fait naître l'obligation de traiter les peuples autochtones de façon équitable et honorable, et de les protéger contre l'exploitation » (je souligne).

33 To limit reconciliation to the post-proof sphere risks treating reconciliation as a distant legalistic goal, devoid of the "meaningful content" mandated by the "solemn commitment" made by the Crown in recognizing and affirming Aboriginal rights and

Limiter l'application du processus de conciliation aux revendications prouvées comporte le risque que la conciliation soit considérée comme un objectif formaliste éloigné et se voie dénuée du « sens utile » qu'elle doit avoir par suite de l'engagement



title: *Sparrow*, *supra*, at p. 1108. It also risks unfortunate consequences. When the distant goal of proof is finally reached, the Aboriginal peoples may find their land and resources changed and denuded. This is not reconciliation. Nor is it honourable.

The existence of a legal duty to consult prior to proof of claims is necessary to understand the language of cases like *Sparrow*, *Nikal*, and *Gladstone*, *supra*, where confirmation of the right and justification of an alleged infringement were litigated at the same time. For example, the reference in *Sparrow* to Crown behaviour in determining if any infringements were justified, is to behaviour before determination of the right. This negates the contention that a proven right is the trigger for a legal duty to consult and if appropriate accommodate even in the context of justification.

But, when precisely does a duty to consult arise? The foundation of the duty in the Crown's honour and the goal of reconciliation suggest that the duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it: see *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45 (B.C.S.C.), at p. 71, *per* Dorgan J.

This leaves the practical argument. It is said that before claims are resolved, the Crown cannot know that the rights exist, and hence can have no duty to consult or accommodate. This difficulty should not be denied or minimized. As I stated (dissenting) in *Marshall*, *supra*, at para. 112, one cannot "meaningfully discuss accommodation or justification of a right unless one has some idea of the core of that right and its modern scope". However, it will

solennel » pris par la Couronne lorsqu'elle a reconnu et confirmé les droits et titres ancestraux : *Sparrow*, précité, p. 1108. Une telle attitude risque également d'avoir des conséquences fâcheuses. En effet, il est possible que, lorsque les Autochtones parviennent finalement à établir le bien-fondé de leur revendication, ils trouvent leurs terres changées et leurs ressources épuisées. Ce n'est pas de la conciliation, ni un comportement honorable.

L'existence d'une obligation légale de consulter le groupe intéressé avant qu'il ait apporté la preuve de sa revendication est nécessaire pour comprendre le langage employé dans des affaires comme *Sparrow*, *Nikal* et *Gladstone*, précitées, où la confirmation du droit et la justification de l'atteinte reprochée ont été débattues en même temps. Dans *Sparrow*, par exemple, la référence au comportement de la Couronne au cours de l'examen de la justification des atteintes s'entend du comportement avant l'établissement du droit, ce qui réfute l'argument que ce soit la preuve de l'existence du droit revendiqué qui déclenche l'obligation légale de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder, même dans le contexte de la justification.

Mais à quel moment, précisément, l'obligation de consulter prend-elle naissance? L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci : voir *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45 (C.S.C.-B.), p. 71, le juge Dorgan.

Il reste l'argument d'ordre pratique. On affirme que, tant qu'une revendication n'est pas réglée, la Couronne ne peut pas savoir si les droits revendiqués existent ou non et que, de ce fait, elle ne peut être tenue à une obligation de consulter ou d'accommoder. Cette difficulté ne saurait être niée ou minimisée. Comme je l'ai déclaré (dans mes motifs dissidents) dans *Marshall*, précité, par. 112, on ne peut « analyser utilement la question de la prise en

34

35

36

frequently be possible to reach an idea of the asserted rights and of their strength sufficient to trigger an obligation to consult and accommodate, short of final judicial determination or settlement. To facilitate this determination, claimants should outline their claims with clarity, focussing on the scope and nature of the Aboriginal rights they assert and on the alleged infringements. This is what happened here, where the chambers judge made a preliminary evidence-based assessment of the strength of the Haida claims to the lands and resources of Haida Gwaii, particularly Block 6.

compte d'un droit ou de la justification de ses limites sans avoir une idée de l'essence de ce droit et de sa portée actuelle ». Cependant, il est souvent possible de se faire, à l'égard des droits revendiqués et de leur solidité, une idée suffisamment précise pour que l'obligation de consulter et d'accommoder s'applique, même si ces droits n'ont pas fait l'objet d'un règlement définitif ou d'une décision judiciaire finale. Pour faciliter cette détermination, les demandeurs devraient exposer clairement leurs revendications, en insistant sur la portée et la nature des droits ancestraux qu'ils revendiquent ainsi que sur les violations qu'ils allèguent. C'est ce qui s'est produit en l'espèce, lorsque le juge en son cabinet a procédé à une évaluation préliminaire, fondée sur la preuve, de la solidité des revendications des Haïda à l'égard des terres et des ressources des îles Haïda Gwaii, en particulier du Bloc 6.

37

There is a distinction between knowledge sufficient to trigger a duty to consult and, if appropriate, accommodate, and the content or scope of the duty in a particular case. Knowledge of a credible but unproven claim suffices to trigger a duty to consult and accommodate. The content of the duty, however, varies with the circumstances, as discussed more fully below. A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties. The law is capable of differentiating between tenuous claims, claims possessing a strong *prima facie* case, and established claims. Parties can assess these matters, and if they cannot agree, tribunals and courts can assist. Difficulties associated with the absence of proof and definition of claims are addressed by assigning appropriate content to the duty, not by denying the existence of a duty.

Il y a une différence entre une connaissance suffisante pour entraîner l'application de l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder, et le contenu ou l'étendue de cette obligation dans une affaire donnée. La connaissance d'une revendication crédible mais non encore établie suffit à faire naître l'obligation de consulter et d'accommoder. Toutefois, le contenu de l'obligation varie selon les circonstances, comme nous le verrons de façon plus approfondie plus loin. Une revendication douteuse ou marginale peut ne requérir qu'une simple obligation d'informer, alors qu'une revendication plus solide peut faire naître des obligations plus contraignantes. Il est possible en droit de différencier les revendications reposant sur une preuve ténue des revendications reposant sur une preuve à première vue solide et de celles déjà établies. Les parties peuvent examiner la question et, si elles ne réussissent pas à s'entendre, les tribunaux administratifs et judiciaires peuvent leur venir en aide. Il faut régler les problèmes liés à l'absence de preuve et de définition des revendications en délimitant l'obligation de façon appropriée et non en niant son existence.

38

I conclude that consultation and accommodation before final claims resolution, while challenging, is not impossible, and indeed is an essential corollary to the honourable process of reconciliation that s. 35 demands. It preserves the Aboriginal interest

J'estime que, bien que le respect des obligations de consultation et d'accommodement avant le règlement définitif d'une revendication ne soit pas sans poser de problèmes, de telles mesures ne sont toutefois pas impossibles et constituent même un aspect

pending claims resolution and fosters a relationship between the parties that makes possible negotiations, the preferred process for achieving ultimate reconciliation: see S. Lawrence and P. Macklem, “From Consultation to Reconciliation: Aboriginal Rights and the Crown’s Duty to Consult” (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 252, at p. 262. Precisely what is required of the government may vary with the strength of the claim and the circumstances. But at a minimum, it must be consistent with the honour of the Crown.

D. *The Scope and Content of the Duty to Consult and Accommodate*

The content of the duty to consult and accommodate varies with the circumstances. Precisely what duties arise in different situations will be defined as the case law in this emerging area develops. In general terms, however, it may be asserted that the scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed.

In *Delgamuukw*, *supra*, at para. 168, the Court considered the duty to consult and accommodate in the context of established claims. Lamer C.J. wrote:

The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances. In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands.

essentiel du processus honorable de conciliation imposé par l’art. 35. Elles protègent les intérêts autochtones jusqu’au règlement des revendications et favorisent le développement entre les parties d’une relation propice à la négociation, processus à privilégier pour parvenir finalement à la conciliation : voir S. Lawrence et P. Macklem, « From Consultation to Reconciliation : Aboriginal Rights and the Crown’s Duty to Consult » (2000), 79 *R. du B. can.* 252, p. 262. Les mesures précises que doit prendre le gouvernement peuvent varier selon la solidité de la revendication et les circonstances, mais elles doivent à tout le moins être compatibles avec l’honneur de la Couronne.

D. *L’étendue et le contenu de l’obligation de consulter et d’accommoder*

Le contenu de l’obligation de consulter et d’accommoder varie selon les circonstances. La nature précise des obligations qui naissent dans différentes situations sera définie à mesure que les tribunaux se prononceront sur cette nouvelle question. En termes généraux, il est néanmoins possible d’affirmer que l’étendue de l’obligation dépend de l’évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l’existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre.

Dans *Delgamuukw*, précité, par. 168, la Cour a examiné l’obligation de consulter et d’accommoder dans le contexte de revendications dont le bien-fondé a été établi. Le juge en chef Lamer a écrit :

La nature et l’étendue de l’obligation de consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s’agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d’un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l’intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l’obligation exigera beaucoup plus qu’une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l’obtention du consentement d’une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones.

39

40



41

Transposing this passage to pre-proof claims, one may venture the following. While it is not useful to classify situations into watertight compartments, different situations requiring different responses can be identified. In all cases, the honour of the Crown requires that the Crown act with good faith to provide meaningful consultation appropriate to the circumstances. In discharging this duty, regard may be had to the procedural safeguards of natural justice mandated by administrative law.

42

At all stages, good faith on both sides is required. The common thread on the Crown's part must be "the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns" as they are raised (*Delgamuukw*, *supra*, at para. 168), through a meaningful process of consultation. Sharp dealing is not permitted. However, there is no duty to agree; rather, the commitment is to a meaningful process of consultation. As for Aboriginal claimants, they must not frustrate the Crown's reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached: see *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1999] 4 C.N.L.R. 1 (B.C.C.A.), at p. 44; *Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107 (B.C.S.C.). Mere hard bargaining, however, will not offend an Aboriginal people's right to be consulted.

43

Against this background, I turn to the kind of duties that may arise in different situations. In this respect, the concept of a spectrum may be helpful, not to suggest watertight legal compartments but rather to indicate what the honour of the Crown may require in particular circumstances. At one end of the spectrum lie cases where the claim to title is weak, the Aboriginal right limited, or the potential for infringement minor. In such cases, the only duty

La transposition de ce passage dans le contexte des revendications non encore établies permet d'avancer ce qui suit. Bien qu'il ne soit pas utile de classer les situations dans des compartiments étanches, il est possible d'identifier différentes situations appelant des solutions différentes. Dans tous les cas, le principe de l'honneur de la Couronne commande que celle-ci agisse de bonne foi et tienne une véritable consultation, qui soit appropriée eu égard aux circonstances. Lorsque vient le temps de s'acquitter de cette obligation, les garanties procédurales de justice naturelle exigées par le droit administratif peuvent servir de guide.

À toutes les étapes, les deux parties sont tenues de faire montre de bonne foi. Le fil conducteur du côté de la Couronne doit être « l'intention de tenir compte réellement des préoccupations [des Autochtones] » à mesure qu'elles sont exprimées (*Delgamuukw*, précité, par. 168), dans le cadre d'un véritable processus de consultation. Les manœuvres malhonnêtes sont interdites. Cependant, il n'y a pas obligation de parvenir à une entente mais plutôt de procéder à de véritables consultations. Quant aux demandeurs autochtones, ils ne doivent pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne devraient pas non plus défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions ou d'agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s'entendre : voir *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1999] 4 C.N.L.R. 1 (C.A.C.-B.), p. 44; *Heiltsuk Tribal Council c. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107 (C.S.C.-B.). Toutefois, le seul fait de négocier de façon serrée ne porte pas atteinte au droit des Autochtones d'être consultés.

Sur cette toile de fond, je vais maintenant examiner le type d'obligations qui peuvent découler de différentes situations. À cet égard, l'utilisation de la notion de continuum peut se révéler utile, non pas pour créer des compartiments juridiques étanches, mais plutôt pour préciser ce que le principe de l'honneur de la Couronne est susceptible d'exiger dans des circonstances particulières. À une extrémité du continuum se trouvent les cas où la revendication

on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice. “[C]onsultation’ in its least technical definition is talking together for mutual understanding”: T. Isaac and A. Knox, “The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, at p. 61.

At the other end of the spectrum lie cases where a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high. In such cases deep consultation, aimed at finding a satisfactory interim solution, may be required. While precise requirements will vary with the circumstances, the consultation required at this stage may entail the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision-making process, and provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision. This list is neither exhaustive, nor mandatory for every case. The government may wish to adopt dispute resolution procedures like mediation or administrative regimes with impartial decision-makers in complex or difficult cases.

Between these two extremes of the spectrum just described, will lie other situations. Every case must be approached individually. Each must also be approached flexibly, since the level of consultation required may change as the process goes on and new information comes to light. The controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake. Pending settlement, the Crown is bound by its honour to balance societal and Aboriginal interests in making decisions that may affect Aboriginal claims. The Crown

de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d’atteinte faible. Dans ces cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d’aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l’avis. La [TRADUCTION] « “consultation”, dans son sens le moins technique, s’entend de l’action de se parler dans le but de se comprendre les uns les autres » : T. Isaac et A. Knox, « The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, p. 61.

À l’autre extrémité du continuum on trouve les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l’atteinte potentielle sont d’une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé. Dans de tels cas, il peut s’avérer nécessaire de tenir une consultation approfondie en vue de trouver une solution provisoire acceptable. Quoique les exigences précises puissent varier selon les circonstances, la consultation requise à cette étape pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l’incidence de ces préoccupations sur la décision. Cette liste n’est pas exhaustive et ne doit pas nécessairement être suivie dans chaque cas. Dans les affaires complexes ou difficiles, le gouvernement peut décider de recourir à un mécanisme de règlement des différends comme la médiation ou un régime administratif mettant en scène des décideurs impartiaux.

Entre les deux extrémités du continuum décrit précédemment, on rencontrera d’autres situations. Il faut procéder au cas par cas. Il faut également faire preuve de souplesse, car le degré de consultation nécessaire peut varier à mesure que se déroule le processus et que de nouveaux renseignements sont mis au jour. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l’honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. Tant que la question n’est pas réglée, le principe de l’honneur de la Couronne commande que celle-ci mette en balance les

44

45

may be required to make decisions in the face of disagreement as to the adequacy of its response to Aboriginal concerns. Balance and compromise will then be necessary.

46 Meaningful consultation may oblige the Crown to make changes to its proposed action based on information obtained through consultations. The New Zealand Ministry of Justice's *Guide for Consultation with Māori* (1997) provides insight (at pp. 21 and 31):

Consultation is not just a process of exchanging information. It also entails testing and being prepared to amend policy proposals in the light of information received, and providing feedback. Consultation therefore becomes a process which should ensure both parties are better informed . . . .

. . . .

... genuine consultation means a process that involves . . . :

- gathering information to test policy proposals
- putting forward proposals that are not yet finalised
- seeking Māori opinion on those proposals
- informing Māori of all relevant information upon which those proposals are based
- not promoting but listening with an open mind to what Māori have to say
- being prepared to alter the original proposal
- providing feedback both during the consultation process and after the decision-process.

47 When the consultation process suggests amendment of Crown policy, we arrive at the stage of accommodation. Thus the effect of good faith consultation may be to reveal a duty to accommodate. Where a strong *prima facie* case exists for the claim,

intérêts de la société et ceux des peuples autochtones lorsqu'elle prend des décisions susceptibles d'entraîner des répercussions sur les revendications autochtones. Elle peut être appelée à prendre des décisions en cas de désaccord quant au caractère suffisant des mesures qu'elle adopte en réponse aux préoccupations exprimées par les Autochtones. Une attitude de pondération et de compromis s'impose alors.

À la suite de consultations véritables, la Couronne pourrait être amenée à modifier la mesure envisagée en fonction des renseignements obtenus lors des consultations. Le *Guide for Consultation with Māori* (1997) du ministère de la Justice de la Nouvelle-Zélande fournit des indications sur la question (aux p. 21 et 31):

[TRADUCTION] La consultation n'est pas seulement un simple mécanisme d'échange de renseignements. Elle comporte également des mises à l'épreuve et la modification éventuelle des énoncés de politique compte tenu des renseignements obtenus ainsi que la rétroaction. Elle devient donc un processus grâce auquel les deux parties sont mieux informées . . .

. . . .

... de véritables consultations s'entendent d'un processus qui consiste . . . :

- à recueillir des renseignements pour mettre à l'épreuve les énoncés de politique;
- à proposer des énoncés qui ne sont pas encore arrêtés définitivement;
- à chercher à obtenir l'opinion des Māoris sur ces énoncés;
- à informer les Māoris de tous les renseignements pertinents sur lesquels reposent ces énoncés;
- à écouter avec un esprit ouvert ce que les Māoris ont à dire sans avoir à en faire la promotion;
- à être prêt à modifier l'énoncé original;
- à fournir une rétroaction tant au cours de la consultation qu'après la prise de décision.

S'il ressort des consultations que des modifications à la politique de la Couronne s'imposent, il faut alors passer à l'étape de l'accommodement. Des consultations menées de bonne foi peuvent donc faire naître l'obligation d'accommoder. Lorsque la

and the consequences of the government's proposed decision may adversely affect it in a significant way, addressing the Aboriginal concerns may require taking steps to avoid irreparable harm or to minimize the effects of infringement, pending final resolution of the underlying claim. Accommodation is achieved through consultation, as this Court recognized in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, at para. 22: "... the process of accommodation of the treaty right may best be resolved by consultation and negotiation".

This process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim. The Aboriginal "consent" spoken of in *Delgamuukw* is appropriate only in cases of established rights, and then by no means in every case. Rather, what is required is a process of balancing interests, of give and take.

This flows from the meaning of "accommodate". The terms "accommodate" and "accommodation" have been defined as to "adapt, harmonize, reconcile" ... "an adjustment or adaptation to suit a special or different purpose ... a convenient arrangement; a settlement or compromise": *Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995), at p. 9. The accommodation that may result from pre-proof consultation is just this — seeking compromise in an attempt to harmonize conflicting interests and move further down the path of reconciliation. A commitment to the process does not require a duty to agree. But it does require good faith efforts to understand each other's concerns and move to address them.

The Court's decisions confirm this vision of accommodation. The Court in *Sparrow* raised

revendication repose sur une preuve à première vue solide et que la décision que le gouvernement entend prendre risque de porter atteinte de manière appréciable aux droits visés par la revendication, l'obligation d'accommodement pourrait exiger l'adoption de mesures pour éviter un préjudice irréparable ou pour réduire au minimum les conséquences de l'atteinte jusqu'au règlement définitif de la revendication sous-jacente. L'accommodement est le fruit des consultations, comme la Cour l'a reconnu dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 22 : « ... il est préférable de réaliser la prise en compte du droit issu du traité par des consultations et par la négociation ».

Ce processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive. Le « consentement » dont il est question dans *Delgamuukw* n'est nécessaire que lorsque les droits invoqués ont été établis, et même là pas dans tous les cas. Ce qu'il faut au contraire, c'est plutôt un processus de mise en balance des intérêts, de concessions mutuelles.

Cette conclusion découle du sens des termes « accommoder » et « accommodement », définis respectivement ainsi : « **Accommoder qqc. à.** L'adapter à, la mettre en correspondance avec quelque chose ... » et « Action, résultat de l'action d'accommoder (ou de s'accommoder); moyen employé en vue de cette action. [...] Action de (se) mettre ou fait d'être en accord avec quelqu'un; règlement à l'amiable, transaction » (*Trésor de la langue française*, t. 1, 1971, p. 391 et 388). L'accommodement susceptible de résulter de consultations menées avant l'établissement du bien-fondé de la revendication correspond exactement à cela : la recherche d'un compromis dans le but d'harmoniser des intérêts opposés et de continuer dans la voie de la réconciliation. L'engagement à suivre le processus n'emporte pas l'obligation de se mettre d'accord, mais exige de chaque partie qu'elle s'efforce de bonne foi à comprendre les préoccupations de l'autre et à y répondre.

La jurisprudence de la Cour confirme cette conception d'accommodement. Dans *Sparrow*, la Cour

48

49

50

the concept of accommodation, stressing the need to balance competing societal interests with Aboriginal and treaty rights. In *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1072, the Court stated that the Crown bears the burden of proving that its occupancy of lands “cannot be accommodated to reasonable exercise of the Hurons’ rights”. And in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 81, the Court spoke of whether restrictions on Aboriginal rights “can be accommodated with the Crown’s special fiduciary relationship with First Nations”. Balance and compromise are inherent in the notion of reconciliation. Where accommodation is required in making decisions that may adversely affect as yet unproven Aboriginal rights and title claims, the Crown must balance Aboriginal concerns reasonably with the potential impact of the decision on the asserted right or title and with other societal interests.

a évoqué cette notion, insistant sur la nécessité d’établir un équilibre entre des intérêts sociétaux opposés et les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones. Dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1072, la Cour a affirmé qu’il incombe à la Couronne de prouver que son occupation des terres « ne peut s’accommoder de l’exercice raisonnable des droits des Hurons ». Et, dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 81, la Cour s’est demandé si les restrictions imposées aux droits ancestraux « [étaient] conciliable[s] avec les rapports spéciaux de fiduciaire de l’État à l’égard des premières nations ». La mise en équilibre et le compromis font partie intégrante de la notion de conciliation. Lorsque l’accommodement est nécessaire à l’occasion d’une décision susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titre ancestraux non encore prouvées, la Couronne doit établir un équilibre raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d’une part, et l’incidence potentielle de la décision sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d’autre part.

51

It is open to governments to set up regulatory schemes to address the procedural requirements appropriate to different problems at different stages, thereby strengthening the reconciliation process and reducing recourse to the courts. As noted in *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, at para. 54, the government “may not simply adopt an unstructured discretionary administrative regime which risks infringing aboriginal rights in a substantial number of applications in the absence of some explicit guidance”. It should be observed that, since October 2002, British Columbia has had a Provincial Policy for Consultation with First Nations to direct the terms of provincial ministries’ and agencies’ operational guidelines. Such a policy, while falling short of a regulatory scheme, may guard against unstructured discretion and provide a guide for decision-makers.

Il est loisible aux gouvernements de mettre en place des régimes de réglementation fixant les exigences procédurales applicables aux différents problèmes survenant à différentes étapes, et ainsi de renforcer le processus de conciliation et réduire le recours aux tribunaux. Comme il a été mentionné dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 54, le gouvernement « ne peut pas se contenter d’établir un régime administratif fondé sur l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l’absence d’indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas ». Il convient de souligner que, depuis octobre 2002, la Colombie-Britannique dispose d’une politique provinciale de consultation des Premières nations établissant les modalités d’application des lignes directrices opérationnelles des ministères et organismes provinciaux. Même si elle ne constitue pas un régime de réglementation, une telle politique peut néanmoins prévenir l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire non structuré et servir de guide aux décideurs.



E. *Do Third Parties Owe a Duty to Consult and Accommodate?*

The Court of Appeal found that Weyerhaeuser, the forestry contractor holding T.F.L. 39, owed the Haida people a duty to consult and accommodate. With respect, I cannot agree.

It is suggested (*per* Lambert J.A.) that a third party's obligation to consult Aboriginal peoples may arise from the ability of the third party to rely on justification as a defence against infringement. However, the duty to consult and accommodate, as discussed above, flows from the Crown's assumption of sovereignty over lands and resources formerly held by the Aboriginal group. This theory provides no support for an obligation on third parties to consult or accommodate. The Crown alone remains legally responsible for the consequences of its actions and interactions with third parties, that affect Aboriginal interests. The Crown may delegate procedural aspects of consultation to industry proponents seeking a particular development; this is not infrequently done in environmental assessments. Similarly, the terms of T.F.L. 39 mandated Weyerhaeuser to specify measures that it would take to identify and consult with "aboriginal people claiming an aboriginal interest in or to the area" (Tree Farm Licence No. 39, Haida Tree Farm Licence, para. 2.09(g)(ii)). However, the ultimate legal responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown. The honour of the Crown cannot be delegated.

It is also suggested (*per* Lambert J.A.) that third parties might have a duty to consult and accommodate on the basis of the trust law doctrine of "knowing receipt". However, as discussed above, while the Crown's fiduciary obligations and its duty to consult and accommodate share roots in the principle that the Crown's honour is engaged in its relationship with Aboriginal peoples, the duty to consult is distinct from the fiduciary duty that is owed in relation to particular cognizable Aboriginal interests.

E. *Les tiers ont-ils l'obligation de consulter et d'accommoder?*

La Cour d'appel a conclu que Weyerhaeuser, l'entreprise forestière détenant la CFF 39, avait l'obligation de consulter les Haïda et de trouver des accommodements à leurs préoccupations. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette conclusion.

Il a été dit (le juge Lambert de la Cour d'appel) qu'un tiers peut être tenu de consulter les Autochtones concernés du fait qu'il a la faculté, en cas de violation des droits de ces derniers, de plaider en défense que l'atteinte est justifiée. Comme nous l'avons vu, cependant, l'obligation de consulter et d'accommoder découle de la proclamation de la souveraineté de la Couronne sur des terres et ressources autrefois détenues par le groupe autochtone concerné. Cette théorie ne permet pas de conclure que les tiers ont l'obligation de consulter ou d'accommoder. La Couronne demeure seule légalement responsable des conséquences de ses actes et de ses rapports avec des tiers qui ont une incidence sur des intérêts autochtones. Elle peut déléguer certains aspects procéduraux de la consultation à des acteurs industriels qui proposent des activités d'exploitation; cela n'est pas rare en matière d'évaluations environnementales. Ainsi, la CFF 39 obligeait Weyerhaeuser à préciser les mesures qu'elle entendait prendre pour identifier et consulter les [TRADUCTION] « Autochtones qui revendiquaient un intérêt ancestral dans la région » (CFF 39, CFF haïda, paragraphe 2.09g)(ii)). Cependant, la responsabilité juridique en ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement incombe en dernier ressort à la Couronne. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne ne peut être délégué.

Il a également été avancé (le juge Lambert de la Cour d'appel) que les tiers pourraient être assujettis à l'obligation de consulter et d'accommoder par l'effet de la doctrine du droit des fiducies appelée « réception en connaissance de cause ». Cependant, comme nous l'avons vu, même si les obligations de fiduciaire de la Couronne et son obligation de consulter et d'accommoder découlent toutes du principe que l'honneur de la Couronne est en jeu dans ses rapports avec les peuples autochtones, l'obligation de

52

53

54

As noted earlier, the Court cautioned in *Wewaykum* against assuming that a general trust or fiduciary obligation governs all aspects of relations between the Crown and Aboriginal peoples. Furthermore, this Court in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, made it clear that the “trust-like” relationship between the Crown and Aboriginal peoples is not a true “trust”, noting that “[t]he law of trusts is a highly developed, specialized branch of the law” (p. 386). There is no reason to graft the doctrine of knowing receipt onto the special relationship between the Crown and Aboriginal peoples. It is also questionable whether businesses acting on licence from the Crown can be analogized to persons who knowingly turn trust funds to their own ends.

consulter est différente de l’obligation de fiduciaire qui existe à l’égard de certains intérêts autochtones reconnus. Comme il a été indiqué plus tôt, la Cour a souligné, dans *Wewaykum*, qu’il fallait se garder de supposer l’existence d’une obligation générale de fiduciaire régissant tous les aspects des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. En outre, dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, la Cour a clairement dit que la relation « semblable à une fiducie » qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones n’est pas une vraie « fiducie », faisant observer que « [l]e droit des fiducies constitue un domaine juridique très perfectionné et spécialisé » (p. 386). Il n’y a aucune raison d’introduire la doctrine de la réception en connaissance de cause dans la relation spéciale qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones. Il n’est pas certain non plus qu’une entreprise en vertu d’une concession de la Couronne puisse être assimilée à une personne qui, en toute connaissance de cause, divertit à son profit des fonds en fiducie.

55

Finally, it is suggested (*per* Finch C.J.B.C.) that third parties should be held to the duty in order to provide an effective remedy. The first difficulty with this suggestion is that remedies do not dictate liability. Once liability is found, the question of remedy arises. But the remedy tail cannot wag the liability dog. We cannot sue a rich person, simply because the person has deep pockets or can provide a desired result. The second problem is that it is not clear that the government lacks sufficient remedies to achieve meaningful consultation and accommodation. In this case, Part 10 of T.F.L. 39 provided that the Ministry of Forests could vary any permit granted to Weyerhaeuser to be consistent with a court’s determination of Aboriginal rights or title. The government may also require Weyerhaeuser to amend its management plan if the Chief Forester considers that interference with an Aboriginal right has rendered the management plan inadequate (para. 2.38(d)). Finally, the government can control by legislation, as it did when it introduced the *Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, c. 17, which claws back 20 percent of all licensees’ harvesting rights, in part to make land available for Aboriginal peoples. The government’s legislative authority over provincial natural resources gives it

Enfin, il a été affirmé (le juge Finch, juge en chef de la C.-B.) que, pour qu’il soit possible d’accorder une réparation efficace, il faudrait considérer que les tiers sont tenus à l’obligation. La première difficulté que comporte cette affirmation réside dans le fait que la réparation ne détermine pas la responsabilité. Ce n’est qu’une fois la question de la responsabilité tranchée que se soulève la question de la réparation. Il ne faut pas mettre la charrue (la réparation) devant les bœufs (la responsabilité). Nous ne pouvons poursuivre une personne riche simplement parce qu’elle a de l’argent plein les poches ou que cela permet d’obtenir le résultat souhaité. La seconde difficulté est qu’il n’est pas certain que le gouvernement ne dispose pas de mécanismes suffisants pour procéder à des mesures de consultation et d’accommodement utiles. En l’espèce, la partie 10 de la CFF 39 prévoit que le ministre des Forêts peut modifier toute concession accordée à Weyerhaeuser pour la rendre conforme aux décisions des tribunaux relativement aux droits ou titres ancestraux. Le gouvernement peut également exiger de Weyerhaeuser qu’elle modifie son plan d’aménagement si le chef des services forestiers le considère inadéquat du fait qu’il porte atteinte à un droit ancestral (paragraphe 2.38d)). Enfin, le

a powerful tool with which to respond to its legal obligations. This, with respect, renders questionable the statement by Finch C.J.B.C. that the government “has no capacity to allocate any part of that timber to the Haida without Weyerhaeuser’s consent or co-operation” ((2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, at para. 119). Failure to hold Weyerhaeuser to a duty to consult and accommodate does not make the remedy “hollow or illusory”.

The fact that third parties are under no duty to consult or accommodate Aboriginal concerns does not mean that they can never be liable to Aboriginal peoples. If they act negligently in circumstances where they owe Aboriginal peoples a duty of care, or if they breach contracts with Aboriginal peoples or deal with them dishonestly, they may be held legally liable. But they cannot be held liable for failing to discharge the Crown’s duty to consult and accommodate.

#### F. *The Province’s Duty*

The Province of British Columbia argues that any duty to consult or accommodate rests solely with the federal government. I cannot accept this argument.

The Province’s argument rests on s. 109 of the *Constitution Act, 1867*, which provides that “[a]ll Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada . . . at the Union . . . shall belong to the several Provinces.” The Province argues that this gives it exclusive right to the land at issue. This right, it argues, cannot be limited by the protection for Aboriginal rights found in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. To do

gouvernement peut exercer son autorité sur la question par voie législative, comme il l’a fait en édictant la *Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, ch. 17, qui permet de récupérer 20 pour 100 du droit de coupe des titulaires de concession, en partie pour mettre des terres à la disposition des peuples autochtones. De par son pouvoir de légiférer sur les ressources naturelles de la province, le gouvernement provincial dispose d’un outil puissant pour s’acquitter de ses obligations légales, situation qui met en doute l’affirmation du juge en chef Finch de la C.-B. qu’il [TRADUCTION] « ne peut allouer une partie de ce bois d’œuvre aux Haïda sans le consentement ou la collaboration de Weyerhaeuser » ((2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, par. 119). Le fait de ne pas imposer à Weyerhaeuser l’obligation de consulter et d’accommoder ne rend pas la réparation [TRADUCTION] « futile ou illusoire ».

Le fait que les tiers n’aient aucune obligation de consulter les peuples autochtones ou de trouver des accommodements à leurs préoccupations ne signifie pas qu’ils ne peuvent jamais être tenus responsables envers ceux-ci. S’ils font preuve de négligence dans des circonstances où ils ont une obligation de diligence envers les peuples autochtones, ou s’ils ne respectent pas les contrats conclus avec les Autochtones ou traitent avec eux d’une manière malhonnête, ils peuvent être tenus légalement responsables. Cependant, les tiers ne peuvent être jugés responsables de ne pas avoir rempli l’obligation de consulter et d’accommoder qui incombe à la Couronne.

#### F. *L’obligation de la province*

La province de la Colombie-Britannique soutient que l’obligation de consulter ou d’accommoder, si elle existe, incombe uniquement au gouvernement fédéral. Je ne peux accepter cet argument.

L’argument de la province repose sur l’art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui dispose que « [t]outes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada [. . .] lors de l’union [. . .] appartiendront aux différentes provinces. » Selon la province, cette disposition lui confère des droits exclusifs sur les terres en question. Ce droit, affirme-t-elle, ne peut être limité par la protection accordée aux

56

57

58



so, it argues, would “undermine the balance of federalism” (Crown’s factum, at para. 96).

59

The answer to this argument is that the Provinces took their interest in land subject to “any Interest other than that of the Province in the same” (s. 109). The duty to consult and accommodate here at issue is grounded in the assertion of Crown sovereignty which pre-dated the Union. It follows that the Province took the lands subject to this duty. It cannot therefore claim that s. 35 deprives it of powers it would otherwise have enjoyed. As stated in *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), lands in the Province are “available to [the Province] as a source of revenue whenever the estate of the Crown is disencumbered of the Indian title” (p. 59). The Crown’s argument on this point has been canvassed by this Court in *Delgamuukw*, *supra*, at para. 175, where Lamer C.J. reiterated the conclusions in *St. Catherine’s Milling*, *supra*. There is therefore no foundation to the Province’s argument on this point.

#### G. Administrative Review

60

Where the government’s conduct is challenged on the basis of allegations that it failed to discharge its duty to consult and accommodate pending claims resolution, the matter may go to the courts for review. To date, the Province has established no process for this purpose. The question of what standard of review the court should apply in judging the adequacy of the government’s efforts cannot be answered in the absence of such a process. General principles of administrative law, however, suggest the following.

61

On questions of law, a decision-maker must generally be correct: for example, *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55. On questions of fact or

droits ancestraux par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La province affirme qu’agir ainsi reviendrait à [TRADUCTION] « rompre l’équilibre du fédéralisme » (mémoire de la Couronne, par. 96).

La réponse à cet argument est que les intérêts que détenait la province sur les terres sont subordonnés à « tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province » (art. 109). L’obligation de consulter et d’accommoder en litige dans la présente affaire est fondée sur l’affirmation de la souveraineté de la Couronne qui a précédé l’Union. Il s’ensuit que la province a acquis les terres sous réserve de cette obligation. Elle ne peut donc pas prétendre que l’art. 35 la prive de pouvoirs dont elle aurait joui autrement. Comme il est précisé dans *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), les terres situées dans la province [TRADUCTION] « peuvent constituer une source de revenus [pour la province] dans tous les cas où les biens de la Couronne ne sont plus grevés du titre indien » (p. 59). L’argument de la Couronne sur ce point a été examiné de façon approfondie par la Cour dans *Delgamuukw*, précité, par. 175, où le juge en chef Lamer a réitéré les conclusions tirées dans *St. Catherine’s Milling*, précité. Cet argument n’est en conséquence pas fondé.

#### G. L’examen administratif

Lorsque la conduite du gouvernement est contestée au motif qu’il ne se serait pas acquitté de son obligation de consulter et d’accommoder en attendant le règlement des revendications, la question peut être soumise aux tribunaux pour examen. La province n’a pas encore établi de mécanisme à cette fin. En l’absence d’un tel mécanisme, il est impossible de déterminer quelle norme de contrôle devrait appliquer le tribunal appelé à statuer sur le caractère suffisant des efforts déployés par le gouvernement. Les principes généraux du droit administratif permettent toutefois de dégager les notions suivantes.

Quant aux questions de droit, le décideur doit, en règle générale, rendre une décision correcte : voir, par exemple, *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S.

mixed fact and law, on the other hand, a reviewing body may owe a degree of deference to the decision-maker. The existence or extent of the duty to consult or accommodate is a legal question in the sense that it defines a legal duty. However, it is typically premised on an assessment of the facts. It follows that a degree of deference to the findings of fact of the initial adjudicator may be appropriate. The need for deference and its degree will depend on the nature of the question the tribunal was addressing and the extent to which the facts were within the expertise of the tribunal: *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Paul*, *supra*. Absent error on legal issues, the tribunal may be in a better position to evaluate the issue than the reviewing court, and some degree of deference may be required. In such a case, the standard of review is likely to be reasonableness. To the extent that the issue is one of pure law, and can be isolated from the issues of fact, the standard is correctness. However, where the two are inextricably entwined, the standard will likely be reasonableness: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

The process itself would likely fall to be examined on a standard of reasonableness. Perfect satisfaction is not required; the question is whether the regulatory scheme or government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”: *Gladstone*, *supra*, at para. 170. What is required is not perfection, but reasonableness. As stated in *Nikal*, *supra*, at para. 110, “in . . . information and consultation the concept of reasonableness must come into play. . . . So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice.” The government is required to make reasonable efforts

585, 2003 CSC 55. Par contre, en ce qui a trait aux questions de fait et aux questions mixtes de fait et de droit, l’organisme de révision peut devoir faire preuve de déférence à l’égard du décideur. L’existence et l’étendue de l’obligation de consulter ou d’accommoder sont des questions de droit en ce sens qu’elles définissent une obligation légale. Cependant, la réponse à ces questions repose habituellement sur l’appréciation des faits. Il se peut donc qu’il convienne de faire preuve de déférence à l’égard des conclusions de fait du premier décideur. La question de savoir s’il y a lieu de faire montre de déférence et, si oui, le degré de déférence requis dépendent de la nature de la question dont était saisi le tribunal administratif et de la mesure dans laquelle les faits relevaient de son expertise : *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Paul*, précité. En l’absence d’erreur sur des questions de droit, il est possible que le tribunal administratif soit mieux placé que le tribunal de révision pour étudier la question, auquel cas une certaine déférence peut s’imposer. Dans ce cas, la norme de contrôle applicable est vraisemblablement la norme de la décision raisonnable. Dans la mesure où la question est une question de droit pur et peut être isolée des questions de fait, la norme applicable est celle de la décision correcte. Toutefois, lorsque les deux types de questions sont inextricablement liées entre elles, la norme de contrôle applicable est vraisemblablement celle de la décision raisonnable : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Le processus lui-même devrait vraisemblablement être examiné selon la norme de la décision raisonnable. La perfection n’est pas requise; il s’agit de se demander si, « considéré dans son ensemble, le régime de réglementation [ou la mesure gouvernementale] respecte le droit ancestral collectif en question » : *Gladstone*, précité, par. 170. Ce qui est requis, ce n’est pas une mesure parfaite mais une mesure raisonnable. Comme il est précisé dans *Nikal*, précité, par. 110, « [l]e concept du caractère raisonnable doit [. . .] entrer en jeu pour ce qui [. . .] concern[e] l’information et la consultation. [. . .] Dans la mesure où tous les efforts raisonnables ont

to inform and consult. This suffices to discharge the duty.

63

Should the government misconceive the seriousness of the claim or impact of the infringement, this question of law would likely be judged by correctness. Where the government is correct on these matters and acts on the appropriate standard, the decision will be set aside only if the government's process is unreasonable. The focus, as discussed above, is not on the outcome, but on the process of consultation and accommodation.

#### H. *Application to the Facts*

##### (1) Existence of the Duty

64

The question is whether the Province had knowledge, real or constructive, of the potential existence of Aboriginal right or title and contemplated conduct that might adversely affect them. On the evidence before the Court in this matter, the answer must unequivocally be "yes".

65

The Haida have claimed title to all of Haida Gwaii for at least 100 years. The chambers judge found that they had expressed objections to the Province for a number of years regarding the rate of logging of old-growth forests, methods of logging, and the environmental effects of logging. Further, the Province was aware since at least 1994 that the Haida objected to replacement of T.F.L. 39 without their consent and without accommodation with respect to their title claims. As found by the chambers judge, the Province has had available evidence of the Haida's exclusive use and occupation of some areas of Block 6 "[s]ince 1994, and probably much earlier". The Province has had available to it evidence of the importance of red cedar to the Haida culture since before 1846 (the assertion of British sovereignty).

été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l'obligation de justifier. » Le gouvernement doit déployer des efforts raisonnables pour informer et consulter. Cela suffit pour satisfaire à l'obligation.

Si le gouvernement n'a pas bien saisi l'importance de la revendication ou la gravité de l'atteinte, il s'agit d'une question de droit qui devra vraisemblablement être jugée selon la norme de la décision correcte. Si le gouvernement a raison sur ces points et agit conformément à la norme applicable, la décision ne sera annulée que si le processus qu'il a suivi était déraisonnable. Comme il a été expliqué précédemment, l'élément central n'est pas le résultat, mais le processus de consultation et d'accommodement.

#### H. *L'application aux faits*

##### (1) L'existence de l'obligation

Il s'agit de savoir si la province connaissait, concrètement ou par imputation, l'existence potentielle d'un droit ou titre ancestral et envisageait des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou titre. Compte tenu de la preuve présentée à la Cour en l'espèce, il ne fait aucun doute qu'il faut répondre « oui » à cette question.

Les Haïda revendiquent depuis au moins 100 ans le titre sur l'ensemble des îles Haida Gwaii. Le juge de première instance a conclu que les Haïda se plaignaient depuis plusieurs années auprès de la province du rythme d'exploitation des vieilles forêts, des méthodes d'exploitation et des répercussions de l'exploitation forestière sur l'environnement. De plus, la province savait, depuis au moins 1994, que les Haïda s'opposaient à ce qu'on remplace la CFF 39 sans leur consentement et sans que leurs revendications aient fait l'objet de mesures d'accommodement. Comme l'a constaté le juge en son cabinet, la province disposait, [TRADUCTION] « [d]epuis 1994, et peut-être bien avant », d'éléments de preuve établissant que les Haïda utilisaient et occupaient à titre exclusif certaines régions du Bloc 6. Depuis au moins 1846 (affirmation de la souveraineté britannique), elle possède des preuves témoignant de l'importance du cèdre rouge dans la culture haïda.

The Province raises concerns over the breadth of the Haida's claims, observing that "[i]n a separate action the Haida claim aboriginal title to all of the Queen Charlotte Islands, the surrounding waters, and the air space. . . . The Haida claim includes the right to the exclusive use, occupation and benefit of the land, inland waters, seabed, archipelagic waters and air space" (Crown's factum, at para. 35). However, consideration of the duty to consult and accommodate prior to proof of a right does not amount to a prior determination of the case on its merits. Indeed, it should be noted that, prior to the chambers judge's decision in this case, the Province had successfully moved to sever the question of the existence and infringement of Haida title and rights from issues involving the duty to consult and accommodate. The issues were clearly separate in the proceedings, at the Province's instigation.

The chambers judge ascertained that the Province knew that the potential Aboriginal right and title applied to Block 6, and could be affected by the decision to replace T.F.L. 39. On this basis, the honour of the Crown mandated consultation prior to making a decision that might adversely affect the claimed Aboriginal title and rights.

## (2) Scope of the Duty

As discussed above, the scope of the consultation required will be proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed.

### (i) *Strength of the Case*

On the basis of evidence described as "voluminous", the chambers judge found, at para. 25, a number of conclusions to be "inescapable" regarding the Haida's claims. He found that the Haida had inhabited Haida Gwaii continuously since at least 1774, that they had never been conquered, never surrendered their rights by treaty, and that their

La province se dit inquiète de l'ampleur des revendications des Haïda, faisant observer que, [TRADUCTION] « [d]ans une action distincte, les Haïda revendiquent un titre ancestral sur l'ensemble des îles de la Reine-Charlotte, sur les eaux les entourant et sur l'espace aérien. [ . . . ] La revendication des Haïda vise le droit à l'utilisation, à l'occupation et au bénéfice exclusifs des terres, des eaux intérieures, du fond marin, des eaux pélagiques et de l'espace aérien » (mémoire de la Couronne, par. 35). Cependant, se demander si l'obligation de consulter et d'accommoder s'applique avant que la preuve de l'existence d'un droit n'ait été apportée n'équivaut pas à préjuger de l'affaire sur le fond. D'ailleurs, il convient de souligner que, avant que le juge en son cabinet ait rendu sa décision en l'espèce, la province avait obtenu que la question de l'existence du titre et des droits des Haïda et de l'atteinte portée à ceux-ci soit examinée séparément des questions se rapportant à l'obligation de consulter et d'accommoder. Les questions ont été clairement séparées dans l'instance, à l'instigation de la province.

Le juge en son cabinet a estimé que la province savait que les droits et titre ancestraux potentiels en question visaient le Bloc 6 et qu'ils pouvaient être touchés par la décision de remplacer la CFF 39. Pour ce motif, l'honneur de la Couronne commandait que celle-ci procède à une consultation avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et titre ancestraux revendiqués.

## (2) L'étendue de l'obligation

Comme il a été expliqué plus tôt, l'ampleur de la consultation requise dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre, ainsi que de la gravité de l'effet préjudiciable potentiel sur le droit ou titre revendiqué.

### (i) *Solidité de la preuve*

Après avoir examiné une preuve qu'il a qualifiée d'[TRADUCTION] « abondante », le juge en son cabinet a, au par. 25 de sa décision, tiré un certain nombre de conclusions [TRADUCTION] « incontournables » relativement aux revendications des Haïda. Il a conclu que les Haïda habitaient les îles Haïda Gwaii depuis au moins 1774, qu'ils n'avaient jamais

66

67

68

69

rights had not been extinguished by federal legislation. Their culture has utilized red cedar from old-growth forests on both coastal and inland areas of what is now Block 6 of T.F.L. 39 since at least 1846.

70

The chambers judge's thorough assessment of the evidence distinguishes between the various Haida claims relevant to Block 6. On the basis of a thorough survey of the evidence, he found, at para. 47:

(1) a "reasonable probability" that the Haida may establish title to "at least some parts" of the coastal and inland areas of Haida Gwaii, including coastal areas of Block 6. There appears to be a "reasonable possibility" that these areas will include inland areas of Block 6;

(2) a "substantial probability" that the Haida will be able to establish an aboriginal right to harvest old-growth red cedar trees from both coastal and inland areas of Block 6.

The chambers judge acknowledged that a final resolution would require a great deal of further evidence, but said he thought it "fair to say that the Haida claim goes far beyond the mere 'assertion' of Aboriginal title" (para. 50).

71

The chambers judge's findings grounded the Court of Appeal's conclusion that the Haida claims to title and Aboriginal rights were "supported by a good *prima facie* case" (para. 49). The strength of the case goes to the extent of the duty that the Province was required to fulfill. In this case the evidence clearly supports a conclusion that, pending a final resolution, there was a *prima facie* case in support of Aboriginal title, and a strong *prima facie* case for the Aboriginal right to harvest red cedar.

été conquis, qu'ils n'avaient jamais cédé leurs droits dans un traité et qu'aucune loi fédérale n'avait éteint leurs droits. Depuis au moins 1846, l'utilisation du cèdre rouge provenant des vieilles forêts des régions côtières et intérieures de la zone maintenant connue comme étant le Bloc 6 de la CFF 39 fait partie de leur culture.

Le juge en son cabinet a rigoureusement évalué la preuve et établi une distinction entre les différentes revendications des Haïda visant le Bloc 6. Au terme d'un examen approfondi de la preuve, il a tiré les conclusions suivantes au par. 47 :

(1) il existe une [TRADUCTION] « probabilité raisonnable » que les Haïda réussissent à établir l'existence d'un titre sur [TRADUCTION] « au moins quelques parties » des régions côtières et intérieures des îles Haïda Gwaii, notamment les régions côtières du Bloc 6; il semble exister une [TRADUCTION] « possibilité raisonnable » que ces régions comprennent les régions intérieures du Bloc 6;

(2) il existe une [TRADUCTION] « forte probabilité » que les Haïda réussissent à établir l'existence d'un droit ancestral de récolter le cèdre rouge provenant des vieilles forêts des régions côtières et intérieures du Bloc 6.

Le juge en son cabinet a reconnu qu'un règlement définitif nécessiterait beaucoup plus d'éléments de preuve, mais, selon lui, [TRADUCTION] « il est juste de dire que la revendication des Haïda est beaucoup plus qu'une simple "affirmation" de titre ancestral » (par. 50).

La Cour d'appel s'est fondée sur les constatations du juge en son cabinet pour conclure que les revendications par les Haïda du titre et de droits ancestraux étaient [TRADUCTION] « étayées par une preuve à première vue valable » (par. 49). La solidité de la preuve influe sur l'étendue de l'obligation que doit satisfaire la province. En l'espèce, le dossier permet clairement de conclure, en attendant le règlement définitif, qu'il existe une preuve *prima facie* de l'existence d'un titre ancestral et une solide preuve *prima facie* de l'existence d'un droit ancestral de récolter le cèdre rouge.



(ii) *Seriousness of the Potential Impact*

The evidence before the chambers judge indicated that red cedar has long been integral to Haida culture. The chambers judge considered that there was a “reasonable probability” that the Haida would be able to establish infringement of an Aboriginal right to harvest red cedar “by proof that old-growth cedar has been and will continue to be logged on Block 6, and that it is of limited supply” (para. 48). The prospect of continued logging of a resource in limited supply points to the potential impact on an Aboriginal right of the decision to replace T.F.L. 39.

Tree Farm Licences are exclusive, long-term licences. T.F.L. 39 grants exclusive rights to Weyerhaeuser to harvest timber within an area constituting almost one quarter of the total land of Haida Gwaii. The chambers judge observed that “it [is] apparent that large areas of Block 6 have been logged off” (para. 59). This points to the potential impact on Aboriginal rights of the decision to replace T.F.L. 39.

To the Province’s credit, the terms of T.F.L. 39 impose requirements on Weyerhaeuser with respect to Aboriginal peoples. However, more was required. Where the government has knowledge of an asserted Aboriginal right or title, it must consult the Aboriginal peoples on how exploitation of the land should proceed.

The next question is when does the duty to consult arise? Does it arise at the stage of granting a Tree Farm Licence, or only at the stage of granting cutting permits? The T.F.L. replacement does not itself authorize timber harvesting, which occurs only pursuant to cutting permits. T.F.L. replacements occur periodically, and a particular T.F.L. replacement decision may not result in the substance of the asserted right being destroyed. The Province argues that, although it did not consult the Haida prior to replacing the T.F.L., it “has consulted, and continues to consult with the Haida

(ii) *Gravité des conséquences potentielles*

La preuve présentée au juge en son cabinet indiquait que l’utilisation du cèdre rouge fait depuis longtemps partie intégrante de la culture haïda. Le juge a considéré qu’il existait une [TRADUCTION] « probabilité raisonnable » que les Haïda réussissent à démontrer une atteinte à un droit ancestral de récolter le cèdre rouge [TRADUCTION] « en prouvant que le cèdre des vieilles forêts a été et continuera d’être exploité dans le Bloc 6, et que cette ressource est limitée » (par. 48). La perspective de l’exploitation continue d’une ressource par ailleurs limitée laisse entrevoir les répercussions que la décision de remplacer la CFF 39 pourrait avoir sur un droit ancestral.

Les CFF ont un caractère exclusif et sont accordées pour de longues périodes. La CFF 39 confère à Weyerhaeuser le droit exclusif de récolter le bois dans une région qui représente près du quart de la superficie totale des îles Haïda Gwaii. Le juge en son cabinet a fait observer qu’[TRADUCTION] « il [est] manifeste que de vastes étendues du Bloc 6 ont été coupées à blanc » (par. 59). Ce fait illustre les conséquences potentielles que la décision de remplacer la CFF 39 a sur les droits ancestraux.

Il faut reconnaître à la province d’avoir imposé à Weyerhaeuser, dans la CFF 39, des conditions à l’égard des peuples autochtones. Mais la province devait faire davantage. Lorsque le gouvernement sait qu’un droit ou un titre ancestral est revendiqué, il doit consulter les Autochtones sur la façon dont les terres visées devraient être exploitées.

Il faut maintenant se demander à quel moment prend naissance l’obligation de consulter. Est-ce à l’étape de l’octroi d’une CFF, ou seulement à l’étape de la délivrance des permis de coupe? Le remplacement d’une CFF n’autorise pas en soi la récolte de bois, qui ne peut se faire qu’en vertu des permis de coupe. Les CFF sont périodiquement remplacées, et la décision de remplacer une CFF en particulier n’a pas nécessairement pour effet de détruire l’essence même du droit revendiqué. La province fait valoir que, bien qu’elle ne les ait pas consultés avant de remplacer la CFF, elle [TRADUCTION]

72

73

74

75

prior to authorizing any cutting permits or other operational plans” (Crown’s factum, at para. 64).

« a consulté et continue de consulter les Haïda avant d’autoriser les permis de coupe ou autres plans d’aménagement » (mémoire de la Couronne, par. 64).

76

I conclude that the Province has a duty to consult and perhaps accommodate on T.F.L. decisions. The T.F.L. decision reflects the strategic planning for utilization of the resource. Decisions made during strategic planning may have potentially serious impacts on Aboriginal right and title. The holder of T.F.L. 39 must submit a management plan to the Chief Forester every five years, to include inventories of the licence area’s resources, a timber supply analysis, and a “20-Year Plan” setting out a hypothetical sequence of cutblocks. The inventories and the timber supply analysis form the basis of the determination of the allowable annual cut (“A.A.C.”) for the licence. The licensee thus develops the technical information based upon which the A.A.C. is calculated. Consultation at the operational level thus has little effect on the quantity of the annual allowable cut, which in turn determines cutting permit terms. If consultation is to be meaningful, it must take place at the stage of granting or renewing Tree Farm Licences.

J’estime que, lorsqu’elle prend des décisions concernant les CFF, la province est tenue à une obligation de consultation, et peut-être à une obligation d’accommodement. La décision rendue à l’égard d’une CFF reflète la planification stratégique touchant l’utilisation de la ressource en cause. Les décisions prises durant la planification stratégique risquent d’avoir des conséquences graves sur un droit ou titre ancestral. Tous les cinq ans, le titulaire de la CFF 39 doit présenter au chef des services forestiers un plan d’aménagement comprenant l’inventaire des ressources du secteur visé par la concession, une analyse des approvisionnements en bois d’œuvre et un « plan de 20 ans » présentant une séquence hypothétique de blocs de coupe. C’est à partir de l’inventaire et de l’analyse des approvisionnements en bois d’œuvre qu’est fixée la possibilité annuelle de coupe (« PAC ») pour la concession. Ainsi, le titulaire de la concession établit les renseignements techniques servant à calculer la PAC. La tenue de consultations au niveau de l’exploitation a donc peu d’incidence sur le volume fixé dans la PAC, qui, à son tour, détermine les modalités du permis de coupe. Pour que les consultations soient utiles, elles doivent avoir lieu à l’étape de l’octroi ou du renouvellement de la CFF.

77

The last issue is whether the Crown’s duty went beyond consultation on T.F.L. decisions, to accommodation. We cannot know, on the facts here, whether consultation would have led to a need for accommodation. However, the strength of the case for both the Haida title and the Haida right to harvest red cedar, coupled with the serious impact of incremental strategic decisions on those interests, suggest that the honour of the Crown may well require significant accommodation to preserve the Haida interest pending resolution of their claims.

Il s’agit enfin de décider si la Couronne avait l’obligation non seulement de consulter les Haïda au sujet des décisions relatives aux CFF mais aussi de trouver des accommodements à leurs préoccupations. Les faits de l’espèce ne permettent pas de dire si la consultation aurait entraîné la nécessité de telles mesures. Cependant, la solidité de la preuve étayant l’existence et d’un titre haïda et d’un droit haïda autorisant la récolte du cèdre rouge, conjuguée aux répercussions sérieuses sur ces intérêts des décisions stratégiques successives, indique que l’honneur de la Couronne pourrait bien commander des mesures d’accommodement substantielles pour protéger les intérêts des Haïda en attendant que leurs revendications soient réglées.

(3) Did the Crown Fulfill its Duty?

The Province did not consult with the Haida on the replacement of T.F.L. 39. The chambers judge found, at para. 42:

[O]n the evidence presented, it is apparent that the Minister refused to consult with the Haida about replacing T.F.L. 39 in 1995 and 2000, on the grounds that he was not required by law to consult, and that such consultation could not affect his statutory duty to replace T.F.L. 39.

In both this Court and the courts below, the Province points to various measures and policies taken to address Aboriginal interests. At this Court, the Province argued that “[t]he Haida were and are consulted with respect to forest development plans and cutting permits. . . . Through past consultations with the Haida, the Province has taken various steps to mitigate the effects of harvesting . . .” (Crown’s factum, at para. 75). However, these measures and policies do not amount to and cannot substitute for consultation with respect to the decision to replace T.F.L. 39 and the setting of the licence’s terms and conditions.

It follows, therefore, that the Province failed to meet its duty to engage in something significantly deeper than mere consultation. It failed to engage in any meaningful consultation at all.

III. Conclusion

The Crown’s appeal is dismissed and Weyerhaeuser’s appeal is allowed. The British Columbia Court of Appeal’s order is varied so that the Crown’s obligation to consult does not extend to Weyerhaeuser. The Crown has agreed to pay the costs of the respondents regarding the application for leave to appeal and the appeal. Weyerhaeuser shall be relieved of any obligation to pay the costs of the Haida in the courts below. It is not necessary to answer the constitutional question stated in this appeal.

(3) La Couronne s’est-elle acquittée de son obligation?

La province n’a pas consulté les Haïda au sujet du remplacement de la CFF 39. Le juge en son cabinet a tiré la conclusion suivante (par. 42) :

[TRADUCTION] [S]elon la preuve présentée, il est manifeste que le ministre a refusé de consulter les Haïda au sujet du remplacement de la CFF 39 en 1995 et en l’an 2000, au motif que la loi ne l’obligeait pas à le faire et qu’une telle consultation ne pouvait avoir d’incidence sur son obligation, prévue par la loi, de remplacer la CFF 39.

La province a attiré l’attention de la Cour et des tribunaux d’instance inférieure sur les nombreuses mesures et politiques qu’elle a adoptées pour tenir compte des intérêts autochtones. Devant la Cour, elle a affirmé que [TRADUCTION] « [I]es Haïda ont été et sont consultés au sujet des plans d’aménagement forestier et des permis de coupe. [. . .] À la suite de consultations antérieures auprès des Haïda, la province a pris plusieurs mesures pour atténuer les effets de l’exploitation forestière [. . .] » (mémoire de la Couronne, par. 75). Cependant, ces mesures et politiques n’équivalent pas à une consultation au sujet de la décision de remplacer la CFF 39 et de l’établissement de ses modalités, et ne peuvent la remplacer.

Par conséquent, la province ne s’est pas acquittée de son obligation de procéder à davantage qu’une simple consultation. Elle n’a procédé à absolument aucune consultation utile.

III. Conclusion

Le pourvoi de la Couronne est rejeté et celui de Weyerhaeuser est accueilli. L’ordonnance de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique est modifiée de manière que l’obligation de consultation de la Couronne ne s’étende pas à Weyerhaeuser. La Couronne a accepté de payer les dépens des intimés pour la demande d’autorisation de pourvoi et pour le pourvoi. Weyerhaeuser est dispensée de toute obligation de payer les dépens des Haïda devant les instances inférieures. Il n’est pas nécessaire de répondre à la question constitutionnelle dans le présent pourvoi.

78

79

80



*Appeal by the Crown dismissed. Appeal by Weyerhaeuser Co. allowed.*

*Solicitors for the appellant the Minister of Forests: Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.*

*Solicitor for the appellant the Attorney General of British Columbia on behalf of Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the appellant Weyerhaeuser Company Limited: Hunter Voith, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents: EAGLE, Surrey.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Department of Justice, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Deputy Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Department of Justice, Edmonton.*

*Solicitors for the interveners the Squamish Indian Band and the Lax-kw'alaams Indian Band: Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Haisla Nation: Donovan & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Braker & Company, West Vancouver.*

*Pourvoi de la Couronne rejeté. Pourvoi de Weyerhaeuser Co. accueilli.*

*Procureurs de l'appelant le ministre des Forêts : Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.*

*Procureur de l'appelant le procureur général de la Colombie-Britannique au nom de Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'appelante Weyerhaeuser Company Limited : Hunter Voith, Vancouver.*

*Procureurs des intimés : EAGLE, Surrey.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Ministère de la Justice, Halifax.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Ministère de la Justice, Edmonton.*

*Procureurs des intervenantes la Bande indienne de Squamish et la Bande indienne des Lax-kw'alaams : Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Nation haisla : Donovan & Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières nations : Braker & Company, West Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Dene Tha' First Nation: Cook Roberts, Victoria.*

*Solicitors for the intervener Tenimgyet, aka Art Matthews, Gitxsan Hereditary Chief: Cook Roberts, Victoria.*

*Solicitors for the interveners the Business Council of British Columbia, the Aggregate Producers Association of British Columbia, the British Columbia and Yukon Chamber of Mines, the British Columbia Chamber of Commerce, the Council of Forest Industries and the Mining Association of British Columbia: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Cattlemen's Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Village of Port Clements: Rush Crane Guenther & Adams, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation Dene Tha' : Cook Roberts, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant Tenimgyet, aussi connu sous le nom d'Art Matthews, chef héréditaire Gitxsan : Cook Roberts, Victoria.*

*Procureurs des intervenants Business Council of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, Council of Forest Industries et Mining Association of British Columbia : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Cattlemen's Association : McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le village de Port Clements : Rush Crane Guenther & Adams, Vancouver.*

**Mikisew Cree First Nation** *Appellant*

*v.*

**Sheila Copps, Minister of  
Canadian Heritage, and Thebacha  
Road Society** *Respondents*

and

**Attorney General for Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta, Big Island  
Lake Cree Nation, Lesser Slave Lake Indian  
Regional Council, Treaty 8 First Nations  
of Alberta, Treaty 8 Tribal Association,  
Blueberry River First Nations and  
Assembly of First Nations** *Interveners*

**INDEXED AS: MIKISEW CREE FIRST NATION v.  
CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE)**

**Neutral citation: 2005 SCC 69.**

File No.: 30246.

2005: March 14; 2005: November 24.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie,  
LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Indians — Treaty rights — Crown's duty to consult — Crown exercising its treaty right and "taking up" surrendered lands to build winter road to meet regional transportation needs — Proposed road reducing territory over which Mikisew Cree First Nation would be entitled to exercise its treaty rights to hunt, fish and trap — Whether Crown had duty to consult Mikisew — If so, whether Crown discharged its duty — Treaty No. 8.*

*Crown — Honour of Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples.*

*Appeal — Role of intervenor — New argument.*

**Première nation crie Mikisew** *Appelante*

*c.*

**Sheila Copps, ministre du Patrimoine  
canadien, et Thebacha Road  
Society** *Intimées*

et

**Procureur général de la Saskatchewan,  
procureur général de l'Alberta, Nation crie  
de Big Island Lake, Lesser Slave Lake Indian  
Regional Council, Premières nations de  
l'Alberta signataires du Traité n° 8, Treaty  
8 Tribal Association, Premières nations de  
Blueberry River et Assemblée des Premières  
Nations** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION CRIE MIKISEW c.  
CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN)**

**Référence neutre : 2005 CSC 69.**

N° du greffe : 30246.

2005 : 14 mars; 2005 : 24 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major,  
Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et  
Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Indiens — Droits issus de traités — Obligation de consultation de la Couronne — Exercice par la Couronne du droit issu du traité et « prise » de terres cédées afin de construire une route d'hiver pour répondre aux besoins régionaux en matière de transport — Route proposée réduisant le territoire sur lequel la Première nation crie Mikisew aurait le droit d'exercer ses droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité — La Couronne avait-elle l'obligation de consulter les Mikisew? — Dans l'affirmative, la Couronne s'est-elle acquittée de cette obligation? — Traité n° 8.*

*Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones.*

*Appel — Rôle de l'intervenant — Nouvel argument.*

Under Treaty 8, made in 1899, the First Nations who lived in the area surrendered to the Crown 840,000 square kilometres of what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, north-western Saskatchewan and the southern portion of the Northwest Territories, an area whose size dwarfs France, exceeds Manitoba, Saskatchewan and Alberta and approaches the size of British Columbia. In exchange for this surrender, the First Nations were promised reserves and some other benefits including, most importantly to them, the rights to hunt, trap and fish throughout the land surrendered to the Crown except “such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes”.

The Mikisew Reserve is located within Treaty 8 in what is now Wood Buffalo National Park. In 2000, the federal government approved a winter road, which was to run through the Mikisew’s reserve, without consulting them. After the Mikisew protested, the road alignment was modified (but without consultation) to track around the boundary of the reserve. The total area of the road corridor is approximately 23 square kilometres. The Mikisew’s objection to the road goes beyond the direct impact of closure to hunting and trapping of the area covered by the winter road and included the injurious affection it would have on their traditional lifestyle which was central to their culture. The Federal Court, Trial Division set aside the Minister’s approval based on breach of the Crown’s fiduciary duty to consult with the Mikisew adequately and granted an interlocutory injunction against constructing the winter road. The court held that the standard public notices and open houses which were given were not sufficient and that the Mikisew were entitled to a distinct consultation process. The Federal Court of Appeal set aside the decision and found, on the basis of an argument put forward by an intervener, that the winter road was properly seen as a “taking up” of surrendered land pursuant to the treaty rather than an infringement of it. This judgment was delivered before the release of this Court’s decisions in *Haida Nation* and *Taku River Tlingit First Nation*.

*Held:* The appeal should be allowed. The duty of consultation, which flows from the honour of the Crown, was breached.

Aux termes du Traité n° 8 signé en 1899, les premières nations qui vivaient dans la région ont cédé à la Couronne 840 000 kilomètres carrés de terres situées dans ce qui est maintenant le nord de l’Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et la partie sud des Territoires du Nord-Ouest, une superficie de très loin supérieure à celle de la France, qui excède celle du Manitoba, de la Saskatchewan ou de l’Alberta et qui équivaut presque à celle de la Colombie-Britannique. En contrepartie de cette cession, on a promis aux premières nations des réserves et certains autres avantages, les plus importants pour eux étant les droits de chasse, de pêche et de piégeage sur tout le territoire cédé à la Couronne à l’exception de « tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d’établissements, de mine, d’opérations forestières, de commerce ou autres objets ».

La réserve des Mikisew se trouve sur le territoire visé par le Traité n° 8 dans ce qui est maintenant le parc national Wood Buffalo. En 2000, le gouvernement fédéral a approuvé la construction d’une route d’hiver, qui devait traverser la réserve des Mikisew, sans consulter ceux-ci. À la suite des protestations des Mikisew, le tracé de la route a été modifié (mais sans consultation) de manière à ce qu’il longe la limite de la réserve. La superficie totale du corridor de la route est d’environ 23 kilomètres carrés. L’objection des Mikisew à la construction de la route va au-delà de l’effet direct qu’aurait l’interdiction de chasser et de piéger dans le secteur visé par la route d’hiver et porte sur le préjudice causé au mode de vie traditionnel qui est essentiel à leur culture. La Section de première instance de la Cour fédérale a annulé l’approbation de la ministre en se fondant sur la violation de l’obligation de fiduciaire de la Couronne de consulter adéquatement les Mikisew et a accordé une injonction interlocutoire interdisant la construction de la route d’hiver. La cour a conclu que les avis publics types et la tenue de séances portes ouvertes n’étaient pas suffisants et que les Mikisew avaient droit à un processus de consultation distinct. La Cour d’appel fédérale a annulé cette décision et a conclu, en s’appuyant sur un argument présenté par un intervenant, que la route d’hiver constituait plus justement une « prise » de terres cédées effectuée conformément au traité plutôt qu’une violation de celui-ci. Cette décision a été rendue avant que notre Cour se prononce dans les affaires *Nation Haida* et *Première nation Tlingit de Taku River*.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli. L’obligation de consultation qui découle du principe de l’honneur de la Couronne n’a pas été respectée.

The government's approach, rather than advancing the process of reconciliation between the Crown and the Treaty 8 First Nations, undermined it. [4]

When the Crown exercises its Treaty 8 right to "take up" land, its duty to act honourably dictates the content of the process. The question in each case is to determine the degree to which conduct contemplated by the Crown would adversely affect the rights of the aboriginal peoples to hunt, fish and trap so as to trigger the duty to consult. Accordingly, where the court is dealing with a proposed "taking up", it is not correct to move directly to a *Sparrow* justification analysis even if the proposed measure, if implemented, would infringe a First Nation treaty right. The Court must first consider the process and whether it is compatible with the honour of the Crown. [33-34] [59]

The Crown, while it has a treaty right to "take up" surrendered lands, is nevertheless under the obligation to inform itself on the impact its project will have on the exercise by the Mikisew of their treaty hunting, fishing and trapping rights and to communicate its findings to the Mikisew. The Crown must then attempt to deal with the Mikisew in good faith and with the intention of substantially addressing their concerns. The duty to consult is triggered at a low threshold, but adverse impact is a matter of degree, as is the extent of the content of the Crown's duty. Under Treaty 8, the First Nation treaty rights to hunt, fish and trap are therefore limited not only by geographical limits and specific forms of government regulation, but also by the Crown's right to take up lands under the treaty, subject to its duty to consult and, if appropriate, to accommodate the concerns of the First Nation affected. [55-56]

Here, the duty to consult is triggered. The impacts of the proposed road were clear, established, and demonstrably adverse to the continued exercise of the Mikisew hunting and trapping rights over the lands in question. Contrary to the Crown's argument, the duty to consult was not discharged in 1899 by the pre-treaty negotiations. [54-55]

However, given that the Crown is proposing to build a fairly minor winter road on surrendered lands where the Mikisew treaty rights are expressly subject to the

La démarche adoptée par le gouvernement a nui au processus de réconciliation entre la Couronne et les premières nations signataires du Traité n° 8 plutôt que de le faire progresser. [4]

Lorsque la Couronne exerce son droit issu du Traité n° 8 de « prendre » des terres, son obligation d'agir honnêtement dicte le contenu du processus. La question dans chaque cas consiste à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Autochtones de manière à rendre applicable l'obligation de consulter. Par conséquent, dans les cas où la Cour est en présence d'une « prise » projetée, il n'est pas indiqué de passer directement à une analyse de la justification fondée sur l'arrêt *Sparrow* même si on a conclu que la mesure envisagée, si elle était mise en œuvre, porterait atteinte à un droit issu du traité de la première nation. La Cour doit d'abord examiner le processus et se demander s'il est compatible avec l'honneur de la Couronne. [33-34] [59]

Même si le traité lui accorde un droit de « prendre » des terres cédées, la Couronne a néanmoins l'obligation de s'informer de l'effet qu'aura son projet sur l'exercice, par les Mikisew, de leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage et de leur communiquer ses constatations. La Couronne doit alors s'efforcer de traiter avec les Mikisew de bonne foi et dans l'intention de tenir compte réellement de leurs préoccupations. L'obligation de consultation est vite déclenchée, mais l'effet préjudiciable et l'étendue du contenu de l'obligation de la Couronne sont des questions de degré. En vertu du Traité n° 8, les droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité de la première nation sont par conséquent restreints non seulement par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale, mais aussi le droit pour la Couronne de prendre des terres aux termes du traité, sous réserve de son obligation de tenir des consultations et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts de la première nation. [55-56]

En l'espèce, l'obligation de consultation est déclenchée. Les effets de la route proposée étaient clairs, démontrés et manifestement préjudiciables à l'exercice ininterrompu des droits de chasse et de piégeage des Mikisew sur les terres en question. Contrairement à ce qu'elle prétend, la Couronne ne s'est pas acquittée de l'obligation de consultation en 1899 lors des négociations qui ont précédé le traité. [54-55]

Cependant, étant donné que la Couronne se propose de construire une route d'hiver relativement peu importante sur des terres cédées où les droits issus du

“taking up” limitation, the content of the Crown’s duty of consultation in this case lies at the lower end of the spectrum. The Crown is required to provide notice to the Mikisew and to engage directly with them. This engagement should include the provision of information about the project, addressing what the Crown knew to be the Mikisew’s interests and what the Crown anticipated might be the potential adverse impact on those interests. The Crown must also solicit and listen carefully to the Mikisew’s concerns, and attempt to minimize adverse impacts on its treaty rights. [64]

The Crown did not discharge its obligations when it unilaterally declared the road re-alignment would be shifted from the reserve itself to a track along its boundary. It failed to demonstrate an intention of substantially addressing aboriginal concerns through a meaningful process of consultation. [64-67]

The Attorney General of Alberta did not overstep the proper role of an intervenor when he raised before the Federal Court of Appeal a fresh argument on the central issue of whether the Minister’s approval of the winter road infringed Treaty 8. It is always open to an intervenor to put forward any legal argument in support of what it submits is the correct legal conclusion on an issue properly before the court provided that in doing so its legal argument does not require additional facts not proven in evidence at trial, or raise an argument that is otherwise unfair to one of the parties. [40]

## Cases Cited

**Considered:** *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74; **distinguished:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **referred to:** *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470; *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462; *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19; *Province of Ontario v. Dominion of*

traité des Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise », le contenu de l’obligation de consultation de la Couronne se situe plutôt au bas du continuum. La Couronne doit aviser les Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux. Ce dialogue devrait comporter la communication de renseignements au sujet du projet traitant des intérêts des Mikisew connus de la Couronne et de l’effet préjudiciable que le projet risquait d’avoir, selon elle, sur ces intérêts. La Couronne doit aussi demander aux Mikisew d’exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s’efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur les droits issus du traité des Mikisew. [64]

La Couronne n’a pas respecté ses obligations lorsqu’elle a déclaré unilatéralement que le tracé de la route serait déplacé de la réserve elle-même à une bande de terre à la limite de celle-ci. Elle n’a pas réussi à démontrer qu’elle avait l’intention de tenir compte réellement des préoccupations des Autochtones dans le cadre d’un véritable processus de consultation. [64-67]

Le procureur général de l’Alberta n’a pas outrepassé le rôle d’un intervenant lorsqu’il a soulevé devant la Cour d’appel fédérale un nouvel argument pertinent à la question qui était au cœur du litige, à savoir si l’approbation de la route d’hiver par la ministre violait le Traité n° 8. Un intervenant peut toujours présenter un argument juridique à l’appui de ce qu’il prétend être la bonne conclusion juridique à l’égard d’une question dont la cour est régulièrement saisie pourvu que son argument juridique ne fasse pas appel à des faits additionnels qui n’ont pas été prouvés au procès, ou qu’il ne soulève pas un argument qui est par ailleurs injuste pour l’une des parties. [40]

## Jurisprudence

**Arrêts examinés :** *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74; **distinction d’avec l’arrêt :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470; *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462; *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19; *Province of*



*Canada* (1895), 25 S.C.R. 434; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Natural Resources Transfer Agreement, 1930* (Alberta) (Schedule of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26), para. 10.  
*Wood Buffalo National Park Game Regulations*, SOR/78-830, s. 36(5).

### Treaties and Proclamations

*Royal Proclamation* (1763), R.S.C. 1985, App. II, No. 1. Treaty No. 8 (1899).

### Authors Cited

Mair, Charles. *Through the Mackenzie Basin: A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*. Toronto: William Briggs, 1908.  
*Report of Commissioners for Treaty No. 8, in Treaty No. 8 made June 21, 1899 and Adhesions, Reports, etc.*, reprinted from 1899 edition. Ottawa: Queen's Printer, 1966.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Rothstein, Sexton and Sharlow J.J.A.), [2004] 3 F.C.R. 436, 236 D.L.R. (4th) 648, 317 N.R. 258, [2004] 2 C.N.L.R. 74, [2004] F.C.J. No. 277 (QL), 2004 FCA 66, reversing a judgment of Hansen J. (2001), 214 F.T.R. 48, [2002] 1 C.N.L.R. 169, [2001] F.C.J. No. 1877 (QL), 2001 FCT 1426. Appeal allowed.

*Jeffrey R. W. Rath and Allisun Taylor Rana*, for the appellant.

*Cheryl J. Tobias and Mark R. Kindrachuk, Q.C.*, for the respondent Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage.

No one appeared for the respondent the Thebacha Road Society.

*P. Mitch McAdam*, for the intervenor the Attorney General for Saskatchewan.

*Robert J. Normey and Angela J. Brown*, for the intervenor the Attorney General of Alberta.

*Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433.

### Lois et règlements cités

*Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930* (Alberta) (annexe de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26), par. 10.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffalo*, DORS/78-830, art. 36(5).

### Traités et proclamations

*Proclamation royale* (1763), L.R.C. 1985, app. II, n° 1. Traité n° 8 (1899).

### Doctrine citée

Mair, Charles. *Through the Mackenzie Basin: A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*. Toronto : William Briggs, 1908.  
*Rapport des commissaires sur le Traité n° 8, dans Traité n° 8 conclu le 21 juin 1899 et adhésions, rapports et autres documents annexés*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Rothstein, Sexton et Sharlow), [2004] 3 R.C.F. 436, 236 D.L.R. (4th) 648, 317 N.R. 258, [2004] 2 C.N.L.R. 74, [2004] A.C.F. n° 277 (QL), 2004 CAF 66, qui a infirmé un jugement de la juge Hansen (2001), 214 F.T.R. 48, [2002] 1 C.N.L.R. 169, [2001] A.C.F. n° 1877 (QL), 2001 CFPI 1426. Pourvoi accueilli.

*Jeffrey R. W. Rath et Allisun Taylor Rana*, pour l'appelante.

*Cheryl J. Tobias et Mark R. Kindrachuk, c.r.*, pour l'intimée Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien.

Personne n'a comparu pour l'intimée Thebacha Road Society.

*P. Mitch McAdam*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Robert J. Normey et Angela J. Brown*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*James D. Jodouin and Gary L. Bainbridge*, for the intervener the Big Island Lake Cree Nation.

*Allan Donovan and Bram Rogachevsky*, for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

*Robert C. Freedman and Dominique Nouvet*, for the intervener the Treaty 8 First Nations of Alberta.

*E. Jack Woodward and Jay Nelson*, for the intervener the Treaty 8 Tribal Association.

*Thomas R. Berger, Q.C.*, and *Gary A. Nelson*, for the intervener the Blueberry River First Nations.

*Jack R. London, Q.C.*, and *Bryan P. Schwartz*, for the intervener the Assembly of First Nations.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The fundamental objective of the modern law of aboriginal and treaty rights is the reconciliation of aboriginal peoples and non-aboriginal peoples and their respective claims, interests and ambitions. The management of these relationships takes place in the shadow of a long history of grievances and misunderstanding. The multitude of smaller grievances created by the indifference of some government officials to aboriginal people's concerns, and the lack of respect inherent in that indifference has been as destructive of the process of reconciliation as some of the larger and more explosive controversies. And so it is in this case.

Treaty 8 is one of the most important of the post-Confederation treaties. Made in 1899, the First Nations who lived in the area surrendered to the Crown 840,000 square kilometres of what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and the southern portion of the Northwest Territories. Some idea of the size of this surrender is given by the fact that it dwarfs France (543,998 square kilometres),

*James D. Jodouin et Gary L. Bainbridge*, pour l'intervenante la Nation crie de Big Island Lake.

*Allan Donovan et Bram Rogachevsky*, pour l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

*Robert C. Freedman et Dominique Nouvet*, pour l'intervenante les Premières nations de l'Alberta signataires du Traité n° 8.

*E. Jack Woodward et Jay Nelson*, pour l'intervenante Treaty 8 Tribal Association.

*Thomas R. Berger, c.r.*, et *Gary A. Nelson*, pour l'intervenante Premières nations de Blueberry River.

*Jack R. London, c.r.*, et *Bryan P. Schwartz*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — L'objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités est la réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs. La gestion de ces rapports s'exerce dans l'ombre d'une longue histoire parsemée de griefs et d'incompréhension. La multitude de griefs de moindre importance engendrés par l'indifférence de certains représentants du gouvernement à l'égard des préoccupations des peuples autochtones, et le manque de respect inhérent à cette indifférence, ont causé autant de tort au processus de réconciliation que certaines des controverses les plus importantes et les plus vives. Et c'est le cas en l'espèce.

Le Traité n° 8 est l'un des plus importants traités conclus après la Confédération. Les premières nations qui l'ont signé en 1899 ont cédé à la Couronne une superficie de 840 000 kilomètres carrés de terres situées dans ce qui est maintenant le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et la partie sud des Territoires du Nord-Ouest. Pour donner une idée de l'étendue du territoire cédé, sa superficie est



exceeds the size of Manitoba (650,087 square kilometres), Saskatchewan (651,900 square kilometres) and Alberta (661,185 square kilometres) and approaches the size of British Columbia (948,596 square kilometres). In exchange for this surrender, the First Nations were promised reserves and some other benefits including, most importantly to them, the following rights of hunting, trapping, and fishing:

And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes. [Emphasis added.]

3

In fact, for various reasons (including lack of interest on the part of First Nations), sufficient land was not set aside for reserves for the Mikisew Cree First Nation (the “Mikisew”) until the 1986 Treaty Land Entitlement Agreement, 87 years after Treaty 8 was made. Less than 15 years later, the federal government approved a 118-kilometre winter road that, as originally conceived, ran through the new Mikisew First Nation Reserve at Peace Point. The government did not think it necessary to engage in consultation directly with the Mikisew before making this decision. After the Mikisew protested, the winter road alignment was changed to track the boundary of the Peace Point reserve instead of running through it, again without consultation with the Mikisew. The modified road alignment traversed the traplines of approximately 14 Mikisew families who reside in the area near the proposed road, and others who may trap in that area although they do not live there, and the hunting grounds of as many as 100 Mikisew people whose hunt (mainly of moose), the Mikisew say, would be adversely affected. The fact the proposed winter road directly affects only about 14 Mikisew trappers and perhaps 100 hunters may not seem

de très loin supérieure à celle de la France (543 998 kilomètres carrés), elle excède celle du Manitoba (650 087 kilomètres carrés), de la Saskatchewan (651 900 kilomètres carrés) et de l’Alberta (661 185 kilomètres carrés), et elle équivaut presque à celle de la Colombie-Britannique (948 596 kilomètres carrés). En contrepartie de cette cession, on a promis aux premières nations des réserves et certains autres avantages, y compris, ce qui leur importait le plus, les droits de chasse, de piégeage et de pêche suivants :

[TRADUCTION] Et Sa Majesté la Reine convient par les présentes avec les dits sauvages qu’ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l’étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d’établissements, de mine, d’opérations forestières, de commerce ou autres objets. [Je souligne.]

En fait, pour diverses raisons (y compris un manque d’intérêt de la part des Autochtones), on n’a pas mis de côté suffisamment de terres aux fins d’établissement de réserves pour la Première nation crie Mikisew (les « Mikisew ») avant l’adoption du Treaty Land Entitlement Agreement de 1986, soit 87 ans après la signature du Traité n° 8. Moins de 15 ans plus tard, le gouvernement fédéral a approuvé la construction d’une route d’hiver de 118 kilomètres qui, selon le plan original, traversait la nouvelle réserve de la Première nation Mikisew à Peace Point. Le gouvernement n’a pas jugé nécessaire de consulter directement les Mikisew avant de prendre cette décision. À la suite des protestations de ces derniers, le tracé de la route d’hiver a été modifié de manière à longer la limite de la réserve de Peace Point plutôt que de la traverser, toujours sans que les Mikisew aient été consultés. Le tracé modifié de la route traversait les lignes de piégeage d’environ 14 familles Mikisew vivant dans le secteur voisin de la route projetée, et ceux d’autres personnes pouvant installer des pièges dans ce secteur sans y vivre, ainsi que les territoires de chasse d’une centaine de Mikisew dont les activités de chasse (principalement à

very dramatic (unless you happen to be one of the trappers or hunters in question) but, in the context of a remote northern community of relatively few families, it is significant. Beyond that, however, the principle of consultation in advance of interference with existing treaty rights is a matter of broad general importance to the relations between aboriginal and non-aboriginal peoples. It goes to the heart of the relationship and concerns not only the Mikisew but other First Nations and non-aboriginal governments as well.

In this case, the relationship was not properly managed. Adequate consultation in advance of the Minister's approval did not take place. The government's approach did not advance the process of reconciliation but undermined it. The duty of consultation which flows from the honour of the Crown, and its obligation to respect the existing treaty rights of aboriginal peoples (now entrenched in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*), was breached. The Mikisew appeal should be allowed, the Minister's approval quashed, and the matter returned to the Minister for further consultation and consideration.

#### I. Facts

About 5 percent of the territory surrendered under Treaty 8 was set aside in 1922 as Wood Buffalo National Park. The Park was created principally to protect the last remaining herds of wood bison (or buffalo) in northern Canada and covers 44,807 square kilometres of land straddling the boundary between northern Alberta and southerly parts of the Northwest Territories. It is designated a UNESCO World Heritage Site. The Park itself is larger than Switzerland.

l'original) risquaient, selon les Mikisew, d'être perturbées. Le fait que la route d'hiver projetée ne nuise directement qu'à environ 14 trappeurs Mikisew et quelque 100 chasseurs peut ne pas sembler très dramatique (sauf si vous êtes vous-même un des trappeurs ou des chasseurs en question), mais dans le contexte d'une collectivité éloignée du nord composée d'un nombre relativement restreint de familles, ce fait a de l'importance. Au-delà de tout cela, le principe de tenir des consultations avant de porter atteinte à des droits issus de traités existants constitue néanmoins une question qui revêt une importance générale en ce qui concerne les rapports entre les peuples autochtones et non autochtones. Ce principe touche au cœur de ces rapports et concerne non seulement les Mikisew, mais aussi d'autres premières nations et les gouvernements non autochtones.

En l'espèce, les rapports n'ont pas été bien gérés. Aucune consultation adéquate n'a été tenue avant l'approbation de la ministre. La démarche adoptée par le gouvernement a nui au processus de réconciliation plutôt que de le faire progresser. L'obligation de consultation qui découle du principe de l'honneur de la Couronne, ainsi que l'obligation de celle-ci de respecter les droits issus de traités existants des peuples autochtones (maintenant reconnus à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) ont été violées. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi des Mikisew, d'annuler l'approbation de la ministre et de lui renvoyer le dossier pour qu'elle tienne des consultations et qu'elle en poursuive l'examen.

#### I. Faits

Environ 5 p. 100 du territoire cédé en vertu du Traité n° 8 a été réservé en 1922 pour la création du parc national Wood Buffalo. Le parc a été créé principalement pour protéger les derniers troupeaux de bisons des bois du nord du Canada et il occupe une superficie de 44 807 kilomètres carrés de part et d'autre de la frontière entre le nord de l'Alberta et la partie du sud des Territoires du Nord-Ouest. Il a été désigné site du patrimoine mondial par l'UNESCO. Le parc est lui-même plus grand que la Suisse.

6

At present, it contains the largest free-roaming, self-regulating bison herd in the world, the last remaining natural nesting area for the endangered whooping crane, and vast undisturbed natural boreal forests. More to the point, it has been inhabited by First Nation peoples for more than over 8,000 years, some of whom still earn a subsistence living by hunting, fishing and commercial trapping within the Park boundaries. The Park includes the traditional lands of the Mikisew. As a result of the Treaty Land Entitlement Agreement, the Peace Point Reserve was formally excluded from the Park in 1988 but of course is surrounded by it.

7

The members of the Mikisew Cree First Nation are descendants of the Crees of Fort Chipewyan who signed Treaty 8 on June 21, 1899. It is common ground that its members are entitled to the benefits of Treaty 8.

*A. The Winter Road Project*

8

The proponent of the winter road is the respondent Thebacha Road Society, whose members include the Town of Fort Smith (located in the Northwest Territories on the northeastern boundary of Wood Buffalo National Park, where the Park headquarters is located), the Fort Smith Métis Council, the Salt River First Nation, and Little Red River Cree First Nation. The advantage of the winter road for these people is that it would provide direct winter access among a number of isolated northern communities and to the Alberta highway system to the south. The trial judge accepted that the government's objective was to meet "regional transportation needs": (2001), 214 F.T.R. 48, 2001 FCT 1426, at para. 115.

*B. The Consultation Process*

9

According to the trial judge, most of the communications relied on by the Minister to demonstrate appropriate consultation were instances of the Mikisew's being provided with standard information about the proposed road in the same form and substance as the communications being distributed to the general public of interested

Il abrite actuellement le plus grand troupeau de bisons en liberté et à reproduction autonome du monde, et on y trouve la dernière aire de nidification naturelle des grues blanches, une espèce menacée, ainsi que de vastes forêts boréales naturelles intactes. Point plus pertinent encore, des Autochtones y habitent depuis plus de 8 000 ans et certains d'entre eux tirent encore leur subsistance de la chasse, de la pêche et du piégeage commercial pratiqués dans les limites du parc. Les terres ancestrales des Mikisew se trouvent dans le parc. Par l'effet du Treaty Land Entitlement Agreement, la réserve de Peace Point a été formellement exclue du parc en 1988, mais évidemment celui-ci entoure la réserve.

Les membres de la Première nation crie Mikisew sont des descendants des Cris de Fort Chipewyan qui ont signé le Traité n° 8 le 21 juin 1899. Il est établi que ses membres ont droit aux avantages conférés par le Traité n° 8.

*A. Le projet de route d'hiver*

La promotrice de la route d'hiver est l'intimée Thebacha Road Society, dont les membres comprennent la ville de Fort Smith (située dans les Territoires du Nord-Ouest, à la limite nord-est du parc national Wood Buffalo, où se trouve le centre administratif du parc), le Conseil des Métis de Fort Smith, la Première nation de Salt River et la Première nation crie de Little Red River. Pour ces gens, la route d'hiver présente l'avantage d'offrir un accès hivernal direct à un certain nombre de collectivités nordiques isolées et au réseau routier de l'Alberta au sud. La juge de première instance a reconnu que l'objectif du gouvernement était de répondre à des « besoins régionaux en matière de transport » : [2001] A.C.F. n° 1877 (QL), 2001 CFPI 1426, par. 115.

*B. Le processus de consultation*

Selon la juge de première instance, pour démontrer qu'une consultation appropriée avait été tenue, la ministre s'est appuyée sur le fait que la plupart des communications avec les Mikisew consistaient à leur fournir les mêmes renseignements généraux concernant le projet de route que ceux distribués à l'ensemble des parties intéressées, et ce, tant sur

stakeholders. Thus Parks Canada acting for the Minister, provided the Mikisew with the Terms of Reference for the environmental assessment on January 19, 2000. The Mikisew were advised that open house sessions would take place over the summer of 2000. The Minister says that the first formal response from the Mikisew did not come until October 10, 2000, some two months after the deadline she had imposed for “public” comment. Chief Poitras stated that the Mikisew did not formally participate in the open houses, because “an open house is not a forum for us to be consulted adequately”.

Apparently, Parks Canada left the proponent Thebacha Road Society out of the information loop as well. At the end of January 2001, it advised Chief Poitras that it had just been informed that the Mikisew did not support the road. Up to that point, Thebacha had been led to believe that the Mikisew had no objection to the road’s going through the reserve. Chief Poitras wrote a further letter to the Minister on January 29, 2001 and received a standard-form response letter from the Minister’s office stating that the correspondence “will be given every consideration”.

Eventually, after several more miscommunications, Parks Canada wrote Chief Poitras on April 30, 2001, stating in part: “I apologize to you and your people for the way in which the consultation process unfolded concerning the proposed winter road and any resulting negative public perception of the [Mikisew Cree First Nation].” At that point, in fact, the decision to approve the road with a modified alignment had already been taken.

On May 25, 2001, the Minister announced on the Parks Canada website that the Thebacha Road Society was authorized to build a winter road 10 metres wide with posted speed limits ranging from 10 to 40 kilometres per hour. The approval was said to be in accordance with “Parks Canada plans and policy” and “other federal laws and regulations”.

le plan de la forme que du contenu. Le 19 janvier 2000, Parcs Canada a ainsi remis aux Mikisew, pour le compte de la ministre, le cadre de référence pour l’évaluation environnementale. Les Mikisew ont été informés que des séances portes ouvertes seraient tenues au cours de l’été 2000. La ministre affirme n’avoir reçu aucune réponse officielle des Mikisew avant le 10 octobre 2000, soit environ deux mois après l’expiration du délai qu’elle avait fixé pour la présentation des commentaires « publics ». Le chef Poitras a déclaré que les Mikisew n’avaient pas participé officiellement aux séances portes ouvertes parce que [TRADUCTION] « les séances portes ouvertes ne sont pas un moyen adéquat de nous consulter ».

Apparemment, Parcs Canada n’a pas mis la promotrice Thebacha Road Society dans le coup non plus. À la fin de janvier 2001, cette dernière a informé le chef Poitras qu’elle venait tout juste d’apprendre que les Mikisew n’appuyaient pas le projet de route. Jusque-là, on avait donné à entendre à Thebacha Road Society que les Mikisew ne s’opposaient pas à ce que la route traverse la réserve. Le 29 janvier 2001, le chef Poitras a écrit une autre lettre à la ministre et a reçu du cabinet de la ministre une réponse type disant [TRADUCTION] qu’« il sera[it] donné suite à la lettre avec toute l’attention requise ».

Finalement, le 30 avril 2001, après plusieurs autres malentendus, Parcs Canada a écrit au chef Poitras une lettre où on pouvait lire notamment ce qui suit : [TRADUCTION] « Je vous fais, à vous et à votre peuple, mes excuses pour la façon dont s’est déroulé le processus de consultation relatif au projet de route d’hiver et pour toute perception publique négative de la [Première nation crie Mikisew]. » En fait, la décision d’approuver une route au tracé modifié avait déjà été prise à ce moment-là.

Le 25 mai 2001, la ministre a annoncé sur le site Web de Parcs Canada que Thebacha Road Society était autorisée à construire une route d’hiver d’une largeur de 10 mètres dont les vitesses limites affichées seraient de 10 à 40 kilomètres à l’heure. Selon cette annonce, l’autorisation était conforme [TRADUCTION] « aux plans et politiques de Parcs

10

11

12

No reference was made to any obligations to the Mikisew.

13 The Minister now says the Mikisew ought not to be heard to complain about the process of consultation because they declined to participate in the public process that took place. Consultation is a two-way street, she says. It was up to the Mikisew to take advantage of what was on offer. They failed to do so. In the Minister's view, she did her duty.

14 The proposed winter road is wide enough to allow two vehicles to pass. Pursuant to s. 36(5) of the *Wood Buffalo National Park Game Regulations*, SOR/78-830, creation of the road would trigger a 200-metre wide corridor within which the use of firearms would be prohibited. The total area of this corridor would be approximately 23 square kilometres.

15 The Mikisew objection goes beyond the direct impact of closure of the area covered by the winter road to hunting and trapping. The surrounding area would be, the trial judge found, injuriously affected. Maintaining a traditional lifestyle, which the Mikisew say is central to their culture, depends on keeping the land around the Peace Point reserve in its natural condition and this, they contend, is essential to allow them to pass their culture and skills on to the next generation of Mikisew. The detrimental impact of the road on hunting and trapping, they argue, may simply prove to be one more incentive for their young people to abandon a traditional lifestyle and turn to other modes of living in the south.

16 The Mikisew applied to the Federal Court to set aside the Minister's approval based on their view of the Crown's fiduciary duty, claiming that the Minister owes "a fiduciary and constitutional duty to adequately consult with Mikisew Cree First Nation with regard to the construction of the road" (trial judge, at para. 26).

Canada » et à « d'autres lois et règlements fédéraux ». Il n'était aucunement fait mention d'une quelconque obligation envers les Mikisew.

La ministre affirme maintenant que les Mikisew sont mal venus de se plaindre du processus de consultation puisqu'ils ont refusé de participer au processus public qui a été mis en place. La consultation, affirme-t-elle, doit se faire dans les deux sens. Il n'en tenait qu'à eux de profiter de ce qu'on leur offrait. Ils ne l'ont pas fait. À son avis, elle s'est acquittée de son obligation.

La route d'hiver projetée est suffisamment large pour permettre le passage de deux véhicules. Par application du par. 36(5) du *Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffalo*, DORS/78-830, l'aménagement de la route aurait pour effet de créer un corridor de 200 mètres de large à l'intérieur duquel il serait interdit d'utiliser des armes à feu. Ce corridor aurait une superficie totale d'environ 23 kilomètres carrés.

L'objection des Mikisew va bien au-delà de l'effet direct qu'aurait l'interdiction de chasser et de piéger dans le secteur visé par la route d'hiver. Selon la conclusion de la juge de première instance, le secteur environnant subirait un effet préjudiciable. Le maintien d'un mode de vie traditionnel, lequel est, au dire des Mikisew, essentiel à leur culture, dépend de la conservation des terres entourant la réserve de Peace Point dans leur état naturel, ce qui, soutiennent-ils, est nécessaire pour leur permettre de transmettre leur culture et leur savoir à la prochaine génération. L'effet préjudiciable de la route sur la chasse et le piégeage, affirment-ils, pourrait s'avérer constituer, pour leurs jeunes, une incitation de plus à abandonner leur mode de vie traditionnel pour se tourner vers d'autres modes de vie du sud.

Les Mikisew ont demandé à la Cour fédérale d'annuler l'approbation de la ministre en se fondant sur leur conception de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, faisant valoir que la ministre est tenue à [TRADUCTION] « une obligation fiduciaire et [constitutionnelle] de consulter [adéquatement] la Première nation crie Mikisew au sujet de la construction de la route » (la juge de première instance, par. 26).



An interlocutory injunction against construction of the winter road was issued by the Federal Court, Trial Division on August 27, 2001.

## II. Relevant Enactments

### *Constitution Act, 1982*

**35.** (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

## III. Judicial History

### A. *Federal Court, Trial Division* ((2001), 214 F.T.R. 48, 2001 FCT 1426)

Hansen J. held that the lands included in Wood Buffalo National Park were not “taken up” by the Crown within the meaning of Treaty 8 because the use of the lands as a national park did not constitute a “visible use” incompatible with the existing rights to hunt and trap (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025). The proposed winter road and its 200-metre “[no] firearm” corridor would adversely impact the Mikisew’s treaty rights. These rights received constitutional protection in 1982, and any infringements must be justified in accordance with the test in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. In Hansen J.’s view, the Minister’s decision to approve the road infringed the Mikisew’s Treaty 8 rights and could not be justified under the *Sparrow* test.

In particular, the trial judge held that the standard public notices and open houses which were given were not sufficient. The Mikisew were entitled to a distinct consultation process. She stated at paras. 170-71:

The applicant complains that the mitigation measures attached to the Minister’s decision were not developed in consultation with Mikisew and were not designed to minimize impacts on Mikisew’s rights. I

Le 27 août 2001, la Section de première instance de la Cour fédérale a accordé une injonction interlocutoire interdisant la construction de la route d’hiver.

## II. Dispositions pertinentes

### *Loi constitutionnelle de 1982*

**35.** (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

## III. Historique judiciaire

### A. *Section de première instance de la Cour fédérale* ([2001] A.C.F. n° 1877 (QL), 2001 CFPI 1426)

La juge Hansen a conclu que les terres comprises dans le parc national de Wood Buffalo n’avaient pas été « prises » par la Couronne au sens du Traité n° 8 puisque l’utilisation de ces terres comme parc national ne constituait pas une « utilisation visible » non compatible avec le droit de chasser et de piéger existant (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025). La route d’hiver projetée et son corridor de 200 mètres « [sans] armes à feu » aurait un effet préjudiciable sur les droits issus du traité des Mikisew. Ces droits ont reçu une protection constitutionnelle en 1982, et toute atteinte à ces droits doit être justifiée conformément au critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Selon la juge Hansen, la décision de la ministre d’approuver la route portait atteinte aux droits issus du Traité n° 8 des Mikisew et ne pouvait être justifiée suivant le critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow*.

Plus particulièrement, la juge de première instance a conclu que les avis publics types et la tenue de séances portes ouvertes n’étaient pas suffisants. Les Mikisew avaient droit à un processus de consultation distinct. Elle a affirmé ce qui suit (par. 170-171) :

La demanderesse critique les mesures d’atténuation accompagnant la décision de la Ministre parce qu’elles n’ont pas été élaborées en consultation avec les Mikisew et qu’elles n’étaient pas conçues pour minimiser les

17

18

19

20

agree. Even the realignment, apparently adopted in response to Mikisew's objections, was not developed in consultation with Mikisew. The evidence does not establish that any consideration was given to whether the new route would minimize impacts on Mikisew's treaty rights. The evidence of Chief George Poitras highlighted an air of secrecy surrounding the realignment, a process that should have included a transparent consideration of Mikisew's concerns.

Parks Canada admitted it did not consult with Mikisew about the route for the realignment, nor did it consider the impacts of the realignment on Mikisew trappers' rights.

21 Accordingly, the trial judge allowed the application for judicial review and quashed the Minister's approval.

B. *Federal Court of Appeal* ([2004] 3 F.C.R. 436, 2004 FCA 66)

22 Rothstein J.A., with whom Sexton J.A. agreed, allowed the appeal and restored the Minister's approval. He did so on the basis of an argument brought forward by the Attorney General of Alberta as an intervener on the appeal. The argument was that Treaty 8 expressly contemplated the "taking up" of surrendered lands for various purposes, including roads. The winter road was more properly seen as a "taking up" pursuant to the Treaty rather than an infringement of it. As Rothstein J.A. held:

Where a limitation expressly provided for by a treaty applies, there is no infringement of the treaty and thus no infringement of section 35. This is to be contrasted with the case where the limitations provided by the treaty do not apply but the government nevertheless seeks to limit the treaty right. In such a case, the *Sparrow* test must be satisfied in order for the infringement to be constitutionally permissible. [para. 21]

Rothstein J.A. also held that there was no obligation on the Minister to consult with the Mikisew about the road, although to do so would be "good practice" (para. 24). (This opinion was delivered before the release of this Court's decisions in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*,

empiétements sur leurs droits. Je partage ce point de vue. Même la bifurcation du tracé, apparemment adoptée par suite des objections élevées par les Mikisews, n'a pas été faite en consultation avec la Première nation. La preuve n'établit pas qu'on ait pris le moindrement en considération la question de savoir si la nouvelle route porterait le moins possible atteinte aux droits issus de traité des Mikisews. La déposition du chef Poitras met en évidence l'atmosphère de secret qui entourait le tracé de la bifurcation, alors que ce processus aurait dû comporter l'examen, en toute transparence, des préoccupations des Mikisews.

Parcs Canada a reconnu qu'il n'avait pas consulté les Mikisews au sujet du tracé de la bifurcation et qu'il n'avait pas non plus pris en considération les incidences du nouveau tracé sur les droits des trappeurs mikisews.

La juge de première instance a donc accueilli la demande de contrôle judiciaire et annulé l'approbation de la ministre.

B. *Cour d'appel fédérale* ([2004] 3 R.C.F. 436, 2004 CAF 66)

Le juge Rothstein, avec l'accord du juge Sexton, a accueilli l'appel et rétabli l'approbation de la ministre. Il s'est appuyé sur un argument présenté par le procureur général de l'Alberta, intervenant dans l'appel. Selon cet argument, le Traité n° 8 prévoyait expressément la « prise » de terres cédées pour différentes fins, y compris la construction de routes. Il était plus juste de considérer la route d'hiver comme une « prise » effectuée en application du traité plutôt que comme une violation de celui-ci. Selon la conclusion du juge Rothstein :

Lorsqu'une limitation expressément prévue par un traité s'applique, le traité n'est pas violé et l'article 35 n'est donc pas non plus violé. Il faut faire la distinction avec le cas où les limitations prévues par le traité ne s'appliquent pas, mais où le gouvernement cherche néanmoins à limiter le droit issu du traité. En pareil cas, il faut satisfaire au critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow* pour que l'atteinte soit permise sur le plan constitutionnel. [par. 21]

Le juge Rothstein a également conclu que la ministre n'était tenue à aucune obligation de consulter les Mikisew au sujet de la route, bien qu'il soit de « bonne pratique » de le faire (par. 24). (Cette décision a été rendue avant que notre Cour se prononce dans les affaires *Nation Haïda c.*

[2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74.)

Sharlow J.A., in dissenting reasons, agreed with the trial judge that the winter road approval was itself a *prima facie* infringement of the Treaty 8 rights and that the infringement had not been justified under the *Sparrow* test. The Crown's obligation as a fiduciary must be considered. The failure of the Minister's staff at Parks Canada to engage in meaningful consultation was fatal to the Crown's attempt at justification. She wrote:

In this case, there is no evidence of any good faith effort on the part of the Minister to understand or address the concerns of Mikisew Cree First Nation about the possible effect of the road on the exercise of their Treaty 8 hunting and trapping rights. It is significant, in my view, that Mikisew Cree First Nation was not even told about the realignment of the road corridor to avoid the Peace Point Reserve until after it had been determined that the realignment was possible and reasonable, in terms of environmental impact, and after the road was approved. That invites the inference that the responsible Crown officials believed that as long as the winter road did not cross the Peace Point Reserve, any further objections of the Mikisew Cree First Nation could be disregarded. Far from meaningful consultation, that indicates a complete disregard for the concerns of Mikisew Cree First Nation about the breach of their Treaty 8 rights. [para. 152]

Sharlow J.A. would have dismissed the appeal.

#### IV. Analysis

The post-Confederation numbered treaties were designed to open up the Canadian west and north-west to settlement and development. Treaty 8 itself recites that "the said Indians have been notified and informed by Her Majesty's said Commission that it is Her desire to open for settlement, immigration, trade, travel, mining, lumbering and such other

*Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74.)

En dissidence, la juge Sharlow a souscrit à l'opinion de la juge de première instance selon laquelle l'approbation de la route d'hiver constituait une atteinte *prima facie* aux droits issus du Traité n° 8 et que l'atteinte n'avait pas été justifiée selon le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. L'obligation de fiduciaire de la Couronne doit être prise en compte. L'omission du personnel de la ministre travaillant pour Parcs Canada de procéder à une réelle consultation a été fatale à la tentative de justification de la Couronne. Elle a écrit ce qui suit :

Dans ce cas-ci, rien ne montre que la ministre ait de bonne foi fait des efforts pour comprendre ou examiner les préoccupations que la Première nation crie Mikisew entretenait au sujet de l'effet possible de la route sur l'exercice du droit de chasse et de piégeage qui lui était reconnu par le Traité n° 8. À mon avis, il importe de noter que l'on a informé la Première nation crie Mikisew du nouveau tracé du corridor routier destiné à éviter la réserve de Peace Point qu'une fois qu'il a été conclu que ce nouveau tracé était réalisable et raisonnable, en ce qui concerne les répercussions sur l'environnement, et que la route a été approuvée. On peut en inférer que les représentants responsables de la Couronne croyaient que, dans la mesure où la route d'hiver ne traversait pas la réserve de Peace Point, il était possible de ne faire aucun cas des autres objections soulevées par la Première nation crie Mikisew. Cela est bien loin d'indiquer une consultation réelle, mais indique plutôt que l'on a fait aucun cas des préoccupations qu'entretenait la Première nation crie Mikisew au sujet de l'atteinte aux droits qui lui étaient reconnus par le Traité n° 8. [par. 152]

La juge Sharlow aurait rejeté l'appel.

#### IV. Analyse

Les traités numérotés conclus après la Confédération visaient à permettre la colonisation et le développement de l'Ouest et du Nord-Ouest canadiens. Le Traité n° 8 lui-même précise que [TRADUCTION] « les dits sauvages ont été notifiés et informés par les dits commissaires de Sa Majesté que c'est le désir de Sa Majesté d'ouvrir à



purposes as to Her Majesty may seem meet”. This stated purpose is reflected in a corresponding limitation on the Treaty 8 hunting, fishing and trapping rights to exclude such “tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes”. The “other purposes” would be at least as broad as the purposes listed in the recital, mentioned above, including “travel”.

25

There was thus from the outset an uneasy tension between the First Nations’ essential demand that they continue to be as free to live off the land after the treaty as before and the Crown’s expectation of increasing numbers of non-aboriginal people moving into the surrendered territory. It was seen from the beginning as an ongoing relationship that would be difficult to manage, as the Commissioners acknowledged at an early Treaty 8 negotiation at Lesser Slave Lake in June 1899:

The white man is bound to come in and open up the country, and we come before him to explain the relations that must exist between you, and thus prevent any trouble.

(C. Mair, *Through the Mackenzie Basin: A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*, at p. 61)

As Cory J. explained in *Badger*, at para. 57, “[t]he Indians understood that land would be taken up for homesteads, farming, prospecting and mining and that they would not be able to hunt in these areas or to shoot at the settlers’ farm animals or buildings.”

26

The hunting, fishing and trapping rights were not solely for the benefit of First Nations peoples. It was in the Crown’s interest to keep the aboriginal people living off the land, as the Commissioners themselves acknowledged in their Report on Treaty 8 dated September 22, 1899:

la colonisation, à l’immigration, au commerce, aux voyages, aux opérations minières et forestières et à telles autres fins que Sa Majesté pourra trouver convenables ». Cet énoncé de l’objet se reflète dans une limitation corrélative aux droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du Traité n° 8 visant à exclure tels [TRADUCTION] « terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d’établissements, de mine, d’opérations forestières, de commerce ou autres objets ». Les « autres objets » seraient au moins aussi généraux que les fins mentionnées dans le préambule susmentionné, y compris les « voyages ».

On a donc pu observer, dès le départ, qu’il existait une tension entre l’exigence essentielle posée par les premières nations voulant qu’elles demeurent libres de vivre de la terre autant après qu’avant la signature du traité et le désir de la Couronne d’augmenter le nombre de non autochtones s’établissant dans le territoire cédé. Comme les commissaires l’ont reconnu au début des négociations du Traité n° 8 au Petit lac des Esclaves en juin 1899, ces rapports sont apparus d’entrée de jeu comme des rapports permanents qu’il serait difficile de gérer :

[TRADUCTION] L’homme blanc viendra peupler cette partie du pays et nous venons avant lui pour vous expliquer comment les choses doivent se passer entre vous et pour éviter tout problème.

(C. Mair, *Through the Mackenzie Basin : A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*, p. 61)

Comme le juge Cory l’a expliqué dans l’arrêt *Badger*, par. 57, « [l]es Indiens comprenaient que des terres seraient prises pour y établir des exploitations agricoles ou pour y faire de la prospection et de l’exploitation minières, et qu’ils ne seraient pas autorisés à y chasser ou à tirer sur les animaux de ferme et les bâtiments des colons. »

Les droits de chasse, de pêche et de piégeage ne servaient pas que les intérêts des peuples des premières nations. Comme l’ont reconnu les commissaires eux-mêmes dans leur rapport sur le Traité n° 8 en date du 22 septembre 1899, la Couronne avait intérêt à laisser les peuples autochtones vivre de la terre :

We pointed out that the Government could not undertake to maintain Indians in idleness; that the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to make use of them.

Thus none of the parties in 1899 expected that Treaty 8 constituted a finished land use blueprint. Treaty 8 signalled the advancing dawn of a period of transition. The key, as the Commissioners pointed out, was to “explain the relations” that would govern future interaction “and thus prevent any trouble” (Mair, at p. 61).

#### A. *Interpretation of the Treaty*

The interpretation of the treaty “must be realistic and reflect the intention[s] of both parties, not just that of the [First Nation]” (*Sioui*, at p. 1069). As a majority of the Court stated in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 14:

The Indian parties did not, for all practical purposes, have the opportunity to create their own written record of the negotiations. Certain assumptions are therefore made about the Crown’s approach to treaty making (honourable) which the Court acts upon in its approach to treaty interpretation (flexible) as to the existence of a treaty . . . the completeness of any written record . . . and the interpretation of treaty terms once found to exist . . . . The bottom line is the Court’s obligation is to “choose from among the various possible interpretations of the *common* intention [at the time the treaty was made] the one which best reconciles” the [First Nation] interests and those of the British Crown. [Emphasis in original; citations omitted.]

See also *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43, *per* McLachlin C.J. at paras. 22-24, and *per* LeBel J. at para. 115.

The Minister is therefore correct to insist that the clause governing hunting, fishing and trapping cannot be isolated from the treaty as a whole, but must be read in the context of its underlying purpose, as intended by both the Crown and the First

[TRANSDUCTION] Nous leur fîmes comprendre que le gouvernement ne pouvait entreprendre de faire vivre les sauvages dans l’oisiveté, qu’ils auraient après le traité les mêmes moyens qu’auparavant de gagner leur vie, et qu’on espérait que les sauvages s’en serviraient.

Aucune des parties signataires ne s’attendait donc en 1899 que le Traité n° 8 constitue un plan définitif d’utilisation des terres. Ce traité marquait l’aube d’une période de transition. Il fallait, comme l’ont souligné les commissaires, [TRANSDUCTION] « expliquer comment les choses [devaient] se passer » à l’avenir [TRANSDUCTION] « pour éviter tout problème » (Mair, p. 61).

#### A. *Interprétation du traité*

L’interprétation du traité « doit être réaliste et refléter l’intention des deux parties et non seulement celle [de la première nation] » (*Sioui*, p. 1069). Comme une majorité de notre Cour l’a affirmé dans l’arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14 :

Les parties indiennes n’ont à toutes fins pratiques pas eu la possibilité de créer leurs propres compte-rendus écrits des négociations. Certaines présomptions sont donc appliquées relativement à l’approche suivie par la Couronne dans la conclusion des traités (conduite honorable), présomptions dont notre Cour tient compte dans son approche en matière d’interprétation des traités (souplesse) pour statuer sur l’existence d’un traité [. . .] le caractère exhaustif de tout écrit [. . .] et l’interprétation des conditions du traité, une fois qu’il a été conclu à leur existence. En bout de ligne, la Cour a l’obligation « de choisir, parmi les interprétations de l’intention *commune* [au moment de la conclusion du traité] qui s’offrent à [elle], celle qui concilie le mieux » les intérêts [de la première nation] et ceux de la Couronne britannique. [Souligné dans l’original; références omises.]

Voir également *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, la juge en chef McLachlin, par. 22-24, et le juge LeBel, par. 115.

La ministre a donc raison d’insister sur le fait que la disposition régissant la chasse, la pêche et le piégeage ne peut être dissociée du traité dans son ensemble, mais doit être interprétée en fonction de son objectif sous-jacent, visé tant par la Couronne

27

28

29

Nations peoples. Within that framework, as Cory J. pointed out in *Badger*,

the words in the treaty must not be interpreted in their strict technical sense nor subjected to rigid modern rules of construction. Rather, they must be interpreted in the sense that they would naturally have been understood by the Indians at the time of the signing. [para. 52]

30 In the case of Treaty 8, it was contemplated by all parties that “from time to time” portions of the surrendered land would be “taken up” and transferred from the inventory of lands over which the First Nations had treaty rights to hunt, fish and trap, and placed in the inventory of lands where they did not. Treaty 8 lands lie to the north of Canada and are largely unsuitable for agriculture. The Commissioners who negotiated Treaty 8 could therefore express confidence to the First Nations that, as previously mentioned, “the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it”.

31 I agree with Rothstein J.A. that not every subsequent “taking up” by the Crown constituted an infringement of Treaty 8 that must be justified according to the test set out in *Sparrow*. In *Sparrow*, it will be remembered, the federal government’s fisheries regulations infringed the aboriginal fishing right, and had to be strictly justified. This is not the same situation as we have here, where the aboriginal rights have been surrendered and extinguished, and the Treaty 8 rights are expressly limited to lands not “required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes” (emphasis added). The language of the treaty could not be clearer in foreshadowing change. Nevertheless the Crown was and is expected to manage the change honourably.

32 It follows that I do not accept the *Sparrow*-oriented approach adopted in this case by the trial judge, who relied in this respect on *Halfway River*

que par les peuples des premières nations. Comme l’a fait remarquer le juge Cory dans l’arrêt *Badger*, dans ce contexte

le texte d’un traité ne doit pas être interprété suivant son sens strictement formaliste, ni se voir appliquer les règles rigides d’interprétation modernes. Il faut plutôt lui donner le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l’époque de sa signature. [par. 52]

Dans le cas du Traité n° 8, toutes les parties signataires envisageaient que « de temps à autre » des terres cédées seraient « prises » de l’ensemble des terres sur lesquelles les premières nations avaient des droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité et seraient transférées à l’ensemble des terres sur lesquelles elles n’avaient pas un tel droit. Les terres visées par le Traité n° 8 se trouvent dans le nord du Canada et ne se prêtent pas, pour la plupart, à l’agriculture. Les commissaires qui ont négocié le Traité n° 8 pouvaient donc, comme je l’ai déjà mentionné, assurer aux premières nations qu’elles [TRADUCTION] « auraient après le traité les mêmes moyens qu’auparavant de gagner leur vie ».

Je suis d’accord avec le juge Rothstein pour dire que les « prises » effectuées subséquemment par la Couronne ne constituaient pas toutes une atteinte au Traité n° 8 devant être justifiée conformément au critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow*. Dans cet arrêt, on s’en souviendra, la réglementation sur les pêches du gouvernement fédéral portait atteinte au droit de pêche autochtone et devait être strictement justifiée. La situation n’est pas la même en l’espèce où les droits autochtones ont été cédés et sont éteints, et où les droits issus du Traité n° 8 se limitent expressément aux terrains qui n’ont pas [TRADUCTION] « de temps à autre [ . . . ] [été] requis ou pris pour des fins d’établissements, de mine, d’opérations forestières, de commerce ou autres objets » (je souligne). Le libellé du traité ne peut annoncer plus clairement des changements à venir. Néanmoins, la Couronne était et est encore censée gérer le changement de façon honorable.

Il s’ensuit que je ne peux souscrire à la démarche axée sur le critère énoncé dans *Sparrow* retenue en l’espèce par la juge de première instance, qui s’est

*First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470. In that case, a majority of the British Columbia Court of Appeal held that the government's right to take up land was "by its very nature limited" (para. 138) and "that *any* interference with the right to hunt is a *prima facie* infringement of the Indians' treaty right as protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*" (para. 144 (emphasis in original)) which must be justified under the *Sparrow* test. The Mikisew strongly support the *Halfway River First Nation* test but, with respect, to the extent the Mikisew interpret *Halfway River* as fixing in 1899 the geographic boundaries of the Treaty 8 hunting right, and holding that any post-1899 encroachment on these geographic limits requires a *Sparrow*-type justification, I cannot agree. The Mikisew argument presupposes that Treaty 8 promised continuity of nineteenth century patterns of land use. It did not, as is made clear both by the historical context in which Treaty 8 was concluded and the period of transition it foreshadowed.

#### B. *The Process of Treaty Implementation*

Both the historical context and the inevitable tensions underlying implementation of Treaty 8 demand a *process* by which lands may be transferred from the one category (where the First Nations retain rights to hunt, fish and trap) to the other category (where they do not). The content of the process is dictated by the duty of the Crown to act honourably. Although *Haida Nation* was not a treaty case, McLachlin C.J. pointed out, at paras. 19 and 35:

The honour of the Crown also infuses the processes of treaty making and treaty interpretation. In making and applying treaties, the Crown must act with honour and integrity, avoiding even the appearance of "sharp

fondée à cet égard sur l'arrêt *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470. Dans cette affaire, les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont conclu que le droit du gouvernement de prendre des terres était [TRADUCTION] « limité de par sa nature même » (par. 138) et [TRADUCTION] « que *toute* entrave au droit de chasse constitu[ait] une atteinte *prima facie* au droit issu d'un traité des Indiens protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » (par. 144 (en italique dans l'original)) qui devait être justifiée selon le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. Les Mikisew appuient fortement le critère appliqué dans l'arrêt *Halfway River First Nation*, mais en toute déférence, je ne puis accepter leur interprétation dans la mesure où ils affirment que cet arrêt a fixé en 1899 les limites géographiques du droit de chasse prévu au Traité n° 8, et que tout empiètement sur ces limites géographiques après 1899 exige une justification comme celle requise par l'arrêt *Sparrow*. L'argument des Mikisew suppose que l'on promettait, au Traité n° 8, le maintien des modes d'utilisation des terres établis au XIX<sup>e</sup> siècle. Tel n'est pas le cas, comme l'indiquent clairement tant le contexte historique dans lequel le Traité n° 8 a été conclu que la période de transition qu'il annonçait.

#### B. *Le processus de mise en œuvre du traité*

Tant le contexte historique que les inévitables tensions sous-jacentes à la mise en œuvre du Traité n° 8 commandent un *processus* par lequel des terres peuvent être transférées d'une catégorie (celle des terres sur lesquelles les premières nations conservent des droits de chasse, de pêche et de piégeage) à l'autre (celle des terres sur lesquelles elles n'ont pas ces droits). Le contenu du processus est dicté par l'obligation de la Couronne d'agir honorablement. Même si aucun traité n'était en cause dans l'affaire *Nation Haida*, la juge en chef McLachlin a souligné ce qui suit aux par. 19 et 35 :

L'honneur de la Couronne imprègne également les processus de négociation et d'interprétation des traités. Lorsqu'elle conclut et applique un traité, la Couronne doit agir avec honneur et intégrité, et éviter

dealing” (*Badger*, at para. 41). Thus in *Marshall*, *supra*, at para. 4, the majority of this Court supported its interpretation of a treaty by stating that “nothing less would uphold the honour and integrity of the Crown in its dealings with the Mi’kmaq people to secure their peace and friendship . . .”.

la moindre apparence de « manœuvres malhonnêtes » (*Badger*, par. 41). Ainsi, dans *Marshall*, précité, par. 4, les juges majoritaires de la Cour ont justifié leur interprétation du traité en déclarant que « rien de moins ne saurait protéger l’honneur et l’intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi’kmaq en vue d’établir la paix avec eux et de s’assurer leur amitié . . . ».

But, when precisely does a duty to consult arise? The foundation of the duty in the Crown’s honour and the goal of reconciliation suggest that the duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it.

Mais à quel moment, précisément, l’obligation de consulter prend-elle naissance? L’objectif de conciliation ainsi que l’obligation de consultation, laquelle repose sur l’honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur celui-ci.

34 In the case of a treaty the Crown, as a party, will always have notice of its contents. The question in each case will therefore be to determine the degree to which conduct contemplated by the Crown would adversely affect those rights so as to trigger the duty to consult. *Haida Nation* and *Taku River* set a low threshold. The flexibility lies not in the trigger (“might adversely affect it”) but in the variable content of the duty once triggered. At the low end, “the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice” (*Haida Nation*, at para. 43). The Mikisew say that even the low end content was not satisfied in this case.

Dans le cas d’un traité, la Couronne, en tant que partie, a toujours connaissance de son contenu. La question dans chaque cas consiste donc à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur ces droits de manière à rendre applicable l’obligation de consulter. Le critère retenu dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River* est peu rigoureux. La souplesse ne réside pas tant dans le fait que l’obligation devient applicable (on envisage des mesures « susceptibles d’avoir un effet préjudiciable » sur un droit) que dans le contenu variable de l’obligation une fois que celle-ci s’applique. Au minimum, « les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d’aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l’avis » (*Nation Haïda*, par. 43). Les Mikisew affirment que l’on n’a pas respecté même le contenu minimum de l’obligation en l’espèce.

### C. The Mikisew Legal Submission

### C. L’argument juridique des Mikisew

35 The appellant, the Mikisew, essentially reminded the Court of what was said in *Haida Nation* and *Taku River*. This case, the Mikisew say, is stronger. In those cases, unlike here, the aboriginal interest to the lands was asserted but not yet proven. In this case, the aboriginal interests are protected by Treaty 8. They are established legal facts. As

Les appelants, les Mikisew, ont essentiellement rappelé à la Cour ce qu’elle a dit dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River*. La preuve en l’espèce, affirment-ils, est plus solide. Dans ces affaires, contrairement au présent pourvoi, l’intérêt autochtone sur les terres était revendiqué mais n’était pas encore prouvé. En l’espèce, les intérêts des



in *Haida Nation*, the trial judge found the aboriginal interest was threatened by the proposed development. If a duty to consult was found to exist in *Haida Nation* and *Taku River*, then, *a fortiori*, the Mikisew argue, it must arise here and the majority judgment of the Federal Court of Appeal was quite wrong to characterise consultation between governments and aboriginal peoples as nothing more than a “good practice” (para. 24).

#### D. *The Minister’s Response*

The respondent Minister seeks to distinguish *Haida Nation* and *Taku River*. Her counsel advances three broad propositions in support of the Minister’s approval of the proposed winter road.

1. In “taking up” the 23 square kilometres for the winter road, the Crown was doing no more than Treaty 8 entitled it to do. The Crown as well as First Nations have rights under Treaty 8. The exercise by the Crown of *its* Treaty right to “take up” land is not an infringement of the Treaty but the performance of it.
2. The Crown went through extensive consultations with First Nations in 1899 at the time Treaty 8 was negotiated. Whatever duty of accommodation was owed to First Nations was discharged at that time. The terms of the Treaty do not contemplate further consultations whenever a “taking up” occurs.
3. In the event further consultation was required, the process followed by the Minister through Parks Canada in this case was sufficient.

For the reasons that follow, I believe that each of these propositions must be rejected.

Autochtones sont protégés par le Traité n° 8. Ces intérêts constituent un fait juridique établi. Comme dans l’affaire *Nation Haïda*, la juge de première instance a estimé que le droit des Autochtones était menacé par le développement projeté. Si on a conclu à l’existence d’une obligation de consultation dans les affaires *Nation Haïda* et *Taku River*, les Mikisew soutiennent qu’à plus forte raison, cette obligation doit exister en l’espèce, et que les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont eu bien tort de considérer la consultation entre les gouvernements et les peuples autochtones comme rien de plus qu’une « bonne pratique » (par. 24).

#### D. *La réponse de la ministre*

La ministre intimée tente d’établir une distinction entre la présente affaire et les affaires *Nation Haïda* et *Taku River*. Pour justifier l’approbation qu’elle a donnée au projet de route d’hiver, son avocat avance trois propositions générales.

1. En « prenant » les 23 kilomètres carrés à des fins de construction de la route d’hiver, la Couronne ne faisait que ce que le Traité n° 8 l’autorisait à faire. La Couronne, comme les premières nations, a des droits en vertu du Traité n° 8. L’exercice par la Couronne de *son* droit issu du traité de « prendre » des terres ne constitue pas une violation du traité, mais une exécution de celui-ci.
2. La Couronne a procédé à de vastes consultations auprès des premières nations au moment de la négociation du Traité n° 8 en 1899. Quelle que soit la nature de l’obligation d’accommodement envers les premières nations, elle s’est acquittée de cette obligation à ce moment-là. Les modalités du traité n’exigent pas que l’on procède à de nouvelles consultations chaque fois qu’une « prise » est effectuée.
3. S’il fallait tenir d’autres consultations, le processus suivi en l’espèce par la ministre, par l’intermédiaire de Parcs Canada, était suffisant.

Pour les motifs qui suivent, j’estime que chacune de ces propositions doit être rejetée.

36

37

(1) In “taking up” Land for the Winter Road the Crown Was Doing No More Than It Was Entitled To Do Under the Treaty

(1) En « prenant » des terres pour construire la route d’hiver, la Couronne ne faisait que ce que le traité l’autorisait à faire

38 The majority judgment in the Federal Court of Appeal held that “[w]ith the exceptions of cases where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose express or necessarily implied in the treaty itself cannot be considered an infringement of the treaty right to hunt” (para. 18).

La Cour d’appel fédérale a conclu à la majorité qu’« [à] l’exception des cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu’il ne reste aucun droit réel de chasse, la prise de terres dans un but expressément prévu dans le traité lui-même ou dans un but nécessairement implicite ne peut pas être considérée comme une atteinte au droit de chasse issu du traité » (par. 18).

39 The “Crown rights” argument was initially put forward in the Federal Court of Appeal by the Attorney General of Alberta as an intervenor. The respondent Minister advised the Federal Court of Appeal that, while she did not dispute the argument, “[she] was simply not relying on it” (para. 3). As a preliminary objection, the Mikisew say that an intervenor is not permitted “to widen or add to the points in issue”: *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462, at p. 463. Therefore it was not open to the Federal Court of Appeal (or this Court) to decide the case on this basis.

L’argument fondé sur les « droits de la Couronne » a été présenté pour la première fois devant la Cour d’appel fédérale par le procureur général de l’Alberta qui agissait à titre d’intervenant. La ministre intimée a informé la Cour d’appel fédérale que, même si elle ne contestait pas cet argument, « [elle] ne se fondait tout simplement pas sur cette question » (par. 3). Soulevant une objection préliminaire, les Mikisew affirment qu’il n’est pas permis à un intervenant « d’élargir la portée des questions en litige ou d’y ajouter quoi que ce soit » : *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462, p. 463. Il n’était donc pas loisible à la Cour d’appel fédérale (ou à notre Cour) de trancher l’affaire en se fondant sur cet argument.

(a) *Preliminary Objection: Did the Attorney General of Alberta Overstep the Proper Role of an Intervener?*

a) *Objection préliminaire : le procureur général de l’Alberta a-t-il outrepassé le rôle d’un intervenant?*

40 This branch of the Mikisew argument is, with respect, misconceived. In their application for judicial review, the Mikisew argued that the Minister’s approval of the winter road infringed Treaty 8. The infringement issue has been central to the proceedings. It is always open to an intervenor to put forward any legal argument in support of what it submits is the correct legal conclusion on an issue properly before the Court, provided that in doing so its legal argument does not require additional facts, not proven in evidence at trial or raise an argument that is otherwise unfair to one of the parties. An intervenor is in no worse a position than a party who belatedly discovers some legal

En toute déférence, ce volet de l’argument des Mikisew est mal fondé. Dans leur demande de contrôle judiciaire, les Mikisew ont fait valoir que l’approbation ministérielle de la route d’hiver violait le Traité n° 8. La question de la violation est au cœur de l’instance. Un intervenant peut toujours présenter un argument juridique à l’appui de ce qu’il prétend être la bonne conclusion juridique à l’égard d’une question dont la Cour est régulièrement saisie pourvu que son argument juridique ne fasse pas appel à des faits additionnels qui n’ont pas été prouvés au procès, ou qu’il ne soulève pas un argument qui est par ailleurs injuste pour l’une des parties. L’intervenant n’est pas plus mal placé

argument that it ought to have raised earlier in the proceedings but did not, as in *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516, where Duff J. stated, at p. 539:

A court of appeal, I think, should not give effect to such a point taken for the first time in appeal, unless it be clear that, had the question been raised at the proper time, no further light could have been thrown upon it.

See also *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at paras. 51-52.

Even granting that the Mikisew can fairly say the Attorney General of Alberta frames the non-infringement argument differently than was done by the federal Minister at trial, the Mikisew have still not identified any prejudice. Had the argument been similarly formulated at trial, how could “further light” have been thrown on it by additional evidence? The historical record was fully explored at trial. At this point the issue is one of the rules of treaty interpretation, not evidence. It thus comes within the rule stated in *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19, that “[t]he Court is free to consider a new issue of law on the appeal where it is able to do so without procedural prejudice to the opposing party and where the refusal to do so would risk an injustice” (para. 33). Here the Attorney General of Alberta took the factual record as he found it. The issue of treaty infringement has always been central to the case. Alberta’s legal argument is not one that should have taken the Mikisew by surprise. In these circumstances it would be intolerable if the courts were precluded from giving effect to a correct legal analysis just because it came later rather than sooner and from an intervener rather than a party. To close our eyes to the argument would be to “risk an injustice”.

qu’une partie qui se rend tardivement compte qu’elle aurait dû soulever un argument juridique plus tôt dans l’instance mais qui ne l’a pas fait, comme ce fut le cas dans *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, où le juge Duff a affirmé ce qui suit, à la p. 539 :

[TRADUCTION] Selon moi, un tribunal d’appel ne devrait pas recevoir un tel argument soulevé pour la première fois en appel, à moins qu’il ne soit clair que, même si la question avait été soulevée en temps opportun, elle n’aurait pas été éclaircie davantage.

Voir également *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 51-52.

Même en admettant que les Mikisew puissent à juste titre affirmer que le procureur général de l’Alberta formule l’argument de l’absence de violation d’une manière différente de celle employée par la ministre fédérale en première instance, il reste que les Mikisew n’ont établi aucun préjudice. Si l’argument avait été formulé de la même manière au procès, en quoi aurait-il pu être « éclairci davantage » par des éléments de preuve additionnels? Le dossier historique a été étudié à fond au procès. À ce stade-ci, la question relève des règles d’interprétation des traités, non des règles de preuve. Elle est donc visée par la règle énoncée dans l’arrêt *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19, selon laquelle « [i]l est loisible à la Cour, dans le cadre d’un pourvoi, d’examiner une nouvelle question de droit dans les cas où elle peut le faire sans qu’il en résulte de préjudice d’ordre procédural pour la partie adverse et où son refus de le faire risquerait d’entraîner une injustice » (par. 33). En l’espèce, le procureur général de l’Alberta a pris le dossier factuel dans l’état où il se trouvait. La question de la violation du traité est au cœur du litige depuis le début. L’argument juridique de l’Alberta n’est pas de nature à prendre les Mikisew par surprise. Dans ces circonstances, on ne saurait tolérer que les tribunaux soient empêchés de donner effet à une analyse juridique correcte simplement parce qu’elle a été présentée un peu tard et par un intervenant plutôt que par une partie. Fermer les yeux sur l’argument « risquerait d’entraîner une injustice ».



(b) *The Content of Treaty 8*

42

The “hunting, trapping and fishing” clause of Treaty 8 was extensively reviewed by this Court in *Badger*. In that case Cory J. pointed out that “even by the terms of Treaty No. 8, the Indians’ right to hunt for food was circumscribed by both geographical limitations and by specific forms of government regulation” (para. 37). The members of the First Nations, he continued, “would have understood that land had been ‘required or taken up’ when it was being put to a [visible] use which was incompatible with the exercise of the right to hunt” (para. 53).

[T]he oral promises made by the Crown’s representatives and the Indians’ own oral history indicate that it was understood that land would be taken up and occupied in a way which precluded hunting when it was put to a visible use that was incompatible with hunting. Turning to the case law, it is clear that the courts have also accepted this interpretation and have concluded that whether or not land has been taken up or occupied is a question of fact that must be resolved on a case-by-case basis. [para. 58]

43

While *Badger* noted the “geographic limitation” to hunting, fishing and trapping rights, it did not (as it did not need to) discuss the process by which “from time to time” land would be “taken up” and thereby excluded from the exercise of those rights. The actual holding in *Badger* was that the Alberta licensing regime sought to be imposed on all aboriginal hunters within the Alberta portion of Treaty 8 lands infringed Treaty 8, even though the treaty right was expressly made subject to “regulations as may from time to time be made by the Government”. The Alberta licensing scheme denied to “holders of treaty rights as modified by the [*Natural Resources Transfer Agreement, 1930*] the very means of exercising those rights” (para. 94). It was thus an attempted exercise of regulatory power that went beyond what was reasonably within the contemplation of the parties to the treaty in 1899. (I note parenthetically that the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930* is not at issue in this case as the Mikisew reserve is vested in Her

b) *Le contenu du Traité n° 8*

La disposition du Traité n° 8 qui traite de « la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche » a été examinée en profondeur par notre Cour dans *Badger*. Dans cette affaire, le juge Cory a signalé que « même suivant les termes du Traité n° 8, le droit des Indiens de chasser pour se nourrir était circonscrit par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale » (par. 37). Les membres de la première nation, a-t-il ajouté, « comprenaient que des terres étaient “requisies ou prises” si elles étaient utilisées à des fins [visibles] incompatibles avec l’exercice du droit de chasse » (par. 53).

[I]l ressort des promesses verbales faites par les représentants de la Couronne et de l’histoire orale des Indiens que ceux-ci comprenaient que des terres seraient prises et occupées d’une manière qui les empêcherait d’y chasser, lorsqu’elles feraient l’objet d’une utilisation visible et incompatible avec la pratique de la chasse. Pour ce qui est de la jurisprudence, il est évident que les tribunaux ont souscrit à cette interprétation et conclu que la question de savoir si une terre est oui ou non prise ou occupée est une question de fait, qui doit être tranchée au cas par cas. [par. 58]

Bien qu’il soit fait état, dans l’arrêt *Badger*, des « limites géographiques » circonscrivant les droits de chasse, de pêche et de piégeage, on n’y a pas traité (puisque cela n’était pas nécessaire) du processus par lequel « de temps à autre » des terres seraient « prises » et donc soustraites à l’exercice de ces droits. Selon la conclusion précisément tirée dans l’arrêt *Badger*, le régime de délivrance de permis de l’Alberta que l’on cherchait à imposer à tous les chasseurs autochtones se trouvant sur les terres de l’Alberta visées par le Traité n° 8 violait ce traité, même si le droit issu du traité était expressément subordonné à [TRADUCTION] « tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement ». Le régime de délivrance de permis de l’Alberta privait les « personnes qui sont titulaires de droits issus de traité modifiés par la *Convention [sur le transfert des ressources naturelles de 1930]* des moyens mêmes d’exercer ces droits » (par. 94). On avait ainsi tenté d’exercer un pouvoir de réglementation qui allait au-delà de ce qu’avaient

Majesty in Right of Canada. Paragraph 10 of the Agreement provides that after-created reserves “shall thereafter be administered by Canada in the same way in all respects as if they had never passed to the Province under the provisions hereof”).

The Federal Court of Appeal purported to follow *Badger* in holding that the hunting, fishing and trapping rights would be infringed only “where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains” (para. 18). With respect, I cannot agree with this implied rejection of the Mikisew procedural rights. At this stage the winter road is no more than a contemplated change of use. The proposed use would, if carried into execution, reduce the territory over which the Mikisew would be entitled to exercise their Treaty 8 rights. Apart from everything else, there would be no hunting at all within the 200-metre road corridor. More broadly, as found by the trial judge, the road would injuriously affect the exercise of these rights in the surrounding bush. As the Parks Canada witness, Josie Weninger, acknowledged in cross-examination:

Q: But roads, in effect, change the pattern of moose and other wildlife within the Park and that’s been what Parks Canada observed in the past with regards to other roads, correct?

A: It is documented that roads do impact. I would be foolish if I said they didn’t.

The Draft Environmental Assessment Report acknowledged the road could potentially result in a diminution in quantity of the Mikisew harvest of wildlife, as fewer furbearers (including fisher, muskrat, marten, wolverine and lynx) will be caught in their traps. Second, in qualitative terms, the more lucrative or rare species of furbearers may decline in population. Other potential impacts

raisonnablement prévu les signataires du traité en 1899. (Je signale en passant que la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930* n’est pas en cause en l’espèce puisque la réserve Mikisew appartient à la Couronne du chef du Canada. Le paragraphe 10 de la Convention prévoit que les réserves créées ultérieurement « seront dans la suite administrées par le Canada de la même manière à tous égards que si elles n’étaient jamais passées à la province en vertu des dispositions des présentes ».)

La Cour d’appel fédérale entendait suivre l’arrêt *Badger* en concluant qu’il n’est porté atteinte aux droits de chasse, de pêche et de piégeage que dans les « cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu’il ne reste aucun droit réel de chasse » (par. 18). En toute déférence, je ne peux souscrire à ce rejet implicite des droits de nature procédurale des Mikisew. À ce stade-ci, la route d’hiver n’est rien de plus qu’un projet de changement d’utilisation. L’utilisation proposée, si elle est mise en œuvre, réduirait le territoire sur lequel les Mikisew peuvent exercer leurs droits issus du Traité n° 8. Essentiellement, il n’y aurait plus du tout de chasse dans le corridor routier de 200 mètres. De façon plus générale, comme l’a conclu la juge de première instance, la route nuirait à l’exercice de ces droits dans la forêt environnante. Comme l’a reconnu Josie Weninger, témoin de Parcs Canada, en contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

Q : Mais dans les faits, les routes modifient les habitudes des orignaux et des autres animaux sauvages dans le parc, et c’est ce que Parcs Canada a constaté auparavant dans le cas d’autres routes, n’est-ce pas?

R : On a constaté que les routes ont des répercussions. Il serait absurde de prétendre le contraire.

Dans la version préliminaire du rapport d’évaluation environnementale, on a reconnu que la route pourrait entraîner une diminution quantitative des récoltes fauniques des Mikisew du fait qu’il y aurait moins d’animaux à fourrure (notamment le pékan, le rat musqué, la martre, le carcajou et le lynx) dans leurs pièges. Deuxièmement, sur le plan qualitatif, la population des espèces d’animaux à fourrure les

include fragmentation of wildlife habitat, disruption of migration patterns, loss of vegetation, increased poaching because of easier motor vehicle access to the area and increased wildlife mortality due to motor vehicle collisions. While *Haida Nation* was decided after the release of the Federal Court of Appeal reasons in this case, it is apparent that the proposed road will adversely affect the existing Mikisew hunting and trapping rights, and therefore that the “trigger” to the duty to consult identified in *Haida Nation* is satisfied.

45 The Minister seeks to extend the *dictum* of Rothstein J.A. by asserting, at para. 96 of her factum, that the test ought to be “whether, after the taking up, it still remains reasonably practicable, within the Province as a whole, for the Indians to hunt, fish and trap for food [to] the extent that they choose to do so” (emphasis added). This cannot be correct. It suggests that a prohibition on hunting at Peace Point would be acceptable so long as decent hunting was still available in the Treaty 8 area north of Jasper, about 800 kilometres distant across the province, equivalent to a commute between Toronto and Quebec City (809 kilometres) or Edmonton and Regina (785 kilometres). One might as plausibly invite the truffle diggers of southern France to try their luck in the Austrian Alps, about the same distance as the journey across Alberta deemed by the Minister to be an acceptable fulfilment of the promises of Treaty 8.

46 The Attorney General of Alberta tries a slightly different argument, at para. 49 of his factum, adding a *de minimis* element to the treaty-wide approach:

In this case the amount of land to be taken up to construct the winter road is 23 square kilometres out of 44,807 square kilometres of Wood Buffalo National

plus précieuses ou les plus rares pourrait décliner. Les autres répercussions possibles comprennent la fragmentation des habitats fauniques, la perturbation des habitudes migratoires, le dépérissement de la végétation, l’augmentation du braconnage parce que le territoire est plus accessible par véhicule et l’augmentation du nombre d’animaux tués par suite de collisions. Alors que l’affaire *Nation Haïda* a été tranchée après le prononcé de la décision de la Cour d’appel fédérale en l’espèce, il est manifeste que le projet de route aura un effet préjudiciable sur les droits de chasse et de piégeage existants des Mikisew et que, par conséquent, l’obligation de consultation définie dans *Nation Haïda* devient « applicable ».

La ministre cherche à étendre la portée de la remarque faite par le juge Rothstein en affirmant, au par. 96 de son mémoire, que le critère doit consister à [TRADUCTION] « se demander si, après la prise, il demeure encore raisonnablement possible pour les Indiens de pratiquer, dans l’ensemble de la province, la chasse, la pêche et le piégeage de subsistance autant qu’ils veulent le faire » (je souligne). Cela ne saurait être exact. Cette affirmation donne à penser qu’une interdiction de chasser à Peace Point serait acceptable dès lors qu’une chasse décente peut encore être pratiquée dans le secteur du Traité n° 8 qui se trouve au nord de Jasper, soit à l’autre extrémité de la province à environ 800 kilomètres de distance, ce qui équivaut à se déplacer de Toronto à Québec (809 kilomètres) ou d’Edmonton à Regina (785 kilomètres). Autant demander aux cueilleurs de truffes du sud de la France de tenter leur chance dans les Alpes autrichiennes, ce déplacement couvrant environ la même distance que la traversée de l’Alberta que la ministre considère comme une façon acceptable de tenir les promesses faites dans le Traité n° 8.

Au paragraphe 49 de son mémoire, le procureur général de l’Alberta propose un argument légèrement différent, ajoutant un élément *de minimis* à l’approche fondée sur l’ensemble des terres visées par le traité :

[TRADUCTION] En l’espèce, les terres qui doivent être prises pour construire la route d’hiver représentent 23 kilomètres carrés des 44 807 kilomètres carrés

Park and out of 840,000 square kilometres encompassed by Treaty No. 8. As Rothstein J.A. found, this is not a case where a meaningful right to hunt no longer remains.

The arguments of the federal and Alberta Crowns simply ignore the significance and practicalities of a First Nation's traditional territory. Alberta's 23 square kilometre argument flies in the face of the injurious affection of surrounding lands as found by the trial judge. More significantly for aboriginal people, as for non-aboriginal people, location is important. Twenty-three square kilometres alone is serious if it includes the claimants' hunting ground or trapline. While the Mikisew may have rights under Treaty 8 to hunt, fish and trap throughout the Treaty 8 area, it makes no sense from a practical point of view to tell the Mikisew hunters and trappers that, while their own hunting territory and traplines would now be compromised, they are entitled to invade the traditional territories of other First Nations distant from their home turf (a suggestion that would have been all the more impractical in 1899). The Chipewyan negotiators in 1899 were intensely practical people, as the Treaty 8 Commissioners noted in their report:

The Chipewyans confined themselves to asking questions and making brief arguments. They appeared to be more adept at cross-examination than at speech-making, and the Chief at Fort Chipewyan displayed considerable keenness of intellect and much practical sense in pressing the claims of his band.

*Badger* recorded that a large element of the Treaty 8 negotiations were the assurances of *continuity* in traditional patterns of economic activity. Continuity respects traditional patterns of activity and occupation. The Crown promised that the Indians' rights to hunt, fish and trap would continue "after the treaty as existed before it". This promise is not honoured by dispatching the Mikisew to territories far from their traditional hunting grounds and traplines.

qu'occupe le parc national Wood Buffalo et des 840 000 kilomètres carrés visés par le Traité n° 8. Comme l'a dit le juge Rothstein, il ne s'agit pas d'un cas où il ne reste aucun droit réel de chasse.

Les arguments du gouvernement fédéral et de l'Alberta ne tiennent tout simplement pas compte de l'importance et des aspects pratiques du territoire traditionnel des premières nations. L'argument de l'Alberta concernant les 23 kilomètres carrés est contraire à l'existence d'un effet préjudiciable sur les terres environnantes à laquelle a conclu la juge de première instance. Qui plus est, pour les peuples autochtones, comme pour les peuples non autochtones, le lieu importe. Une superficie de seulement 23 kilomètres carrés est importante si elle comprend le territoire de chasse ou les lignes de piégeage des demandeurs. Si le Traité n° 8 confère aux Mikisew les droits de chasse, de pêche et de piégeage dans tout le territoire visé par le traité, il n'est pas logique d'un point de vue pratique de dire aux chasseurs et trappeurs Mikisew que, bien que leurs propres territoires de chasse et lignes de piégeage soient maintenant mis en péril, il leur est permis d'envahir les territoires traditionnels d'autres premières nations loin de leur propre terrain (une suggestion qui aurait été encore plus irréalisable en 1899). Comme l'ont fait observer les commissaires du Traité n° 8 dans leur rapport, les négociateurs chipewyans étaient, en 1899, des gens très pratiques :

[TRADUCTION] Les Chipewyans se confinent à poser des questions et à les discuter brièvement. Ils paraissent plus portés à contre-interroger qu'à faire des discours, et le chef au Fort Chipewyan a fait preuve d'une vive intelligence et de beaucoup de sens pratique en présentant les prétentions de sa bande.

Dans *Badger*, on a noté qu'un élément important des négociations du Traité n° 8 tenait aux assurances de *continuité* des modes traditionnels d'activité économique. La continuité respecte les modes d'activité et d'occupation traditionnels. La Couronne a promis aux Indiens que leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage leur apporteraient [TRADUCTION] « après le traité les mêmes moyens qu'auparavant » de gagner leur vie. Ce n'est pas honorer cette promesse que d'expédier les Mikisew dans des territoires éloignés de leurs territoires de chasse et de leurs lignes de piégeage traditionnels.

48

What Rothstein J.A. actually said at para. 18 is as follows:

With the exceptions of cases where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose express or necessarily implied in the treaty itself cannot be considered an infringement of the treaty right to hunt. [Emphasis added.]

The “meaningful right to hunt” is not ascertained on a treaty-wide basis (all 840,000 square kilometres of it) but in relation to the territories over which a First Nation traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today. If the time comes that in the case of a particular Treaty 8 First Nation “no meaningful right to hunt” remains over *its* traditional territories, the significance of the oral promise that “the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it” would clearly be in question, and a potential action for treaty infringement, including the demand for a *Sparrow* justification, would be a legitimate First Nation response.

(c) *Unilateral Crown Action*

49

There is in the Minister’s argument a strong advocacy of unilateral Crown action (a sort of “this is surrendered land and we can do with it what we like” approach) which not only ignores the mutual promises of the treaty, both written and oral, but also is the antithesis of reconciliation and mutual respect. It is all the more extraordinary given the Minister’s acknowledgment at para. 41 of her factum that “[i]n many if not all cases the government will not be able to appreciate the effect a proposed taking up will have on the Indians’ exercise of hunting, fishing and trapping rights without consultation.”

50

The Attorney General of Alberta denies that a duty of consultation can be an implied term of Treaty 8. He argues:

Le juge Rothstein a en fait affirmé ceci au par. 18 :

À l’exception des cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu’il ne reste aucun droit réel de chasse, la prise de terres dans un but expressément prévu dans le traité lui-même ou dans un but nécessairement implicite ne peut pas être considérée comme une atteinte au droit de chasse issu du traité. [Je souligne.]

Le « droit réel de chasse » n’est pas établi en fonction de toutes les terres visées par le traité (la totalité des 840 000 kilomètres carrés) mais par rapport aux territoires sur lesquels les premières nations avaient l’habitude de chasser, de pêcher et de piéger, et sur lesquels elles le font encore aujourd’hui. S’il advenait que pour une première nation signataire du Traité n° 8 en particulier, il ne reste « aucun droit réel de chasse » sur *ses* territoires traditionnels, l’importance de la promesse verbale qu’ils [TRADUCTION] « auraient après le traité les mêmes moyens qu’auparavant de gagner leur vie » serait clairement remise en question, et la première nation aurait raison de répondre par une action en violation du traité comportant une demande de justification selon le critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow*.

c) *Action unilatérale de la Couronne*

L’argument de la ministre renferme un ardent plaidoyer en faveur de l’action unilatérale de la Couronne (une approche du genre « il s’agit de terres cédées et nous pouvons en faire ce que nous voulons ») qui non seulement fait fi des promesses réciproques, tant verbales qu’écrites, faites lors de la signature du traité, mais qui constitue également l’antithèse de la réconciliation et du respect mutuel. Cela est d’autant plus surprenant que la ministre a reconnu, au par. 41 de son mémoire, que [TRADUCTION] « [d]ans la plupart, voire la totalité, des cas, le gouvernement n’est pas en mesure d’apprécier l’effet qu’aura une prise projetée sur l’exercice, par les Indiens, de leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage sans procéder à une consultation. »

Le procureur général de l’Alberta nie qu’il soit possible d’inférer une obligation de consultation des modalités du Traité n° 8. Selon lui :



Given that a consultation obligation would mean that the Crown would be required to engage in meaningful consultations with any and all affected Indians, being nomadic individuals scattered across a vast expanse of land, every time it wished to utilize an individual plot of land or change the use of the plot, such a requirement would not be within the range of possibilities of the common intention of the parties.

The parties *did* in fact contemplate a difficult period of transition and sought to soften its impact as much as possible, and any administrative inconvenience incidental to managing the process was rejected as a defence in *Haida Nation* and *Taku River*. There is no need to repeat here what was said in those cases about the overarching objective of reconciliation rather than confrontation.

(d) *Honour of the Crown*

The duty to consult is grounded in the honour of the Crown, and it is not necessary for present purposes to invoke fiduciary duties. The honour of the Crown is itself a fundamental concept governing treaty interpretation and application that was referred to by Gwynne J. of this Court as a *treaty obligation* as far back as 1895, four years before Treaty 8 was concluded: *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1895), 25 S.C.R. 434, at pp. 511-12, *per* Gwynne J. (dissenting). While he was in the minority in his view that the treaty obligation to pay Indian annuities imposed a trust on provincial lands, nothing was said by the majority in that case to doubt that the honour of the Crown was pledged to the fulfilment of its obligations to the Indians. This had been the Crown's policy as far back as the *Royal Proclamation* of 1763, and is manifest in the promises recorded in the report of the Commissioners. The honour of the Crown exists as a source of obligation independently of treaties as well, of course. In *Sparrow, Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, *Haida Nation* and *Taku River*, the "honour of the Crown" was invoked as a central principle in resolving aboriginal claims to consultation despite the absence of any treaty.

[TRANSLATION] Étant donné qu'une obligation de consultation exigerait de la Couronne qu'elle procède à une consultation réelle de tous les Indiens touchés, c'est-à-dire de tous les nomades dispersés sur un vaste territoire, chaque fois qu'elle entend utiliser une parcelle de terrain ou en modifier l'utilisation, une telle exigence ne s'inscrirait pas dans la gamme des possibilités prévues selon l'intention commune des parties.

Les parties *ont* effectivement prévu une période de transition difficile, et ont tenté d'en atténuer le plus possible les effets, et toute défense fondée sur les inconvénients administratifs découlant de la gestion du processus a été rejetée dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River*. Nul n'est besoin de répéter en l'espèce ce qui a été dit dans ces arrêts au sujet de l'objectif primordial de réconciliation plutôt que de confrontation.

d) *Honneur de la Couronne*

L'obligation de consultation repose sur l'honneur de la Couronne, et il n'est pas nécessaire pour les besoins de l'espèce d'invoquer les obligations de fiduciaire. L'honneur de la Couronne est elle-même une notion fondamentale en matière d'interprétation et d'application des traités que le juge Gwynne de notre Cour avait déjà qualifiée d'*obligation découlant d'un traité* en 1895, soit quatre ans avant la conclusion du Traité n° 8 : *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434, p. 511-512, le juge Gwynne (dissident). Même si son opinion, voulant que l'obligation découlant d'un traité de verser des rentes aux Indiens crée une fiducie à l'égard des terres provinciales, était minoritaire, les juges majoritaires n'ont rien dit dans cette affaire qui permette de douter que l'honneur de la Couronne garantissait l'exécution de ses obligations envers les Indiens. La Couronne en avait fait sa politique au moins depuis la *Proclamation royale* de 1763, et cette notion ressort clairement des promesses consignées dans le rapport des commissaires. L'honneur de la Couronne existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités, bien entendu. Dans les arrêts *Sparrow, Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, *Nation Haïda* et *Taku River*, l'« honneur de la Couronne » a été invoqué à titre de principe central du règlement des demandes de consultation des Autochtones, et ce, même en l'absence d'un traité.

52

It is not as though the Treaty 8 First Nations did not pay dearly for their entitlement to honourable conduct on the part of the Crown; surrender of the aboriginal interest in an area larger than France is a hefty purchase price.

- (2) Did the Extensive Consultations With First Nations Undertaken in 1899 at the Time Treaty 8 Was Negotiated Discharge the Crown's Duty of Consultation and Accommodation?

53

The Crown's second broad answer to the Mikisew claim is that whatever had to be done was done in 1899. The Minister contends:

While the government should consider the impact on the treaty right, there is no duty to accommodate in this context. The treaty itself constitutes the accommodation of the aboriginal interest; taking up lands, as defined above, leaves intact the essential ability of the Indians to continue to hunt, fish and trap. As long as that promise is honoured, the treaty is not breached and no separate duty to accommodate arises. [Emphasis added.]

54

This is not correct. Consultation that excludes from the outset any form of accommodation would be meaningless. The contemplated process is not simply one of giving the Mikisew an opportunity to blow off steam before the Minister proceeds to do what she intended to do all along. Treaty making is an important stage in the long process of reconciliation, but it is only a stage. What occurred at Fort Chipewyan in 1899 was not the complete discharge of the duty arising from the honour of the Crown, but a rededication of it.

55

The Crown has a treaty right to "take up" surrendered lands for regional transportation purposes, but the Crown is nevertheless under an obligation to inform itself of the impact its project will have on the exercise by the Mikisew of their hunting and trapping rights, and to communicate its findings to the Mikisew. The Crown must then attempt to deal

Ce n'est pas comme si les premières nations signataires du Traité n° 8 n'avaient pas payé chèrement leur droit à un comportement honorable de la part de la Couronne; la cession des intérêts autochtones sur un territoire plus grand que la France constitue un prix d'achat très élevé.

- (2) La tenue de vastes consultations auprès des premières nations au moment de la négociation du Traité n° 8 en 1899 a-t-elle libéré la Couronne de son obligation de consultation et d'accommodement?

La deuxième réponse générale de la Couronne à la revendication des Mikisew est que ce qui devait être fait a été fait en 1899. La ministre soutient ce qui suit :

[TRADUCTION] Bien que le gouvernement doive tenir compte des incidences sur le droit issu du traité, il n'existe aucune obligation d'accommodement dans ce contexte. Le traité lui-même constitue l'accommodement aux intérêts autochtones; la prise de terres, telle qu'elle est définie ci-dessus, ne touche aucunement à la capacité fondamentale des Indiens de continuer à chasser, à pêcher et à piéger. Dans la mesure où cette promesse est honorée, le traité n'est pas violé, et aucune obligation d'accommodement distincte ne prend naissance. [Je souligne.]

Cet argument n'est pas fondé. La consultation qui exclurait dès le départ toute forme d'accommodement serait vide de sens. Le processus envisagé ne consiste pas simplement à donner aux Mikisew l'occasion de se défouler avant que la ministre fasse ce qu'elle avait l'intention de faire depuis le début. La conclusion de traités est une étape importante du long processus de réconciliation, mais ce n'est qu'une étape. Ce qui s'est passé à Fort Chipewyan en 1899 ne constituait pas un accomplissement parfait de l'obligation découlant de l'honneur de la Couronne, mais une réitération de celui-ci.

Le traité accorde à la Couronne un droit de « prendre » des terres cédées à des fins de transport régional, mais elle n'en est pas moins tenue de s'informer de l'effet qu'aura son projet sur l'exercice par les Mikisew de leurs droits de chasse et de piégeage, et de leur communiquer ses constatations. La Couronne doit alors s'efforcer de traiter

with the Mikisew “in good faith, and with the intention of substantially addressing” Mikisew concerns (*Delgamuukw*, at para. 168). This does not mean that whenever a government proposes to do anything in the Treaty 8 surrendered lands it must consult with all signatory First Nations, no matter how remote or unsubstantial the impact. The duty to consult is, as stated in *Haida Nation*, triggered at a low threshold, but adverse impact is a matter of degree, as is the extent of the Crown’s duty. Here the impacts were clear, established and demonstrably adverse to the continued exercise of the Mikisew hunting and trapping rights over the lands in question.

In summary, the 1899 negotiations were the first step in a long journey that is unlikely to end any time soon. Viewed in light of the facts of this case, we should qualify *Badger*’s identification of two inherent limitations on Indian hunting, fishing and trapping rights under Treaty 8 (geographical limits and specific forms of government regulation) by a third, namely the Crown’s right to take up lands under the treaty, which itself is subject to its duty to consult and, if appropriate, accommodate First Nations’ interests before reducing the area over which their members may continue to pursue their hunting, trapping and fishing rights. Such a third qualification (not at issue in *Badger*) is fully justified by the history of the negotiations leading to Treaty 8, as well as by the honour of the Crown as previously discussed.

As stated at the outset, the honour of the Crown infuses every treaty and the performance of every treaty obligation. Treaty 8 therefore gives rise to Mikisew procedural rights (e.g., consultation) as well as substantive rights (e.g., hunting, fishing and trapping rights). Were the Crown to have barrelled ahead with implementation of the winter road without adequate consultation, it would have been in

avec les Mikisew « de bonne foi, dans l’intention de tenir compte réellement » de leurs préoccupations (*Delgamuukw*, par. 168). Cela ne signifie pas que le gouvernement doit consulter toutes les premières nations signataires du Traité n° 8 chaque fois qu’il se propose de faire quelque chose sur les terres cédées visées par ce traité, même si l’effet est peu probable ou peu important. L’obligation de consultation, comme il est précisé dans l’arrêt *Nation Haïda*, est vite déclenchée, mais l’effet préjudiciable, comme l’étendue de l’obligation de la Couronne, est une question de degré. En l’espèce, les effets étaient clairs, démontrés et manifestement préjudiciables à l’exercice ininterrompu des droits de chasse et de piégeage des Mikisew sur les terres en question.

En résumé, les négociations menées en 1899 constituaient la première étape d’un long voyage qui n’est pas à la veille de se terminer. À la lumière des faits de la présente affaire, nous devons ajouter aux deux restrictions inhérentes aux droits de chasse, de pêche et de piégeage que le Traité n° 8 accorde aux Indiens qui ont été dégagées dans l’arrêt *Badger* (limites géographiques et mesures spécifiques de réglementation gouvernementale), une troisième restriction, soit le droit pour la Couronne de prendre des terres aux termes du traité, un droit qui est lui-même assujéti à l’obligation de tenir des consultations et, s’il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts des premières nations avant de réduire le territoire sur lequel leurs membres peuvent continuer à exercer leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage. Comme nous l’avons vu, cette troisième restriction (qui n’était pas en cause dans *Badger*) est tout à fait justifiée par l’historique des négociations qui ont mené à la signature du Traité n° 8 ainsi que par l’honneur de la Couronne.

Comme je l’ai affirmé au début, l’honneur de la Couronne imprègne chaque traité et l’exécution de chaque obligation prévue au traité. En conséquence, le Traité n° 8 est à l’origine des droits de nature procédurale des Mikisew (p. ex. la consultation) ainsi que de leurs droits substantiels (p. ex. les droits de chasse, de pêche et de piégeage). Si la Couronne avait foncé pour mettre en œuvre le projet de route



violation of its *procedural* obligations, quite apart from whether or not the Mikisew could have established that the winter road breached the Crown's *substantive* treaty obligations as well.

58

*Sparrow* holds not only that rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* are not absolute, but also that their breach may be justified by the Crown in certain defined circumstances. The Mikisew rights under Treaty 8 are protected by s. 35. The Crown does not seek to justify in *Sparrow* terms shortcomings in its consultation in this case. The question that remains, therefore, is whether what the Crown did here complied with its obligation to consult honourably with the Mikisew First Nation.

(3) Was the Process Followed by the Minister Through Parks Canada in This Case Sufficient?

59

Where, as here, the Court is dealing with a *proposed* "taking up" it is not correct (even if it is concluded that the proposed measure *if implemented* would infringe the treaty hunting and trapping rights) to move directly to a *Sparrow* analysis. The Court must first consider the *process* by which the "taking up" is planned to go ahead, and whether that process is compatible with the honour of the Crown. If not, the First Nation may be entitled to succeed in setting aside the Minister's order on the process ground whether or not the facts of the case would otherwise support a finding of infringement of the hunting, fishing and trapping rights.

60

I should state at the outset that the winter road proposed by the Minister was a permissible purpose for "taking up" lands under Treaty 8. It is obvious that the listed purposes of "settlement, mining, lumbering" and "trading" all require suitable transportation. The treaty does not spell out permissible "other purposes" but the term should not be read restrictively: *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433

d'hiver sans consultation adéquate, elle aurait violé ses obligations *procédurales*, outre le fait que les Mikisew auraient peut-être pu établir que la route d'hiver violait en plus les obligations *substantielles* que le traité impose à la Couronne.

Selon l'arrêt *Sparrow*, non seulement les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne sont pas absolus, mais leur violation peut être justifiée par la Couronne dans certaines circonstances précises. Les droits que le Traité n° 8 confère aux Mikisew sont protégés par l'art. 35. La Couronne ne cherche pas à justifier au sens de l'arrêt *Sparrow* les lacunes de sa consultation en l'espèce. Il reste donc à répondre à la question de savoir si, dans les mesures qu'elle a prises, la Couronne a respecté son obligation de consulter honorablement la Première nation Mikisew.

(3) Le processus suivi en l'espèce par la ministre, par l'intermédiaire de Parcs Canada, était-il suffisant?

Dans les cas où, comme en l'espèce, la Cour est en présence d'une « prise » *projetée*, il n'est pas indiqué (même si on a conclu que la mesure envisagée, *si elle était mise en œuvre*, porterait atteinte aux droits de chasse et de piégeage issus du traité) de passer directement à une analyse fondée sur l'arrêt *Sparrow*. La Cour doit d'abord examiner le *processus* selon lequel la « prise » doit se faire, et se demander si ce processus est compatible avec l'honneur de la Couronne. Dans la négative, la première nation peut obtenir l'annulation de l'ordonnance de la ministre en se fondant sur le motif relatif au processus, peu importe que les faits de l'affaire justifient par ailleurs une conclusion que les droits de chasse, de pêche et de piégeage ont été violés.

Je précise d'entrée de jeu que la construction de la route d'hiver proposée par la ministre est une fin qui lui permettait de « prendre » des terres aux termes du Traité n° 8. Il est évident que les fins [TRADUCTION] « d'établissements, de mine, d'opérations forestières » et de [TRADUCTION] « commerce » nécessitent toutes un transport convenable. Le traité ne définit pas les [TRADUCTION] « autres

(Sask. C.A.), at pp. 440-41. In any event, as noted earlier, the opening recital of Treaty 8 refers to “travel”.

The question is whether the Minister and her staff pursued the permitted purpose of regional transportation needs in accordance with the Crown’s duty to consult. The answer turns on the particulars of that duty shaped by the circumstances here. In *Delgamuukw*, the Court considered the duty to consult and accommodate in the context of an infringement of aboriginal title (at para. 168):

In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands. [Emphasis added.]

In *Haida Nation*, the Court pursued the kinds of duties that may arise in pre-proof claim situations, and McLachlin C.J. used the concept of a spectrum to frame her analysis (at paras. 43-45):

At one end of the spectrum lie cases where the claim to title is weak, the Aboriginal right limited, or the potential for infringement minor. In such cases, the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice. . . .

At the other end of the spectrum lie cases where a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high

objets » qui permettent de prendre des terres, mais cette expression ne doit pas recevoir une interprétation restrictive : *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.), p. 440-441. Quoi qu’il en soit, comme je l’ai déjà mentionné, on parle de « voyages » dans le préambule du Traité n° 8.

La question est de savoir si la ministre et son personnel ont tenté de parvenir à la fin autorisée que constituent les besoins en matière de transport régional en respectant l’obligation de consultation de la Couronne. La réponse dépend du contenu de cette obligation, lequel est tributaire des circonstances de l’espèce. Dans l’arrêt *Delgamuukw*, la Cour a examiné l’obligation de consultation et d’accommodement dans le contexte d’une atteinte au titre aborigène (par. 168) :

Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s’agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d’un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l’intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l’obligation exigera beaucoup plus qu’une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l’obtention du consentement d’une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Nation Haïda*, la Cour a examiné les types d’obligations qui peuvent découler de différentes situations dans le contexte de revendications non encore prouvées, et la juge en chef McLachlin a utilisé la notion de continuum comme fondement de son analyse (par. 43-45) :

À une extrémité du continuum se trouvent les cas où la revendication de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d’atteinte faible. Dans ces cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d’aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l’avis. . . .

À l’autre extrémité du continuum on trouve les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l’atteinte potentielle sont d’une

significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high. In such cases deep consultation, aimed at finding a satisfactory interim solution, may be required. While precise requirements will vary with the circumstances, the consultation required at this stage may entail the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision-making process, and provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision. This list is neither exhaustive, nor mandatory for every case. . . .

Between these two extremes of the spectrum just described, will lie other situations. Every case must be approached individually. Each must also be approached flexibly, since the level of consultation required may change as the process goes on and new information comes to light. The controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake. . . . [Emphasis added.]

63

The determination of the content of the duty to consult will, as *Haida Nation* suggests, be governed by the context. One variable will be the specificity of the promises made. Where, for example, a treaty calls for certain supplies, or Crown payment of treaty monies, or a modern land claims settlement imposes specific obligations on aboriginal peoples with respect to identified resources, the role of consultation may be quite limited. If the respective obligations are clear the parties should get on with performance. Another contextual factor will be the seriousness of the impact on the aboriginal people of the Crown's proposed course of action. The more serious the impact the more important will be the role of consultation. Another factor in a non-treaty case, as *Haida Nation* points out, will be the strength of the aboriginal claim. The history of dealings between the Crown and a particular First Nation may also be significant. Here, the most important contextual factor is that Treaty 8 provides a framework within which to manage the continuing changes in land use already foreseen in 1899 and expected, even now, to continue well into the future. In that context, consultation is key to achievement of the

haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé. Dans de tels cas, il peut s'avérer nécessaire de tenir une consultation approfondie en vue de trouver une solution provisoire acceptable. Quoique les exigences précises puissent varier selon les circonstances, la consultation requise à cette étape pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision. Cette liste n'est pas exhaustive et ne doit pas nécessairement être suivie dans chaque cas. . . .

Entre les deux extrémités du continuum décrit précédemment, on rencontrera d'autres situations. Il faut procéder au cas par cas. Il faut également faire preuve de souplesse, car le degré de consultation nécessaire peut varier à mesure que se déroule le processus et que de nouveaux renseignements sont mis au jour. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. . . . [Je souligne.]

Comme l'indique l'arrêt *Nation Haïda*, la détermination du contenu de l'obligation de consultation sera fonction du contexte. La spécificité des promesses faites sera une des variables prises en compte. Si, par exemple, un traité exige la fourniture de biens ou le paiement de sommes d'argent par la Couronne, ou si une entente récente sur les revendications territoriales impose aux Autochtones des obligations spécifiques relativement à des ressources données, l'importance de la consultation peut être assez limitée. Si les obligations respectives sont claires, les parties devraient les exécuter. Un autre facteur contextuel sera la gravité de l'incidence qu'auront sur le peuple autochtone les mesures que propose la Couronne. Plus la mesure aura d'incidence, plus la consultation prendra de l'importance. S'il n'y a pas de traité, la solidité de la revendication autochtone sera un autre facteur, comme le signale l'arrêt *Nation Haïda*. L'historique des relations entre la Couronne et une première nation peut aussi être un facteur important. En l'espèce, le facteur contextuel le plus important est le fait que le Traité n° 8 offre un cadre permettant de gérer les changements constants à l'utilisation des terres déjà prévus en 1899 et qui, on le sait

overall objective of the modern law of treaty and aboriginal rights, namely reconciliation.

The duty here has both informational and response components. In this case, given that the Crown is proposing to build a fairly minor winter road on *surrendered* lands where the Mikisew hunting, fishing and trapping rights are expressly subject to the “taking up” limitation, I believe the Crown’s duty lies at the lower end of the spectrum. The Crown was required to provide notice to the Mikisew and to engage directly with them (and not, as seems to have been the case here, as an afterthought to a general public consultation with Park users). This engagement ought to have included the provision of information about the project addressing what the Crown knew to be Mikisew interests and what the Crown anticipated might be the potential adverse impact on those interests. The Crown was required to solicit and to listen carefully to the Mikisew concerns, and to attempt to minimize adverse impacts on the Mikisew hunting, fishing and trapping rights. The Crown did not discharge this obligation when it unilaterally declared the road realignment would be shifted from the reserve itself to a track along its boundary. I agree on this point with what Finch J.A. (now C.J.B.C.) said in *Halfway River First Nation*, at paras. 159-60:

The fact that adequate notice of an intended decision may have been given does not mean that the requirement for adequate consultation has also been met.

The Crown’s duty to consult imposes on it a positive obligation to reasonably ensure that aboriginal peoples are provided with all necessary information in a timely way so that they have an opportunity to express their interests and concerns, and to ensure that their representations are seriously considered and, wherever possible, demonstrably integrated into the proposed plan of action. [Emphasis added.]

maintenant, vont se poursuivre encore longtemps. Dans ce contexte, la consultation est un facteur clé pour parvenir à la réconciliation, l’objectif global du droit moderne des traités et des droits autochtones.

L’obligation en l’espèce comporte des éléments informationnels et des éléments de solution. Dans cette affaire, étant donné que la Couronne se propose de construire une route d’hiver relativement peu importante sur des terres *cédées* où les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise », j’estime que l’obligation de la Couronne se situe plutôt au bas du continuum. La Couronne devait aviser les Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux (et non, comme cela semble avoir été le cas en l’espèce, après coup lorsqu’une consultation publique générale a été tenue auprès des utilisateurs du parc). Ce dialogue aurait dû comporter la communication de renseignements sur le projet traitant des intérêts des Mikisew connus de la Couronne et de l’effet préjudiciable que le projet risquait d’avoir, selon elle, sur ces intérêts. La Couronne devait demander aux Mikisew d’exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s’efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Mikisew. Elle n’a pas respecté cette obligation lorsqu’elle a déclaré unilatéralement que le tracé de la route serait déplacé de la réserve elle-même à une bande de terre à la limite de celle-ci. Sur ce point, je souscris à l’opinion exprimée par le juge Finch (maintenant Juge en chef de la C.-B.) dans *Halfway River First Nation*, par. 159-160 :

[TRADUCTION] Ce n’est pas parce qu’on a donné un avis suffisant d’une décision envisagée qu’on a aussi respecté l’exigence de la consultation suffisante.

L’obligation de consultation de la Couronne lui impose le devoir concret de veiller raisonnablement à ce que les Autochtones disposent en temps utile de toute l’information nécessaire pour avoir la possibilité d’exprimer leurs intérêts et leurs préoccupations, et de faire en sorte que leurs observations sont prises en considération avec sérieux et, lorsque c’est possible, sont intégrées d’une façon qui puisse se démontrer dans le plan d’action proposé. [Je souligne.]

65 It is true, as the Minister argues, that there is some reciprocal onus on the Mikisew to carry their end of the consultation, to make their concerns known, to respond to the government's attempt to meet their concerns and suggestions, and to try to reach some mutually satisfactory solution. In this case, however, consultation never reached that stage. It never got off the ground.

66 Had the consultation process gone ahead, it would not have given the Mikisew a veto over the alignment of the road. As emphasized in *Haida Nation*, consultation will not always lead to accommodation, and accommodation may or may not result in an agreement. There could, however, be changes in the road alignment or construction that would go a long way towards satisfying the Mikisew objections. We do not know, and the Minister cannot know in the absence of consultation, what such changes might be.

67 The trial judge's findings of fact make it clear that the Crown failed to demonstrate an "intention of substantially addressing (Aboriginal) concerns' . . . through a meaningful process of consultation" (*Haida Nation*, at para. 42). On the contrary, the trial judge held that

[i]n the present case, at the very least, this [duty to consult] would have entailed a response to Mikisew's October 10, 2000 letter, and a meeting with them to ensure that their concerns were addressed early in the planning stages of the project. At the meetings that were finally held between Parks Canada and Mikisew, a decision had essentially been made, therefore, the meeting could not have been conducted with the genuine intention of allowing Mikisew's concerns to be integrated with the proposal. [para. 154]

The trial judge also wrote:

. . . it is not consistent with the honour of the Crown, in its capacity as fiduciary, for it to fail to consult with a

Il est vrai, comme le prétend la ministre, que les Mikisew ont l'obligation réciproque de faire leur part en matière de consultation, de faire connaître leurs préoccupations, de supporter les efforts du gouvernement en vue de tenir compte de leurs préoccupations et suggestions, et de tenter de trouver une solution mutuellement satisfaisante. En l'espèce, cependant, la consultation n'a jamais atteint ce stade. Elle n'a jamais pris son essor.

Le processus de consultation, s'il avait suivi son cours, n'aurait pas conféré aux Mikisew un droit de veto sur le tracé de la route. Comme on le souligne dans l'arrêt *Nation Haïda*, la consultation n'entraîne pas toujours un accommodement, et l'accommodement ne se traduit pas toujours par une entente. On aurait toutefois peut-être pu apporter au tracé ou à la construction de la route des modifications qui permettraient de répondre, dans une large mesure, aux objections des Mikisew. Nous ne savons pas ce que pourraient être ces modifications et, en l'absence de consultation, la ministre ne peut pas le savoir non plus.

Il ressort clairement des conclusions de fait de la juge de première instance que la Couronne n'a pas réussi à démontrer qu'elle avait « "l'intention de tenir compte réellement des préoccupations (des Autochtones)" [. . .] dans le cadre d'un véritable processus de consultation » (*Nation Haïda*, par. 42). Au contraire, la juge de première instance a estimé que,

[e]n l'espèce, il aurait donc au moins fallu répondre à la lettre des Mikisews du 10 octobre 2000 et rencontrer ceux-ci pour prendre leurs préoccupations en considération au début de la planification du projet. Lorsque des rencontres ont finalement eu lieu entre Parcs Canada et les Mikisews, la décision était pour ainsi dire prise, et elles ne pouvaient donc se tenir dans l'intention véritable de permettre la prise en compte de leurs préoccupations. [par. 154]

La juge de première instance a également écrit ceci :

. . . l'honneur de la Couronne, en sa qualité de fiduciaire, ne saurait permettre qu'une décision portant atteinte à

First Nation prior to making a decision that infringes on constitutionally protected treaty rights. [para. 157]

I agree, as did Sharlow J.A., dissenting in the Federal Court of Appeal. She declared that the mitigation measures were adopted through a process that was “fundamentally flawed” (para. 153).

In the result I would allow the appeal, quash the Minister’s approval order, and remit the winter road project to the Minister to be dealt with in accordance with these reasons.

## V. Conclusion

Costs are sought by the Mikisew on a solicitor and client basis but there are no exceptional circumstances to justify such an award. The appeal is therefore allowed and the decision of the Court of Appeal is set aside, all with costs against the respondent Minister in this Court and in the Federal Court of Appeal on a party and party basis. The costs in the Trial Division remain as ordered by the trial judge.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Rath & Co., Priddis, Alberta.*

*Solicitor for the respondent Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage: Attorney General of Canada, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent the Thebacha Road Society: Ackroyd Piasta Roth & Day, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Big Island Lake Cree Nation: Woloshyn & Company, Saskatoon.*

des droits issus de traité et jouissant d’une protection constitutionnelle soit prise sans que la Première nation concernée soit consultée. [par. 157]

Comme la juge Sharlow, dissidente en Cour d’appel fédérale, je suis de cet avis. Cette dernière a affirmé que les mesures d’atténuation avaient été élaborées par suite d’un processus qui était « fondamentalement vicié » (par. 153).

En définitive, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance d’approbation de la ministre et de lui renvoyer le dossier du projet de route d’hiver pour qu’elle prenne une décision conforme aux présents motifs.

## V. Conclusion

Les Mikisew ont demandé les dépens sur une base avocat-client, mais aucune circonstance exceptionnelle ne justifie cette demande. En conséquence, le pourvoi est accueilli et la décision de la Cour d’appel fédérale est annulée, le tout avec dépens entre parties contre la ministre intimée dans notre Cour et dans la Cour d’appel fédérale. L’ordonnance relative aux dépens rendue par la juge en Section de première instance est maintenue.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l’appelante : Rath & Co., Priddis, Alberta.*

*Procureur de l’intimée Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Procureurs de l’intimée Thebacha Road Society : Ackroyd Piasta Roth & Day, Edmonton.*

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

*Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Alberta : Procureur général de l’Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l’intervenante la Nation crie de Big Island Lake : Woloshyn & Company, Saskatoon.*

68

69

70



*Solicitors for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council: Donovan & Co., Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Treaty 8 First Nations of Alberta: Cook Roberts, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Treaty 8 Tribal Association: Woodward & Co., Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Blueberry River First Nations: Thomas R. Berger, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council : Donovan & Co., Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante les Premières nations de l'Alberta signataires du Traité n° 8 : Cook Roberts, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante Treaty 8 Tribal Association : Woodward & Co., Victoria.*

*Procureur de l'intervenante les Premières nations de Blueberry River : Thomas R. Berger, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Pitblado, Winnipeg.*

# **Qikiqtani Inuit Assn. v. Canada (Minister of Natural Resources)**

Nunavut Judgments

Nunavut Court of Justice

Iqaluit, Nunavut

S. Cooper J.

Heard: August 4-5, 2010.

Judgment: August 8, 2010.

Docket Number: 08-10-42-CVC

Registry: Iqaluit

[2010] Nu.J. No. 9 | 2010 NUCJ 12 | [2010] 4 C.N.L.R. 190 | 54 C.E.L.R. (3d) 263 | 2010 CarswellNun 9

Between Qikiqtani Inuit Association, Plaintiff, and Canada (Minister Of Natural Resources), Attorney General Of Canada, Nunavut (Minister Responsible For The Arctic College), The Commissioner Of Nunavut, Defendant

(52 paras.)

## **Counsel**

---

Counsel (Plaintiff): Peter Jervis, Jonathan Davis-Sydor and David Crocker.

Counsel (Defendant): Duncan Fraser, Norman Tarnow, Kenneth Landa & Stephen Mansell.

---

## **REASONS FOR JUDGMENT**

### **S. COOPER J.**

#### **I. INTRODUCTION**

**1** Natural Resources Canada (NRCan) has entered into an agreement with the German Federal Institute of Geoscience to carry out geological seismic testing in Lancaster Sound, Jones Sound and North Baffin Bay. The project is called the Eastern Canadian Arctic Seismic Experiment (ECASE) and is scheduled to commence on August 9th, 2010. The testing will take place over approximately 65 days.

**2** There has been considerable controversy over the project. It is fair to say that the communities most likely to be affected by the activity, Arctic Bay, Grise Fiord, Resolute Bay, Pond Inlet and Clyde River, are opposed to the testing.

**3** The areas where the seismic testing is to be carried out are plentiful with marine mammals, including seals, walrus, narwhal, beluga whales and polar bears. They are traditional hunting areas for Inuit in the five affected communities. Inuit state that the seismic testing will impact on migration routes and will drive marine mammals



away from these areas for a significant time. Canada takes the position that the seismic testing will have little or no impact on marine mammals.

## II. Application

**4** This is an application by the Qikiqtani Inuit Association (QIA) for:

- \* an interlocutory injunction to stop Canada from conducting seismic testing in waters of North Baffin Island;
- \* in the alternative, a suspension or quashing of the Research License issued by the Commissioner of Nunavut that permits seismic testing in waters of North Baffin Island.

**5** This application was filed with the court late on August 3rd, 2010 and the court heard submissions on August 4th and 5th. Given the urgency of the matter this decision may not be as fulsome as one might want on an issue of such importance, but clearly there is a pressing need for the parties to have a decision in a timely manner.

## III. Background

**6** Nunavut covers a vast area in Northern Canada. It is sparsely populated. The overwhelming majority of the population are Inuit. In 1993, after years of negotiations, the Inuit of the Nunavut Settlement Area settled a land claim, the Nunavut Land Claims Agreement (NLCA) with the Government of Canada. The NLCA called for the creation of a new territory with its own public government, which was accomplished with the creation of Nunavut on April 1, 1999. The NLCA is a land claims agreement within the meaning of section 35 of the Constitution Act, 1982.

**7** The QIA represents Inuit of the Qikiqtaaluk region, is a designated Inuit organization for the purposes of the NLCA and has the authority to commence actions on behalf of beneficiaries of the NLCA.

**8** The preamble to the NLCA provides:

the Parties have negotiated this land claims Agreement based on and reflecting the following objectives:

to provide for certainty and clarity of rights to ownership and use of lands and resources, and of rights for Inuit to participate in decision-making concerning the use, management and conservation of land, water and resources, including the offshore;

to provide Inuit with wildlife harvesting rights and rights to participate in decision-making concerning wildlife harvesting;

**9** There are lengthy provisions in the NLCA that address wildlife management and harvesting rights. The provisions are intended to maintain and protect traditional harvesting rights and to ensure that Inuit are significantly involved in wildlife management.

**10** Article 12 of the NLCA addresses development projects. It establishes the Nunavut Impact Review Board (NIRB) which consists of nine members, four of whom are selected by Inuit organizations.

**11** NIRB is tasked with the responsibility of reviewing project proposals to determine ecosystemic and socio-economic impacts and to make recommendations to the appropriate Minister as to whether a project; should proceed, with or without conditions, should be furthered reviewed, should be returned to the proponent for further information, or should not proceed.

**12** If NIRB indicates that a project may proceed without further review the Minister still has the discretion to refer the project for a review.

### III. Chronology of ECASE Proposal

April - September, 2009	letters sent to Arctic Bay, Grise Fiord and Pond Inlet advising of the project meetings held in Grise Fiord and Pond Inlet
November 30, 2009	application submitted to Nunavut Research Institute for a research licence. The application states that NRCan will incorporate local knowledge of the movement and locations of marine wildlife into the research plans to minimize impact on the environment.
April 4, 2010	QIA became aware of application and sent it to the 5 affected communities for review
April 26, 2010	QIA provided written submissions to NIRB, recommending the application be returned to NRCan. QIA expressed concerns about the lack of consultation and the potential impact on marine mammals
May 4, 2010	Triton report (dated March 25th, 2010) provided to NIRB
May 21, 2010	NIRB issues screening report indicating the project can proceed, with terms and conditions, and no review is required. One of the terms and condition is that NRCan conduct meaningful consultations in the 5 affected communities by providing clear, non-technical information and an opportunity for additional measures to be developed to address public concerns prior to the commencement of the project.
May 31- June 23, 2010	NRCan holds public meetings in the 5 affected communities: May 31: Clyde River June 2: Arctic Bay June 4: Resolute Bay June 8: Pond Inlet June 23: Grise Fiord June 11, 2010 Representatives from QIA meet with Representative of NRCan. Assurances are made that changes are being made

Qikiqtani Inuit Assn. v. Canada (Minister of Natural Resources)

to the project proposal.

June 23, 2010

CBC report announces that the project will be modified in response to Inuit concerns (the accuracy of this reporting is admitted by Canada)

representative from NRCan emails QIA and others indicating that the modifications are almost complete

June 29, 2010

QIA writes to the Territorial Minister expressing concerns about the project

July 16, 2010

Territorial Minister approves but does not send letter to QIA in which he states he has concerns with the consultation process

July 19, 2010

NRCan forwards report to Territorial Minister which sets out the community consultations done May 31 - June 23

July 21, 2010

The July 16th letter from the Territorial Minister to QIA gets sent to QIA in error

July 22, 2010

QIA writes to Federal Minister expressing concerns with the project

July 22, 2010

research licence issued to NRCan. License incorporates the terms and conditions in the NIRB screening report

July 23, 2010

QIA announces it is considering legal action

IV. POSITIONS OF THE PARTIES

## A. QIA

**13** QIA alleges that the Government of Canada and the Nunavut Government failed to meet their common-law and constitutional duties to conduct meaningful consultations with Inuit and, if appropriate, accommodate Inuit interests. It further alleges that the terms and conditions of the NIRB report and the licence were not complied with, in that the consultations that took place between May 31 and June 23 were not meaningful.

## B. Government of Canada and Government of Nunavut

**14** The Government of Canada and the Government of Nunavut take the position that the consultations satisfied their common-law and constitutional duties to consult and accommodate. They further submit that the NLCA sets out a comprehensive consultative process and that compliance with that process amounts to compliance with their common law and constitutional duties.

## V. ANALYSIS

### A. Legal Test For An Injunction

**15** The test for injunctive relief is set out in the Supreme Court of Canada case in *RJR MacDonald Inc. v. Canada* [1994] 1 S.C.R. 311. The legal test for granting an injunction is:

- a. Is there a serious issue to be tried?
- b. Would the party seeking the injunction suffer irreparable harm if the injunction is not granted?
- c. Which of the parties would suffer the greater harm from the granting or refusal of an injunction (commonly referred to as the "balance of convenience" test)

### B. IS THERE A SERIOUS ISSUE TO BE TRIED?

**16** The Government of Canada argues that QIA must establish a prima facie case in order to meet this branch of the test. I do not agree that the standard is quite so high. In *RJR MacDonald* the court acknowledged that while at one time an applicant had been required to demonstrate a "strong prima facie case", that was no longer the law (paragraph 49). The test that must be met is that there is a serious issue to be tried - that the action is not frivolous or vexatious. This is particularly so when the court is dealing with Charter challenges, as the court was in *RJR MacDonald*, as the issues relate to fundamental freedoms. The issues in this matter also relate to constitutionally protected rights. Accordingly, the "serious question" standard is the appropriate standard to be applied.

**17** The issues that the court will have to determine at the trial of this action are:

1. What is the scope of the government duty to consult with and accommodate Inuit in the circumstances of this project;
2. Has that duty been met?

**18** The court is required at this stage to undertake a preliminary assessment of the merits of the case.

### C. The Scope of the Duty to Consult and Accommodate:

**19** The parties are in agreement that the government had a duty to consult with Inuit regarding the ECASE project. The duty to consult will arise when the Crown has knowledge of the potential existence of Aboriginal right or title

and contemplates conduct that might adversely affect it (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* [2004] 3 S.C.R. 511, [2005] 1 C.N.L.R. 72). The government's duty to consult and accommodate arises from its obligation to deal honourably with Aboriginal people. The duty extends not only to the process of treaty making, but also of treaty interpretation. The duty to consult and accommodate does not come to an end when a treaty is settled (*Haida Nation*, supra; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* [2005] 3 S.C.R. 388, [2006] 1 C.N.L.R. 78).

**20** Canada argues that the NIRB screening process set out in the NLCA is the consultative process that the parties to the NLCA agreed to. They argue that as long as that process is followed the government has discharged its duty to consult.

**21** The law is not clear to what extent a consultation process that is set out in a treaty will be seen to encompass the duty to consult. In the *Mikisew* case the court was dealing with a historical treaty that did not provide any process for consultation and the court applied the common law principles to determine the scope of consultation necessary. In a more recent case the Yukon Court of Appeal was dealing with a treaty which provided consultative processes for some matters but not others (*Little Salmon/Carmacks First Nation v. Yukon (Director, Agriculture Branch, Department of Energy, Mines and Resources)* 2008 YKCA 13, [2008] 4 C.N.L.R. 25). The issue before the court was whether, by drafting the treaty in that manner, no consultative duties existed except as expressed in the treaty. The Court found that consultative duties beyond those expressed in the treaty existed. That decision is under appeal to the Supreme Court of Canada. Argument was heard on November 12, 2009 and the court reserved. Clearly the law in this area is complex and evolving.

**22** Further, it is not clear that the NIRB screening process is a consultative process in the meaning of the common law duty to consult. The NIRB is not tasked with the responsibility of consulting; it is tasked with the responsibility of reviewing applications. A successful NIRB screening may be evidence that the consultation was considered sufficient by NIRB and this may well be a factor that the court would consider in determining the sufficiency of the consultative process. But this does not necessarily mean that the NIRB process is itself a consultative process.

**23** The scope of the duty to consult and accommodate will be a significant issue at the trial of this matter.

**24** For the purposes of this application it is worthwhile to consider the scope of the duty to consult in the context of the common law principles. The scope of the duty to consult and accommodate will vary with the circumstances, depending upon the nature of the infringement and the nature of the aboriginal right being impacted.

**25** The Inuit right which is of concern in this matter is the right to harvest marine mammals. Many Inuit in Nunavut rely on country food for the majority of their diet. Food costs are very high and many would be unable to purchase food to replace country food if country food were unavailable. Country food is recognized as being of higher nutritional value than purchased food. But the inability to harvest marine mammals would impact more than the just the diet of Inuit. The cultural tradition of sharing country food with others in the community would be lost. The opportunity to make traditional clothing would be impacted. The opportunity to participate in the hunt, an activity which is fundamental to being Inuk, would be lost. The Inuit right which is at stake is of high significance. This suggests a significant level of consultation and accommodation is required.

#### D. The Nature of the Public Consultations

**26** There is disagreement between the parties as to the value of the consultations that did take place. Canada takes the position that the public meetings were meaningful consultations and points to two changes to the project after the meetings, the addition of a second marine mammal observer and a relocation of the line near Coburg Island, as evidence of accommodations having been made. QIA takes the position that the public meetings were simply

opportunities for the government to provide information about the project but that they did not provide an opportunity for Inuit to truly be consulted.

**27** The notes of the public meetings disclose a clear dissatisfaction with the process on the part of the communities. The public meetings were held in May and June, a time when most Inuit are on the land, with the project scheduled to commence in early August. It is clear that community members felt decisions had already been made and that they could have little or no impact on those decisions. Community members did speak about past experiences with seismic testing and the impact on animals. They offered information about the migration routes of marine mammals. It is not clear if anything was done to document this information or what was done with it.

**28** I am unable, nor is it necessary for me, to determine at this stage the true nature or the value of the consultations that did take place. That will be an issue for the trial judge.

**29** The court is cognizant that the government's duty to consult and accommodate does not mean there is a duty to reach agreement. There may be times when the parties, despite extensive consultation, cannot agree on a final resolution. There is no aboriginal veto on government decisions. There may be times when the parties disagree on whether the government has met its obligation to consult and accommodate and the government will be found to have discharged its obligation. The court must ensure that allegations of a failure to consult are not used to simply derail government projects that the Aboriginal group opposes. I am satisfied that this is not such a case.

**30** It is clear from this preliminary review of the matter that there are significant factual and legal issues to be determined at trial. Accordingly, I find that there are serious issues to be tried.

#### E. WILL QIA SUFFER IRREPARABLE HARM IF THE INJUNCTION IS NOT GRANTED?

**31** QIA must establish that the Inuit of North Baffin will suffer irreparable harm if an injunction is not granted. "Irreparable" refers to the nature of the harm suffered, not the magnitude (RJR MacDonald, supra.)

**32** The court has been presented with conflicting evidence on the impact of seismic testing on marine mammals. The court has received an Environmental Impact Statement prepared by Triton Consultants Limited (the "Triton" report) and the submissions provided to NIRB by Oceans North. Each of these documents reference scientific reports and studies in support of their conclusions.

**33** There is also evidence from Inuit hunters that describe the migratory routes of various marine mammals, the nature of the proposed test areas, and recounts experiences with similar types of testing in the past.

**34** Materials which have been provided that express general concern and opposition to the testing, while they may reflect community sentiment, are of no assistance in answering the questions before the court.

**35** The Government states that the seismic testing will have little or no impact on marine mammals. They rely upon the Triton report for their position that the testing will have little or no impact on marine mammals.

**36** The Triton report is a comprehensive review of the relevant scientific literature. It is written in scientific language and its conclusions are qualified by such language as "not anticipated to measurably impact". This is quite proper and by no means diminishes the value of the information or the conclusions reached.

**37** While the court must be cautious not to take isolated paragraphs out of context, particularly when they form part of a lengthy technical paper, the interpretation of which would benefit from the assistance of expert evidence, there are some aspects of the report which cause concern.

**38** The report refers to and has included as Appendix, protocols for acceptable practices to mitigate the impact of seismic activity on marine animals. The fact that such protocols exist support the conclusion that there are impacts; the issue is one of degree.

**39** The report, at page 61, states:

Nevertheless, there is documented evidence of behavioural responses. There are cases of whale displacement and migratory diversion in some whale species exposed to sound, changes in dive patterns and possibly changes in social behaviour, although the latter has not been confirmed. Overall, the ecological significance of these behavioural responses is considered low but requires more definitive study (see Wartzok et al 2003).

**40** The Canadian Statement of Practice on Mitigation of Seismic Noise in the Marine Environment states:

"for marine mammals, the biological and ecological effects of marine seismic sounds are expected to be low or are unknown or not fully understood, but may be higher if there were to be behavioural consequences that would:

- i. displace feeding marine mammals from areas where there are no alternate areas;
- ii. displace marine mammals from breeding or nursery areas; or
- iii. divert migrating marine mammals from routes or corridors for which alternate routes or corridors either do not exist or would incur substantially greater physical costs to traverse."

**41** This is of concern because there is evidence before the court that the proposed testing areas are both calving areas and migration routes for marine mammals (affidavit of Sam Omik, statement of Jaypetee Akeeagok, Oceans North Canada NIRB Submission, page 17). There is also evidence that the channel between Colberg Island and Devon Island is narrow and a disruption of migratory patterns would divert marine mammals from their usual migratory route into Jones Sound (statement of Jaypetee Akeeagok).

**42** The Triton report states at page 70:

No long term effects are foreseen for any VEC (valued ecosystem components). There have been seismic studies in this area of the Canadian Arctic in the past and during this time no measurable impact, residual or otherwise to any marine resource has been identified to our knowledge.

**43** This finding is in direct contrast to the evidence from Inuit that previous seismic testing in the area affected migration routes and the populations of marine mammals in the affected areas for a very long time (affidavit of Sam Omik, paragraph 10, letter from Jayko Alooooloo).

**44** The Oceans North submission references scientific literature which documents significant impacts on marine mammals from seismic testing, including permanent hearing loss, disruption of feeding and migration patterns, and impacts on social bonding, reproductive success and predator avoidance (page 18).

**45** The Triton report also comments on the nature of the public hearings that were held in the affected communities and concludes that "no significant environmental or other concerns were voiced". There is an issue as to whether this is an accurate characterization of the community meetings. It certainly does not take into account the concerns raised by QIA in correspondence to both levels of government.

**46** The Government takes the position that the QIA has only established a potential for harm, not an assurance or guarantee of harm. An assurance or guarantee of harm may be a standard which can be met in circumstances where a forest is to be logged or a building demolished. The thing which the applicant seeks to preserve will no longer

exist if an injunction is not granted. However, in many injunction applications the court will be required to assess harm on the basis of evidence that assists in predicting the likely outcome of granting or not granting an injunction. This is such a case.

**47** On the whole of the evidence presented, I am satisfied that Inuit in the five affected communities will suffer irreparable harm if an injunction is not granted.

**F. WHICH OF THE PARTIES WOULD SUFFER THE GREATER HARM FROM THE GRANTING OR REFUSAL OF AN INJUNCTION**

**48** If the testing proceeds as planned and marine mammals are impacted as Inuit say they will be, the harm to Inuit in the affected communities will be significant and irreversible. The loss extends not just to the loss of a food source, but to a loss of culture. No amount of money can compensate for such a loss.

**49** The proposed testing is part of a larger geological survey. There is no compelling reason why the testing must proceed this year. While there is considerable effort in planning such a project, there is nothing to suggest that the testing could not proceed at a future date. Any loss that Canada might suffer if the testing does not proceed as scheduled is largely a financial loss which is quantifiable and compensable.

**50** Accordingly, I find that the Inuit of North Baffin would suffer the greater harm if injunctive relief were not granted.

**VI. Conclusion**

**51** An Interlocutory Order will be issued restraining Natural Resources Canada from proceeding to conduct seismic testing pursuant to the Eastern Canadian Arctic Seismic Experiment.

**52** The QIA will be required to provide an undertaking to compensate for damages.

S. COOPER J.



**Ian Barton Krause Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. KRAUSE

File No.: 18726.

1985: November 20; 1986: November 6.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Evidence — Rebuttal — Principal issue of guilt or innocence — Defence introducing evidence undermining police integrity — Crown permitted rebuttal — No prior inconsistent statements — Whether or not rebuttal to impeach credit of witness permitted by s. 11 of Canada Evidence Act — Whether or not other grounds for admitting rebuttal evidence — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 11.*

Appellant was questioned by police about a fatal stabbing and charged with murder. At the trial, on a *voir dire*, the answers of the appellant were held to be voluntary. The Crown, made it clear that it did not intend to adduce the questions and answers in evidence-in-chief but that it would use them in cross-examination if the need arose. When appellant testified on his own behalf he gave evidence not only with respect to the circumstances surrounding the murder but also with respect of his involvement with the police during the murder investigation. Crown counsel cross-examined appellant about his statements to police and applied, pursuant to s. 11 of the *Canada Evidence Act*, to call rebuttal evidence at the end of the defence case. The rebuttal evidence was to impeach the credit of appellant. The trial judge allowed the application under s. 11 of the *Canada Evidence Act*. A majority of the Court of Appeal found that decision to be in error in its reliance on s. 11 of the *Canada Evidence Act* but supportable in law on other grounds. At issue is when, and in what circumstances, the Crown may be permitted to call evidence in rebuttal.

**Ian Barton Krause Appellant**

c.

**Sa Majesté La Reine Intimée**

a

RÉPERTORIÉ: R. C. KRAUSE

N° du greffe: 18726.

1985: 20 novembre; 1986: 6 novembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

c

*Preuve — Contre-preuve — Question principale de la culpabilité ou de l'innocence — Présentation par la défense d'un témoignage portant atteinte à l'intégrité de la police — Ministère public autorisé à présenter une contre-preuve — Aucune déclaration antérieure incompatible — L'article 11 de la Loi sur la preuve au Canada permet-il d'utiliser la contre-preuve pour attaquer la crédibilité d'un témoin? — Y a-t-il d'autres motifs justifiant l'admission de la contre-preuve? — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 11.*

e

L'appellant a été interrogé par la police au sujet d'un meurtre commis au moyen d'un couteau et il a été accusé de ce meurtre. Suite à un *voir-dire* lors du procès, les réponses de l'appellant ont été jugées spontanées. Le ministère public a dit clairement qu'il n'avait pas l'intention de présenter ces questions et réponses dans sa preuve principale, mais qu'il les utiliserait en contre-interrogatoire si nécessaire. Lorsque l'appellant a témoigné pour son propre compte, il a déposé non seulement en ce qui a trait aux circonstances entourant le meurtre, mais également au sujet de sa collaboration avec la police au cours de l'enquête sur le meurtre. L'avocat du ministère public a contre-interrogé l'appellant au sujet de ses déclarations à la police et a demandé, conformément à l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'autorisation de présenter une contre-preuve à la fin de la présentation de la preuve de la défense. La contre-preuve avait pour but d'attaquer la crédibilité de l'appellant. Le juge du procès a fait droit à la requête fondée sur l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont conclu que cette décision était erronée dans la mesure où elle se fondait sur l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, mais qu'elle pouvait s'appuyer sur d'autres fondements juridiques. La question en litige est de savoir quand et dans quelles circonstances le ministère public peut être autorisé à présenter une contre-preuve.

*Held:* The appeal should be allowed.

The trial judge erred in permitting the Crown to call evidence rebutting certain items of evidence, pursuant to s. 11 of the *Canada Evidence Act*, as no past inconsistent statement had been made in that regard. Rebuttal evidence could not be admitted on any other ground in law.

The evidence sought to be rebutted attacked police integrity but it did not touch on the question of guilt or innocence. It was therefore collateral and not the proper subject of rebuttal.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318; *Allcock Laight & Westwood Ltd. v. Patten, Bernard and Dynamic Displays Ltd.*, [1967] 1 O.R. 18; *Attorney-General v. Hitchcock*, [1847] 1 Ex. 91, 154 E.R. 38; *R. v. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271; *R. v. Hrechuk* (1951), 58 Man. R. 489; *R. v. Rafael*, [1972] 3 O.R. 238; *Latour v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 361; *R. v. Perry and Franks* (1977), 36 C.C.C. (2d) 209.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 11.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618(1)(a).

**APPEAL** from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1984), 12 C.C.C. (3d) 392, dismissing an appeal from conviction by Legg J. sitting with jury. Appeal allowed.

*John Green*, for the appellant.

*A. Stewart*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

**McINTYRE J.**—This appeal deals with the question of when, and in what circumstances, the Crown may be permitted to call evidence in rebuttal of the evidence given by an accused person.

The appellant was charged with first degree murder of one Hutter on or about March 13, 1981. He was convicted of second degree murder on February 12, 1982 after a trial before a judge and jury. His conviction was upheld in the Court of

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Le juge du procès a commis une erreur en permettant au ministère public de présenter un témoignage visant à réfuter certains éléments de preuve, conformément à l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, étant donné l'absence de déclaration antérieure incompatible à cet égard. L'admission de la contre-preuve ne pouvait s'appuyer sur aucun autre fondement juridique.

Le témoignage qu'on cherchait à réfuter portait atteinte à l'intégrité de la police, mais il ne touchait pas à la question de la culpabilité ou de l'innocence. Il était donc incident et ne pouvait pas faire l'objet d'une contre-preuve.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318; *Allcock Laight & Westwood Ltd. v. Patten, Bernard and Dynamic Displays Ltd.*, [1967] 1 O.R. 18; *Attorney-General v. Hitchcock*, [1847] 1 Ex. 91, 154 E.R. 38; *R. v. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271; *R. v. Hrechuk* (1951), 58 Man. R. 489; *R. v. Rafael*, [1972] 3 O.R. 238; *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361; *R. v. Perry and Franks* (1977), 36 C.C.C. (2d) 209.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 618(1)(a).  
*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 11.

**POURVOI** contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1984), 12 C.C.C. (3d) 392, qui a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Legg siégeant avec jury. Pourvoi accueilli.

*John Green*, pour l'appellant.

*A. Stewart*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

**LE JUGE McINTYRE**—Le présent pourvoi traite de la question de savoir quand et dans quelles circonstances le ministère public peut être autorisé à présenter une preuve visant à réfuter le témoignage d'un accusé.

L'appellant a été accusé du meurtre au premier degré d'un nommé Hutter le 13 mars 1981 ou vers cette date. Il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré le 12 février 1982 après un procès devant un juge et un jury. Sa déclaration de

Appeal on April 11, 1984 (Taggart, Craig J.J.A., Anderson J.A. dissenting). His appeal to this Court is under the provisions of s. 618(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The formal order of the Court of Appeal, which dismissed the appellant's appeal to that court, recorded the points of law upon which Anderson J.A. based his dissent, in these words:

- i) that the learned trial Judge erred in admitting rebuttal evidence on collateral matters directed to the credit of the appellant;
- ii) that the learned trial Judge failed to properly instruct the jury that allegations made by Crown Counsel during his cross-examination of the appellant as to character, and in his address to the jury, were of no evidentiary value and that this failure to direct amounted to non-direction in law; and
- iii) that it was not possible to say that the verdict of the jury would necessarily have been the same had the errors described in i) and ii) above not been made and therefore, the curative provisions contained in section 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code of Canada were not applicable.

The evidence revealed that the deceased Hutter had been attempting to arrange for the purchase of a pound or more of marijuana with the assistance of the appellant, who testified that he trafficked in narcotics. The deceased was in contact with the appellant on the afternoon of March 12, 1981. He was in possession of a car and some seven hundred and fifty dollars which had been provided by one Brian Hawe, a Crown witness. The deceased had been at the appellant's residence but had been unable to make a drug purchase. He returned to Hawe's residence about forty-five minutes after leaving the appellant's home. The appellant advised Hutter that he would try to set up a drug deal for him, and Hutter returned to Duncan, British Columbia, where he lived.

On March 13, 1981, the day of the killing, Hutter returned to the Hawe residence about 10:30 a.m. He was there for a short time and then using Hawe's vehicle he left for the appellant's

culpabilité a été maintenue en appel le 11 avril 1984 (les juges Taggart et Craig, avec dissidence du juge Anderson). Il se pourvoit devant cette Cour en se fondant sur les dispositions de l'al. 618(1)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. L'ordonnance formelle de la Cour d'appel, qui a rejeté l'appel de l'appellant à cette cour, énonce ainsi les points de droit sur lesquels le juge Anderson a fondé sa dissidence:

*b* [TRADUCTION]

- i) que le savant juge du procès a commis une erreur en admettant une contre-preuve sur des questions incidentes portant sur la crédibilité de l'appellant;
- ii) que le savant juge du procès n'a pas bien dit au jury que les allégations faites par l'avocat du ministère public au cours de son contre-interrogatoire de l'appellant au sujet de sa moralité et dans son exposé au jury n'avaient aucune valeur probante et que cette omission équivalait en droit à une absence de directive; et
- iii) qu'il n'était pas possible de dire que le verdict du jury aurait nécessairement été le même si les erreurs décrites aux alinéas i) et ii) ci-dessus n'avaient pas été commises et, par conséquent, que les dispositions réparatrices contenues au sous-al. 613(1)b)(iii) du Code criminel du Canada ne s'appliquaient pas.

Il ressort de la preuve que la victime Hutter avait tenté d'organiser l'achat d'une livre ou plus de marijuana avec l'aide de l'appellant, qui a témoigné qu'il avait fait le trafic de stupéfiants. La victime avait communiqué avec l'appellant dans l'après-midi du 12 mars 1981. Elle avait une auto et environ sept cent cinquante dollars qui avaient été fournis par un nommé Brian Hawe, un témoin du ministère public. La victime s'était rendue à la résidence de l'appellant, mais n'avait pas été en mesure d'acheter de la drogue. Elle est revenue à la résidence de Hawe environ quarante-cinq minutes après avoir quitté la maison de l'appellant. L'appellant a fait savoir à Hutter qu'il tenterait d'organiser pour lui une transaction en matière de drogue, et Hutter est retourné à Duncan en Colombie-Britannique où il demeurait.

Le 13 mars 1981, le jour du meurtre, Hutter est revenu à la résidence de Hawe vers 10 h 30. Il y est resté un moment et a ensuite utilisé le véhicule de Hawe pour se rendre à la maison de l'appellant.

house. Before leaving, he was given \$400 in cash in four one hundred dollar bills by Hawe towards the purchase of the pound of marijuana. Hutter arrived at the appellant's home shortly thereafter. He was there for a short time, then left at about 11:15 a.m., again with Hawe's vehicle.

At some time after his departure from the appellant's house and before 10:45 p.m. on March 13, 1981 Hutter was murdered. He was stabbed to death. His body was found partially covered by leaves on March 14, 1981. There was no money found on his body. The vehicle that Hutter had been driving was observed by an independent witness at the University of Victoria on March 13, 1981 at about 4:30 p.m. and was again observed in the same parking spot on March 15, 1981. The parking lot where the vehicle was found is approximately 1.8 kilometers from where the body was found.

The Crown case depended largely upon the evidence of one Molema. He gave evidence that he was in custody at the Vancouver Island Regional Correction Centre in Victoria in June, 1981. He received a number of visits from the appellant, whom he had known for seven or eight years. Molema's evidence was that during the course of these visits the appellant had told him he had killed Hutter. Molema was unable to recall dates and times and the exact words used in the conversation. He did recall that a knife was involved in "a stabbing sense". He also gave evidence that the encounter between the appellant and Hutter was over a drug deal and that the appellant had taken \$400 to \$700 from Hutter. Molema also admitted to a long criminal record.

The appellant gave evidence on his own behalf. He said that he got up early on March 13, 1981 and he received a telephone call shortly thereafter from Hutter asking if he could come down to see the appellant. The appellant agreed that he could come. The deceased duly arrived shortly after breakfast and asked where he could get any marijuana. There was some discussion about the scarcity of marijuana and the price of drugs. Hutter told the appellant that he had to return the

Avant de partir, Hawe lui a remis 400 \$ en coupures de cent dollars pour l'achat de la livre de marijuana. Peu après, Hutter est arrivé à la maison de l'appelant. Il y est resté un moment et est ensuite reparti vers 11 h 15, toujours en utilisant le véhicule de Hawe.

À un moment donné après son départ de la maison de l'appelant et avant 22 h 45 le 13 mars 1981, Hutter a été assassiné. Il a été poignardé à mort. Son corps a été trouvé partiellement couvert de feuilles le 14 mars 1981. Il n'avait pas d'argent sur lui. Le véhicule que Hutter conduisait a été aperçu par un témoin indépendant à l'Université de Victoria le 13 mars 1981 vers 16 h 30 et une autre fois dans le même espace de stationnement le 15 mars 1981. Le terrain de stationnement où le véhicule a été trouvé est situé à environ 1,8 km de l'endroit où le corps a été découvert.

La preuve du ministère public reposait dans une large mesure sur le témoignage d'un nommé Molema. Ce dernier a témoigné qu'il était détenu au centre correctionnel régional de l'île de Vancouver à Victoria en juin 1981. Il a reçu un certain nombre de visites de l'appelant qu'il connaissait depuis sept ou huit ans. Le témoignage de Molema portait que, pendant ces visites, l'appelant lui avait confié qu'il avait tué Hutter. Molema était incapable de se souvenir de l'heure et de la date et des termes exacts utilisés dans la conversation. Il s'est souvenu qu'il était question d'un couteau utilisé dans [TRADUCTION] «le sens de poignarder». Il a également témoigné que la rencontre entre l'appelant et Hutter portait sur la conclusion d'une transaction en matière de drogue et que l'appelant avait pris 400 \$ à 700 \$ à Hutter. Molema a également admis avoir un casier judiciaire chargé.

L'appelant a témoigné pour son propre compte. Il a affirmé qu'il s'est levé tôt le 13 mars 1981 et qu'il a reçu peu après un appel téléphonique de Hutter qui lui a demandé s'il pouvait venir le voir. L'appelant a accepté qu'il vienne. La victime est bien arrivée peu après le petit déjeuner et lui a demandé où elle pourrait se procurer de la marijuana. Il y a eu une certaine discussion au sujet de la rareté de la marijuana et du prix des drogues. Hutter a dit à l'appelant qu'il devait ramener à

vehicle he was driving to Hawe. The appellant asked Hutter for a ride. He wished to visit some friends who lived in the direction he thought Hutter was going. They left the appellant's residence in Hawe's car but when it became apparent that Hutter was not going in the direction the appellant had hoped, he got out of the car and continued his journey on foot. Hutter, according to the appellant, did not tell him where he was going. The appellant accounted for his whereabouts for the remainder of the day by saying that he reached his friend's apartment, that is, his destination, at about 11:15 or 11:30 a.m. The friend was absent. He then recalled that his appointment had been for 1:00 p.m. He went on foot to his bank where he deposited \$100 in his account. The deposit was recorded by the bank's computer at 12:59 p.m. He then went to a nearby shopping centre where he made some purchases, then took a taxi to his friend's house and returned home later in the afternoon.

A Crown witness, one Macaulay, who was an admitted supplier of narcotics to the appellant, called at the appellant's residence at 4:30 p.m. on March 13 and the appellant paid him \$600 or \$700 in large bills. This was money owed on account. Later in the evening Crown witnesses placed the appellant at a local pub with a group of friends and later in a restaurant, where the appellant bought food for his friends and then went home by taxi.

I have gone into some detail on the facts above described in order to make clear the background against which the main point at issue, that of rebuttal evidence, arose. The trial lasted for some ten days. The first two days were taken up in a *voir dire*, which was conducted in order to determine the admissibility of certain statements made by the appellant to police officers in a series of conversations which took place during the investigation. The appellant was interviewed by police officers on March 26, March 31, April 1, April 6 and April 23. During these interviews or conversations he was questioned regarding the murder of Hutter and he gave answers which were largely

Hawe le véhicule qu'il conduisait. L'appelant a demandé à Hutter de l'emmener avec lui dans sa voiture. Il voulait visiter des amis qui demeuraient du côté où, croyait-il, Hutter se dirigeait. Ils ont quitté la résidence de l'appelant dans la voiture de Hawe, mais lorsqu'il est devenu évident que Hutter n'allait pas dans la direction souhaitée par l'appelant, il est descendu de la voiture et a continué son trajet à pied. Hutter, selon l'appelant, ne lui a pas dit où il allait. L'appelant a expliqué où il avait passé le reste de la journée en disant qu'il était arrivé à l'appartement de son ami, c'est-à-dire, sa destination, vers 11 h 15 ou 11 h 30. L'ami en question était absent. Il s'est alors souvenu que son rendez-vous avait été fixé pour 13 h. Il a marché jusqu'à sa banque où il a déposé 100 \$ dans son compte. Le dépôt a été enregistré à 12 h 59 par l'ordinateur de la banque. Il est ensuite allé dans un centre commercial situé non loin de là où il a fait quelques achats, puis s'est rendu en taxi à la maison de son ami et est revenu chez lui plus tard dans l'après-midi.

Un témoin du ministère public, un nommé Macaulay, qui était un fournisseur reconnu de stupéfiants à l'appelant, a téléphoné à la résidence de l'appelant vers 16 h 30 le 13 mars et l'appelant lui a versé la somme de 600 \$ ou 700 \$ en grosses coupures. C'était de l'argent qu'il lui devait. Plus tard dans la soirée, des témoins du ministère public ont reconnu l'appelant dans un pub local en compagnie d'un groupe d'amis et plus tard dans un restaurant où l'appelant a payé le repas de ses amis et est ensuite retourné chez lui en taxi.

J'ai décrit d'une manière assez détaillée les faits mentionnés ci-dessus de manière à établir clairement le contexte dans lequel s'est posée la principale question en litige, celle de la contre-preuve. Le procès a duré environ dix jours. Les deux premiers jours ont été consacrés à un *voir-dire* qui avait pour but de déterminer l'admissibilité de certaines déclarations faites par l'appelant à des agents de police lors d'une série de conversations qui ont eu lieu au cours de l'enquête. L'appelant a été interrogé par les policiers les 26 et 31 mars, ainsi que les 1<sup>er</sup>, 6 et 23 avril. Pendant ces entrevues ou conversations, il a été interrogé au sujet du meurtre de Hutter et il a donné des réponses qui

exculpatory. These conversations were the subject of the *voir dire*. The answers made to the questions by the appellant were all held to be voluntary and were all held to be admissible. The Crown, however, had made it clear to all parties that it did not intend to adduce the questions and answers in evidence-in-chief, but would use them in cross-examination if the need arose. It is the rebuttal evidence led by the Crown to rebut answers given by the accused in such cross-examination and statements made by the accused during his direct examination which raise the principal issue in this case.

The appellant, in addition to giving the evidence summarized earlier, also gave evidence of his involvement with the police during the investigation of the murder. The points of significance for our purposes in this case may be summarized, as follows:

He swore that:

1. It seemed to be a regular thing for the police to come and 'grab' him and take him down to the Station.
2. The police had suggested to him that if he did not tell them where he had sent Hutter to look for marijuana, they were going to "kick in the doors" of known drug dealers and tell them that the appellant sent Hutter there looking for marijuana.
3. The police showed him a photograph of the deceased when they first interviewed him on March 26, 1981.
4. He had not told the police officers that he had never dealt with Hutter in a dope deal, but rather that the statement was taken out of context and that he had told them that he had never dealt with Hutter prior to January, 1981.

In cross-examination the appellant was questioned extensively regarding his statements to the police. It was put to him that he had told the officers that he had never dealt with Hutter in a dope deal when he had told him where to go.

étaient dans une large mesure disculpatoires. Le voir-dire a porté sur ces conversations. Les réponses de l'appelant aux questions ont toutes été jugées spontanées et admissibles. Toutefois, le ministère public a dit clairement à toutes les parties qu'il n'avait pas l'intention de présenter ces questions et réponses dans sa preuve principale, mais qu'il les utiliserait en contre-interrogatoire si nécessaire. C'est la contre-preuve présentée par le ministère public pour réfuter les réponses données par l'accusé au cours de ce contre-interrogatoire et les déclarations de l'accusé pendant son interrogatoire principal qui sont à l'origine de la principale question en litige en l'espèce.

En plus de donner le témoignage résumé précédemment, l'appelant a également témoigné au sujet de sa collaboration avec la police au cours de l'enquête sur le meurtre. Les points qui sont importants pour nous en l'espèce peuvent être résumés de la manière suivante:

Il a déclaré sous serment que:

1. Il semblait normal pour les policiers d'arriver, de «s'emparer» de lui et de l'emmener au poste.
2. Les policiers lui ont laissé entendre que s'il ne leur disait pas où il avait envoyé Hutter pour chercher de la marijuana, ils allaient «défoncer les portes» des fournisseurs de drogue connus et qu'ils leur diraient que l'appelant leur a envoyé Hutter pour chercher de la marijuana.
3. Les policiers lui ont montré une photographie de la victime lorsqu'ils l'ont interrogé pour la première fois le 26 mars 1981.
4. Il a dit aux policiers non pas qu'il n'avait jamais traité avec Hutter dans une transaction de drogue, mais plutôt que la déclaration avait été prise hors contexte et qu'il leur avait dit qu'il n'avait jamais traité avec Hutter avant janvier 1981.

En contre-interrogatoire, l'appelant s'est vu poser de nombreuses questions au sujet de ses déclarations à la police. On lui a souligné qu'il avait dit aux agents qu'il n'avait jamais traité avec Hutter dans une transaction de drogue alors qu'il lui avait dit où aller.

At the close of the defence case the Crown applied to call rebuttal evidence, pursuant to s. 11 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10. The Crown was relying solely on s. 11 for this application and sought to use the rebuttal evidence solely for the purpose of impeaching the credit of the appellant. The trial judge granted the Crown's motion and allowed the calling of evidence in rebuttal in these words:

Thank you. My ruling is that the Crown should have leave to call the rebuttal evidence that has been outlined, dealing with the statement previously made or alleged to have been made by the accused man. In my view the Crown is permitted to lead this evidence under section 11 of the *Canada Evidence Act*.

In the Court of Appeal the majority were of the opinion that the trial judge had been in error in his application of s. 11 of the *Canada Evidence Act*, which he relied on in allowing the Crown to call the rebuttal evidence. The four points upon which the rebuttal evidence was permitted have been enumerated above. Of these points, items 1, 2 and 3 did not involve any past inconsistent statements on the part of the appellant. All of the judges of the Court of Appeal were in agreement that s. 11 could not apply to the first three items and that it was an error on the part of the trial judge to permit the calling of rebuttal evidence in respect of them. The majority, however, were of the view that rebuttal on items 1, 2 and 3 was supportable on another ground, that of relevance on the question of guilt or innocence, and that while the trial judge had misapplied s. 11 of the *Canada Evidence Act* on the question, the rebuttal evidence was nonetheless admissible and no error in law occurred. It was not contended that any error occurred in the application of s. 11 to the fourth item and no issue arises respecting that item. Anderson J.A., in dissent, was of the view that the rebuttal evidence did not go to issues relevant to the guilt or innocence of the appellant, but were merely collateral. Therefore, while cross-examination of the appellant by counsel for the Crown upon those items was proper, the Crown was bound by the answers given and was not entitled to

À la fin de la présentation de la preuve de la défense, le ministère public a demandé l'autorisation de présenter une contre-preuve conformément à l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10. Le ministère public fondait sa demande uniquement sur l'art. 11 et cherchait à utiliser la contre-preuve dans le seul but d'attaquer la crédibilité de l'appelant. Le juge du procès a fait droit à la requête du ministère public et lui a permis de présenter une contre-preuve en ces termes:

[TRADUCTION] Je vous remercie. Ma décision est que le ministère public peut présenter la contre-preuve dont les grandes lignes ont été tracées et qui porte sur la déclaration antérieure qui a été faite ou qui aurait été faite par l'accusé. À mon avis, le ministère public a le droit de présenter cette preuve en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont été d'avis que le juge du procès avait commis une erreur dans son application de l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, sur lequel il s'était fondé pour permettre au ministère public de présenter la contre-preuve. Les quatre points au sujet desquels la contre-preuve a été autorisée ont été énumérés précédemment. De ceux-ci, les points 1, 2 et 3 ne portent pas sur des déclarations antérieures incompatibles de la part de l'appelant. Tous les juges de la Cour d'appel se sont accordés pour dire que l'art. 11 ne pouvait s'appliquer aux trois premiers points et que le juge du procès avait commis une erreur en permettant la présentation de la contre-preuve à leur égard. Toutefois, les juges formant la majorité ont exprimé l'avis que la contre-preuve relative aux points 1, 2 et 3 était justifiable à un autre égard, celui de la pertinence quant à la question de la culpabilité ou de l'innocence, et que même si le juge du procès avait mal appliqué à la question l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la contre-preuve était néanmoins admissible et aucune erreur de droit n'avait été commise. On n'a pas soutenu qu'une erreur avait été commise dans l'application de l'art. 11 au quatrième point et aucune question ne se pose relativement à celui-ci. Selon le juge Anderson, dissident, la contre-preuve ne touchait pas aux questions relatives à la culpabilité ou à l'innocence de l'appelant, mais était simplement incidente. Par

call evidence to rebut the answers given in such cross-examination.

The first ground, as set out in the formal order of the Court of Appeal, and by far the most important in this case, alleges error on the part of the trial judge in permitting the Crown to call evidence in rebuttal of the appellant's testimony after the conclusion of the defence case.

At the outset, it may be observed that the law relating to the calling of rebuttal evidence in criminal cases derived originally from, and remains generally consistent with, the rules of law and practice governing the procedures followed in civil and criminal trials. The general rule is that the Crown, or in civil matters the plaintiff, will not be allowed to split its case. The Crown or the plaintiff must produce and enter in its own case all the clearly relevant evidence it has, or that it intends to rely upon, to establish its case with respect to all the issues raised in the pleadings; in a criminal case the indictment and any particulars: see *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318 (Ont. C.A.), *per* Mackinnon J.A., at p. 320, and for a civil case see: *Allcock Laight & Westwood Ltd. v. Patten, Bernard and Dynamic Displays Ltd.*, [1967] 1 O.R. 18 (Ont. C.A.), *per* Schroeder J.A., at pp. 21-22. This rule prevents unfair surprise, prejudice and confusion which could result if the Crown or the plaintiff were allowed to split its case, that is, to put in part of its evidence—as much as it is deemed necessary at the outset—then to close the case and after the defence is complete to add further evidence to bolster the position originally advanced. The underlying reason for this rule is that the defendant or the accused is entitled at the close of the Crown's case to have before it

conséquent, bien que le contre-interrogatoire de l'appelant effectué sur ces points par l'avocat du ministère public ait été approprié, le ministère public était lié par les réponses données au cours de ce contre-interrogatoire et n'avait pas le droit de présenter une preuve visant à les réfuter.

Le premier moyen, exposé dans l'ordonnance formelle de la Cour d'appel et qui est de loin le plus important en l'espèce, porte que le juge du procès a commis une erreur en permettant au ministère public de présenter une preuve visant à réfuter le témoignage de l'appelant après la conclusion de la preuve de la défense.

D'abord, on peut remarquer que la règle applicable en matière de présentation d'une contre-preuve dans les affaires criminelles découle au départ des règles de droit et de pratique qui régissent la procédure suivie dans les procès civils et criminels, et elle demeure généralement compatible avec celles-ci. La règle générale porte que le ministère public, ou le demandeur dans les affaires civiles, ne sera pas autorisé à scinder sa preuve. Le ministère public ou le demandeur doit produire et inclure dans sa preuve tous les éléments clairement pertinents dont il dispose ou sur lesquels il a l'intention de se fonder pour établir sa preuve relativement à toutes les questions soulevées dans les débats; dans une affaire criminelle, l'acte d'accusation et tous les renseignements; voir *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318 (C.A. Ont.), le juge Mackinnon, à la p. 320, et pour une affaire civile voir: *Allcock Laight & Westwood Ltd. v. Patten, Bernard and Dynamic Displays Ltd.*, [1967] 1 O.R. 18 (C.A. Ont.), le juge d'appel Schroeder, aux pp. 21 et 22. Cette règle empêche les surprises injustes, les préjudices et la confusion qui pourraient résulter si le ministère public ou le demandeur était autorisé à scinder sa preuve, c'est-à-dire, à présenter une partie de ses éléments de preuve—autant qu'il l'estime nécessaire au départ—pour ensuite terminer la présentation de sa preuve et, après la fin de l'argumentation de la défense, ajouter d'autres éléments de preuve à l'appui de la position présentée au début. La raison d'être de cette règle est que le défendeur ou l'accusé a le droit à la fin de la présentation de la preuve du ministère public de disposer de la preuve



the full case for the Crown so that it is known from the outset what must be met in response.

The plaintiff or the Crown may be allowed to call evidence in rebuttal after completion of the defence case, where the defence has raised some new matter or defence which the Crown has had no opportunity to deal with and which the Crown or the plaintiff could not reasonably have anticipated. But rebuttal will not be permitted regarding matters which merely confirm or reinforce earlier evidence adduced in the Crown's case which could have been brought before the defence was made. It will be permitted only when it is necessary to insure that at the end of the day each party will have had an equal opportunity to hear and respond to the full submissions of the other.

In the cross-examination of witnesses essentially the same principles apply. Crown counsel in cross-examining an accused are not limited to subjects which are strictly relevant to the essential issues in a case. Counsel are accorded a wide freedom in cross-examination which enable them to test and question the testimony of the witnesses and their credibility. Where something new emerges in cross-examination, which is new in the sense that the Crown had no chance to deal with it in its case-in-chief (i.e., there was no reason for the Crown to anticipate that the matter would arise), and where the matter is concerned with the merits of the case (i.e. it concerns an issue essential for the determination of the case) then the Crown may be allowed to call evidence in rebuttal. Where, however, the new matter is collateral, that is, not determinative of an issue arising in the pleadings or indictment or not relevant to matters which must be proved for the determination of the case, no rebuttal will be allowed. An early expression of this proposition is to be found in *Attorney-General v. Hitchcock*, [1847] 1 Ex. 91, 154 E.R. 38, and examples of the application of the principle may be found in *R. v. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271 (Ct. Crim. App.); *R. v. Hrechuk* (1951), 58 Man. R. 489 (C.A.); *R. v. Rafael*, [1972] 3 O.R. 238 (Ont. C.A.); and *Latour v. The Queen*, [1978]

complète du ministère public de manière à savoir, dès le début, ce à quoi il doit répondre.

Le demandeur ou le ministère public peut être autorisé à présenter une contre-preuve après la fin de l'argumentation de la défense, lorsque la défense a soulevé de nouvelles questions ou de nouveaux moyens de défense dont le ministère public n'a pas eu l'occasion de traiter et que le ministère public ou le demandeur ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Toutefois, la contre-preuve n'est pas permise en ce qui a trait à des questions qui confirment ou renforcent simplement des éléments de preuve soumis précédemment dans le cadre de la preuve du ministère public et qui auraient pu être soumis avant la présentation de la défense. Elle ne sera autorisée que si elle est nécessaire pour assurer qu'à la fin de l'audience chaque partie aura eu une chance égale d'entendre les arguments complets de l'autre et d'y répondre.

Les mêmes principes s'appliquent essentiellement au contre-interrogatoire des témoins. En contre-interrogeant un accusé, l'avocat du ministère public n'est pas limité aux sujets qui se rattachent strictement aux questions essentielles d'une affaire. Les avocats jouissent, en matière de contre-interrogatoire, d'une grande liberté qui leur permet de vérifier et d'attaquer les dépositions des témoins et leur crédibilité. Lorsqu'un élément nouveau ressort du contre-interrogatoire, nouveau dans le sens que le ministère public n'a pas eu l'occasion d'en traiter dans sa preuve principale (c.-à-d. qu'il n'avait aucune raison de prévoir que la question serait soulevée), et lorsque la question porte sur le fond de l'affaire (c.-à-d. sur une question essentielle pour statuer sur l'affaire), le ministère public peut alors être autorisé à présenter une contre-preuve. Toutefois, lorsque la nouvelle question est incidente, c'est-à-dire, non déterminante quant à une question soulevée dans les plaidoiries ou dans l'acte d'accusation ou sans rapport avec des questions dont la preuve est nécessaire pour trancher l'affaire, aucune contre-preuve ne sera autorisée. Cette proposition a déjà été exprimée dans *Attorney-General v. Hitchcock*, [1847] 1 Ex. 91, 154 E.R. 38, et on peut trouver des exemples d'application de ce principe dans *R. v. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271 (Ct. Crim. App.); *R.*

1 S.C.R. 361. This is known as the rule against rebuttal on collateral issues. Where it applies, Crown counsel may cross-examine the accused on the matters raised, but the Crown is bound by the answers given. This is not to say that the Crown or the trier of fact is bound to accept the answers as true. The answer is binding or final only in the sense that rebuttal evidence may not be called in contradiction. It follows then that the principal issue which arises on this branch of the case is whether the issues arising out of items 1, 2 and 3 are collateral in the sense described or relevant as going to a determinative issue in the case.

The Crown's application to call rebuttal evidence was made under s. 11 of the *Canada Evidence Act*, which provides:

11. Where a witness upon cross-examination as to a former statement made by him relative to the subject-matter of the case and inconsistent with his present testimony, does not distinctly admit that he did make such statement, proof may be given that he did in fact make it; but before such proof can be given the circumstances of the supposed statement, sufficient to designate the particular occasion, shall be mentioned to the witness, and he shall be asked whether or not he did make such statement.

I am in full agreement with the judges of the Court of Appeal that s. 11 could have no application to items 1, 2 and 3, no past inconsistent statement having been made regarding those items by the appellant. As has been noted, there was no error in this respect regarding item 4. We are then only concerned with items 1, 2 and 3. In dealing with these items, the first question is: Did other grounds exist which would justify the admission of the rebuttal evidence? Craig J.A., in the Court of Appeal, considered such other grounds did exist. He was of the view that the issues arising from items 1, 2 and 3 were not collateral issues but were relevant. Therefore, Crown evidence by rebuttal

*v. Hrechuk* (1951), 58 Man. R. 489 (C.A.); *R. v. Rafael*, [1972] 3 O.R. 238 (C.A. Ont.), et *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361. Il s'agit de la règle qui interdit de présenter une contre-preuve relativement à des questions incidentes. Lorsqu'elle s'applique, l'avocat du ministère public peut contre-interroger l'accusé sur les questions qui ont été soulevées, mais le ministère public est lié par les réponses données. Cela ne veut pas dire que le ministère public ou le juge des faits est tenu de considérer les réponses comme vraies. La réponse est définitive ou finale seulement dans le sens qu'on ne peut pas présenter de contre-preuve pour la contredire. Il en résulte donc que la question principale que soulève cette partie de l'affaire est de savoir si les questions qui découlent des points 1, 2 et 3 sont incidentes dans le sens qui est décrit ou pertinentes en ce sens qu'elles touchent à une question déterminante en l'espèce.

La demande du ministère public visant la présentation d'une contre-preuve était fondée sur l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui prévoit:

11. Si un témoin, contre-interrogé au sujet d'une déclaration antérieure faite par lui relativement au sujet de la cause et incompatible avec sa présente déposition, n'admet pas clairement qu'il a fait cette déclaration, il est permis de prouver qu'il l'a réellement faite; mais avant de pouvoir établir cette preuve, les circonstances dans lesquelles a été faite la prétendue déclaration doivent être exposées au témoin de manière à désigner suffisamment l'occasion en particulier, et il faut lui demander s'il a fait ou non cette déclaration.

Je suis entièrement d'accord avec les juges de la Cour d'appel pour dire que l'art. 11 ne peut s'appliquer aux points 1, 2 et 3, étant donné qu'il n'y a eu, de la part de l'appellant, aucune déclaration antérieure incompatible au sujet de ces points. Comme on l'a souligné, il n'y a pas eu d'erreur à cet égard en ce qui concerne le point 4. Nous ne nous intéressons alors qu'aux points 1, 2 et 3. En examinant ces points, la première question qui se pose est la suivante: Y avait-il d'autres motifs qui auraient justifié l'admission de la contre-preuve? Le juge Craig de la Cour d'appel a considéré qu'il en existait d'autres. Il a exprimé l'avis que les questions que soulevaient les points 1, 2 et 3

was admissible. He said, in *R. v. Krause* (1984), 12 C.C.C. (3d) 392 (B.C.C.A.), at p. 405:

One sometimes reads, or hears, a statement that credibility is a collateral issue. This is misleading. Credibility may be a secondary issue in a particular case, the primary issue being whether the Crown is able to establish the guilt of the accused beyond a reasonable doubt, but it is always an underlying issue. Evidence of the former words and conduct of a witness which is unrelated to the circumstances in issue is inadmissible either because it is immaterial or because it is irrelevant. It is collateral in both senses of the word. To the extent, however, that the former words and conduct of a witness may bear on his credibility in the case before the court, he may be questioned about them, but his answers may not be contradicted because to permit such a contradiction would cause confusion of issues, surprise and unfair prejudice. On the other hand, a person's words and conduct in relation to the case before the court are not collateral. They are very relevant. In this case, the main fact in issue was whether Krause had killed Barry Hutter on or about March 13th. The Crown adduced evidence to prove that he had killed Hutter. Krause denied that he killed Hutter. His words and actions pertaining to the circumstances of this case were relevant to the main fact in issue and, also, to Krause's credibility.

Taggart J.A. was essentially in agreement with Craig J.A. Anderson J.A., dissenting, considered that the issues dealt with in rebuttal were collateral and, accordingly, not the proper subject of rebuttal evidence.

It will be seen that there was no disagreement between the majority and the minority in the Court of Appeal with respect to the law which should be applied on this point. The sole point of departure was the differing view on the nature of the issues raised by items 1, 2 and 3. The majority found the issues relevant and material to the determination of the principal issue of guilt or inno-

étaient non pas incidentes, mais pertinentes. Par conséquent, la contre-preuve du ministère public était admissible. Voici ce qu'il affirme dans *R. v. Krause* (1984), 12 C.C.C. (3d) 392 (C.A.C.-B.), à la p. 405:

[TRADUCTION] Parfois, on lit ou on entend une déclaration portant que la crédibilité est une question incidente. Cela est trompeur. La crédibilité peut être une question secondaire dans une affaire en particulier où la question principale est de savoir si le ministère public est en mesure d'établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, mais c'est toujours une question sous-jacente. Les éléments de preuve relatifs aux déclarations et à la conduite antérieures d'un témoin, qui ne sont pas liés aux circonstances du litige, ne sont pas admissibles soit parce qu'ils ne sont pas importants, soit parce qu'ils ne sont pas pertinents. Ils sont incidents dans les deux sens du terme. Toutefois, dans la mesure où les déclarations et la conduite antérieures d'un témoin peuvent influencer sur sa crédibilité dans l'affaire dont est saisi le tribunal, il peut être interrogé sur celles-ci, mais ses réponses ne peuvent être démenties parce que, si l'on permettait cela, il en résulterait une confusion des questions en litige, de la surprise et un préjudice injuste. Par ailleurs, les déclarations et la conduite d'une personne, liées à l'affaire dont le tribunal est saisi, ne sont pas incidentes. Elles sont très pertinentes. En l'espèce, le principal fait en litige était de savoir si Krause a tué Barry Hutter le 13 mars ou vers cette date. Le ministère public a présenté des éléments de preuve pour démontrer qu'il a tué Hutter. Krause a nié avoir tué Hutter. Ses déclarations et ses actes se rapportant aux circonstances de l'espèce étaient pertinents en ce qui avait trait au fait principal en litige et aussi quant à la crédibilité de Krause.

Le juge Taggart était essentiellement d'accord avec le juge Craig. Le juge Anderson, dissident, a considéré que les questions traitées en contre-preuve étaient incidentes et, par conséquent, ne pouvaient pas faire l'objet d'une contre-preuve.

On constatera qu'il n'y a pas de désaccord entre les juges formant la majorité et le juge dissident en Cour d'appel quant à la règle qui devrait être appliquée sur ce point. La nature des questions soulevées par les points 1, 2 et 3 constitue le seul point sur lequel il y a eu divergence d'opinions. Les juges formant la majorité ont conclu que ces questions étaient pertinentes et importantes pour trancher la question principale de la culpabilité ou de l'innocence. Le juge dissident a conclu qu'elles se

cence. The dissent found them limited only to the collateral issue of credibility.

There was one principal issue raised in this case, that is, did the appellant kill Hutter or did he not? Evidence bearing on that issue would be clearly material and admissible and in no way collateral. The evidence in respect of which rebuttal was allowed dealt in item 1 with the appellant's assertion that the police harassed him before his arrest. He said it seemed to be a regular thing for the police to come and 'grab' him and take him down to the station. Item 2 dealt with further harassing and intimidating conduct on the part of the police, an alleged threat to put pressure on other drug dealers, telling them that the appellant had sent Hutter to them to get marijuana. Item 3 dealt with an allegation that during the course of the investigation the police had shown the appellant a gory photograph of Hutter's body. Were the points so raised material and relevant in deciding the issue—did the appellant kill Hutter?

It should be observed that the Crown chose in this case to proceed without making the accused's out-of-court statements part of its case. To establish guilt, the Crown relied on the evidence of one Molema and one Macaulay, whose evidence has been referred to above, and on various other witnesses who developed the Crown's case against the appellant. The Crown in closing its case was doing so without any police evidence regarding the statements or conversations between the police and the appellant. Although the admissibility of the conversations had been established in the *voir dire*, they were not read in evidence in the Crown's case. It seems clear that—at least up to the time when the Crown closed its case—it did not consider the evidence relevant to that issue. It may be suggested, however, that the evidence given by the accused at trial made the police version of the conversations relevant. This, however, is a conclusion I cannot reach. The evidence of the appellant reflected on the integrity of the police—though not on that of any police witness who gave evidence as

limitaient seulement à la question incidente de la crédibilité.

Une question principale a été soulevée en l'espèce, savoir, l'appellant a-t-il, oui ou non, tué Hutter? Les éléments de preuve portant sur cette question seraient clairement importants et admissibles et aucunement incidents. L'élément de preuve à l'égard duquel la présentation de la contre-preuve a été autorisée traitait quant au point 1, de la déclaration de l'appellant selon laquelle les policiers l'avaient harcelé avant son arrestation. Il a dit qu'il semblait normal pour les policiers d'arriver, de «s'emparer» de lui et de l'emmener au poste. Il était question au point 2 d'autres harcèlements et intimidations de la part des policiers, d'une allégation de menace d'exercer une pression sur les autres trafiquants de drogue en leur disant que l'appellant leur avait envoyé Hutter pour obtenir de la marijuana. Le point 3 traitait d'une allégation selon laquelle, au cours de l'enquête, les policiers avaient montré à l'appellant une photographie du corps ensanglanté de Hutter. Les points ainsi soulevés étaient-ils pertinents et importants pour trancher la question de savoir si l'appellant a tué Hutter?

Je tiens à faire observer que le ministère public a choisi en l'espèce de ne pas inclure dans sa preuve les déclarations hors cour de l'accusé. Pour démontrer la culpabilité de l'accusé, il s'est fondé sur le témoignage d'un nommé Molema et d'un nommé Macaulay, dont les dépositions ont été mentionnées précédemment, et sur d'autres témoins qui sont venus établir sa preuve contre l'appellant. Le ministère public a terminé sa preuve sans présenter de témoignage des policiers en ce qui concerne les déclarations ou les conversations qui ont eu lieu entre eux et l'appellant. Bien que l'admissibilité des conversations ait été établie au cours du *voir-dire*, elles n'ont pas été intégrées dans la preuve du ministère public. Il semble évident que—du moins jusqu'au moment de la clôture de la preuve du ministère public—celui-ci n'a pas tenu compte des témoignages pertinents relativement à cette question. Toutefois, on pourrait dire que le témoignage de l'accusé au procès rend pertinente la version des conversations donnée par la police. Toutefois, il s'agit là d'une conclusion

part of the Crown's case-in-chief—but it did not touch upon the question of guilt or innocence. I am unable to say that the rebuttal evidence, which merely answered allegations made by the appellant and did not touch questions relating to his guilt or innocence, was relevant on that issue. The fact that evidence is introduced by the defence-in-chief does not make it a proper subject for rebuttal evidence unless it is otherwise relevant to a matter other than credibility: see *Cargill, supra*, and *Hretchuk, supra*. In my view, in agreement with Anderson J.A. in his dissent, the issues made the subject of rebuttal were collateral, as being neither material nor relevant on the issue of guilt or innocence. The Crown was entitled to cross-examine and did cross-examine the appellant on this matter. The Crown, however, was bound by the answers and was not entitled to call evidence in rebuttal. A somewhat similar case is to be found in the case of *R. v. Perry and Franks* (1977), 36 C.C.C. (2d) 209 (Ont. C.A.) I adopt here the approach taken in that case by Dubin J.A. If the evidence of what passed between the police and the appellant during the investigation was relevant and material, it should have been introduced in chief. To allow it to be introduced by rebuttal evidence would be to allow the Crown to split its case. If, on the other hand, it was not relevant and material, and did not become relevant and material to the question of guilt or innocence or to a defence, (for example, an alibi arising for the first time during the accused's case-in-chief), no rebuttal evidence should have been permitted. I would therefore resolve this issue against the Crown, holding that it was error on the part of the trial judge to permit the Crown to call evidence in rebuttal under s. 11 of the *Canada Evidence Act* and that the allowance of rebuttal evidence could not be supported on any other ground in law. I would allow the appeal and direct a new trial. In view of my

que je ne puis tirer. Le témoignage de l'appelant portait atteinte à l'intégrité de la police—quoique non à celle des témoins de la police qui ont déposé dans le cadre de la preuve principale du ministère public—mais il ne touchait pas à la question de la culpabilité ou de l'innocence. Je suis incapable de dire que la contre-preuve, qui répondait simplement à des allégations de l'appelant et n'abordait pas des questions relatives à sa culpabilité ou à son innocence, était pertinente à cet égard. Le fait qu'un témoignage fasse partie de la défense principale n'en fait pas un objet approprié de contre-preuve à moins qu'il ne soit par ailleurs pertinent à l'égard d'une question autre que la crédibilité: voir *Cargill* et *Hretchuk*, précités. Je partage l'opinion dissidente du juge Anderson que les questions faisant l'objet de la contre-preuve étaient incidentes car elles n'étaient ni importantes ni pertinentes en ce qui a trait à la question de la culpabilité ou de l'innocence. Le ministère public avait le droit de contre-interroger l'appelant sur cette question et c'est ce qu'il a fait. Toutefois, le ministère public était lié par les réponses données et n'avait pas le droit de présenter des témoignages en contre-preuve. On trouve une affaire quelque peu semblable dans *R. v. Perry and Franks* (1977), 36 C.C.C. (2d) 209 (C.A. Ont.) En l'espèce, je fais mien le point de vue adopté par le juge Dubin dans cette affaire. Si le témoignage portant sur ce qui s'est passé entre les policiers et l'appelant au cours de l'enquête avait été pertinent et important, il aurait dû faire partie de la preuve principale. Permettre qu'il soit présenté en contre-preuve reviendrait à permettre au ministère public de scinder sa preuve. Si, par contre, il n'avait pas été pertinent et important et ne l'était pas devenu en ce qui concerne la question de la culpabilité ou de l'innocence, ou un moyen de défense (par exemple, un alibi dévoilé pour la première fois dans la preuve principale de l'accusé), aucune contre-preuve n'aurait dû être permise. Par conséquent, je suis d'avis de trancher cette question contre le ministère public, en concluant que le juge du procès a commis une erreur en lui permettant de présenter une contre-preuve en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada* et que l'autorisation de présenter la contre-preuve ne pouvait s'appuyer sur aucun autre fondement juridique. Je suis d'avis d'accueil-

disposition of this issue, it is unnecessary to deal with the remaining points.

lir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Compte tenu de ma conclusion à l'égard de cette question, il n'est pas nécessaire de traiter des autres points soulevés.

*Appeal allowed.*

<sup>a</sup>

*Pourvoi accueilli.*

*Solicitors for the appellant: Turnham, Green & Co., Victoria.*

*Procureurs de l'appelant: Turnham, Green & Co., Victoria.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

<sup>b</sup>

*Procureur de l'intimée: Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20180830

Dockets: A-78-17 (lead file); A-217-16; A-218-16;  
A-223-16; A-224-16; A-225-16; A-232-16;  
A-68-17; A-74-17; A-75-17;  
A-76-17; A-77-17; A-84-17; A-86-17

Citation: 2018 FCA 153

**CORAM:** DAWSON J.A.  
DE MONTIGNY J.A.  
WOODS J.A.

**BETWEEN:**

**TSLEIL-WAUTUTH NATION, CITY OF VANCOUVER, CITY OF  
BURNABY, THE SQUAMISH NATION (also known as the  
SQUAMISH INDIAN BAND), XÀLEK/SEKYÚ SIYÁM, CHIEF IAN  
CAMPBELL on his own behalf and on behalf of all members of the  
Squamish Nation, COLDWATER INDIAN BAND, CHIEF LEE  
SPAHAN in his capacity as Chief of the Coldwater Band on behalf of  
all members of the Coldwater Band, AITCHELITZ, SKOWKALE,  
SHXWHÁ:Y VILLAGE, SOOWAHLIE, SQUIALA FIRST NATION,  
TZEACHTEN, YAKWEAKWIOOSE, SKWAH, CHIEF DAVID  
JIMMIE on his own behalf and on behalf of all members of the  
TS'ELXWÉYEQW TRIBE, UPPER NICOLA BAND, CHIEF RON  
IGNACE and CHIEF FRED SEYMOUR on their own behalf and on  
behalf of all other members of the STK'EMLUPSEMC TE  
SECWEPEMC of the SECWEPEMC NATION, RAINCOAST  
CONSERVATION FOUNDATION and LIVING OCEANS SOCIETY**

**Applicants**

**and**

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA,  
NATIONAL ENERGY BOARD and  
TRANS MOUNTAIN PIPELINE ULC**

**Respondents**

**and**

**ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA and  
ATTORNEY GENERAL OF BRITISH  
COLUMBIA**

**Interveners**

Heard at Vancouver, British Columbia, on October 2-5, 10, 12-13, 2017.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on August 30, 2018.

REASONS FOR JUDGMENT BY:

DAWSON J.A.

CONCURRED IN BY:

DE MONTIGNY J.A.  
WOODS J.A.



Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20180830

Dockets: A-78-17 (lead file); A-217-16; A-218-16;  
A-223-16; A-224-16; A-225-16; A-232-16;  
A-68-17; A-74-17; A-75-17;  
A-76-17; A-77-17; A-84-17; A-86-17

Citation: 2018 FCA 153

**CORAM:** DAWSON J.A.  
DE MONTIGNY J.A.  
WOODS J.A.

**BETWEEN:**

**TSLEIL-WAUTUTH NATION, CITY OF VANCOUVER, CITY OF  
BURNABY, THE SQUAMISH NATION (also known as the  
SQUAMISH INDIAN BAND), XÀLEK/SEKYÚ SIYÁM, CHIEF IAN  
CAMPBELL on his own behalf and on behalf of all members of the  
Squamish Nation, COLDWATER INDIAN BAND, CHIEF LEE  
SPAHAN in his capacity as Chief of the Coldwater Band on behalf of  
all members of the Coldwater Band, AITCHELITZ, SKOWKALE,  
SHXWHÁ:Y VILLAGE, SOOWAHLIE, SQUIALA FIRST NATION,  
TZEACHTEN, YAKWEAKWIOOSE, SKWAH, CHIEF DAVID  
JIMMIE on his own behalf and on behalf of all members of the  
TS'ELXWÉYEQW TRIBE, UPPER NICOLA BAND, CHIEF RON  
IGNACE and CHIEF FRED SEYMOUR on their own behalf and on  
behalf of all other members of the STK'EMLUPSEMC TE  
SECWEPEMC of the SECWEPEMC NATION, RAINCOAST  
CONSERVATION FOUNDATION and LIVING OCEANS SOCIETY**

**Applicants**

**and**

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA,  
NATIONAL ENERGY BOARD and  
TRANS MOUNTAIN PIPELINE ULC**

**Respondents**

and

**ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA and  
ATTORNEY GENERAL OF BRITISH  
COLUMBIA**

Intervenors

**REASONS FOR JUDGMENT**

**DAWSON J.A.**

	<b>Para.</b>
I. <a href="#"><u>Introduction</u></a>	1
A. <a href="#"><u>Summary of Conclusions</u></a>	4
II. <a href="#"><u>The Project</u></a>	9
III. <a href="#"><u>The Applicants</u></a>	15
A. <a href="#"><u>Tsleil-Waututh Nation</u></a>	16
B. <a href="#"><u>City of Vancouver</u></a>	21
C. <a href="#"><u>City of Burnaby</u></a>	23
D. <a href="#"><u>The Squamish Nation</u></a>	25
E. <a href="#"><u>Coldwater Indian Band</u></a>	30
F. <a href="#"><u>The Stó:lō Collective</u></a>	35
G. <a href="#"><u>Upper Nicola Band</u></a>	41
H. <a href="#"><u>Stk'emlupsemc te Secwepemc of the Secwepemc Nation</u></a>	45
I. <a href="#"><u>Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society</u></a>	49
IV. <a href="#"><u>The applications challenging the report of the National Energy Board and the Order in Council</u></a>	50
V. <a href="#"><u>The legislative regime</u></a>	53
A. <a href="#"><u>The requirements of the <i>National Energy Board Act</i></u></a>	54
B. <a href="#"><u>The requirements of the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i></u></a>	59
C. <a href="#"><u>Consideration by the Governor in Council</u></a>	63
VI. <a href="#"><u>The report of the National Energy Board</u></a>	68
VII. <a href="#"><u>The decision of the Governor in Council</u></a>	69
VIII. <a href="#"><u>Factual background</u></a>	72
A. <a href="#"><u>Canada's consultation process</u></a>	72
B. <a href="#"><u>Prehearing matters and the Project application</u></a>	76
C. <a href="#"><u>The scoping decision and the hearing order</u></a>	81
D. <a href="#"><u>Challenges to the hearing order and the scoping decision</u></a>	85
E. <a href="#"><u>The TERMPOL review process</u></a>	88
F. <a href="#"><u>The applicants' participation in the hearing before the Board</u></a>	94
G. <a href="#"><u>Participant funding</u></a>	99
1. <a href="#"><u>Tsleil-Waututh Nation</u></a>	102

	<b>Para.</b>
2. <a href="#"><u>The Squamish Nation</u></a>	103
3. <a href="#"><u>Coldwater Indian Band</u></a>	104
4. <a href="#"><u>The Stó:lō Collective</u></a>	105
5. <a href="#"><u>Upper Nicola Band</u></a>	106
6. <a href="#"><u>SSN</u></a>	107
7. <a href="#"><u>Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society</u></a>	108
H. <a href="#"><u>Crown consultation efforts—a brief summary</u></a>	109
1. <a href="#"><u>Phase I (from 2013 to April 2014)</u></a>	109
2. <a href="#"><u>Phase II (from April 2014 to February 2016)</u></a>	110
3. <a href="#"><u>Phase III (February to November 2016)</u></a>	115
I. <a href="#"><u>Post National Energy Board report events</u></a>	118
1. <a href="#"><u>The Interim Measures for Pipeline Reviews</u></a>	118
2. <a href="#"><u>The Ministerial Panel</u></a>	121
3. <a href="#"><u>Greenhouse gas assessment</u></a>	124
IX. <a href="#"><u>The issues to be determined</u></a>	125
X. <a href="#"><u>Consideration of the issues</u></a>	129
A. <a href="#"><u>The preliminary issues</u></a>	129
1. <a href="#"><u>Trans Mountain’s motion to strike</u></a>	133
2. <a href="#"><u>The applicants’ motion asking that the two affidavits of Robert Love, or portions thereof, be struck or given no weight</u></a>	143
(a) <a href="#"><u>The hearsay objection</u></a>	144
(b) <a href="#"><u>Relevance of evidence of Trans Mountain’s engagement with the Indigenous applicants</u></a>	153
3. <a href="#"><u>Canada’s compendium—The Consultation Chronologies</u></a>	163
B. <a href="#"><u>Is the report of the National Energy Board amenable to judicial review?</u></a>	170
1. <a href="#"><u>The decision of this Court in <i>Gitxaala</i></u></a>	173
2. <a href="#"><u>Was <i>Gitxaala</i> wrongly decided on this point?</u></a>	175
(a) <a href="#"><u>Did the Court err by stating that only “decisions about legal or practical interests” are judicially reviewable?</u></a>	175
(b) <a href="#"><u><i>Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)</i></u></a>	183
(c) <a href="#"><u>The jurisprudence which reviewed environmental assessment reports</u></a>	185
(d) <a href="#"><u>The reference to inapplicable provisions of the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i></u></a>	187
(e) <a href="#"><u><i>Gitxaala</i> thwarts review of the decision of the National Energy Board</u></a>	200
(f) <a href="#"><u>Conclusion on whether the report of the National Energy Board is amenable to judicial review</u></a>	202
C. <a href="#"><u>Should the decision of the Governor in Council be set aside on administrative law grounds?</u></a>	204
1. <a href="#"><u>The standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council</u></a>	204
(a) <a href="#"><u>The administrative law components of the decision</u></a>	206
(b) <a href="#"><u>The constitutional component</u></a>	224
2. <a href="#"><u>Did the Governor in Council err in determining that the Board’s</u></a>	228

**Para.**

report qualified as a report so as to be a proper condition precedent to the Governor in Council's decision?

(a)	<u>Was the Board's process procedurally fair?</u>	230
(i)	<u>Applicable legal principles</u>	230
(ii)	<u>The asserted breaches of procedural fairness</u>	237
(iii)	<u>The failure to hold a full oral hearing and to allow cross-examination of Trans Mountain's witnesses</u>	242
(iv)	<u>Trans Mountain's responses to the Information Requests</u>	260
(v)	<u>The asserted deferral and delegation of the assessment of important information</u>	278
(vi)	<u>Failing to provide adequate reasons</u>	292
(vii)	<u>Trans Mountain's reply evidence</u>	316
(viii)	<u>Conclusion on procedural fairness</u>	321
(b)	<u>Did the Board fail to decide certain issues before recommending approval of the Project?</u>	322
(i)	<u>Did the Board fail to assess the risks and impacts posed by the Project to Burnaby?</u>	335
(ii)	<u>Did the Board fail to consider alternative means of carrying out the Project?</u>	352
(iii)	<u>Did the Board fail to look at the West Alternative as an alternative route for the new pipeline?</u>	375
(c)	<u>Did the Board fail to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal?</u>	387
(d)	<u>Did the Board err by failing to assess Project-related marine shipping under the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i>?</u>	388
(i)	<u>The deficiencies said to arise from the Board's assessment of Project-related marine shipping under the <i>National Energy Board Act</i></u>	411
(ii)	<u>The Board's consideration of Project-related marine shipping and its findings</u>	413
(iii)	<u>Was the Board's assessment of Project-related marine shipping substantially adequate?</u>	431
(e)	<u>Did the Board err in its treatment of the <i>Species at Risk Act</i>?</u>	442
(i)	<u>Did the Board err by concluding that section 79 of the <i>Species at Risk Act</i> did not apply to its consideration of the effects of Project-related marine shipping?</u>	446
(ii)	<u>Did the Board substantially comply with its obligations under section 79 of the <i>Species at Risk Act</i>?</u>	451
(iii)	<u>Was the Governor in Council obliged to comply with subsection 77(1) of the <i>Species at Risk Act</i>?</u>	459
(f)	<u>Conclusion: the Governor in Council erred by relying upon the Board's report as a proper condition precedent to the</u>	465

	<b>Para.</b>
	<u>Governor in Council's decision</u>
3. <u>The challenge of the Attorney General of British Columbia</u>	474
(a) <u>Did the Governor in Council fail to comply with the obligation to give reasons?</u>	477
(b) <u>Did the Governor in Council fail to consider the impact of Project-related shipping spill risks on the Province of British Columbia?</u>	481
D. <u>Should the decision of the Governor in Council be set aside on the ground that Canada failed to consult adequately with the Indigenous applicants?</u>	485
1. <u>The applicable legal principles</u>	485
2. <u>The standard to which Canada is to be held in fulfilling the duty</u>	508
3. <u>Application of the legal principles to the evidence</u>	511
(a) <u>Was the consultation process deficient because of the design of the process selected and followed by Canada?</u>	513
(i) <u>The consultation framework was unilaterally imposed</u>	515
(ii) <u>The Board's process is said to be inadequate for fulfilling consultation obligations</u>	520
(iii) <u>The funding provided is said to have been inadequate</u>	533
(iv) <u>The process allowed the Project to be approved when essential information was lacking</u>	542
(v) <u>Conclusion on the adequacy of the process selected and followed by Canada</u>	548
(b) <u>Was the consultation process deficient because of Canada's execution of the process?</u>	550
(i) <u>The need for meaningful two-way dialogue</u>	564
(ii) <u>The implementation of the mandate of the Crown consultation team</u>	575
a. <u>The Crown Consultation Report</u>	578
b. <u>The experience of Tsleil-Waututh</u>	579
c. <u>The experience of Squamish</u>	582
d. <u>The experience of Coldwater</u>	585
e. <u>The experience of Stó:lō</u>	589
f. <u>The experience of Upper Nicola</u>	593
g. <u>The experience of SSN</u>	596
h. <u>Conclusion on the mandate of the Crown consultation team</u>	598
(iii) <u>Canada's reluctance to depart from the Board's findings and recommended conditions and genuinely engage the concerns of the Indigenous applicants</u>	602
(iv) <u>Canada's erroneous view that the Governor in Council could not impose additional conditions on the proponent</u>	629
(v) <u>Canada's late disclosure of its assessment of the Project's impact on the Indigenous applicants</u>	638

	<b>Para.</b>
(vi) <a href="#">Canada's failure to dialogue meaningfully</a>	649
a. <a href="#">The experience of Tsleil-Waututh</a>	649
b. <a href="#">The experience of Squamish</a>	662
c. <a href="#">The experience of Coldwater</a>	669
d. <a href="#">The experience of Stó:lō</a>	681
e. <a href="#">The experience of Upper Nicola</a>	728
f. <a href="#">The experience of SSN</a>	737
(vii) <a href="#">Conclusion on Canada's execution of the consultation process</a>	753
E. <a href="#">Remedy</a>	764
F. <a href="#">Proposed Disposition</a>	773

## I. [Introduction](#)

[1] On May 19, 2016, the National Energy Board issued its report concerning the proposed expansion of the Trans Mountain pipeline system. The Board's report recommended that the Governor in Council approve the expansion. The Board's recommendation was based on the Board's findings that the expansion is in Canada's public interest, and that if certain environmental protection procedures and mitigation measures are implemented, and if the conditions the Board recommended are implemented, the expansion is not likely to cause significant adverse environmental effects.

[2] On November 29, 2016, the Governor in Council accepted the Board's recommendation and issued Order in Council P.C. 2016-1069. The Order in Council recited the Governor in Council's acceptance of the Board's recommendation, and directed the Board to issue a certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the expansion project, subject to the conditions recommended by the Board.

[3] A number of applications for judicial review of the Board's report and the Order in Council were filed in this Court. These applications were consolidated. These are the Court's reasons for judgment in respect of the consolidated proceeding. Pursuant to the order consolidating the applications, a copy of these reasons shall be placed in each file.

A. Summary of Conclusions

[4] While a number of applicants challenge the report of the National Energy Board, as explained below, the Order in Council is legally the only decision under review. Its validity is challenged on two principal grounds: first, the Board's process and findings were so flawed that the Governor in Council could not reasonably rely on the Board's report; second, Canada failed to fulfil the duty to consult owed to Indigenous peoples.

[5] Applying largely uncontested legal principles established by the Supreme Court of Canada to the factual record, a factual record that is also largely not contested, I conclude that most of the flaws asserted against the Board's process and findings are without merit. However, the Board made one critical error. The Board unjustifiably defined the scope of the Project under review not to include Project-related tanker traffic. The unjustified exclusion of marine shipping from the scope of the Project led to successive, unacceptable deficiencies in the Board's report and recommendations. As a result, the Governor in Council could not rely on the Board's report and recommendations when assessing the Project's environmental effects and the overall public interest.

[6] Applying the largely uncontested legal principles that underpin the duty to consult Indigenous peoples and First Nations set out by the Supreme Court, I also conclude that Canada acted in good faith and selected an appropriate consultation framework. However, at the last stage of the consultation process prior to the decision of the Governor in Council, a stage called Phase III, Canada's efforts fell well short of the mark set by the Supreme Court of Canada. Canada failed in Phase III to engage, dialogue meaningfully and grapple with the real concerns of the Indigenous applicants so as to explore possible accommodation of those concerns. The duty to consult was not adequately discharged.

[7] Accordingly, for the following reasons, I would quash the Order in Council and remit the matter back to the Governor in Council for appropriate action, if it sees fit, to address these flaws and, later, proper redetermination.

[8] These reasons begin by describing: (i) the expansion project; (ii) the applicants who challenge the Board's report and the Order in Council; (iii) the pending applications for judicial review; (iv) the legislative regime; (v) the report of the Board; and, (vi) the decision of the Governor in Council. The reasons then set out the factual background relevant to the challenges before the Court before turning to the issues raised in these applications and the consideration of those issues.

## II. The Project

[9] No company may operate an interprovincial or international pipeline in Canada unless the National Energy Board has issued a certificate of public convenience and necessity, and given



leave to the company to open the pipeline (subsection 30(1) of the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7).

[10] Trans Mountain Pipeline ULC is the general partner of Trans Mountain Pipeline L.P. (together referred to as Trans Mountain). Trans Mountain owns and holds operating certificates issued by the National Energy Board for the existing Trans Mountain pipeline system. This system includes a pipeline approximately 1,147 kilometres long that moves crude oil, and refined and semi-refined petroleum products from Edmonton, Alberta to marketing terminals and refineries in the central region and lower mainland area of British Columbia, as well as to the Puget Sound area in Washington State.

[11] On December 16, 2013, Trans Mountain submitted an application to the National Energy Board for a certificate of public convenience and necessity (and certain amended certificates) for the Trans Mountain Expansion Project (Project).

[12] The application described the Project to consist of a number of components, including: (i) twinning the existing pipeline system with approximately 987 kilometres of new pipeline segments, including new proposed pipeline corridors and rights-of-way, for the purpose of transporting diluted bitumen from Edmonton, Alberta to Burnaby, British Columbia; (ii) new and modified facilities, including pump stations and tanks (in particular, an expanded petroleum tank farm in Burnaby which would be expanded from 13 to 26 storage tanks); (iii) a new and expanded dock facility, including three new berths, at the Westridge Marine Terminal in

Burnaby; and, (iv) two new pipelines running from the Burnaby storage facility to the Westridge Marine Terminal.

[13] The Project would increase the number of tankers loaded at the Westridge Marine Terminal from approximately five Panamax and Aframax class tankers per month to approximately 34 Aframax class tankers per month. Aframax tankers are larger and carry more product than Panamax tankers. The Project would increase the overall capacity of Trans Mountain's existing pipeline system from 300,000 barrels per day to 890,000 barrels per day.

[14] Trans Mountain's application stated that the primary purpose of the Project is to provide additional capacity to transport crude oil from Alberta to markets in the Pacific Rim, including Asia. If built, the system would continue to transport crude oil—primarily diluted bitumen.

### III. The Applicants

[15] A number of First Nations and two large cities are significantly concerned about the Project and its impact upon them, and challenge its approval. Two non-governmental agencies also challenge the Project. These applicants are described below.

#### A. Tsleil-Waututh Nation

[16] The applicant Tsleil-Waututh Nation is a Coast Salish Nation. It is a band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5 and its members are Aboriginal peoples within the

meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52.

[17] In the traditional dialect of Halkomelem, the name Tsleil-Waututh means “People of the Inlet”. Tsleil-Waututh’s asserted traditional territory extends approximately from the vicinity of Mount Garibaldi to the north to the 49th parallel and beyond to the south. The traditional territory extends west to Gibsons and east to Coquitlam Lake. The traditional territory includes areas across British Columbia’s Lower Mainland, including sections of the Lower Fraser River, Howe Sound, Burrard Inlet and Indian Arm.

[18] Tsleil-Waututh’s traditional territory encompasses the proposed Westridge Marine Terminal and fuel storage facility expansion, and approximately 18 kilometres of pipeline right-of-way. Approximately 45 kilometres of marine shipping route will pass within Tsleil-Waututh’s asserted traditional territory.

[19] Much of Tsleil-Waututh’s population of 500 people live in its primary community of Tsleil-Waututh, which is located on the north shore of Burrard Inlet, approximately 3 kilometres across the Inlet from the Westridge Marine Terminal.

[20] Tsleil-Waututh asserts Aboriginal title to the land, water, air, marine foreshore and resources in Eastern Burrard Inlet. It also asserts freestanding stewardship, harvesting and cultural rights in this area. The Crown states that it assessed its duty to consult with Tsleil-Waututh on the deeper end of the consultation spectrum.

B. City of Vancouver

[21] The City of Vancouver is the third most densely populated city in North America, after New York City and San Francisco. It has 69.8 kilometres of waterfront along Burrard Inlet, English Bay, False Creek and the Fraser River, with 18 kilometres of beaches and a 22-kilometre long seawall.

[22] Approximately 25,000 residents of Vancouver live within 300 metres of the Burrard Inlet and English Bay shorelines.

C. City of Burnaby

[23] The City of Burnaby is the third largest city in British Columbia, with a population of over 223,000 people.

[24] A number of elements of the Project infrastructure will be located in Burnaby: (i) the new Westridge Marine Terminal; (ii) the Burnaby Terminal, including thirteen new storage tanks and one replacement storage tank; (iii) two new delivery lines following a new route connecting the Burnaby Terminal to the Westridge Marine Terminal through a new tunnel to be drilled under the Burnaby Mountain Conservation Area; and, (iv) a portion of the main pipeline along a new route to the Burnaby Terminal.

D. The Squamish Nation

[25] The applicant Squamish Nation is a Coast Salish Nation. It is a band within the meaning of the *Indian Act* and its members are Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. There are currently just over 4,000 registered members of the Squamish Nation.

[26] The Squamish assert that since a time before contact with Europeans, Squamish have used and occupied lands and waters on the southwest coast of what is now British Columbia, extending from the Lower Mainland north to Whistler. This territory includes Burrard Inlet, English Bay, Howe Sound and the Squamish Valley. The boundaries of asserted Squamish territory thus encompass all of Burrard Inlet, English Bay and Howe Sound, as well as the rivers and creeks that flow into these bodies of water.

[27] Squamish has three reserves located in and at the entrance to Burrard Inlet:

- i. Seymour Creek Reserve No. 2 (ch'ích'elxwi7kw) on the North shore close to the Westridge Marine Terminal;
- ii. Mission Reserve No. 1 (eslhá7an); and,
- iii. Capilano Reserve No. 5 (xwmelechstn).

Also located in the area are Kitsilano Reserve No. 6 (senákw) near the entrance to False Creek, and three other waterfront reserves in Howe Sound.

[28] Project infrastructure, including portions of the main pipeline, the Westridge Marine Terminal, the Burnaby Terminal, two new delivery lines connecting the terminals, and sections of the tanker routes for the Project will be located in Squamish's asserted traditional territory and close to its reserves across the Burrard Inlet. The shipping route for the Project will also travel past three Squamish reserves through to the Salish Sea.

[29] Squamish asserts Aboriginal rights, including title and self-government, within its traditional territory. Squamish also asserts Aboriginal rights to fish in the Fraser River and its tributaries. The Crown assessed its duty to consult Squamish at the deeper end of the consultation spectrum.

#### E. Coldwater Indian Band

[30] The applicant Coldwater is a band within the meaning of section 2 of the *Indian Act*. Its members are Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Coldwater, together with 14 other bands, comprise the Nlaka'pamux Nation.

[31] The Nlaka'pamux Nation's asserted traditional territory encompasses part of south-central British Columbia extending from the northern United States to north of Kamloops. This territory includes the Lower Thompson River area, the Fraser Canyon, the Nicola and Coldwater Valleys and the Coquihalla area.

[32] Coldwater's registered population is approximately 850 members. Approximately 330 members live on Coldwater's reserve lands. Coldwater holds three reserves: (i) Coldwater Indian Reserve No. 1 (Coldwater Reserve) approximately 10 kilometres southwest of Merritt, British Columbia; (ii) Paul's Basin Indian Reserve No. 2 located to the southwest of the Coldwater Reserve, upstream on the Coldwater River; and, (iii) Gwen Lake Indian Reserve No. 3 located on Gwen Lake.

[33] Approximately 226 kilometres of the proposed pipeline right-of-way and four pipeline facilities (the Kamloops Terminal, the Stump Station, the Kingsvale Station and the Hope Station) will be located within the Nlaka'pamux Nation's asserted traditional territory. The Kingsvale Station is located in the Coldwater Valley. The approved pipeline right-of-way skirts the eastern edges of the Coldwater Reserve. The existing Trans Mountain pipeline system transects both the Coldwater Reserve and the Coldwater Valley.

[34] Coldwater asserts Aboriginal rights and title in, and the ongoing use of, the Coldwater and Nicola Valleys and the Nlaka'pamux territory more generally. The Crown assessed its duty to consult Coldwater at the deeper end of the consultation spectrum.

#### F. The Stó:lō Collective

[35] One translation of the term "Stó:lō" is "People of the River", referencing the Fraser River. The Stó:lō are a Halkomelem-speaking Coast Salish people. Traditionally, they have been tribally organized.

[36] The “Stó:lō Collective” was formed for the sole purpose of coordinating and representing the interests of its membership before the National Energy Board and in Crown consultations about the Project. The Stó:lō Collective represents the following applicants:

- (a) Aitchelitz, Skowkale, Tzeachten, Squiala First Nation, Yakwekwioose, Shxwa:y Village and Soowahlie, each of which are villages and also bands within the meaning of section 2 of the *Indian Act* (the Ts’elxweyeqw Villages). The Ts’elxweyeqw Villages collectively comprise the Ts’elxweyeqw Tribe. Members of the Ts’elxweyeqw Villages are Stó:lō people and Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and,
- (b) Skwah and Kwaw-Kwaw-Apilt, each of whom are villages and also bands within the meaning of section 2 of the *Indian Act* (the Pil’Alt Villages). The Pil’Alt Villages are members of the Pil’Alt Tribe. Members of the Pil’Alt Villages are Stó:lō people and Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. The Pil’Alt Villages are represented by the Ts’elxweyeqw Tribe in matters relating to the Project. (On March 6, 2018, Kwaw-Kwaw-Apilt filed a notice of discontinuance.)

[37] The Stó:lō’s asserted traditional territory, known as S’olh Temexw, includes the lower Fraser River watershed.

[38] The Stó:lō live in many villages, all of which are located in the lower Fraser River watershed.

[39] The existing Trans Mountain pipeline crosses, and the Project’s proposed new pipeline route would cross, approximately 170 kilometres of the Stó:lō Collective applicants’ asserted



traditional territory, beginning from an eastern point of entry near the Coquihalla Highway and continuing to the Burrard Inlet.

[40] The Stó:lō possess established Aboriginal fishing rights on the Fraser River (*R. v. Vander Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, 137 D.L.R. (4th) 289). The Crown assessed its duty to consult Stó:lō at the deeper end of the consultation spectrum.

G. Upper Nicola Band

[41] The applicant Upper Nicola is a member community of the Syilx (Okanagan) Nation and a band within the meaning of section 2 of the *Indian Act*. Upper Nicola and Syilx are an Aboriginal people within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[42] The Syilx Nation's asserted traditional territory extends from the north past Revelstoke around Kinbasket to the south to the vicinity of Wilbur, Washington. It extends from the east near Kootenay Lake to the west to the Nicola Valley. Upper Nicola currently has eight Indian Reserves within Upper Nicola's/Syilx's asserted territory. The primary residential communities are Spaxomin, located on Upper Nicola Indian Reserve No. 3 on the western shore of Douglas Lake, and Quilchena, located on Upper Nicola Indian Reserve No. 1 on the eastern shore of Nicola Lake.

[43] Approximately 130 kilometres of the Project's proposed new pipeline will cross through Upper Nicola's area of responsibility within Syilx territory. The Stump Station and the Kingsvale Station are also located within Syilx/Upper Nicola's asserted territory.

[44] Upper Nicola asserts responsibility to protect and preserve the claimed Aboriginal title and harvesting and other rights held collectively by the Syilx, particularly within its area of responsibility in the asserted Syilx territory. The Crown assessed its duty to consult Upper Nicola at the deeper end of the consultation spectrum.

#### H. Stk'emlupsemc te Secwepemc of the Secwepemc Nation

[45] The Secwepemc are an Aboriginal people living in the area around the confluence of the Fraser and Thompson Rivers. The Secwepemc Nation is comprised of seven large territorial groupings referred to as "Divisions". The Stk'emlupsemc te Secwepemc Division (SSN) is comprised of the Skeetchestn Indian Band and the Kamloops (or Tk'emlups) Indian Band. Both are bands within the meaning of section 2 of the *Indian Act*. SSN's members are also Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[46] The Skeetchestn Indian Band is located along the northern bank of the Thompson River, approximately 50 kilometres west of Kamloops and has four reserves. Its total registered population is 533. The Tk'emlups Indian Band is located in the Kamloops area and has six reserves. Its total registered population is 1,322. Secwepemc Territory is asserted to be a

substantial landmass which encompasses many areas, including the area in the vicinity of Kamloops Lake.

[47] The existing and proposed pipeline right-of-way crosses through SSN's asserted traditional territory for approximately 350 kilometres. Approximately 80 kilometres of the proposed pipeline right-of-way and two pipeline facilities, the Black Pines Station and the Kamloops Terminal, will be located within SSN's asserted traditional territory.

[48] The SSN claim Aboriginal title over its traditional territory. The Crown assessed its duty to consult SSN at the deeper end of the consultation spectrum.

I. Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society

[49] These applicants are not-for-profit organizations. Their involvement in the National Energy Board review process focused primarily on the effects of Project-related marine shipping.

IV. The applications challenging the report of the National Energy Board and the Order in Council

[50] As will be discussed in more detail below, two matters are challenged in this consolidated proceeding: first, the report of the National Energy Board which recommended that the Governor in Council approve the Project and direct the Board to issue the necessary certificate of public convenience and necessity; and, second, the decision of the Governor in Council to accept the recommendation of the Board and issue the Order in Council directing the Board to issue the certificate.

[51] The following applicants applied for judicial review of the report of the National Energy Board:

- Tsleil-Waututh Nation (Court File A-232-16)
- City of Vancouver (Court File A-225-16)
- City of Burnaby (Court File A-224-16)
- The Squamish Nation and Xálek/Sekyú Siy am, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of Squamish (Court File A-217-16)
- Coldwater Indian Band and Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of Coldwater on behalf of all members of Coldwater (Court File A-223-16)
- Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society (Court File A-218-16).

[52] The following applicants applied, with leave, for judicial review of the decision of the Governor in Council:

- Tsleil-Waututh Nation (Court File A-78-17)
- City of Burnaby (Court File A-75-17)
- The Squamish Nation and Xálek/Sekyú Siy am, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of Squamish (Court File A-77-17)
- Coldwater Indian Band and Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of Coldwater on behalf of all members of Coldwater (Court File A-76-17)
- The Stó:lō Collective applicants (Court File A-86-17)
- Upper Nicola Band (Court File A-74-17)
- Chief Ron Ignace and Chief Fred Seymour, on their own behalf and on behalf of all other members of Stk'emlupsemc te Secwepemc of the Secwepemc Nation (Court File A-68-17)
- Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society (Court File A-84-17).

V. The legislative regime

[53] For ease of reference the legislative provisions referred to in this section of the reasons are set out in the Appendix to these reasons.

A. The requirements of the *National Energy Board Act*

[54] As explained above, no company may operate an interprovincial or international pipeline in Canada unless the National Energy Board has issued a certificate of public convenience and necessity, and, after the pipeline is built, has given leave to the company to open the pipeline.

[55] Trans Mountain's completed application for a certificate of public convenience and necessity for the Project triggered the National Energy Board's obligation to assess the Project pursuant to section 52 of the *National Energy Board Act*. Subsection 52(1) of that Act requires the Board to prepare and submit to the Minister of Natural Resources, for transmission to the Governor in Council, a report which sets out the Board's recommendation as to whether the certificate should be granted, together with all of the terms and conditions that the Board considers the certificate should be subject to if issued. The Board is to provide its reasons for its recommendation. When considering whether to recommend issuance of a certificate the Board is required to take into account "whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity".

[56] The Board's recommendation is, pursuant to subsection 52(2) of the *National Energy Board Act*, to be based on "all considerations that appear to it to be directly related to the

pipeline and to be relevant” and the Board may have regard to five specifically enumerated factors which include “any public interest that in the Board’s opinion may be affected by the issuance of the certificate or the dismissal of the application.”

[57] If an application relates to a “designated” project, as defined in section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Board’s report must also set out the Board’s environmental assessment of the project. This assessment is to be prepared under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* (subsection 52(3) of the *National Energy Board Act*). A designated project is defined in section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*:

designated project means one or more physical activities that	projet désigné Une ou plusieurs activités concrètes :
(a) are carried out in Canada or on federal lands;	a) exercées au Canada ou sur un territoire domanial;
(b) are designated by regulations made under paragraph 84(a) or designated in an order made by the Minister under subsection 14(2); and	b) désignées soit par règlement pris en vertu de l’alinéa 84a), soit par arrêté pris par le ministre en vertu du paragraphe 14(2);
(c) are linked to the same federal authority as specified in those regulations or that order.	c) liées à la même autorité fédérale selon ce qui est précisé dans ce règlement ou cet arrêté.
It includes any physical activity that is incidental to those physical activities.	Sont comprises les activités concrètes qui leur sont accessoires.

[58] The remaining subsections in section 52 deal with the timeframe in which the Board must complete its report. Generally, a report must be submitted to the Minister within the time limit specified by the Chair of the Board. The specified time limit must not be longer than 15 months after the completed application has been submitted to the Board.

B. The requirements of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*

[59] Pursuant to subsection 4(3) of the *Regulations Designating Physical Activities*, SOR/2012-147, and section 46 of the Schedule thereto, because the Project includes a new onshore pipeline longer than 40 kilometres, the Project is a designated project as defined in part (b) of the definition of “designated project” set out in paragraph 57 above. In consequence, the Board was required to conduct an environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. For this purpose, subsection 15(b) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* designated the National Energy Board to be the sole responsible authority for the environmental assessment.

[60] As the responsible authority, the Board was required to take into account the environmental effects enumerated in subsection 5(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. These effects include changes caused to the land, water or air and to the life forms that inhabit these elements of the environment. The effects to be considered are to include the effects upon Aboriginal peoples’ health and socio-economic conditions, their physical and cultural heritage, their current use of lands and resources for traditional purposes, and any structure, site or thing that is of historical, archaeological, paleontological or architectural significance.

[61] Subsection 19(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* required the Board to take into account a number of enumerated factors when conducting the environmental assessment, including:

- the environmental effects of the designated project (including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the

designated project) and any cumulative environmental effects that are likely to result from the designated project in combination with other physical activities that have been or will be carried out;

- mitigation measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the designated project;
- alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible, and the environmental effects of any such alternative means; and
- any other matter relevant to the environmental assessment that the responsible authority, here the Board, requires to be taken into account.

[62] The Board was also required under subsection 29(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* to make recommendations to the Governor in Council with respect to the decision to be made by the Governor in Council under paragraph 31(1)(a) of that Act—a decision about the existence of significant adverse environmental effects and whether those effects can be justified in the circumstances.

#### C. Consideration by the Governor in Council

[63] Once in receipt of the report prepared in accordance with the requirements of the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Governor in Council may make its decision concerning the proponent's application for a certificate.

[64] Three decisions are available to the Governor in Council. It may, by order:



- i. “direct the Board to issue a certificate in respect of the pipeline or any part of it and to make the certificate subject to the terms and conditions set out in the report” (paragraph 54(1)(a) of the *National Energy Board Act*); or
- ii. “direct the Board to dismiss the application for a certificate” (paragraph 54(1)(b) of the *National Energy Board Act*); or
- iii. “refer the recommendation, or any of the terms and conditions, set out in the report back to the Board for reconsideration” and specify a time limit for the reconsideration (subsections 53(1) and (2) of the *National Energy Board Act*).

[65] Subsection 54(2) of the *National Energy Board Act* requires that the Governor in Council’s order “must set out the reasons for making the order.”

[66] Subsection 54(3) of the *National Energy Board Act* requires the Governor in Council to issue its order within three months after the Board’s report is submitted to the Minister. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, extend this time limit.

[67] Additionally, once the National Energy Board as the responsible authority for the designated project has submitted its report with respect to the environmental assessment, pursuant to subsection 31(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Governor in Council may, by order made under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*, “decide, taking into account the implementation of any mitigation measures specified in the report with respect to the environmental assessment ... that the designated project”:

(i) is not likely to cause significant adverse environmental effects,

(i) n’est pas susceptible d’entraîner des effets environnementaux négatifs et importants,

(ii) is likely to cause significant adverse environmental effects that can

(ii) est susceptible d’entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui sont justifiables dans

be justified in the circumstances, or

les circonstances,

(iii) is likely to cause significant adverse environmental effects that cannot be justified in the circumstances;

(iii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui ne sont pas justifiables dans les circonstances;

## VI. The report of the National Energy Board

[68] On May 19, 2016, the Board issued its report which recommended approval of the Project. The recommendation was based on a number of findings, including:

- With the implementation of Trans Mountain's environmental protection procedures and mitigation measures, and the Board's recommended conditions, the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects.
- However, effects from the operation of Project-related marine vessels would contribute to the total cumulative effects on the Southern resident killer whales, and would further impede the recovery of that species. Southern resident killer whales are an endangered species that reside in the Salish Sea. Project-related marine shipping follows a route through the Salish Sea to the open ocean that travels through the whales' critical habitat as identified in the Recovery Strategy for the Northern and Southern resident killer whales. The Board's finding was that "the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale, and that it is likely to result in significant adverse effects on Aboriginal cultural uses associated with these marine mammals."
- The likelihood of a spill from the Project or from a Project-related tanker would be very low in light of the mitigation and safety measures to be implemented. However, the consequences of large spills could be high.
- The Board's recommendation and decisions with respect to the Project were consistent with subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

- The Project would be in the Canadian public interest and would be required by the present and future public convenience and necessity.
- If approved, the Board would attach 157 conditions to the certificate of public convenience and necessity. The conditions dealt with a broad range of matters, including the safety and integrity of the pipeline, emergency preparedness and response and ongoing consultation with affected entities, including Indigenous communities.

VII. The decision of the Governor in Council

[69] On November 29, 2016, the Governor in Council issued the Order in Council, accepting the Board's recommendation that the Project be approved and directing the Board to issue a certificate of public convenience and necessity to Trans Mountain.

[70] The Order in Council contained a number of recitals, two of which are relevant to these applications. First, the Governor in Council stated its satisfaction "that the consultation process undertaken is consistent with the honour of the Crown and the [Aboriginal] concerns and interests have been appropriately accommodated". Second, the Governor in Council accepted the Board's recommendation that the Project is required by present and future public convenience and necessity and that it will not likely cause significant adverse environmental effects.

[71] The Order in Council was followed by a 20-page explanatory note which was stated not to form part of the Order in Council. The Explanatory Note described the Project and its objectives and the review process before the National Energy Board, and summarized the issues raised before the Board. The Explanatory Note also dealt with matters that post-dated the Board's report and set out the government's "response to what was heard".

VIII. Factual background

A. Canada's consultation process

[72] The first step in the consultation process was determining the Indigenous groups whose rights and interests might be adversely impacted by the Project. In order to do this, a number of federal departments and the National Energy Board coordinated research and analysis on the proximity of Indigenous groups' traditional territories to elements of the Project, including the proposed pipeline right-of-way, the marine terminal expansion, and the designated shipping lanes. Approximately 130 Indigenous groups were identified, including all of the Indigenous applicants.

[73] On August 12, 2013, the National Energy Board wrote to the identified Indigenous groups to advise that Trans Mountain had filed a Project description on May 23, 2013, and to provide preliminary information about the upcoming review process. This letter also attached a letter from the Major Projects Management Office of Natural Resources Canada. The Major Projects Management Office's letter advised that Canada would rely on the National Energy Board's public hearing process:

to the extent possible, to fulfil any Crown duty to consult Aboriginal groups for the proposed Project. Through the [National Energy Board] process, the [Board] will consider issues and concerns raised by Aboriginal groups. The Crown will utilise the [National Energy Board] process to identify, consider and address the potential adverse impacts of the proposed Project on established or potential Aboriginal and treaty rights.

[74] In subsequent letters sent to Indigenous groups between August 2013 and February 19, 2016, the Major Projects Management Office directed Indigenous groups that could be impacted

by the Project to participate in and communicate their concerns through the National Energy Board public hearings. Additionally, Indigenous groups were advised that Canada viewed the consultation process to be as follows:

- i. Canada would rely, to the extent possible, on the Board's process to fulfil its duty to consult Indigenous peoples about the Project;
- ii. There would be four phases of Crown consultation:
  - a. "Phase I": early engagement, from the submission of the Project description to the start of the National Energy Board hearing;
  - b. "Phase II": the National Energy Board hearing, commencing with the start of the Board hearing and continuing until the close of the hearing record;
  - c. "Phase III": consideration by the Governor in Council, commencing with the close of the hearing record and continuing until the Governor in Council rendered its decision in relation to the Project; and
  - d. "Phase IV": regulatory authorization should the Project be approved, commencing with the decision of the Governor in Council and continuing until the issuance of department regulatory approvals, if required.
- iii. Natural Resources Canada's Major Projects Management Office would serve as the Crown Consultation Coordinator for the Project.
- iv. Following Phase III consultations, an adequacy of consultation assessment would be prepared by the Crown. The assessment would be based upon the depth of consultation owed to each Indigenous group. The depth of consultation owed would in turn be based upon the Project's potential impact on each group and the strength of the group's claim to potential or established Aboriginal or treaty rights.

[75] On May 25, 2015, towards the end of Phase II, the Major Projects Management Office wrote to Indigenous groups, including the applicants, to provide additional information on the scope and timing of Phase III Crown consultation. Indigenous groups were advised that:

- i. Canada intended to submit summaries of the concerns and issues Indigenous groups had brought forward to date and to seek feedback on the completeness and accuracy of the summaries. The summaries would be issued in the form of Information Requests, a Board hearing process explained below. Canada would also seek Indigenous groups' views on adverse impacts not yet addressed by Trans Mountain's mitigation measures. The Crown would use the information provided by Indigenous groups to "refine our current understanding of the potential impacts of the project on asserted or established Aboriginal or treaty rights."
- ii. Phase III consultation would focus on two questions:
  - a. Are there outstanding concerns with respect to Project-related impacts to potential or established Aboriginal or treaty rights?
  - b. Are there incremental accommodation measures that should be considered by the Crown to address any outstanding concerns?
- iii. Information made available to the Crown throughout each phase of the consultation process would be consolidated into a "Crown Consultation Report". "This report will summarize both the procedural aspects of consultations undertaken and substantive issues raised by Aboriginal groups, as well as how these issues may be addressed in the process". The section of the Crown Consultation Report dealing with each Indigenous group would be provided to the group for review and comment before the report was placed before the Governor in Council.
- iv. If Indigenous groups identified outstanding concerns there were a number of options which might "be considered and potentially acted upon." The options were described to be:

The Governor in Council has the option of asking the [National Energy Board] to reconsider its recommendation and conditions. Federal and provincial governments could undertake additional consultations prior to issuing additional permits and/or authorizations. Finally, federal and provincial governments can also use existing or new policy and program measures to address outstanding concerns.

(underlining added)

B. Prehearing matters and the Project application

[76] To facilitate participation in the National Energy Board hearing process, the Board operates a participant funding program. On July 22, 2013, the Board announced that it was making funding available under this program to assist landowners, Indigenous groups and other interested parties to participate in the Board's consideration of the Project. To apply for funding, a party required standing as an intervener in the Board's process.

[77] On July 29, 2013, the Board released its "list of issues" which identified the topics the Board would consider in its review of the Project. The following issues of relevance to these applications were included:

- the need for the proposed Project.
- the potential environmental and socio-economic effects of the proposed Project, including any cumulative environmental effects that were likely to result from the Project, including those the Board's Filing Manual required to be considered.
- the potential environmental and socio-economic effects of marine shipping activities that would result from the proposed Project, including the potential effects of accidents or malfunctions that might occur.
- the terms and conditions to be included in any recommendation to approve the Project that the Board might issue.
- the potential impacts of the Project on Indigenous interests.
- contingency plans for spills, accidents or malfunctions, during construction and operation of the Project.

[78] On September 10, 2013, the Board issued "Filing Requirements Related to the Potential Environmental and Socio-Economic Effects of Increased Marine Shipping Activities." This was

a guidance document intended to assist the proponent. The document described requirements that supplemented those set out in the Board's Filing Manual.

[79] In particular, this guidance document required Trans Mountain's assessment of accidents and malfunctions to deal with a number of things, including measures to reduce the potential for accidents and malfunctions, credible worst case spill scenarios together with smaller spill scenarios and information on the fate and behaviour of any spilled hydrocarbons. For all mitigation measures Trans Mountain proposed, it was required to describe the roles, responsibilities and capabilities of each relevant organization in implementing mitigation measures, and the level of care and control Trans Mountain would have in overseeing or implementing the measures.

[80] On December 16, 2013, Trans Mountain formally filed its application, seeking approval to construct and operate the Project.

### C. The scoping decision and the hearing order

[81] On April 2, 2014, the Board issued a number of decisions setting the parameters of the Project's environmental assessment and establishing the hearing process for the Project. Three of these decisions are of particular relevance to these applications.

[82] First, the Board issued a hearing order which set out timelines and a process for the hearing. The hearing order did not allow any right of oral cross-examination. Instead, the hearing order provided a process whereby interveners and the Board could submit written interrogatories,



referred to as Information Requests, to Trans Mountain. The hearing order also set out a process for interveners and the Board to compel adequate responses to their Information Requests, an opportunity for Indigenous groups to provide oral traditional evidence, and allowed both written arguments in chief and summary oral arguments.

[83] Next, in the decision referred to as the “scoping” decision, the Board defined the “designated project” to be assessed, and described the factors to be assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* (and the scope of each factor). In defining the “designated project”, the Board did not include marine shipping activities as part of the “designated project”. Rather, the Board stated that it would consider the effects of increased marine shipping under the *National Energy Board Act*. To the extent there was potential for environmental effects of the designated project to interact with the effects of the marine shipping, the Board would consider those effects under the cumulative effects portion of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* environmental assessment.

[84] Finally, the Board ruled on participation rights in the hearing. The Board granted participation status to 400 interveners and 1,250 commentators. All of the applicants before the Court applied for, and were granted, intervener status. Additionally, a number of government departments were granted intervener status; both Health Canada and the Pacific Pilotage Authority were granted commentator status.

D. Challenges to the hearing order and the scoping decision

[85] Of relevance to issues raised in these applications are two challenges brought against the hearing order and the scoping decision.

[86] The first challenge requested that all evidence filed in the hearing be subject to oral cross-examination. The Board dismissed this request in Ruling No. 14. In Ruling No. 51, the Board dismissed motions seeking reconsideration of Ruling No. 14.

[87] The second challenge was brought by Tsleil-Waututh to aspects of both the hearing order and the scoping decision. Tsleil-Waututh asserted, among other things, that the Board erred in law by failing to include marine shipping activities in the Project description. This Court granted Tsleil-Waututh leave to appeal this and other issues. On September 6, 2016, this Court dismissed the appeal (2016 FCA 219). The dismissal of the appeal was expressly stated, at paragraph 21 of the Court's reasons, to be without prejudice to Tsleil-Waututh's right to raise the issue of the proper scope of the Project "in subsequent proceedings".

E. The TERMPOL review process

[88] In view of the Project's impact on marine shipping, it is useful to describe this process.

[89] Trans Mountain requested that the marine transportation components of the Project be assessed under the voluntary Technical Review Process of Marine Terminal Systems and Transshipment Sites (TERMPOL). The review process was chaired by Transport Canada and the

review committee was composed of representatives of other federal agencies and Port Metro Vancouver.

[90] The purpose of the review process was to objectively appraise operational vessel safety, route safety and cargo transfer operations associated with the Project, with a focus on improving, where possible, elements of the Project.

[91] The review committee did not identify regulatory concerns for the tankers, tanker operations, the proposed route, navigability, other waterway users or the marine terminal operations associated with tankers supporting the Project. It found that Trans Mountain's commitments to the existing marine safety regime would provide for a higher level of safety for tanker operations appropriate to the increase in traffic.

[92] The review committee also proposed certain measures to provide for a high level of safety for tanker operations. Examples of such proposed measures were the extended use of tethered and untethered tug escorts and the extension of the pilot disembarkation zone. Trans Mountain agreed to adopt each of the recommended measures.

[93] The TERMPOL report formed part of Transport Canada's written evidence before the National Energy Board.

F. The applicants' participation in the hearing before the Board

[94] The applicants, as interveners before the Board, were entitled to:

- issue Information Requests to Trans Mountain and others;
- file motions, including motions to compel adequate responses to Information Requests;
- file written evidence;
- comment on draft conditions; and,
- present written and oral summary argument.

[95] All of the applicants issued Information Requests, filed or supported motions and filed written evidence. Interveners who filed evidence were required to respond in writing to written questions about their evidence from the Board, Trans Mountain or other interveners.

[96] All of the applicants filed written submissions commenting on draft conditions except for the City of Vancouver and SSN.

[97] All of the applicants filed written arguments and all of the applicants except SSN delivered oral summary arguments.

[98] Indigenous interveners could adduce traditional Indigenous evidence, either orally or in writing. Oral evidence could be questioned orally by other interveners, Trans Mountain or the Board. Tsleil-Waututh, Squamish, Coldwater, SSN, and Upper Nicola provided oral, Indigenous traditional evidence. The Stó:lō Collective formally objected to the Board's procedure for introducing Indigenous oral traditional evidence and did not provide such evidence.

G. Participant funding

[99] As previously mentioned, the Board operated a participant funding program. Additional funding was available through the Major Projects Management Office and Trans Mountain.

[100] It is fair to say that the participant funding provided to the applicants by the Board and the Major Projects Management Office was generally viewed to be inadequate by them (see for example the affidavit of Chief Ian Campbell of the Squamish Nation). Concerns were also expressed about delays in funding. Funds provided by the Board could only be applied to work conducted after the funding was approved and a funding agreement was executed.

[101] The following funds were paid or offered.

1. Tsleil-Waututh Nation

[102] Tsleil-Waututh requested \$766,047 in participant funding. It was awarded \$40,000, plus travel costs for two members to attend the hearing. Additionally, the Major Projects Management Office offered to pay \$14,000 for consultation following the close of the hearing record and \$12,000 following the release of the Board's report. These offers were not accepted.

2. The Squamish Nation

[103] Squamish applied for \$293,350 in participant funding. It was awarded \$44,720, plus travel costs for one person to attend the hearing. The Major Projects Management Office offered

\$12,000 for consultations following the close of the Board's hearing record, and \$14,000 to support participation in consultations following the release of the Board's report. These funds were paid.

3. Coldwater Indian Band

[104] Coldwater was awarded \$48,490 in participant funding from the Board. Additionally, the Major Projects Management Office offered an additional \$52,000 in participant funding.

4. The Stó:lō Collective

[105] The Stó:lō Collective was awarded \$42,307 per First Nation band in participant funding from the Board. Additionally, the Major Projects Management Office offered \$4,615.38 per First Nation band for consultation following the close of the Board's hearing record, and \$5,384.61 per First Nation band following the release of the Board's report.

5. Upper Nicola Band

[106] Upper Nicola was awarded \$40,000 plus travel costs for two members to attend the hearing and an additional \$10,000 in special funding through the Board's participant funding program. Additionally, the Major Projects Management Office offered Upper Nicola Band and the Okanagan Nation Alliance \$11,977 and \$24,000 respectively in participant funding for consultations following the close of the Board's hearing record. The Okanagan Nation Alliance was offered an additional \$26,000 following the release of the Board's report.

6. SSN

[107] SSN applied for participant funding in excess of \$300,000 in order to participate in the Board's hearing. It was awarded \$36,920 plus travel costs for two members to attend the hearing. Additionally, the Major Projects Management Office offered \$18,000 in participation funding for consultations following the close of the Board's hearing record and \$21,000 for consultations following the release of the Board's report.

7. Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society

[108] Raincoast was awarded \$111,100 plus travel costs for two people to attend the hearing from the Board's participant funding program. Living Oceans was awarded \$89,100 plus travel costs for two persons to attend the hearing through the participant funding program.

H. Crown consultation efforts—a brief summary

1. Phase I (from 2013 to April 2014)

[109] In this initial engagement phase some correspondence was exchanged between the Crown and some of the Indigenous applicants. Canada does not suggest that any of this correspondence contained any discussion about any substantive matter.

2. Phase II (from April 2014 to February 2016)

[110] During the Board's hearing process and continuing until the close of its hearing record, Canada continued to exchange correspondence with some of the Indigenous applicants.

Additionally, some informational meetings were held; however, these meetings did not allow for any substantive discussion about any group's title, rights or interests, or the impact of the Project on the group's title, rights or interests.

[111] To illustrate, Crown representatives met with Squamish officials on September 11, 2015, and November 27, 2015. At these meetings Squamish raised a number of concerns, including its concerns that Squamish had not been involved in the design of the consultation process, that the consultation process was inadequate to assess impacts on Squamish rights and title and that inadequate funding was provided for participation in the Board's hearing. Squamish also expressed confusion about the respective roles of the Board and Trans Mountain in consultations with Squamish.

[112] Similarly, informational meetings were held with the Stó:lō Collective on July 18, 2014 and December 3, 2015. Again, no substantive discussion took place about Stó:lō's title, rights and interests or the impact of the Project thereon. The Stó:lō also expressed their concerns about the consultation process, including their concerns that the Board failed to compel Trans Mountain to respond adequately to Information Requests and the lack of specificity of the Board's draft terms and conditions.

[113] Informational hearings of this nature were also held with Upper Nicola and SSN in 2014.

[114] It is fair to say that in Phase II Canada continued to rely upon the National Energy Board process to fulfil the Crown's duty to consult. Canada's efforts in Phase II were largely directed to



using the Information Request process to solicit concerns and potential mitigation measures from First Nations. Canada prepared tables to record potential Project impacts and concerns and to record and monitor whether those potential impacts and concerns were addressed in Trans Mountain's commitments, the Board's draft terms and conditions or other mitigation measures.

### 3. Phase III (February to November 2016)

[115] Crown representatives met with all of the Indigenous applicants in Phase III. Generally, the Indigenous applicants expressed dissatisfaction with the National Energy Board process and the Crown's reliance on that process. Individual concerns raised by individual Indigenous applicants will be discussed in the context of consideration of the adequacy of Canada's consultation efforts.

[116] Towards the latter part of Phase III, on August 16, 2016, the Major Projects Management Office and the British Columbia Environmental Assessment Office jointly sent a letter to Indigenous groups confirming that they were responsible for conducting consultation efforts for the Project, and that they were coordinating by participating in joint consultation meetings, sharing information and by preparing the draft "Joint Federal/Provincial Consultation and Accommodation Report for the Trans Mountain Expansion Project" (Crown Consultation Report).

[117] Canada summarized its consultation efforts in the Crown Consultation Report, which included appendices specific to individual Indigenous groups. Indigenous groups were generally provided with a first draft of the Crown Consultation Report, together with the appendix relevant

to that group, in August of 2016. Comments and corrections were to be provided in September 2016. A second draft of the Crown Consultation Report, together with relevant appendices, was provided to Indigenous groups in November of 2016, with comments due by mid-November.

I. Post National Energy Board report events

1. The Interim Measures for Pipeline Reviews

[118] On January 27, 2016, Canada introduced this initiative as part of a strategy to review Canada's environmental assessment processes. The Interim Measures set out five guiding principles to guide the approval of major pipeline projects:

- i. No proponent would be required to return to the beginning of the approval process. That is, no proponent would be required to begin the approval process afresh.
- ii. Decisions about pipeline approval would be based on science, traditional knowledge of Indigenous peoples and other relevant evidence.
- iii. The views of the public and affected communities would be sought and considered.
- iv. Indigenous peoples would be meaningfully consulted, and, where appropriate, accommodated.
- v. The direct and upstream greenhouse gas emissions linked to a project under review would be assessed.

[119] Canada advised that it planned to apply the Interim Measures to the Project and that in order to do so it would: undertake deeper consultations with Indigenous peoples and provide funding to support participation in these deeper consultations; assess the upstream gas emissions associated with the Project and make this information public; and, appoint a ministerial

representative to engage local communities and Indigenous groups in order to obtain their views and report those views back to the responsible Minister.

[120] The Minister of Natural Resources sought and obtained a four-month extension of time to permit implementation of the Interim Measures. The deadline for the Governor in Council to make its decision on Project approval was, therefore, on or before December 19, 2016.

## 2. The Ministerial Panel

[121] On May 17, 2016, the Minister announced he was striking a three-member independent Ministerial Panel that would engage local communities and Indigenous groups as contemplated in Canada's implementation of the Interim Measures for the Project.

[122] The Ministerial Panel held a series of public meetings in Alberta and British Columbia, received emails and received responses to an online questionnaire. The Ministerial Panel submitted its report to the Minister on November 1, 2016, in which it identified six "high-level questions" that "remain unanswered" that it commended to Canada for serious consideration.

[123] The report of the Ministerial Panel expressly stated that the panel's work was "not intended as part of the federal government's concurrent commitment to direct consultation with First Nations" and that "full-scale consultation" was never the intent of the panel "especially in the case of First Nations, where the responsibility for consultation fell elsewhere". It follows that no further consideration of the Ministerial Panel is required in the context of consideration of the adequacy of Canada's consultation efforts.

3. Greenhouse gas assessment

[124] For completeness, I note that in November 2016, Environment Canada did publish an assessment estimating the upstream greenhouse gas emissions from the Project.

IX. The issues to be determined

[125] Broadly speaking, the applicants' submissions require the Court to address the following questions.

[126] First, is there merit in any of the preliminary issues raised by the parties?

[127] Second, under the applicable legislative scheme, can the report of the National Energy Board be judicially reviewed?

[128] Finally, should the decision of the Governor in Council be set aside? This in turn requires the Court to consider:

- i. What is the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council?
- ii. Did the Governor in Council err in determining whether the Board's process of assembling, analyzing, assessing and studying the evidence before it was so deficient that the report submitted by it to the Governor in Council did not qualify as a "report" within the meaning of the *National Energy Board Act*? This will require the Court to consider:
  - a. was the process adopted by the Board procedurally fair?
  - b. did the Board err by failing to assess Project-related marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*?

- c. did the Board err in its treatment of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29?
- d. did the Board impermissibly fail to decide certain issues before it recommended approval of the Project?
- e. did the Board impermissibly fail to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal?
- iii. Did the Governor in Council fail to comply with the statutory requirement to give reasons?
- iv. Did the Governor in Council err by concluding that the Indigenous applicants were adequately consulted and, if necessary, accommodated?

X. Consideration of the issues

A. The preliminary issues

[129] Before turning to the substantive issues raised in this application it is necessary to deal with three preliminary issues raised by the parties. They may be broadly characterized as follows.

[130] First, as described above, a number of the applicants commenced applications challenging the report of the National Energy Board. Trans Mountain moves to strike on a preliminary basis the six applications for judicial review commenced in respect of the report of the National Energy Board on the ground that the report is not amenable to judicial review.

[131] Second, the applicants ask that the two affidavits sworn on behalf of Trans Mountain by Robert Love, or portions thereof, be struck or given no weight on a number of grounds, including that Mr. Love had no personal knowledge of the bulk of the matters sworn to in his affidavits.

[132] Finally, the applicants object to the “Consultation Chronologies” found in Canada’s compendium.

1. Trans Mountain’s motion to strike

[133] In *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418, at paragraph 125, this Court concluded that applications for judicial review do not lie against reports made pursuant to section 52 of the *National Energy Board Act* recommending whether a certificate of public convenience and necessity should issue for all or any portion of a pipeline. Accordingly, Trans Mountain seeks orders striking the six notices of application (listed above at paragraph 51) that challenge the Board’s report.

[134] A comparison of the parties enumerated in paragraph 51 with those parties who challenge the decision of the Governor in Council (enumerated in paragraph 52) shows that all but one of the applicants who challenge the report of the National Energy Board also challenge the decision of the Governor in Council. For reasons not apparent on the record, the City of Vancouver elected to challenge only the report of the Board.

[135] The City of Vancouver, supported by the City of Burnaby, Tsleil-Waututh, Raincoast and Living Oceans, responds to Trans Mountain by arguing that *Gitxaala* was wrongly decided on this point and that in any event, the applications should not be struck on a preliminary basis.

[136] Those applicants who challenge both decisions are able to argue, and do argue, that in *Gitxaala* this Court determined that the decision of the Governor in Council cannot be

considered in isolation from the Board's report; it is for the Governor in Council to determine whether the process followed by the Board in assembling, analyzing, assessing, and studying the evidence before it was so deficient that its report does not qualify as a "report" within the meaning of the *National Energy Board Act*.

[137] Put another way, a statutory pre-condition for a valid Order in Council is a report from the Board prepared in accordance with all legislative requirements. The Governor in Council is therefore required to be satisfied that the report was prepared in accordance with the governing legislation. This makes practical sense as well because the Board's report formed the factual basis for the decision of the Governor in Council.

[138] It is in the context of these arguments that I turn to consider whether the applications should be struck on a preliminary basis.

[139] The jurisprudence of this Court is uniformly to the effect that motions to strike applications for judicial review are to be resorted to sparingly: see, for example, *Odynsky v. League for Human Rights of B'Nai Brith Canada*, 2009 FCA 82, 387 N.R. 376, at paragraph 5, citing *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C.R. 588, (1994), 176 N.R. 48.

[140] The rationale for this approach is that judicial review proceedings are designed to proceed with celerity; motions to strike carry the potential to unduly and unnecessarily delay the

expeditious determination of an application. Therefore justice is better served by allowing the Court to deal at one time with all of the issues raised by an application.

[141] This rationale is particularly applicable in the present case where striking the applications would still leave intact the ability of all but one of the applicants to argue the asserted flaws in the Board's report in the context of the Court's review of the decision of the Governor in Council. Little utility would be achieved in deciding the motions when the arguments in support of them will be considered now, in the Court's determination of the merits of the applications.

[142] For this reason, in the exercise of my discretion I would dismiss Trans Mountain's motion to strike the applications brought challenging the report of the National Energy Board. I deal with the merits of the argument that the report is not amenable to judicial review below at paragraph 170 and following.

2. The applicants' motion asking that the two affidavits of Robert Love, or portions thereof, be struck or given no weight

[143] The applicants argue that the Love affidavits, or portions thereof, should be struck or given no weight on three grounds. First, the applicants argue that Mr. Love had no personal knowledge of the bulk of the matters sworn to in his affidavits so that his evidence should be disregarded as inadmissible hearsay. Second, the applicants argue that the affidavits contain irrelevant and impermissible evidence about Trans Mountain's engagement and consultations with the Indigenous applicants. Finally, the applicants argue that the second affidavit impermissibly augments the evidence that was before the Board and the Governor in Council.



(a) The hearsay objection

[144] In both impugned affidavits Mr. Love swore that “I have personal knowledge of the matters in this Affidavit, except where stated to be based on information and belief, in which case I believe the same to be true.” Notwithstanding this statement, on cross-examination, Mr. Love admitted that his first affidavit was based almost entirely on facts of which he had no personal knowledge and that his affidavit failed to disclose that he relied on information and belief to assert those facts. He largely relied on Trans Mountain’s lawyers to prepare the paragraphs of his affidavit of which he had no direct knowledge. The basis of his belief that his affidavit was truthful and accurate was his “trust in other people”. He frequently admitted that there were other Trans Mountain employees who had direct knowledge of the matters set out in his affidavit (cross-examination of Robert Love, June 19, 2017, by counsel for the City of Burnaby, page 14, line 17 to page 50, line 8).

[145] Similarly, under cross-examination Mr. Love admitted that he had no personal knowledge of the contents of his second affidavit which dealt with Trans Mountain’s consultation with Squamish (cross-examination Robert Love, June 22, 2017, by counsel for Squamish, page 2, line 7 to page 11, line 4). When cross-examined by counsel for Coldwater, Mr. Love admitted that he was “largely” not involved with Trans Mountain’s engagement with Coldwater. Rather, “[i]t was the aboriginal engagement team who did the communications.” (cross-examination of Robert Love, June 22, 2017, by counsel for Coldwater, page 2, line 9 to page 2, line 21).

[146] Mr. Love is the Manager, Land and Rights-of-Way for Kinder Morgan Canada Inc., a company related to Trans Mountain. During his cross-examination by counsel for Squamish he described his role to be responsible for securing “all of the private land interest for the Trans Mountain Expansion Project and to obtain all utility crossings”. He was also responsible “for undertaking the land rights necessary to go through about 10 reserves that we have agreements with.” Later, on his cross-examination, he explained that prior to swearing his affidavit he “sat down with Regan Schlecker and went through most of the First Nation’s engagement and high-level [government] engagements that were happening here” because he had no direct involvement in those engagements. Regan Schlecker was Trans Mountain’s Aboriginal affairs manager.

[147] On the basis of Mr. Love’s many admissions the applicants argue that Mr. Love’s evidence should be struck or given no weight.

[148] Trans Mountain argues in response that the City of Burnaby failed to object to the Love affidavits on a timely basis. It also argues that on judicial review the parties can provide background explanations and summaries regarding the administrative proceeding below and that no applicant points to any important statements in the affidavits that were shown to be based on hearsay.

[149] I begin by rejecting Trans Mountain’s argument that the arguments raised by Burnaby were raised too late and so should not be considered. While Burnaby may well not have raised its hearsay objection on a timely basis (see the order of the case management Judge issued on July

25, 2017), both the City of Vancouver and Squamish did object to the Love affidavits on a timely basis. Squamish adopts Burnaby's objections (Squamish's memorandum of fact and law, paragraph 133) and the City of Vancouver relies upon the cross-examination of Mr. Love conducted by counsel for Burnaby (Vancouver's memorandum of fact and law, paragraph 109). On this basis, in my view, Burnaby's arguments are properly before the Court.

[150] With respect to Trans Mountain's argument on the merits, I begin by noting that to the extent background statements and summaries are admissible on an application for judicial review, this admissibility is for the sole and limited purpose of orienting the reviewing Court. In any event and more importantly, affidavits must always fully and candidly disclose if an affiant is relying on information and belief and what portions of the affidavit are based on information and belief. In that event, the affiant must disclose both the sources of the information relied upon and the bases for the affiant's belief in the truth of the information sworn to. This was not done in the present case.

[151] Notwithstanding this failure, I do not see the need to strike portions of the Love affidavits. The affidavits are relevant for the purpose of orienting the Court. However, it is unsafe to rely on the contents of the Love affidavits for the purpose of establishing the truth of their contents unless Mr. Love had personal knowledge of a particular fact or matter. Because Mr. Love did not demonstrate any material, personal knowledge of Trans Mountain's engagement with the Indigenous applicants, and because there is no explanation as to why an individual directly involved in that engagement could not have provided evidence, evidence of

Trans Mountain's engagement must come from other sources—such as the consultation logs Trans Mountain placed in evidence before the Board.

[152] As I have determined that it is unsafe except in limited circumstances to rely upon the contents of the Love affidavits to establish the truth of their contents, it is unnecessary for me to consider the applicants' objection to the second affidavit on the ground that it impermissibly supplemented the consultation logs in evidence before the Board.

(b) Relevance of evidence of Trans Mountain's engagement with the Indigenous applicants

[153] In answer to an Information Request issued by Squamish inquiring whether Canada delegated any procedural aspects of consultation to Trans Mountain, Canada responded:

The Crown has not delegated the procedural aspects of its duty to consult to Trans Mountain. The Crown does rely on the [National Energy Board] review process to the extent possible to fulfill this duty, a process that requires the proponent to work with and potentially accommodate Aboriginal groups impacted by the project. The [National Energy Board] filing manual provides information to the proponent on the requirement to engage potentially affected Aboriginal groups. This does not constitute delegation of the duty to consult.

(underlining added)

[154] Based on this response, the Indigenous applicants argue that evidence of Trans Mountain's engagement with them is irrelevant. It is necessary to consider this submission because it is an issue that transcends the Love affidavits—there is other evidence of Trans Mountain's engagement.

[155] I accept Trans Mountain's submission that proper evidence of its engagement with the Indigenous applicants is relevant. I reach this conclusion for the following reasons.

[156] First, the Indigenous applicants were informed by the Major Projects Management Office's letter of August 12, 2013, that Canada would rely on the Board's public hearing process "to the extent possible" to fulfil the Crown's duty to consult. As Canada noted in its response to the Information Request, the Board's hearing process required Trans Mountain to work with, and potentially accommodate, Indigenous groups impacted by the Project. Thus the Major Projects Management Office's August 12 letter encouraged Indigenous groups with Project-related concerns to discuss those concerns directly with Trans Mountain. Unresolved concerns were to be directed to the National Energy Board. It follows from this that the Indigenous applicants were informed before the commencement of the Board's hearing process that the Board and, in turn, Canada would rely in part on Trans Mountain's engagement with them.

[157] Thereafter, the Board required Trans Mountain "to make all reasonable efforts to consult with potentially affected Aboriginal groups and to provide information about those consultations to the Board." The Board expressly required this information to include "evidence on the nature of the interests potentially affected, the concerns that were raised and the manner and degree to which those concerns have been addressed. Trans Mountain was expected to report to the Board on all Aboriginal concerns that were expressed to it, even if it was unable or unwilling to address those concerns". (Report of the National Energy Board, page 46).

[158] Trans Mountain's consultation was guided by the Board's Filing Manual requirements and directions given by the Board during the Project Description phase.

[159] This demonstrates that Trans Mountain's consultation was central to the decision of the Board. Therefore, evidence of Trans Mountain's efforts is relevant.

[160] My second reason for finding proper evidence of Trans Mountain's engagement to be relevant is that, consistent with Canada's response to Squamish's Information Request, a review of the Crown Consultation Report shows that in Section 3 Canada summarized "the procedural elements and chronology of Aboriginal consultations and engagement activities undertaken by the proponent, the [Board] and the Crown." Elements of Trans Mountain's engagement were summarized in the Crown Consultation Report, and therefore put before the Governor in Council so it could assess the adequacy of consultation. Elements that were summarized include Trans Mountain's Aboriginal Engagement Program and the Mutual Benefit Agreements Trans Mountain entered into with Indigenous groups. Trans Mountain's Aboriginal Engagement Program was noted to have provided approximately \$12 million in capacity funding to potentially affected groups. As well, Trans Mountain provided funding to conduct traditional land and resource use and traditional marine resource use studies. As for the Mutual Benefit Agreements, as of November 2016, Canada was aware that 33 potentially affected Indigenous groups had signed such agreements with Trans Mountain. These included a letter of support for the Project.

[161] Canada's reliance on Trans Mountain's engagement also makes evidence about that engagement relevant.

[162] Finally on this point, some Indigenous applicants assert that Trans Mountain's engagement efforts were inadequate. Evidence of Trans Mountain's engagement, including its provision of capacity funding, is relevant to this allegation and to the issue of the adequacy of available funding.

### 3. Canada's compendium—The Consultation Chronologies

[163] In its compendium, Canada included schedules in the form of charts (referred to as "Consultation Chronologies") which describe events said to have taken place. The Indigenous applicants assert that the schedules are interpretive, inaccurate, and incomplete and that they should not be received by the Court for two reasons.

[164] First, the Indigenous applicants argue that the Consultation Chronologies summarize the facts as perceived by the Crown. As such, the material should have appeared in Canada's affidavit and in its memorandum of fact and law. It is argued that Canada should not be permitted to circumvent page length restrictions on the length of its memorandum by creating additional resources in its compendium.

[165] Second, the Indigenous applicants argue that the Consultation Chronologies are not evidence. Instead, the summaries are newly created documents that were not before the Board or

the Governor in Council. Their admission is also argued to be prejudicial to the Indigenous applicants.

[166] Canada responds that, as the case management Judge noted in his direction of September 7, 2017, “parties often include material in their compendia as an aid to argument. As long as the aid to argument is brief and helpful and is not anything resembling a memorandum of fact and law and as long as the aid to argument presents or is based entirely upon facts and data from the evidentiary record without adding to it, hearing panels of this Court usually permit it. Of course, there is a limit to this.”

[167] I agree with the Indigenous applicants that the Consultation Chronologies must be approached with caution. For example, the Consultation Chronology in respect of the Coldwater Indian Band recites that on May 3, 2016, Canada emailed Coldwater a letter dated November 3, 2015 sent in response to Coldwater’s letter of August 20, 2015. The Consultation Chronology also recites that the letter contained an offer to meet with Coldwater to discuss the consultation process and Project-related issues. However, Coldwater points to the sworn evidence of its Chief Councillor to the effect that the November 3, 2015 letter did not actually address the concerns detailed in Coldwater’s letter of August 20, 2015, and that the meeting was never arranged because the November 3, 2015 letter was not provided to Coldwater until May 3, 2016.

[168] Thus, I well understand the concern of the Indigenous applicants. This said, this Court’s understanding of the evidence is not based upon a summary in chart form which briefly summarizes the consultation process. The Court will base its decision upon the evidentiary



record properly before it, which includes the record before the Board and the Governor in Council, the affidavits sworn in this proceeding, the cross-examinations thereon, the statement of agreed facts, and the contents of the agreed book of documents. The sole permissible use of the Consultation Chronologies is as a form of table of contents or finding aid that directs a reader to a particular document in the record. On the basis of this explanation of the limited permissible use of the Consultation Chronologies there is no need to strike them, a point conceded by counsel for Coldwater and Squamish in oral argument.

[169] For completeness, I note that Upper Nicola moved on a preliminary basis to strike portions of the second Love affidavit on the ground that the affidavit impermissibly recited confidential information. That motion is the subject of brief, confidential reasons issued contemporaneously with these reasons. After the parties to the motion have the opportunity to make submissions, a public version of the confidential reasons will issue.

B. Is the report of the National Energy Board amenable to judicial review?

[170] While I would dismiss Trans Mountain's motion to strike the application on a preliminary basis, because some applicants do challenge the report of the National Energy Board it is necessary to decide whether judicial review lies, notwithstanding this Court's conclusion to the contrary in *Gitxaala*.

[171] The applicants who argue that, contrary to *Gitxaala*, the Board's report is amenable to judicial review acknowledge the jurisprudence of this Court to the effect that the test applied for overruling a decision of another panel of this Court is whether the previous decision is

“manifestly wrong” in the narrow sense that the Court overlooked a relevant statutory provision, or a case that ought to have been followed: see, for example, *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, at paragraph 10. The applicants argue that *Gitxaala* was manifestly wrong in deciding that the Board’s report was not justiciable. The specific errors asserted are:

- a. *Gitxaala* was manifestly wrong in holding that only “decisions about legal or practical interests are judicially reviewable”. The Court did not address case law that has interpreted subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 more broadly.
- b. The Court failed to deal with the prior decision of this Court in *Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 71, 390 D.L.R. (4th) 376.
- c. The Court failed to deal with prior jurisprudence of the Federal Court and this Court which did review environmental assessment reports prepared by a joint review panel.
- d. The Court referred to provisions of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* that were inapplicable.
- e. The *Gitxaala* decision impermissibly thwarts the right to seek judicial review of the decision of the National Energy Board.

[172] I will deal with each argument in turn after first reviewing this Court’s analysis in *Gitxaala*.

1. The decision of this Court in *Gitxaala*

[173] The Court’s consideration of the justiciability of the report of the Joint Review Panel began with its detailed analysis of the legislative scheme (reasons, paragraphs 99 to 118). The Court then turned to consider the proper characterization of the legislative scheme, which the

Court described to be “a complete code for decision-making regarding certificate applications.”

The Court then reasoned:

[120] The legislative scheme shows that for the purposes of review the only meaningful decision-maker is the Governor in Council.

[121] Before the Governor in Council decides, others assemble information, analyze, assess and study it, and prepare a report that makes recommendations for the Governor in Council to review and decide upon. In this scheme, no one but the Governor in Council decides anything.

[122] In particular, the environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* plays no role other than assisting in the development of recommendations submitted to the Governor in Council so it can consider the content of any decision statement and whether, overall, it should direct that a certificate approving the project be issued.

[123] This is a different role—a much attenuated role—from the role played by environmental assessments under other federal decision-making regimes. It is not for us to opine on the appropriateness of the policy expressed and implemented in this legislative scheme. Rather, we are to read legislation as it is written.

[124] Under this legislative scheme, the Governor in Council alone is to determine whether the process of assembling, analyzing, assessing and studying is so deficient that the report submitted does not qualify as a “report” within the meaning of the legislation:

- In the case of the report or portion of the report setting out the environmental assessment, subsection 29(3) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* provides that it is “final and conclusive,” but this is “[s]ubject to sections 30 and 31.” Sections 30 and 31 provide for review of the report by the Governor in Council and, if the Governor in Council so directs, reconsideration and submission of a reconsideration report by the Governor in Council.
- In the case of the report under section 52 of the *National Energy Board Act*, subsection 52(11) of the *National Energy Board Act* provides that it too is “final and conclusive,” but this is “[s]ubject to sections 53 and 54.” These sections empower the Governor in Council to consider the report and decide what to do with it.

[125] In the matter before us, several parties brought applications for judicial review against the Report of the Joint Review Panel. Within this legislative

scheme, those applications for judicial review did not lie. No decisions about legal or practical interests had been made. Under this legislative scheme, as set out above, any deficiency in the Report of the Joint Review Panel was to be considered only by the Governor in Council, not this Court. It follows that these applications for judicial review should be dismissed.

[126] Under this legislative scheme, the National Energy Board also does not really decide anything, except in a formal sense. After the Governor in Council decides that a proposed project should be approved, it directs the National Energy Board to issue a certificate, with or without a decision statement. The National Energy Board does not have an independent discretion to exercise or an independent decision to make after the Governor in Council has decided the matter. It simply does what the Governor in Council has directed in its Order in Council.

(underlining added)

[174] Having reviewed *Gitxaala*, I now turn to the asserted errors.

2. Was *Gitxaala* wrongly decided on this point?

- (a) Did the Court err by stating that only “decisions about legal or practical interests” are judicially reviewable?

[175] Subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* provides that an application for judicial review may be made by “anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought” (underlining added). In *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605, this Court considered the scope of subsection 18.1(1) as follows:

[24] Subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* provides that an application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by “the matter in respect of which relief is sought.” A “matter” that can be subject of judicial review includes not only a “decision or order,” but any matter in respect of which a remedy may be available under section 18 of the Federal Courts Act: Krause v. Canada, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.). Subsection 18.1(3) sheds further light on this, referring to relief for an “act or thing,” a failure, refusal or delay to do an “act or thing,” a “decision,” an “order” and a “proceeding.” Finally, the rules that govern applications for judicial review apply

to “applications for judicial review of administrative action,” not just applications for judicial review of “decisions or orders”: Rule 300 of the *Federal Courts Rules*.

...

[28] The jurisprudence recognizes many situations where, by its nature or substance, an administrative body’s conduct does not trigger rights to bring a judicial review.

[29] One such situation is where the conduct attacked in an application for judicial review fails to affect legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects: *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488; *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commission*, 2009 FCA 15, (2009), 86 Admin. L.R. (4th) 149.

(underlining added)

[176] To similar effect, in *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner*, 2009 FCA 15, 387 N.R. 365, the Court wrote, at paragraph 10, that when “administrative action does not affect an applicant’s rights or carry legal consequences, it is not amenable to judicial review”.

[177] On the basis of these authorities the City of Vancouver, supported by the City of Burnaby and Raincoast and Living Oceans, argues that this Court erred by writing in paragraph 125 in *Gitxaala* that only “decisions about legal or practical interests” are reviewable. The Court is said to have overlooked the established jurisprudence to the effect that “matter” as used in subsection 18.1(1) denotes a broader category than merely decisions.

[178] In my view, when the Court’s analysis in *Gitxaala* is read in its entirety no such statement was made and no such error was made.

[179] In *Gitxaala*, the Court found that the only action to carry legal consequences was the decision of the Governor in Council. The environmental assessment conducted by the Joint Review Panel under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* did not affect legal rights or carry legal consequences. Instead, the assessment played “no role other than assisting in the development of recommendations submitted to the Governor in Council” (reasons, paragraph 122). The same could be said of the balance of the report prepared pursuant to the requirements of the *National Energy Board Act*.

[180] Put another way, on the basis of the legislative scheme enacted by Parliament, the report of the Joint Review Panel constituted a set of recommendations to the Governor in Council that lacked any independent legal or practical effect. It followed that judicial review did not lie from it.

[181] Both the determination about the effect of the report of the Joint Review Panel and the conclusion that it was not justiciable were wholly consistent with *Air Canada* and *Democracy Watch*. It was therefore unnecessary for the Court to expressly deal with these decisions, or with subsection 18.1(1).

[182] To complete this analysis, I note that the City of Vancouver also argues that it was prejudiced because the report of the National Energy Board did not comply with section 19 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and because the Board’s process was unfair. However, any detrimental effects upon the City of Vancouver could have been remedied through a challenge to the decision of the Governor in Council; the City has not asserted that it suffered

any prejudice in the interval between the issuance of the Board's report and the issuance of the Order in Council by the Governor in Council.

(b) *Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)*

[183] In this decision, a single Judge of this Court decided whether this Court or the Federal Court had jurisdiction to entertain applications for judicial review brought in respect of the Report of the Joint Review Panel for the Enbridge Northern Gateway Project. Justice Sharlow found jurisdiction to lie in this Court. The City of Vancouver argues that implicit in this decision is the conclusion the reports prepared by joint review panels under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* are judicially reviewable.

[184] I respectfully disagree. At issue in *Forestethics* was the proper interpretation of section 28 of the *Federal Courts Act*. The Court made no finding about whether the report is amenable to judicial review—its only finding was that the propriety of the report (which would include whether it was amenable to judicial review) was a matter for this Court, not the Federal Court.

(c) The jurisprudence which reviewed environmental assessment reports

[185] The City of Vancouver also points to jurisprudence in which environmental assessment reports prepared by joint review panels were judicially reviewed, and argues that this Court erred by failing to deal with this jurisprudence. The authorities relied upon by Vancouver are: *Alberta Wilderness Assn. v. Cardinal River Coals Ltd.*, [1999] 3 F.C. 425, 15 Admin. L.R. (3d) 25, (F.C.); *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2000]

2 F.C.R. 263, (1999), 169 F.T.R. 298 (C.A.); *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 80 Admin. L.R. (4th) 74; *Grand Riverkeeper, Labrador Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1520, 422 F.T.R. 299; and, *Greenpeace Canada v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 463, 455 F.T.R. 1, rev'd on appeal, 2015 FCA 186, 475 N.R. 247.

[186] All of these authorities predate *Gitxaala*. They do not deal with the “complete code” of legislation that was before the Court in *Gitxaala*. But, more importantly, in none of these decisions was the availability of judicial review put in issue—this availability was assumed. In *Gitxaala* the Court reviewed the legislative scheme and explained why the report of the Joint Review Panel was not justiciable. The Court did not err by failing to refer to case law that had not considered this issue.

(d) The reference to inapplicable provisions of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*

[187] The City of Vancouver also argues that *Gitxaala* is distinguishable because it dealt with section 38 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, a provision that has no application to the process at issue here. The City also notes that *Gitxaala*, at paragraph 124, referred to sections 30 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. These sections are said not to apply to the Joint Review Panel at issue in *Gitxaala*.

[188] I accept that pursuant to subsection 126(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* the environmental assessment of the Northern Gateway project (at issue in *Gitxaala*)



was continued under the process established under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Subsection 126(1) specified that such continuation was to be as if the assessment had been referred to a review panel under section 38 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and that the Joint Review Panel which continued the environmental assessment was considered to have been established under section 40 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[189] It followed that sections 29 through 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* did not apply to the Northern Gateway project, and ought not to have been referenced by the Court in *Gitxaala* in its analysis of the legislative scheme.

[190] This said, the question that arises is whether these references were material to the Court's analysis. To assess the materiality, if any, of this error I begin by reviewing the content of the provisions said to be erroneously referred to in *Gitxaala*.

[191] Section 29 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, discussed above at paragraph 62, requires a responsible authority to ensure that its environmental assessment report sets out its recommendation to the Governor in Council concerning the decision the Governor in Council must make under paragraph 31(1)(a) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Section 30 allows the Governor in Council to refer any recommendation made by a responsible authority back to the responsible authority for reconsideration. Section 31 sets out the options available to the Governor in Council after it receives a report from a responsible authority. Paragraph 31(1)(a), discussed at paragraph 67 above, sets out the three choices

available to the Governor in Council with respect to its assessment of the likelihood that a project will cause significant adverse environmental effects and, if so, whether such effects can be justified.

[192] These provisions, without doubt, do apply to the Project at issue in these proceedings. Therefore, the Project is to be assessed under the legislative scheme analyzed in *Gitxaala*. It follows that *Gitxaala* cannot be meaningfully distinguished.

[193] As to the effect, if any, of the erroneous references in *Gitxaala*, the statutory framework applicable to the Northern Gateway project originated in three sources: the *National Energy Board Act*; the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and, transitional provisions found in section 104 of the *Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act*, S.C. 2012, c.19 (Jobs Act).

[194] Provisions relevant to the present analysis are:

- subsection 104(3) of the Jobs Act which required the Joint Review Panel to set out in its report an environmental assessment prepared under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*;
- subsection 126(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* which continued the environmental assessment under the process established under that Act; and,
- paragraph 104(4)(a) of the Jobs Act which made the Governor in Council the decision-maker under section 52 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* (thus, it was for the Governor in Council to determine if the Project was likely to cause significant adverse environmental effects and, if so, whether such effects could be justified).

[195] These provisions are to the same effect as sections 29 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. I dismiss the relevance of section 30 to this analysis because it had no application to the environmental assessment under review in *Gitxaala*. Further, and more importantly, section 30 played no significant role in the Court's analysis.

[196] It follows that the analysis in *Gitxaala* was based upon a proper understanding of the legislative scheme, notwithstanding the Court's reference to sections 29 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* instead of the applicable provisions.

[197] Put another way, the error was in no way material to the Court's analysis of the respective roles of the Joint Review Panel, which prepared the report to the Governor in Council, and the Governor in Council, which received the panel's recommendations and made the decisions required under the legislative scheme.

[198] Indeed, the technical nature of the erroneous references was acknowledged by Raincoast in its application for leave to appeal the *Gitxaala* decision to the Supreme Court of Canada. At paragraph 49 of its memorandum of argument it described the Court's error to be "technical in nature" (Trans Mountain's Compendium, volume 2, tab 35). To the same effect, Vancouver does not argue that the Court's error was material to its analysis. Vancouver simply notes the error in footnote 118 of its memorandum of fact and law.

[199] Accordingly, I see no error in the *Gitxaala* decision that merits departing from its analysis.

- (e) *Gitxaala* thwarts review of the decision of the National Energy Board

[200] Finally, Vancouver argues that subsection 54(1) of the *National Energy Board Act* and 31(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* both make the Board's report a prerequisite to the decision of the Governor in Council. As the Governor in Council is not an adjudicative body, meaningful review must come in the form of judicial review of the report of the Board. The decision in *Gitxaala* thwarts such review.

[201] I respectfully disagree. As this Court noted in *Gitxaala* at paragraph 125, the Governor in Council is required to consider any deficiency in the report submitted to it. The decision of the Governor in Council is then subject to review by this Court under section 55 of the *National Energy Board Act*. The Court must be satisfied that the decision of the Governor in Council is lawful, reasonable and constitutionally valid. If the decision of the Governor in Council is based upon a materially flawed report the decision may be set aside on that basis. Put another way, under the legislation the Governor in Council can act only if it has a "report" before it; a materially deficient report, such as one that falls short of legislative standards, is not such a report. In this context the Board's report may be reviewed to ensure that it was a "report" that the Governor in Council could rely upon. The report is not immune from review by this Court and the Supreme Court.

- (f) Conclusion on whether the report of the National Energy Board is amenable to judicial review

[202] For these reasons, I have concluded that the report of the National Energy Board is not justiciable. It follows that I would dismiss the six applications for judicial review which challenge that report. In the circumstance where the arguments about justiciability played a small part in the hearing I would not award costs in respect of these six applications.

[203] As the City of Vancouver did not seek and obtain leave to challenge the Order in Council, it follows that the City is precluded from challenging the Order in Council.

- C. Should the decision of the Governor in Council be set aside on administrative law grounds?

- 1. The standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council

[204] In *Gitxaala*, when considering the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council, the Court wrote that it was not legally permissible to adopt a “one-size-fits-all” approach to any particular administrative decision-maker. Rather, the standard of review must be assessed in light of the relevant legislative provisions, the structure of the legislation and the overall purpose of the legislation (*Gitxaala*, paragraph 137).

[205] I agree. Particularly in the present case it is necessary to draw a distinction between the standard of review applied to what I will refer to as the administrative law components of the Governor in Council’s decision and that applied to the constitutional component which required

the Governor in Council to consider the adequacy of the process of consultation and, if necessary, accommodation. This is an approach accepted and urged by the parties.

(a) The administrative law components of the decision

[206] In *Gitxaala*, the Court conducted a lengthy standard of review analysis (*Gitxaala*, paragraphs 128-155) and concluded that, because the Governor in Council's decision was a discretionary decision founded on the widest considerations of policy and public interest, the standard of review was reasonableness (*Gitxaala*, paragraph 145).

[207] Canada, Trans Mountain and the Attorney General of Alberta submit that *Gitxaala* was correctly decided on this point.

[208] Tsleil-Waututh, Raincoast and Living Oceans submit that the governing authority is not *Gitxaala*, but rather is the earlier decision of this Court in *Council of the Innu of Ekuanitshit v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 189, 376 D.L.R. (4th) 348. In this case the Court found the reasonableness standard of review applied to a decision of the Governor in Council approving the federal government's response to a report of a joint review panel prepared under the now repealed *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (*Canadian Environmental Assessment Act, 1992*). The Court rejected the submission that the correctness standard applied to the question of whether the Governor in Council and the responsible authorities had respected the requirements of the *Canadian Environmental Assessment Act, 1992* before making their decisions under subsections 37(1) and 37(1.1) of that Act. Under these provisions the Governor in Council and the responsible authorities were required to review the

report of the joint review panel and determine whether the project at issue was justified despite its adverse environmental effects.

[209] This said, while deference was owed to decisions made pursuant to subsections 37(1) and 37(1.1), the Court wrote that “a reviewing court must ensure that the exercise of power delegated by Parliament remains within the bounds established by the statutory scheme.” (*Innu of Ekuanitshit*, paragraph 44).

[210] To the submission that *Innu of Ekuanitshit* is the governing authority, Tsleil-Waututh adds two additional points: first and, in any event, the “margin of appreciation” approach followed in *Gitxaala* is no longer good law; and, second, issues of procedural fairness are to be reviewed on the standard of correctness. Tsleil-Waututh’s additional submissions are adopted by the City of Burnaby.

[211] I see no inconsistency between the *Innu of Ekuanitshit* and *Gitxaala* for the following reasons.

[212] First, the Court in *Gitxaala* acknowledged that it was bound by *Innu of Ekuanitshit*. However, because of the very different legislative scheme at issue in *Gitxaala*, the earlier decision did not satisfactorily determine the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council at issue in *Gitxaala* (*Gitxaala*, paragraph 136). This Court did not doubt the correctness of *Innu of Ekuanitshit* or purport to overturn it.

[213] Second, in each case the Court determined the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council was reasonableness. It was within the reasonableness standard that the Court found in *Innu of Ekuanitshit* that the Governor in Council's decision must still be made within the bounds of the statutory scheme.

[214] Third, and finally, the conclusion in *Innu of Ekuanitshit* that a reviewing court must ensure that the Governor in Council's decision was exercised "within the bounds established by the statutory scheme" (*Innu of Ekuanitshit*, paragraph 44) is consistent with the requirement in *Gitxaala* that the Governor in Council must determine and be satisfied that the Board's process and assessment complied with the legislative requirements, so that the Board's report qualified as a proper prerequisite to the decision of the Governor in Council. Then, it is for this Court to be satisfied that the decision of the Governor in Council was lawful, reasonable and constitutionally valid. To be lawful and reasonable the Governor in Council must comply with the purview and rationale of the legislative scheme.

[215] Reasonableness review requires a court to assess whether the decision under review falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible on the facts and the law (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47).

[216] Reasonableness review is a contextual inquiry. Reasonableness "takes its colour from the context" (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59; *Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, 2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80, at paragraph 57); in every case the fundamental question "is the scope of decision-making power



conferred on the decision-maker by the governing legislation.” (*Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paragraph 18).

[217] Thus, when a court reviews a decision made in the exercise of a statutory power, reasonableness review requires the decision to have been made in accordance with the terms of the statute: see, for example, *Globalive Wireless Management Corp. v. Public Mobile Inc.*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, at paragraphs 29-30. Put another way, an administrative decision-maker is constrained in the outcomes it may reach by the statutory wording (*Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203, at paragraph 21).

[218] The Supreme Court recently considered this in the context of a review of a decision of the Specific Claims Tribunal. The Tribunal is required by its governing legislation to adjudicate specific claims “in accordance with law and in a just and timely manner.” The majority of the Court observed that the Tribunal’s mandate expressly tethered “the scope of its decision-making power to the applicable legal principles.” and went on to note that the “range of reasonable outcomes available to the Tribunal is therefore constrained by these principles” (*Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, 417 D.L.R. (4th) 239, at paragraphs 33-34).

[219] With respect to Tsleil-Wauthuth’s two additional points, I believe the first point was addressed above. Reasonableness “takes its colour from the context.” To illustrate, reasonableness review of a policy decision affecting many entities is of a different nature than

reasonableness review of, say, a decision on the credibility of evidence before an adjudication tribunal.

[220] The second point raises the question of the standard of review to be applied to questions of procedural fairness.

[221] As this Court noted in *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 474 N.R. 366, at paragraph 67, the standard of review for questions of procedural fairness is currently unsettled.

[222] As Trans Mountain submits, in cases such as *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75, at paragraphs 70-72, this Court has applied the standard of correctness with some deference to the decision-maker's choice of procedure (see also *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraphs 79 and 89).

[223] This said, in my view it is not necessary to resolve any inconsistency in the jurisprudence because, as will be explained below, even on a correctness review I find there is no basis to set aside the Order in Council on the basis of procedural fairness concerns.

(b) The constitutional component

[224] As explained above, a distinction exists between the standard of review applied to the administrative law components of the Governor in Council's decision and the standard applied to

the component which required the Governor in Council to consider the adequacy of the process of consultation with Indigenous peoples, and if necessary, accommodation.

[225] Citing *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at paragraphs 61-63, the parties agree that the existence and extent of the duty to consult are legal questions reviewable on the standard of correctness. The adequacy of the consultation is a question of mixed fact and law which is reviewable on the standard of reasonableness. I agree.

[226] Reasonableness review does not require perfect satisfaction (*Gitxaala*, paragraphs 182-183 and the cases cited therein). The question to be answered is whether the government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”. Thus, “[s]o long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice.” (*Haida Nation*, paragraph 62, citing *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723 and *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013). The focus of the analysis should not be on the outcome, but rather on the process of consultation and accommodation (*Haida Nation*, paragraph 63).

[227] Having set out the governing standards of review, I next consider the various flaws that are said to vitiate the decision of the Governor in Council.

2. Did the Governor in Council err in determining that the Board's report qualified as a report so as to be a proper condition precedent to the Governor in Council's decision?

[228] The Board's errors said to vitiate the decision of the Governor in Council were briefly summarized above at paragraph 128. For ease of reference I reorganize and repeat that the applicants variously assert that the Board erred by:

- a. breaching the requirements of procedural fairness;
- b. failing to decide certain issues before it recommended approval of the Project;
- c. failing to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal;
- d. failing to assess Project-related marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and,
- e. erring in its treatment of the *Species at Risk Act*.

The effect of each of these errors is said to render the Board's report materially deficient such that it was not a "report" that the Governor in Council could rely upon. A decision made by the Governor in Council without a "report" before it must be unreasonable; the statute makes it clear that the Governor in Council can only reach a decision when informed by a "report" of the Board.

[229] I now turn to consider each alleged deficiency.

(a) Was the Board's process procedurally fair?

(i) Applicable legal principles

[230] The Board, as a public authority that makes administrative decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals, owes a duty of procedural fairness to the parties before it. However, the existence of a duty of fairness does not determine what fairness requires in a particular circumstance.

[231] It is said that the concept of procedural fairness is eminently variable, and that its content is to be decided in the context and circumstances of each case. The concept is animated by the desire to ensure fair play. The purpose of the participatory rights contained within the duty of fairness has been described to be:

... to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

(*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 174 D.L.R.

(4th) 193, at paragraph 22).

[232] In *Baker*, the Supreme Court articulated a non-exhaustive list of factors to be considered when determining what procedural fairness requires in a given set of circumstances: the nature of the decision being made and the process followed in making it; the nature of the statutory scheme, including the existence of an appeal procedure; the importance of the decision to the

lives of those affected; the legitimate expectations of the person challenging the decision; and, the choice of procedures made by the decision-maker.

[233] Applying these factors, the City of Burnaby argues that the content of the procedural duty owed to it was significant.

[234] Other applicants and the respondents did not make submissions on the content of the procedural duty of fairness.

[235] Having regard to the adjudicative nature of the decision at issue, the court-like procedures prescribed by the *National Energy Board Rules of Practice and Procedure*, 1995, SOR/95-208, the absence of an unrestricted statutory right of appeal (subsection 22(1) of the *National Energy Board Act* permits an appeal on a question of law or jurisdiction only with leave of this Court) and the importance of the Board's decision to the parties, I accept Burnaby's submission that the content of the duty of fairness owed by the Board to the parties was significant. The parties were entitled to a meaningful opportunity to present their cases fully and fairly. Included in the right to present a case fully is the right to effectively challenge evidence that contradicts that case. I will consider below more precisely the content of this duty.

[236] Having briefly summarized the legal principles that apply to issues of procedural fairness, I next enumerate the assertions of procedural unfairness.

(ii) The asserted breaches of procedural fairness

[237] The City of Burnaby asserts that the Board breached a duty of fairness owed to it by:

- a. failing to hold an oral hearing;
- b. failing to provide Burnaby with an opportunity to test Trans Mountain's evidence by cross-examination;
- c. failing to require Trans Mountain to respond to Burnaby's written Information Requests and denying Burnaby's motions to compel further and better responses to the Information Requests;
- d. delegating the assessment of critically important information until after the Board's report and the Governor in Council's decision;
- e. failing to provide sufficient reasons concerning:
  - i. alternative means of carrying out the Project;
  - ii. the risks, including seismic risk, related to fire and spills;
  - iii. the suitability of the Burnaby Mountain Tunnel;
  - iv. the protection of municipal water sources; and,
  - v. whether, and on what basis, the Project is in the public interest.

[238] Tsleil-Waututh submits that the Board breached the duty of fairness by restricting its ability to test Trans Mountain's evidence and by permitting Trans Mountain to file improper reply evidence.

[239] The Stó:lō submit that it was procedurally unfair to subject their witnesses who gave oral traditional Indigenous evidence to cross-examination when Trans Mountain's witnesses were not cross-examined.

[240] Squamish briefly raised the issue of inadequate response to their Information Request to Natural Resources Canada, and the Board's terse rejection of their requests for further and better responses from Natural Resources Canada, the Department of Fisheries and Oceans and Trans Mountain.

[241] Each assertion will be considered.

- (iii) The failure to hold a full oral hearing and to allow cross-examination of Trans Mountain's witnesses

[242] It is convenient to deal with these two asserted errors together.

[243] The applicants argue that the Board's decision precluding oral cross-examination was "a stark departure from the previous practice for a project of this scale." (Burnaby's memorandum of fact and law, paragraph 160) that deprived the Board of an important and established method for determining the truth. The applicants argue that this was particularly unfair because Trans Mountain failed to participate in good faith in the Information Request process with the result that the process did not provide an effective, alternative method to test Trans Mountain's evidence.

[244] The respondents Canada and Trans Mountain answer that:

- The Board has discretion to determine whether a hearing proceeds as a written or oral hearing, and the Board is entitled to deference with respect to its choice of procedure.



- The process was tailored to take into account the number of participants, the volume of evidence and the technical nature of the information to be received by the Board.
- Many aspects of the hearing were conducted orally: the oral Indigenous traditional evidence, Trans Mountain's oral summary argument, the interveners' oral summary arguments and any reply arguments.
- Cross-examination is never an absolute right. A decision-maker may refuse or limit cross-examination so long as there is an effective means to challenge and test evidence.

[245] I acknowledge the importance of cross-examination at common law. However, because the content of the duty of fairness varies according to context and circumstances, the duty of fairness does not always require the right of cross-examination. For example, in a multi-party public hearing related to the public interest, fairness was held not to require oral cross-examination (*Unicity Taxi Ltd. v. Manitoba Taxicab Board* (1992), 80 Man. R. (2d) 241, [1992] 6 W.W.R. 35 (Q.B.); aff'd (1992) 83 Man. R. (2d) 305, [1992] M.J. No. 608 (C.A.)). The Court dismissed the allegation of unfairness because "in the conduct of multi-faceted and multi-party public hearings [cross-examination] tends to become an unwieldy and even dangerous weapon that may lead to disturbance, disruption and delay."

[246] Similarly, in *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099, the Supreme Court found that the Chippewas of the Thames were given an adequate opportunity to participate in the decision-making process of the Board (reasons, paragraph 51). This finding was supported by the Court's enumeration of the following facts: the Board held an oral hearing; provided early notice of the hearing process to affected Indigenous groups and sought their formal participation; granted intervenor status to the

Chippewas of the Thames; provided participant funding to allow the Chippewas of the Thames to tender evidence and pose formal Information Requests to the project proponent, to which they received written responses; and permitted the Chippewas of the Thames to make oral closing submissions. No right of oral cross-examination was granted (reasons, paragraph 52), yet the process provided an adequate right to participate.

[247] These decisions are of course not determinative of the requirements of fairness in the present context.

[248] The relevant context is discussed by the Board in its Ruling No. 14, which dealt with a motion requesting that the hearing order be amended to include a phase for oral cross-examination of witnesses. After quoting an administrative law text to the effect that procedural fairness is not a fixed concept, but rather is one that varies with the context and the interest at stake, the Board wrote:

Here, the context is that the Board will be making a recommendation to the Governor in Council. The recommendation will take into account whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity. The Board's recommendation will be polycentric in nature as it involves a wide variety of considerations and interests. Persons directly affected by the Application include Aboriginal communities, land owners, governments, commercial interests, and other stakeholders. The motion and several of the comments in support of it appear to place significant reliance on the potential credibility of witnesses. The Board notes that this is not a criminal or civil trial. The Board's hearing also does not involve an issue of individual liberty. It is a process for gathering and testing evidence for the Board's preparation, as an expert tribunal, of its recommendation to the Governor in Council about whether to issue a certificate under section 52 of the NEB Act. The Board will also be conducting an environmental assessment and making a recommendation under CEAA 2012.

Hearing processes are designed individually and independently by the Board based on the specific circumstances of the application. Each process is designed to provide for a fair hearing, but the processes are not necessarily the same. For

this Application, the Hearing Order provides two opportunities to ask written information requests. There is also an opportunity to file written evidence, and to provide both written and oral final argument. For Aboriginal groups that also wish to present Aboriginal traditional evidence orally, there is an opportunity to do this.

Regarding the nature of the statutory scheme, section 8 of the NEB Act authorizes the Board to make rules about the conduct of hearings before the Board. The Rules provide that public hearings may be oral or written, as determined by the Board. The Board has previously held fully written hearings for section 52 oil and gas pipeline applications. Hearings can also be oral, with significant written components, as is the case here. In addition to the hearing procedures set out in the Rules, the Board makes rules about hearing procedures in its Hearing Order and associated rulings and bulletins.

....

Additional legislative requirements for the Board's public hearings are found in subsection 11(4) of the NEB Act, which requires that applications before the Board are to be dealt with as expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit, and within the time limit provided. This subsection of the NEB Act was added in 2012. For this Application, the legislated time limit, which is 15 months after the completeness determination is made, is 2 July 2015.

As the legislative time limits are recent, there is no legitimate expectation as to the hearing procedures that will be used to test the evidence. In this case, the Board has provided notice about the procedures that will apply.

In the Board's view, the legislation makes it clear that the Board is master of its own procedure and can establish its own procedures for each public hearing with regard to the conduct of hearings. This includes the authority to determine for a particular public hearing the manner in which evidence will be received and tested. In the circumstances of this hearing, where there are 400 intervenors and much of the information is technical in nature, the Board has determined that it is appropriate to test the evidence through written processes. All written evidence submitted will be subject to written questioning by up to 400 parties, and the Board.

(underlining added, footnotes omitted)

[249] Further aspects of the relevant context are discussed in the Board's final report at page 4:

For the Board's review of the Project application, the hearing had significant written processes as well as oral components. With the exception of oral traditional evidence described below, evidence was presented in writing, and

testing of that evidence was carried out through written questions, known as Information Requests (IRs). Intervenors submitted over 15,000 questions to Trans Mountain over two major rounds of IRs. Hundreds of other questions were asked in six additional rounds of IRs on specific evidence. If an intervenor believed that Trans Mountain provided inadequate responses to its questions, it could ask the Board to compel Trans Mountain to provide a more complete response. Trans Mountain could do the same in respect of IRs it posed to intervenors on their evidence. There was also written questioning on various additional evidence, including supplemental, replacement, late and Trans Mountain's reply evidence.

The Board decided, in its discretion in determining its hearing procedure, to allow testing of evidence by IRs and determined that there would not be cross examination in this hearing. The Board decided that, in the circumstances of this hearing where there were 400 intervenors and legislated time limits, and taking into consideration the technical nature of the information to be examined, it was appropriate to test the evidence through written processes. In the final analysis, the written evidence submitted was subjected to extensive written questioning by up to 400 participants and the Board. The Board is satisfied that the evidence was appropriately tested in its written process and that its hearing was fair for all parties and met natural justice requirements. ...

(underlining added, footnote omitted)

[250] Having set out the context relevant to determining the content of the duty of fairness, and the Board's discussion of the context, the next step is to apply the contextual factors enumerated in *Baker* to determine whether the absence of oral cross-examination was inconsistent with the participatory rights required by the duty of fairness. The heart of this inquiry is directed to whether the parties had a meaningful opportunity to present their case fully and fairly.

[251] Applying the first *Baker* factor, the nature of the Board's decision is different from a judicial decision. The Board is required to apply its expertise to the record before it in order to make recommendations about whether the Project is and will be required by public convenience and necessity, and whether the Project is likely to cause significant adverse environmental effects that can or cannot be justified in the circumstances. Each recommendation requires the Board to

consider a broad spectrum of considerations and interests, many of which depend on the Board's discretion. For example, subsection 52(2) of the *National Energy Board Act* requires the Board's recommendation to be based on "all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant". The Board's environmental assessment is to take into account "any other matter relevant to the environmental assessment that the [Board] requires to be taken into account" (paragraph 19(1)(j) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*). The nature of the decision points in favour of more relaxed requirements under the duty of fairness.

[252] The statutory scheme also points to more relaxed requirements. The Board may determine that a pipeline application be dealt with wholly in writing (Rule 22(1), *National Energy Board Rules of Practice and Procedure, 1995*). The Board is required to deal with matters expeditiously, and within the legislated time limit. When the hearing order providing for Information Requests, not oral cross-examination, was issued on April 2, 2014, the Board was required to deliver its report by July 2, 2015. In legislating this time limit Parliament must be presumed to have contemplated that pipeline approval projects could garner significant public interest such that, as in this case, 400 parties successfully applied for leave to intervene. One aspect of the statutory scheme does point to a higher duty of fairness: the legislation does not provide for a right of appeal (save with leave on a question of law or jurisdiction). However, as discussed at length above, the Board's decision is subject to scrutiny in proceedings such as this.

[253] The importance of the decision is a factor that points toward a heightened fairness requirement.

[254] For the reasons given by the Board, I do not see any basis for a legitimate expectation that oral cross-examination would be permitted. To the Board's reasons I would add that such an expectation would be contrary to the Board's right to determine that an application be reviewed wholly in writing. While the Board did permit oral cross-examination in its review of the Northern Gateway Pipeline, in that case the Board's report discloses that intervener status was granted to 206 entities—roughly half the number of entities given intervener status in this case.

[255] Finally, the Board's choice of procedure, while not determinative, must be given some respect, particularly where the legislation gives the Board broad leeway to choose its own procedure, and the Board has experience in deciding appropriate hearing procedures.

[256] I note that when the Board rendered its decision on the request that it reconsider Ruling No. 14 so as to allow oral cross-examination, the applicants had received Trans Mountain's responses to their first round of Information Requests; many had brought motions seeking fuller and better answers. The Board ruled on the objections on September 26, 2014. Therefore, the Board was well familiar with the applicants' stated concerns, as is seen in Ruling No. 51 when it declined to reconsider its earlier ruling refusing to amend the hearing order to allow oral cross-examination.

[257] Overall, while the importance of the decision and the lack of a statutory appeal point to stricter requirements under the duty of fairness, the other factors point to more relaxed requirements. Balancing these factors, I conclude that the duty of fairness was significant. Nevertheless, the duty of fairness was not breached by the Board's decisions not to allow oral

cross-examination and not to allow a full oral hearing. The Board's procedure did allow the applicants a meaningful opportunity to present their cases fully and fairly.

[258] Finally on this issue, the Board allowed oral traditional Indigenous evidence because "Aboriginal people have an oral tradition that cannot always be shared adequately in writing." (Ruling No. 14, page 5). With respect to Stó:lō's concerns about permitting oral questioning of oral traditional evidence, the Board permitted "Aboriginal groups [to] choose to answer any questions in writing or orally, whichever is practical or appropriate by their determination." (Ruling No. 14, page 5). This is a complete answer to the concerns of the Stó:lō.

[259] I now turn to the next asserted breach of procedural fairness.

(iv) Trans Mountain's responses to the Information Requests

[260] The City of Burnaby and Squamish argue that Trans Mountain provided generic, incomplete answers to the Information Requests and the Board failed in its duty to compel further and better responses.

[261] During the oral hearing before this Court Burnaby reviewed in detail: Burnaby's first Information Request questioning Trans Mountain about its consideration of alternatives to expanding the pipeline, tank facilities and marine terminal in a major metropolitan area; Trans Mountain's response; the Board's denial of Burnaby's request for a fuller answer; Burnaby's second Information Request; Trans Mountain's response; the Board's denial of Burnaby's request for a fuller answer; the Board's first Information Request to Trans Mountain questioning

alternative means of carrying out the Project; Trans Mountain's response; the Board's second Information Request; and, Trans Mountain's response to the Board's second Information Request. Burnaby argues that Trans Mountain provided significantly more information to the Board than it did to Burnaby, but the information Trans Mountain provided was still insufficient.

[262] Squamish made brief reference in oral argument to the Board's failure to order fuller answers about the Crown's assessment of the strength of its claims to Aboriginal rights and title.

[263] As can be seen from Burnaby's oral submission, it brought motions before the Board to compel better answers in respect of both of Trans Mountain's responses to Burnaby's Information Requests.

[264] I begin consideration of this issue by acknowledging that most, but not all, of Burnaby's requests for fuller answers were denied by the Board. However, procedural fairness does not guarantee a completely successful outcome. The Board did order some further and better answers in respect of each motion. Burnaby must prove more than just that the Board did not uphold all of its objections.

[265] The Board's reasons for declining to compel further answers are found in two of the Board's rulings: Ruling No. 33 (A4 C4 H7) in respect of the first round of Information Requests directed to Trans Mountain by the interveners, and Ruling No. 63 (A4 K8 G4) in respect of the second round of the interveners' Information Requests. Each ruling was set out in the form of a letter which attached an appendix. The appendix listed each question included in the motions to



compel, organized by intervener, and provided “the primary reason” the motion to compel was granted or denied. Each ruling also provided in the body of the decision “overall comments about the motions and the Board’s decision”.

[266] The Board set out the test it applied when considering motions to compel in the following terms:

...the Board looks at the relevance of the information sought, its significance, and the reasonableness of the request. The Board balances these factors so as to satisfy the purpose of the [Information Request] process, while preventing an intervenor from engaging in a ‘fishing expedition’ that could unfairly burden the applicant.

[267] In its decision the Board also provided general information describing circumstances that led it to decline to compel further answers. Of relevance are the following two situations:

- In some instances, Trans Mountain provided a full answer to the question asked, but the intervener disagreed with the answer. In these cases, rather than seeking to compel a further answer, the Board advised the interveners to file their own evidence in response or to provide their views during final argument.
- In some cases, Trans Mountain may not have answered all parts of an intervener’s Information Request. However, in those cases where the Board was of the view that the response provided sufficient information and detail for the Board to consider the application, the Board declined to compel a further response.

[268] It is clear that the Board viewed Burnaby’s requests for fuller answers about Trans Mountain’s consideration and rejection of alternate locations for the marine terminal to fall within the second situation described above.

[269] The Board's second Information Request to Trans Mountain on this point was answered by Trans Mountain on July 21, 2014, and its answer was served upon all of the interveners. Therefore, the Board was aware of this response when on September 26, 2014, it rejected Burnaby's motion in Ruling No. 33.

[270] That the Board found Trans Mountain's answer to its second Information Request to be sufficient is reflected in the Board's report, where at pages 241 to 242 the Board relied on the content of Trans Mountain's response to its second Information Request to articulate Trans Mountain's consideration of the alternatives to the Westridge Marine Terminal. At page 244 of the report, the Board found Trans Mountain's "alternative means assessment" to be appropriate. The Board went on to acknowledge Burnaby's concern that Trans Mountain had not provided an assessment of the risks, impacts and effects of the alternate marine terminal locations at Kitimat or Roberts Bank. However, the Board disagreed, finding that "Trans Mountain has provided an adequate assessment, including consideration of the technical, socio-economic and environmental effects, of technically and economically feasible alternative marine terminal locations."

[271] Obviously, Burnaby disagrees with this assessment. However, it has not demonstrated how the Board's conduct concerning Burnaby's Information Requests breached the requirements of procedural fairness. For example, Burnaby has not pointed to evidence that contradicted Trans Mountain's stated reasons for rejecting alternative marine terminal locations. Trans Mountain stated that its assessment was based on feasibility of coincident marine and pipeline access, and technical, economic and environmental considerations of the screened alternative locations. Any

demonstrated conflict in the evidence on these points may have supported a finding that meaningful participation required Trans Mountain to provide more detailed information.

[272] In support of its submission concerning procedural fairness Squamish pointed to a question it directed to Natural Resources Canada. It asked whether that entity had “assessed the strength of Squamish’s claim to aboriginal rights in the area of the proposed Project” and if so, to provide “that assessment and any material upon which that assessment is based.”

[273] The response Squamish received to its Information Request was:

The Crown has conducted preliminary depth of consultation assessments for all Aboriginal groups, including Squamish Nation, whose traditional territory intersects with or is proximate to the proposed pipeline right of way, marine terminal expansion and designated marine shipping lanes. (Depth of consultation assessments consider both potential impacts to rights and the strength of claim to rights.) The Crown’s depth of consultation assessment is iterative and is expected to evolve as the [Board] review process unfolds and as Aboriginal groups submit their evidence to the [Board] and engage in Phase III consultations with the Crown. The Crown has assessed depth of consultation for the Squamish Nation as “high.” This preliminary conclusion was filed into evidence [by the Major Projects Management Office] on May 27, 2015.

The starting point for these assessments is to work with information the Crown has in hand, but Squamish Nation is invited to provide information that they believe could assist the Crown in understanding the nature and scope of their rights.

(underlining added)

[274] Squamish objected to the Board that its request was only partly addressed, and requested that Natural Resources Canada provide the material on which its assessment was based.

[275] In reply to Squamish's motion to compel a further answer, Natural Resources Canada responded:

In the context of the current hearing process, it is the view of [the Major Projects Management Office] that the further information and records sought by Squamish Nation will not be of assistance to the Panel in fulfilling its mandate.

However, the Crown will communicate with the Squamish Nation in August 2015 to provide further information on Phase III Crown consultation and the Crown's approach to considering adverse impacts of the Project on potential or established Aboriginal and treaty rights. This forthcoming correspondence will summarize the Crown's understanding of the strength of Squamish Nation's claim for rights and title.

[276] The Board denied Squamish's request for a fuller answer on the primary ground that the information Squamish sought "would not contribute to the record in any substantive way and, therefore, would not be material to the Board's assessment."

[277] Given the mandate of the Board, the iterative nature of the consultation process and the fact that direct Crown consultation would take place in Phase III following the release of the Board's report, Squamish has not shown that it was a breach of procedural fairness for the Board not to compel a fuller answer to its question.

- (v) The asserted deferral and delegation of the assessment of important information

[278] The City of Burnaby next argues that the Board impermissibly deferred "the provision of critically important information to after the Report stage, and after the [Governor in Council's decision]" (memorandum of fact and law, paragraph 164). Burnaby says that by doing so, the Board acted contrary to the statutory regime and breached the principle of *delegatus non potest*

*delegare*. At this point in its submissions, Burnaby did not suggest what specific aspect of the statutory regime was contravened, or how the Board or the Governor in Council improperly delegated their statutory responsibility. At this stage, Burnaby deals with this as an issue of procedural fairness. I deal with the statutory scheme argument commencing at paragraph 322.

[279] Burnaby points to a number of issues where it alleges that the Board failed to weigh the evidence and expert opinions put before it. Burnaby says:

- It provided expert evidence that the Project presents serious and unacceptable safety risks to the neighbourhoods that are proximate to the Burnaby Terminal as a result of fire, explosion and boil-over, and that Trans Mountain had failed to assess these risks.
- It established gaps in Trans Mountain's geotechnical investigation of the tunnel option and a lack of analysis of the feasibility of the tunnel option.
- It identified significant information gaps with respect to the Westridge Marine Terminal, including gaps concerning: the final design; spill risk; fire risk; geotechnical risk; and, the ability to respond to these risks.
- It adduced evidence that the available fire response resources were inadequate.
- It demonstrated the risk to Simon Fraser University following an incident at the Burnaby Terminal because of the tunnel's proximity to the only evacuation route from the University.

[280] Burnaby argues that the Board declined to compel further information from Trans Mountain on these points, and instead imposed conditions that required Trans Mountain to do certain specified things in the future. For example, the Board imposed conditions requiring Trans Mountain to file with the Board for approval a report to revise the terminal risk assessments, including the Burnaby Terminal risk assessment, to include consideration of the risks not assessed (Board Conditions 22 and 129). Board Condition 22 had to be met at least six months

before Trans Mountain commenced construction; Condition 129 had to be met at least three months before Trans Mountain applied to open each terminal. Burnaby also notes that many conditions imposed by the Board were not subject to subsequent Board approval.

[281] Burnaby argues that this process prevented meaningful testing of information filed after the Board issued its report recommending that the Project be approved. Further, the Governor in Council did not have access to the material to be filed in response to the Board's conditions when it made its determination of the public interest.

[282] Underpinning these arguments is Burnaby's assertion that the "Board's rulings deprived Burnaby of the ability to review and assess the validity of the alternatives assessment (or to confirm that one was made)." (memorandum of fact and law, paragraph 41).

[283] I can well understand Burnaby's concern—the consequence of a serious spill or explosion and fire in a densely populated metropolitan area might be catastrophic. However, in my respectful view, Burnaby's understandable desire to be able to independently review and assess the validity of the assessment of alternatives to the expansion of the Westridge Marine Terminal, or other matters that affect the City, is inconsistent with the regulatory scheme enacted by Parliament. Parliament has vested in the Board the authority and responsibility to consider and then make recommendations to the Governor in Council on matters of public interest; the essence of the Board's responsibility is to balance the Project-related benefits against the Project-related burdens and residual burdens, and to then make recommendations to the Governor in Council. In this legislative scheme, the Board is not required to facilitate an interested party's

independent review and assessment of a project. It is not for this Court to opine on the appropriateness of the policy expressed and implemented in the *National Energy Board Act*. Rather, the Court's role is to apply the legislation as Parliament has enacted.

[284] The Supreme Court has recognized the Board's "expertise in the supervision and approval of federally regulated pipeline projects" and described the Board to be "particularly well positioned to assess the risks posed by such projects". The Supreme Court went on to note the Board's "broad jurisdiction to impose conditions on proponents to mitigate those risks" and to acknowledge that it is the Board's "ongoing regulatory role in the enforcement of safety measures [which] permits it to oversee long-term compliance with such conditions" (*Chippewas of the Thames First Nation*, paragraph 48). While the Supreme Court was particularly focused on the Board's expertise in the context of its ability to assess risks posed to Indigenous groups, the Board's expertise extends to the full range of risks inherent in the operation of a pipeline, including the risks raised by Burnaby.

[285] Burnaby's submission must be assessed in the light of the Board's approval process. I will set out the Board's approval process at some length because of the importance of this issue to the City of Burnaby and other applicants.

[286] The Board described its approval process in Section 1.3 of its report:

Trans Mountain's Application was filed while the Project was at an initial phase of the regulatory lifecycle, as is typical of applications under section 52 of the NEB Act. As set out in the Board's Filing Manual, the Board requires a broad range of information when a section 52 application is filed. At the end of the hearing, the level of information available to the Board must be sufficient to allow it to make a recommendation to the GIC that the Project is or is not in the public

interest. There also must be sufficient information to allow the Board to draft conditions that would attach to any new and amended CPCNs, and other associated regulatory instruments (Instruments), should the Project be approved by the GIC.

The Board does not require final information about every technical detail during the application stage of the regulatory process. For example, much of the information filed with respect to the engineering design would be at the conceptual or preliminary level. Site-specific engineering information would not be filed with the Board until after the detailed routing is confirmed, which would be one of the next steps in the regulatory process should the Project be approved. Completion of the detailed design of the project, as well as subsequent construction and operations, would have to comply with:

- the NEB Act, regulations, including the National Energy Board Onshore Pipeline Regulations (OPR), referenced standards and applicable codes;
- the company's conceptual design presented, and commitments made in the Application and hearing proceedings; and
- conditions which the Board considers necessary.

The Board may impose conditions requiring a company to submit detailed information for review (and in some cases, for approval) by the Board before the company is permitted to begin construction. Further information, such as pressure testing results, could be required in future leave to open applications before a company would be permitted to begin pipeline operations. In compliance with the OPR, a company is also required to fully develop an emergency response plan prior to beginning operations. In some cases, the Board has imposed conditions with specific requirements for the development, content and filing of the emergency response plan (see Table 1). This would be filed and fully assessed at a condition compliance stage once detailed routing is known. Because the detailed routing information is necessary to perform this assessment, it would be premature to require a fully detailed emergency response plan to be filed at the time of the project application.

While the project application stage is important, as set out in Chapter 3, there are further detailed plans, studies and specifications that are required before the project can proceed. Some of these are subject to future Board approval, and others are filed with the Board for information, disclosure, and/or future compliance enforcement purposes. The Board's recommendation on the project application is not a final determination of all issues. While some hearing participants requested the final detailed engineering or emergency response plans, the Board does not require further detailed information and final plans at this stage of the regulatory lifecycle.



To set the context for its reasons for recommendation, the Board finds it helpful to identify the fundamental consideration used in reaching any section 52 determination. The overarching consideration for the Board's public interest determination at the application stage is: can this pipeline be constructed, operated and maintained in a safe manner. The Board found this to be the case. While this initial consideration is fundamental, a finding that a pipeline could be constructed, operated and maintained in a safe manner does not mean a pipeline is necessarily in the public interest as there are other considerations that the Board must weigh, as discussed below. However, the analysis would go no further if the answer to this fundamental question were answered in the negative, as an unsafe pipeline can never be in the public interest.

(underlining added, footnote omitted)

[287] The Board went on to describe how projects are regulated through their lifecycle in Chapter 3, particularly in Sections 3.1 to 3.5:

### 3.0 Regulating through the Project lifecycle

The approval of a project, through issuance of one or more Certificate of Public Convenience and Necessity (CPCN) and/or orders incorporating applicable conditions, forms just one phase in the Board's lifecycle regulation. The Board's public interest determination relies upon the subsequent execution of detailed design, construction, operation, maintenance and, ultimately, abandonment of a project in compliance with applicable codes, commitments and conditions, such as those discussed in Chapter 1. Throughout the lifecycle of an approved project, as illustrated in Figure 4, the Board holds the pipeline company accountable for meeting its regulatory requirements in order to keep its pipelines and facilities safe and secure, and protect people, property and the environment. To accomplish this, the Board reviews or assesses condition filings, tracks condition compliance, verifies compliance with regulatory requirements, and employs appropriate enforcement measures where necessary to quickly and effectively obtain compliance, prevent harm, and deter future non-compliance.

After a project application is assessed and the Board makes its section 52 recommendation (as described in Chapter 2, section 2.1), the project cannot proceed until and unless the Governor in Council approves the project and directs the Board to issue the necessary CPCN. If approved, the company would then prepare plans showing the proposed detailed route of the pipeline and notify landowners. A detailed route hearing may be required, subject to section 35 of the National Energy Board Act (NEB Act). The company would also proceed with the detailed design of the project and could be required to undertake additional studies, prepare plans or meet other requirements pursuant to NEB conditions on any CPCN or related NEB order. The company would be required to comply with

all conditions to move forward with its project, prior to and during construction, and before commencing operations. While NEB specialists would review all condition filings, those requiring approval of the Board would require this approval before the project could proceed.

Once construction is complete, the company would need to apply for the Board's permission (or "leave") to open the project and begin operations. While some conditions may apply for the life of a pipeline, typically the majority must be satisfied prior to beginning operations or within the first few months or years of operation. However, the company must continue to comply with the *National Energy Board Onshore Pipeline Regulations* (OPR) and other regulatory requirements to operate the pipeline safely and protect the environment.

...

If the Project is approved, the Board would employ its established lifecycle compliance verification and enforcement approach to hold Trans Mountain accountable for implementing the proposed conditions and other regulatory requirements during construction, and the subsequent operation and maintenance of the Project.

### 3.1 Condition compliance

If the Project is approved and Trans Mountain decides to proceed, it would be required to comply with all conditions that are included in the CPCNs and associated regulatory instruments (Instruments). The types of filings that would be required to fulfill the conditions imposed on the Project, if approved, are summarized in Table 4.

If the Project is approved, the Board would oversee condition compliance, make any necessary decisions respecting such conditions, and eventually determine, based on filed results of field testing, whether the Project could safely be granted leave to open.

Documents filed by Trans Mountain on condition compliance and related Board correspondence would be available to the public on the NEB website. All condition filings, whether or not they are for approval, would be reviewed and assessed to determine whether the company has complied with the condition, and whether the filed information is acceptable within the context of regulatory requirements and standards, best practices, professional judgement and the goals the condition sought to achieve. If a condition is "for approval," the company must receive formal approval, by way of a Board letter, for the condition to be fulfilled.

If a filing fails to fulfill the condition requirements or is determined to be inadequate, the Board would request further information or revisions from the company by a specified deadline, or may direct the company to undertake additional steps to meet the goals that the condition was set out to achieve.

### 3.2 Construction phase

During construction, the Board would require Trans Mountain to have qualified inspectors onsite to oversee construction activities. The Board would also conduct field inspections and other compliance verification activities (as described in section 3.5) to confirm that construction activities meet the conditions of the Project approval and other regulatory requirements, to observe whether the company is implementing its own commitments and to monitor the effectiveness of the measures taken to meet the condition goals, and ensure worker and public safety and protection of the environment.

### 3.3 Leave to open

If the Project is approved and constructed, the Board will require Trans Mountain to also apply, under section 47 of the NEB Act, for leave to open the pipelines and most related facilities. This is a further step that occurs after conditions applicable to date have been met and the company wishes to begin operating its pipeline and facilities. The Board reviews the company's submissions for leave to open, including the results of field pressure testing, and may seek additional information from the company. Before granting leave to open, the Board must be satisfied that the pipeline or facility has been constructed in compliance with requirements and that it can be operated safely. The Board can impose further terms and conditions on a leave to open order, if needed.

(underlining added, figures and tables omitted)

[288] In Section 3.5 the Board set out its compliance and enforcement programs noting that:

While all companies are subject to regulatory oversight, some companies receive more than others. In other words, high consequence facilities, challenging projects and those companies who are not meeting the Board's regulatory expectations and goals can expect to see the Board more often than those companies and projects with routine operations.

[289] No applicant challenged the accuracy of the Board's formulation of its approval process and subsequent compliance verification and enforcement approach. The City of Burnaby has not shown how the Board's multi-step approval process is either procedurally unfair or an improper delegation of authority. Implicit in the Board's imposition of a condition, such as a condition requiring a revised risk assessment, or a condition requiring information regarding tunnel

location, construction methods, and the like, is the Board's expectation that the condition may realistically be complied with, and that compliance with the condition will allow the pipeline to be constructed, operated and maintained in a safe manner. Also implicit in the Board's imposition of a condition is its understanding of its ability to assess condition filings (whether or not the condition requires formal approval), and its ability to oversee compliance with its conditions.

[290] Transparency with respect to Trans Mountain's compliance with conditions is provided by the Board publishing on its website all documents filed by Trans Mountain relating to condition compliance and all related, responsive Board correspondence.

[291] As for the role of the Governor in Council in such a tiered approval process, the recitals to the Order in Council show that the Board's conditions were placed before the Governor in Council. Therefore, the Governor in Council must be seen to have been aware of the extent of the matters left for future review by the Board, and to have accepted the Board's assessment and recommendation about the public interest on that basis.

(vi) Failing to provide adequate reasons

[292] The City of Burnaby next argues that the Board erred by failing to provide sufficient reasons on the following issues:

- a. alternative means of carrying out the Project;
- b. risks relating to fire and spills (including seismic risk);
- c. the suitability of the Burnaby Mountain Tunnel;
- d. the protection of municipal water sources; and,

e. whether, and on what basis, the Project is in the public interest.

[293] I begin my analysis by noting that the adequacy of reasons is not a “stand-alone basis for quashing a decision”. Rather, reasons are relevant to the overall assessment of reasonableness. Further, reasons “must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes.” (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraph 14).

[294] This is consistent with the Court’s reasoning in *Dunsmuir* where the Supreme Court explained the notion of reasonableness review and spoke of the role reasons play in reasonableness review:

[47] Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[48] The move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Southam* formalism. In this respect, the concept of deference, so central to judicial review in administrative law, has perhaps been insufficiently explored in the case law. What does deference mean in this context? Deference is both an attitude of the court and a requirement of the law of judicial review. It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations, or that they may be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process

of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. The notion of deference “is rooted in part in a respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers” (*Canada (Attorney General) v. Mossop*, 2008 SCC 9, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 596, *per* L’Heureux-Dubé J., dissenting). We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of “deference as respect” requires of the courts “not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision”: “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286 (quoted with approval in *Baker*, at para. 65, *per* L’Heureux-Dubé J.; *Ryan*, at para. 49).

(underlining added)

[295] Reasons need not include all of the relevant arguments, statutory provisions or jurisprudence. A decision-maker need not make an explicit finding on each constituent element leading to the final conclusion. Reasons are adequate if they allow the reviewing court to understand why the decision-maker made its decision and permit the reviewing court to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes.

[296] I now turn to consider Burnaby’s submissions in the context of the Board’s reasons.

#### Alternative means of carrying out the Project

[297] Burnaby’s concern about alternative means of carrying out the Project centers on the Board’s treatment of alternative locations for the marine terminal. In Section 11.1.2 the Board dealt with the requirement imposed by paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* that an environmental assessment of a designated project must take into account “alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible”. The views of the Board are expressed in this section on pages 244 through 245.

[298] Of particular relevance to Burnaby’s concern are the first two paragraphs of the Board’s reasons:

The Board finds that Trans Mountain’s route selection process, route selection criteria, and level of detail for its alternative means assessment are appropriate. The Board further finds that aligning the majority of the proposed pipeline route alongside, and contiguous to, existing linear disturbances is reasonable, as this would minimize the environmental and socio-economic impacts of the Project.

The Board acknowledges the concern raised by the City of Burnaby that Trans Mountain did not provide an assessment of the risks, impacts and effects of the alternate marine terminal locations at Kitimat, B.C., or Roberts Bank in Delta, B.C. The Board finds that Trans Mountain has provided an adequate assessment, including consideration of technical, socio-economic and environmental effects, of technically and economically feasible alternative marine terminal locations.

[299] In my view, these reasons allowed the Governor in Council and allow this Court to know why the Board found Trans Mountain’s assessment of alternative means to be adequate or appropriate—the Board accepted the facts conveyed by Trans Mountain and found that these facts provided an appropriately detailed consideration of the alternative means. In my further view, the reasons, when read with the record, also allow the Court to consider whether the Board’s treatment of alternatives to the Westridge Marine Terminal were so materially flawed that the Board’s report was not a “report” that the Governor in Council could rely upon. This is a substantive issue I deal with below commencing at paragraph 322.

#### Assessment of risks

[300] Burnaby’s concerns about the assessment of risks centre on the Burnaby Terminal risk assessment, the Westridge Marine Terminal risk assessment, the Emergency Fire Response plan and the evacuation of Simon Fraser University.

Burnaby Terminal

[301] The Board's consideration of terminal expansions generally is found in Section 6.4 of its report. The Burnaby Terminal is discussed at pages 92 through 95 of the Board's report. After setting out the evidence, including Burnaby's evidence, at page 95 the Board expressed its reasons on the Burnaby Terminal as follows:

The Burnaby Terminal is uphill of the neighborhood of Forest Grove. An issue of potential concern is the possibility, however remote, of a multiple-tank failure in a common impounding area exceeding the available secondary containment capacity under certain conditions. The Board would impose a condition requiring Trans Mountain to demonstrate that the secondary containment system would be capable of draining large spills away from Tank 96, 97 or 98 to the partial RI. Trans Mountain must also demonstrate that the secondary containment system has the capacity to contain a spill from a multiple-tank rupture scenario (Condition 24).

The City of Burnaby and the City of Burnaby Fire Department raised concerns about fire and safety risks at the Burnaby Terminal following, in particular, those associated with boil-overs. Trans Mountain claimed that boil-over events are unlikely, yet did not quantify the risks through rigorous analysis. The Board is of the view that a complete assessment of risk requires consideration of the cumulative risk from all tanks at a terminal. The Board would impose conditions requiring Trans Mountain to revise the terminal risk assessments, including the Burnaby Terminal, to demonstrate how the mitigation measures will reduce the risks to levels that are As Low As Reasonably Practicable (ALARP) while complying with the Major Industrial Accidents Council of Canada (MIACC) criteria considering all tanks in each respective terminal (Conditions 22 and 129).

[302] With respect to the geotechnical design, the Board wrote at page 97:

The Board acknowledges the concerns of participants regarding the preliminary nature of the geotechnical design evidence provided. However, the Board is of the view that the design information and the level of detail provided by Trans Mountain with respect to the geotechnical design for the Edmonton Terminal West Tank Area and the Burnaby Terminal are sufficient for the Board at the application stage. The Board notes that more extensive geotechnical work will be completed for the detailed engineering and design phase of the Project.

...



With regard to the selection of Seismic Use Group (SUG) for the design of the tanks, the Board notes that Trans Mountain has not made a final determination. Nevertheless, should the Project be approved, the Board will verify that Trans Mountain's tanks have secondary controls to prevent public exposure, in accordance with SUG I design criteria, by way of Conditions 22, 24 and 129.

[303] In my view, these reasons adequately allow the Court to understand why the Board rejected Burnaby's evidence and why it imposed the conditions it did.

#### Westridge Marine Terminal

[304] The Board dealt with the Westridge Marine Terminal expansion in Section 6.5 of its report.

[305] The Board expressed its views at pages 100 through 102. With respect to the design approach the Board wrote:

Trans Mountain has committed to design, construct, and operate the Westridge Marine Terminal (WMT) in accordance with applicable regulations, standards, codes and industry best practices. The Board accepts Trans Mountain's design approach, including Trans Mountain's effort to eliminate two vapour recovery tanks in the expanded WMT by modifying the vapour recovery technology. The Board considers this to be a good approach for eliminating potential spills and fire hazards. The Board would impose Condition 21 requiring Trans Mountain to provide its decision as well as its rationale to either retain or eliminate the proposed relief tank.

[306] With respect to the geotechnical design, the Board wrote:

The Board acknowledges the City of Burnaby's concern regarding the level of detail of the geotechnical information provided in the hearing for the Westridge Marine Terminal (WMT) offshore facilities. However, the Board is of the view that Trans Mountain has demonstrated its awareness of the requirements for the geotechnical design of the offshore facilities and accepts Trans Mountain's geotechnical design approach.

To confirm that soil conditions have been adequately assessed for input to the final design of the WMT offshore facilities, the Board would impose conditions requiring Trans Mountain to file a final preliminary geotechnical report for the design of the offshore facilities, and the final design basis for the offshore pile foundation layout once Trans Mountain has selected the pile design (Conditions 34 and 83).

To verify the geotechnical design approach for the WMT onshore facilities the Board would impose Condition 33 requiring Trans Mountain to file a preliminary geotechnical report for the onshore facilities prior to the commencement of construction.

The Board would examine the geotechnical reports upon receipt and advise Trans Mountain of any further requirements for the fulfilment of the above conditions prior to the commencement of construction.

[307] I have previously dealt with Burnaby's concern with the Board's failure to compel further and better information from Trans Mountain at the hearing stage, and to instead impose conditions requiring Trans Mountain to do certain things in future. Burnaby's concerns relating to the assessment of risks centre on this approach taken by the Board. Burnaby has not demonstrated how the Board's reasons with respect to the Westridge Marine Terminal risk assessment are inadequate.

#### Emergency fire response

[308] The Board responded to Burnaby's concerns about adequate resources to respond to a fire as follows at page 156:

The Board shares concerns raised by the City of Burnaby Fire Department and others about the need for adequate resources to respond in the case of a fire. The Board finds the 6-12 hour response time proposed by Trans Mountain for industrial firefighting contractors to arrive on site as inadequate, should they be needed immediately for a response to a fire at the Burnaby Terminal. The Board would impose conditions requiring Trans Mountain to complete a needs assessment with respect to the development of appropriate firefighting capacity for a safe, timely, and effective response to a fire at the Westridge Marine Terminal (WMT) and at the Edmonton, Sumas, and Burnaby Terminals. The

conditions would require Trans Mountain to assess and evaluate resources and equipment to address fires, and a summary of consultation with appropriate municipal authorities and first responders that will help inform a Firefighting Capacity Framework (Conditions 118 and 138).

[309] Again, Burnaby's concern is not so much with respect to the adequacy of the Board's reasons, but rather with the Board's approach to dealing with Burnaby's concerns through the imposition of conditions—in this case conditions that do not require formal Board approval. On this last point, the Board's explanation of its process for the review of conditions supports the conclusion that an inadequate response to a condition, even a condition not requiring formal Board approval, would be detected by the Board's specialists. Further, the Board oversees compliance with the conditions it imposes.

[310] In any event, I see no inadequacy in the Board's reasons.

#### Suitability of the Burnaby Mountain Tunnel

[311] The Board deals with the Burnaby Mountain Tunnel in Sections 6.2.2 and 6.2.3. The Board's views, in part, are expressed as follows at pages 81 and 82:

Regarding the City of Burnaby's concern with Trans Mountain's geotechnical investigation, the Board is of the view that the level of detail of the geotechnical investigation for the tunnel option is sufficient for the purpose of assessing the feasibility of constructing the tunnel. The Board notes that a second phase of drilling is planned for the development of construction plans at the tunnel portals, and that additional surface boreholes or probe holes could be drilled from the tunnel face during construction. The Board is of the view that both the tunnel and street options are technically feasible, and accepts Trans Mountain's proposal that the streets option be considered as an alternative to the tunnel option.

The Board is not aware of the use of the concrete or grout-filled tunnel installation method for other hydrocarbon pipelines in Canada. The Board is concerned that damage to the pipe or coating may occur during installation of the pipelines or grouting, and that there will be limited accessibility for future maintenance and

repairs. The Board is also concerned that there may be voids or that cracks could form in the grout. The Board would require Trans Mountain to address these and other matters, including excavation, pipe handling, backfilling, pressure testing, cathodic protection, and leak detection, through the fulfillment of Conditions 26, 27 and 28 on tunnel design, construction, and operation.

The Board would impose Condition 29 regarding the quality and quantity of waste rock from the tunnel and Trans Mountain's plans for its disposal.

The Board would also impose Condition 143 requiring Trans Mountain to conduct baseline inspections, including in-line inspection surveys, of the new delivery pipelines in accordance with the timelines and descriptions set out in the condition. The Board is of the view that these inspections would aid in mitigating any manufacturing and construction related defects, and in establishing re-inspection intervals.

[312] Burnaby has not demonstrated how these reasons are inadequate.

#### Protection of municipal water sources

[313] While Burnaby enumerated this as an issue on which the Board gave inadequate reasons, Burnaby made no submissions on this point and did not point to any particular section of the Board's reasons said to be deficient. In the absence of submissions on the point, Burnaby has not demonstrated the reasons to be inadequate.

#### Public interest

[314] Again, while Burnaby enumerated this issue as an issue on which the Board gave inadequate reasons, Burnaby made no submissions on the point.

[315] The Board's finding with respect to public interest is contained in Chapter 2 of the Board's report where, among other things, the Board described the respective benefits and burdens of the Project and then balanced the benefits and burdens in order to conclude that the

Project “is in the present and future public convenience and necessity, and in the Canadian public interest”. In the absence of submissions on the point, Burnaby has not demonstrated the reasons to be inadequate.

(vii) Trans Mountain’s reply evidence

[316] At paragraph 71 of its memorandum of fact and law, Tsleil-Waututh makes the bare assertion that the Board “permitted [Trans Mountain] to file improper reply evidence”. While Tsleil-Waututh referenced in a footnote its motion record filed in response to Trans Mountain’s reply evidence, it did not make any submissions on how the Board erred or how the reply evidence was improper. Nor did Tsleil-Waututh reference the Board’s reasons issued in response to its motion.

[317] Tsleil-Waututh argued before the Board that, rather than testing Tsleil-Waututh’s evidence through Information Requests, Trans Mountain filed extensive new or supplementary evidence in reply. Tsleil-Waututh alleged that the reply evidence was substantially improper in nature. Tsleil-Waututh sought an order striking portions of Trans Mountain’s reply evidence. In the alternative Tsleil-Waututh sought, among other relief, an order allowing it to issue Information Requests to Trans Mountain about its reply evidence and allowing it to file sur-reply evidence.

[318] The Board, in Ruling No. 96, found that Trans Mountain’s reply evidence was not improper. In response to the objections raised before it, the Board found that:

- Trans Mountain's reply evidence was not evidence that Trans Mountain ought to have brought forward as evidence-in-chief in order to meet its onus.
- Trans Mountain's reply evidence was filed in response to new evidence adduced by the interveners.
- Given the large volume of evidence filed by the interveners, the length of Trans Mountain's reply evidence was not a sufficient basis on which to find it to be improper.
- To the extent that portions of the reply evidence repeated evidence already presented, this caused no prejudice to the interveners who had already had an opportunity to test the evidence and respond to it.

[319] The Board allowed Tsleil-Waututh to test the reply evidence through one round of Information Requests. The Board noted that the final argument stage was the appropriate stage for interveners and Trans Mountain to make submissions to the Board about the weight to be given to the evidence.

[320] Tsleil-Waututh has not demonstrated any procedural unfairness arising from the Board's dismissal of its motion to strike portions of Trans Mountain's reply evidence.

(viii) Conclusion on procedural fairness

[321] For all the above reasons the applicants have not demonstrated that the Board breached any duty of procedural fairness.

- (b) Did the Board fail to decide certain issues before recommending approval of the Project?

[322] Both Burnaby and Coldwater make submissions on this issue. Additionally, Coldwater, Squamish and Upper Nicola make submissions about the Board's failure to decide certain issues in the context of the Crown's duty to consult. The latter submissions will be considered in the analysis of the adequacy of the Crown's consultation process.

[323] Burnaby's and Coldwater's submissions may be summarized as follows.

[324] Burnaby raises two principal arguments: first, the Board failed to consider and assess the risks and impacts of the Project to Burnaby, instead deferring the collection of information relevant to the risks and impacts and consideration of that information until after the decision of the Governor in Council when Trans Mountain was required to comply with the Board's conditions; and, second, the Board failed to consider alternative means of carrying out the Project and their environmental effects. Instead, contrary to paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Board failed to require Trans Mountain to include with its application an assessment of the Project's alternatives and failed to require Trans Mountain to provide adequate answers in response to Burnaby's multiple Information Requests about alternatives to the Project.

[325] With respect to the first error, Burnaby asserts that it is a "basic principle of law that a tribunal or a court must weigh and decide conflicting evidence. It cannot defer determinations post-judgment." (Burnaby's memorandum of fact and law, paragraph 142). In breach of this

principle, the Board did not require Trans Mountain to provide further evidence, nor did the Board weigh or decide conflicting evidence. Instead, the Board deferred assessment of critical issues by imposing a series of conditions on Trans Mountain.

[326] With respect to the second error, Burnaby states that Trans Mountain failed to provide evidence about alternative routes and locations for portions of the Project, including the Burnaby Terminal and the Westridge Marine Terminal. Thus, Burnaby says the Board “had no demonstrated basis on the record to decide” about preferred options or to decide that Trans Mountain used “criteria that justify and demonstrate how the proposed option was selected and why it is the preferred option.” (Burnaby’s memorandum of fact and law, paragraph 133).

[327] Coldwater asserts that contrary to paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Board failed to look at the West Alternative as an alternative means of carrying out the Project. Briefly stated, the West Alternative is an alternative route for a segment of the new pipeline. The approved route for this segment of the new pipeline passes through the recharge zone of the aquifer that supplies the sole source of drinking water for 90% of the residents of the Coldwater Reserve and crosses two creeks which are the only known, consistent sources of water that feed the aquifer. The West Alternative is said by Coldwater to pose the least apparent danger to the aquifer.

[328] Trans Mountain responds that the Board considered the risks and impacts of the Project to Burnaby and determined that there was sufficient evidence to conclude that the Project can be constructed, operated and maintained in a safe manner. Further, it was reasonable for the Board



to implement conditions requiring Trans Mountain to submit additional information for Board review or approval throughout the life of the Project. This Court's role is not to reweigh evidence considered by the Board.

[329] Trans Mountain notes that the proponent's application and the subsequent Board hearing represent the process by which the Board collects enough information to ensure that a project can be developed safely and that its impacts are mitigated. At the end of the hearing, the Board requires sufficient information to assess the Project's impacts, and whether the Project can be constructed, operated and maintained safely, and to draft terms and conditions to attach to a certificate of public convenience and necessity, should the Governor in Council approve the Project. It follows that the Board did not improperly defer its consideration of Project impacts to the conditions.

[330] To the extent that some applicants suggest that the Board acted contrary to the "precautionary principle" Trans Mountain responds that the precautionary principle must be applied with the corollary principle of "adaptive management". Adaptive management responds to the difficulty, or impossibility, of predicting all of the environmental consequences of a project on the basis of existing knowledge. Adaptive management permits a project with uncertain, yet potentially adverse, environmental impacts to proceed based on mitigation measures and adaptive management techniques designed to identify and deal with unforeseen effects (*Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2003 FCA 197, [2003] 4 F.C. 672, at paragraph 24).

[331] With respect to the assessment of alternative means, Trans Mountain notes that it presented evidence that it had conducted a feasibility analysis of alternative locations to the Westridge Marine Terminal and the Burnaby Terminal. Based on technical, economic and environmental considerations Trans Mountain had eliminated these options because of the significantly increased costs and larger environmental impacts associated with these alternatives.

[332] Trans Mountain also argues that it presented evidence to confirm that its routing criteria followed the existing pipeline alignment and other linear facilities wherever possible.

Additionally, it presented various routing alternatives to the Board. Trans Mountain's preferred corridor through Burnaby Mountain was developed in response to requests that it consider a trenchless option through Burnaby Mountain (as opposed to routing the new pipeline through residential streets). Further, while it had initially considered the West Alternative route around the Coldwater Reserve, Trans Mountain rejected this alternative because it necessitated two crossings of the Coldwater River and involved geo-technical challenges and greater environmental disturbances.

[333] Based on the evidence before it the Board found that:

- Trans Mountain provided an adequate assessment of technically and economically feasible alternatives, including alternative locations;
- the Burnaby Mountain corridor minimized Project impacts and risks;
- Trans Mountain's route selection process and criteria, and the level of detail it provided for its alternative means assessment, were appropriate; and
- the Board imposed Condition 39 to deal with Coldwater's concerns regarding the aquifer. This condition required Trans Mountain to file with the Board, at least six months prior to commencing construction between two specified points, a

hydrogeological report relating to Coldwater's aquifer. This report must describe, delineate and characterize a number of things. For example, based on the report's quantification of the risks posed to the groundwater supplies for the Coldwater Reserve, the report must "describe proposed measures to address identified risks, including but not limited to considerations related to routing, project design, operational measures, or monitoring".

[334] Trans Mountain submits that while the applicants disagree with the Board's finding about the range of alternatives, the Board has discretion to determine the range of alternatives it must consider and it is not this Court's role to reweigh the Board's assessment of the facts.

- (i) Did the Board fail to assess the risks and impacts posed by the Project to Burnaby?

[335] At paragraphs 278 to 291 I dealt with Burnaby's argument that the Board breached the duty of procedural fairness by deferring and delegating the assessment of important information. This argument covers much of the same ground, except it is not couched in terms of procedural fairness.

[336] The gist of Burnaby's concern is reflected in its argument that "[i]t is a basic principle of law that a tribunal or court must weigh and decide conflicting evidence. It cannot defer determinations post-judgment."

[337] This submission is best considered in concrete terms. The risks the Board is said not to have assessed are the risks posed by the Burnaby Terminal, the tunnel route through Burnaby Mountain, the Westridge Marine Terminal, the lack of available emergency fire response

resources to respond to a fire at the Westridge Marine and Burnaby terminals and, finally, the risk in relation to the evacuation of Simon Fraser University following an incident at the Burnaby Terminal. Illustrative of Burnaby's concerns is its specific and detailed argument with respect to the assessment of the risk associated with the Burnaby Terminal.

[338] With respect to the assessment of the risks associated with the Burnaby Terminal, Burnaby points to the report of its expert, Dr. Ivan Vince, which identified deficiencies or information gaps in Trans Mountain's risk assessment for the Burnaby Terminal. A second report prepared by Burnaby's Deputy Fire Chief identified gaps in Trans Mountain's analysis of fire risks and fire response capability.

[339] Burnaby acknowledges that the Board recognized these gaps and deficiencies. Thus, it found that while Trans Mountain claimed that boil-over events are unlikely, Trans Mountain "did not quantify the risks through a rigorous analysis" and that "a complete assessment of risk requires consideration of the cumulative risk from all tanks at a terminal". Burnaby argues, however, that despite recognizing this deficiency, the Board then failed to require Trans Mountain to provide further information and assessment prior to the issuance of the Board's report. Instead, the Board imposed conditions requiring Trans Mountain to file for the Board's approval a report revising the terminal risk assessments, including the Burnaby Terminal risk assessment, and including consideration of the risks not assessed (Conditions 22 and 129).

[340] Condition 22 specifically required the revised risk assessment to quantify and/or include the following:

- a. the effect of any revised spill burn rates;
- b. the potential consequences of a boil-over;
- c. the potential consequences of flash fires and vapour cloud explosions;
- d. the cumulative risk based on the total number of tanks in the terminal, considering all potential events (pool fire, boil-over, flash fire, vapour cloud explosion);
- e. the domino (knock-on) effect caused by a release of the contents of one tank on other tanks within the terminals and impoundment area(s), or other tanks in adjacent impoundment areas; and,
- f. risk mitigation measures, including ignition source control methods.

[341] The Board required that for those risks that could not be eliminated “Trans Mountain must demonstrate in each risk assessment that mitigation measures will reduce the risks to levels that are As Low As Reasonably Practicable (ALARP) while complying with the Major Industrial Accidents Council of Canada (MIACC) criteria for risk acceptability.”

[342] Burnaby concludes its argument on this point by stating that this demonstrates that when the Board completed its report and made its recommendation to the Governor in Council the Board did not have information on the risks enumerated in Condition 22, or information on whether these risks could be mitigated. It follows, Burnaby submits, that the Board failed in its duty to weigh and decide conflicting evidence.

[343] Burnaby advances similar arguments in respect of the other risks described above.

[344] In my view, Burnaby’s argument illustrates that the Board did look critically at the competing expert evidence about risk assessment. After weighing the competing expert reports, the Board determined that Burnaby’s evidence did reveal gaps and deficiencies in Trans

Mountain's risk assessments. Burnaby's real complaint is not that the Board did not consider and weigh conflicting evidence. Rather, its complaint is that the Board did not then require Trans Mountain to in effect re-do its risk assessment.

[345] However this, in my respectful view, overlooks the Board's project approval process, a process described in detail at paragraphs 285 to 287 above.

[346] This process does not require a proponent to file in its application information about every technical engineering detail. What is required is that by the end of the Board's hearing the Board have sufficient information before it to allow it to form its recommendation to the Governor in Council about whether the project is in the public interest and, if approved, what conditions should attach to the project. Included in the consideration of the public interest is whether the project can be constructed, operated and maintained safely.

[347] This process reflects the technical complexity of projects put before the Board for approval. What was before the Board for consideration was Trans Mountain's study and application for approval of a 150 metre-wide pipeline corridor for the proposed pipeline route. At the hearing stage much of the information filed with the Board about the engineering design was at a conceptual or preliminary level.

[348] Once a project is approved, one of the next steps in the regulatory process is a further hearing for the purpose of confirming the detailed routing of a project. Only after the detailed route is approved by the Board can site-specific engineering information be prepared and filed

with the Board. Similarly, detailed routing information is necessary before things such as a fully detailed emergency response plan acceptable to the Board may be prepared and filed (report, page 7).

[349] The Board describes the approval of a project to be “just one phase” in the Board’s lifecycle regulation. Thereafter the Board’s public interest determination “relies upon the subsequent execution of detailed design, construction, operation, maintenance and, ultimately, abandonment of a project in compliance with applicable codes, commitments and conditions” (report, page 19).

[350] As stated above, implicit in the Board’s imposition of a condition is the Board’s expert view that the condition can realistically be complied with, and that compliance with the condition will allow the pipeline to be constructed, operated and maintained in a safe manner. After the Board imposes conditions, mechanisms exist for the Board to assess information filed in response to its conditions and to oversee compliance with its conditions.

[351] Burnaby obviously disagrees with the Board’s assessment of risk. However, Burnaby has not shown that the Board’s approval process is in any way contrary to the legislative scheme. Nor has it demonstrated that the approval process impermissibly defers determinations post-judgment. Courts cannot determine issues after a final judgment is rendered because of the principle of *functus officio*. While this principle has some application to administrative decision-makers it has less application to the Board whose mandate is ongoing to regulate through a project’s entire lifecycle.

- (ii) Did the Board fail to consider alternative means of carrying out the Project?

[352] As explained above, Burnaby's concern is that Trans Mountain did not provide sufficient information to allow the Board to conclude that Trans Mountain's assessment of alternatives was adequate. Burnaby says that the Board simply accepted Trans Mountain's unsupported assertion that the alternatives would result in "significantly greater cost, larger footprint and additional environmental effects, as compared to expanding existing facilities" without testing Trans Mountain's assertion. Burnaby argues that evidence is required to support that assertion "so that the evidence may be tested by intervenors and weighed by the Board in determining whether the preferred location is the best environmental alternative and in the public interest." (Burnaby's memorandum of fact and law, paragraph 136).

[353] I begin consideration of Burnaby's submission with the observation that Burnaby's challenge is a challenge to the Board's assessment of the sufficiency of the evidence before it. The Board, as an expert Tribunal, is entitled to significant deference when making such a fact-based assessment.

[354] Moreover, in my respectful view, Burnaby's submission fails to take into account that paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* does not require the Board to have regard to any and all alternative means of carrying out a designated project. The Board is required to consider only those alternative means that are "technically and economically feasible".



[355] While Burnaby relies upon guidance from the Canadian Environmental Assessment Agency as to the steps to be followed in the assessment of alternative means, and also relies upon the guidance set out in the Board's Filing Manual about the filing requirements for the consideration of alternatives, these criteria apply only to the treatment of true alternatives, that is alternatives that are technically and economically feasible.

[356] I now turn to Burnaby's specific concern that the Board simply accepted Trans Mountain's assertion that Project alternatives would result in "significantly greater cost, larger footprint and additional environmental effects, as compared to expanding existing facilities" without testing this assertion. Burnaby argues that the Board was obliged to require that Trans Mountain provide evidence about alternative routes and locations for the Burnaby Terminal and the Westridge Marine Terminal so that the evidence could be tested by it and other interveners.

[357] The impugned quotation comes from Trans Mountain's response to Burnaby's first Information Request (Exhibit H to the affidavit of Derek Corrigan). As previously referred to above at paragraph 269, in addition to Burnaby's Information Requests, the Board also served two Information Requests on Trans Mountain questioning it about alternative marine terminals.

[358] The preamble to the Board's second Information Request referenced Trans Mountain's first response to the Board in which it stated that it had considered potential alternative marine terminal locations based on the feasibility of coincident marine and pipeline access, and screened them based on technical, economic, and environmental considerations. The preamble also referenced Trans Mountain's response that it had ultimately concluded that constructing and

operating a new marine terminal and supporting infrastructure would result in significantly greater cost, a larger footprint and significantly greater environmental effects as compared to the existing facilities. Based on this conclusion Trans Mountain did not continue with a further assessment of alternative termini for the Project.

[359] One of the specific inquiries directed to Trans Mountain by the Board in its second Information Request was:

Please elaborate on Trans Mountain's rationale for the Westridge Marine Terminal as the preferred alternative, including details to justify Trans Mountain's statement in [Trans Mountain's response to the Board's first Information Request] that constructing and operating a new marine terminal and supporting infrastructure would result in significantly greater cost, a larger footprint, and additional environmental effects, as compared to expanding existing facilities.

[360] In its response to the Board, Trans Mountain began by explaining the consideration it had given the option of a northern terminal. Trans Mountain's assessment ultimately "favoured expansion of the existing system south over a new northern lateral [pipeline] and terminal." This assessment was based on the following considerations. The northern option involved:

- A 250 kilometre longer pipeline with a concomitant 10% to 20% higher project capital cost.
- Greater technical challenges, including routing through high alpine areas of the Coast Mountains, or extensive tunneling to avoid these areas. These technical challenges, while not determined to be insurmountable, resulted in greater uncertainty for both cost and construction schedule.
- Fewer opportunities to benefit from existing operations, infrastructure and relationships. These benefits involved both using the existing Trans Mountain right-of-way, facilities, programs and personnel, and the synergies flowing from other existing infrastructure such as road access, power, and marine infrastructure.

The inability to benefit from existing operations would increase the footprint and the potential impact of the northern option.

[361] Based on these considerations, Trans Mountain concluded that expansion along the existing Trans Mountain pipeline route was the more favourable option because of the higher costs and the greater uncertainty of both cost and schedule that accompanied the northern option.

[362] Trans Mountain then turned to explain its consideration of the alternative southern terminals. Five southern alternative locations were considered: (i) Howe Sound, which was eliminated because there was no feasible pipeline access west of Hope, it would require a new lateral pipeline from the Kamloops area, it involved extreme terrain and there was limited land available in close proximity for storage facilities; (ii) Vancouver Harbour, which was eliminated because there were no locations with coincident feasible pipeline access and no land for storage facilities; (iii) Sturgeon Bank, which was eliminated because there was no feasible land available in close proximity for storage facilities; (iv) Washington State, which was eliminated because it involved a longer pipeline and complex regulatory issues (including additional permits required by both Washington State and federal authorities); and, (v) Boundary Bay, which was eliminated because of insufficient water depth.

[363] This left for consideration Roberts Bank. Trans Mountain conducted a screening level assessment based on “desktop studies” of technical, economic and environmental considerations for marine access, storage facilities and pipeline routing for a terminal at that location.

[364] After setting out the assumed technical configuration for the Roberts Bank dock, storage and pipeline, Trans Mountain reviewed the engineering and geotechnical considerations. While no unsurmountable engineering or geotechnical issues were identified, Trans Mountain's assessment showed that relative to the Westridge Marine Terminal, the Roberts Bank alternative "required a significantly larger dock structure, a large new footprint for the storage terminal, a longer right of way, and a greater diversion from the existing corridor. The extent and cost of ground improvement necessary for the dock and storage terminal also presented a significant source of uncertainty."

[365] Trans Mountain then reviewed the relevant environmental considerations. Trans Mountain's assessment showed that while both Westridge and Roberts Bank:

... have unique and important environmental values, based on the setting the environmental conditions at Roberts Bank appeared to be more substantial and uncertain than at Westridge Terminal, particularly given the larger footprint required for the dock and storage terminal. Without effective mitigation accidents or malfunctions at Roberts Bank could result in greater and more immediate consequences for the natural [environment].

[366] Trans Mountain then detailed the salient First Nations' considerations. For the purpose of the screening assessment, Trans Mountain assumed First Nation concerns and interests to be similar to those for the Westridge Terminal and likely to include concerns for impacts on traditional rights, environmental protection, and potential interest in economic opportunities.

[367] Trans Mountain then reviewed the land use considerations, concluding that relative to the Westridge Terminal "the Roberts Bank alternative would result in a greater change in land use both for the storage terminal and the dock structure. As surrounding development is less than that

for Westridge accidents or malfunctions at this location would be expected to affect fewer people.”

[368] Trans Mountain’s assessment next looked to the estimated cost differences. While operating costs were not quantified for comparison purposes, “given the additional dock and storage terminal required these costs would be higher for the Roberts Bank alternative.”

[369] The assessment then looked at marine access considerations. While Roberts Bank offered a shorter and relatively less complex marine transit:

[T]here is an existing well established marine safety system for vessels calling at Westridge. Although Roberts Bank would allow service to larger vessels which would result in potentially lower transport costs for shippers and lower probability of oil spill accidents larger cargos result in potentially larger spill volumes. While the overall effect on marine spill risk was not determined it is expected that larger cargos would require a greater investment in spill response.

[370] Trans Mountain then set out the conclusions it drew from its assessment. While the Westridge and Roberts Bank terminal alternatives each had positive and negative attributes, especially when viewed from any one perspective, overall Trans Mountain’s rationale for the Westridge Marine Terminal as a preferred alternative was based on the expectation that Roberts Bank would result in:

- Significantly greater cost—Trans Mountain estimated a \$1.2 billion higher capital cost and assumed higher operating costs for the Roberts Bank alternative.
- A larger footprint and additional environmental effects—Roberts Bank would result in an additional storage terminal with an estimated 100 acres of land required, a larger dock structure with a 7 kilometre trestle, and a 14 kilometre longer pipeline that diverges further from the existing pipeline corridor.

[371] I have set out Trans Mountain's response to the Board at some length because of the importance of this issue to Burnaby. In my view, two points arise from Trans Mountain's response to the Board.

[372] First, its response was not as conclusory as Burnaby's submission might suggest. Second, Trans Mountain's explanation for eliminating a northern alternative and the six, southern alternatives on the ground they were not technically or economically feasible was based on factual and technical considerations well within the expertise of the Board. To illustrate, the Board would have an understanding of the technical challenges posed when routing through high alpine areas. It would also be familiar with considerations such as the expense and environmental impact that accompany the construction of a longer pipeline, away from an existing pipeline corridor, or a new storage facility. The Board would have an appreciation of the need for coincident pipeline access and land for storage facilities and of the efficiencies that flow from things such as the use of existing infrastructure and relationships.

[373] In relevant part, the Board's conclusion on alternative means was:

The Board finds that Trans Mountain's route selection process, route selection criteria, and level of detail for its alternative means assessment are appropriate. The Board further finds that aligning the majority of the proposed pipeline route alongside, and contiguous to, existing linear disturbances is reasonable, as this would minimize the environmental and socio-economic impacts of the Project.

The Board acknowledges the concern raised by the City of Burnaby that Trans Mountain did not provide an assessment of the risks, impacts and effects of the alternate marine terminal locations at Kitimat, B.C., or Roberts Bank in Delta, B.C. The Board finds that Trans Mountain has provided an adequate assessment, including consideration of technical, socio-economic and environmental effects, of technically and economically feasible alternative marine terminal locations.

(underlining added)

[374] Burnaby has not demonstrated that the Board's finding that Trans Mountain provided an appropriate level of detail in its alternative means assessment was flawed. This was a fact-based assessment well within the Board's area of expertise.

- (iii) Did the Board fail to look at the West Alternative as an alternative route for the new pipeline?

[375] In its project application, Trans Mountain initially proposed four alternative routes for the new pipeline through the Coldwater River Valley. These were referred to as the Modified Reserve Route, the East Alternative, the Modified East Alternative and the West Alternative. While initially its preferred route was identified to be the East Alternative, Trans Mountain later changed its preferred route to be the Modified East Alternative. Coldwater alleges that at some point early in the process Trans Mountain unilaterally withdrew the West Alternative from consideration without notice to Coldwater. Coldwater also alleges that the East and Modified East Alternatives pose the greatest risk of contaminating the aquifer that supplies drinking water to the Coldwater Reserve, and that the West Alternative is the only route to pose no apparent threat to the aquifer.

[376] Before the Board, Coldwater argued that Trans Mountain did not adequately assess alternative locations for the new pipeline through the Coldwater River Valley. Coldwater requested that the Board require a re-examination of routing options for the Coldwater River Valley before any recommendation on the Project was made.

[377] The Board, in its report, acknowledged Coldwater's concerns at pages 241, 285 and 289.

[378] The Board noted, at page 245, that “the detailed route for the Project has not been finalized, and that this hearing assessed the general route for the Project, the potential environmental and socio-economic effects of the Project, as well as all evidence and commitments made by Trans Mountain regarding the design, construction and safe operation of the pipeline and associated facilities.”

[379] At page 290 the Board found that Trans Mountain had not sufficiently shown that there was no potential interaction between the aquifer underlying the Coldwater Reserve and the proposed Project route. Therefore, the Board imposed Condition 39 requiring Trans Mountain to file a hydrogeological study to more precisely determine the potential for interactions and impacts on the aquifer and to assess the need for any additional measures to protect the aquifer, including monitoring measures (Condition 39 was described in greater detail above at paragraph 333).

[380] Coldwater argues that the Board breached its statutory obligation to consider alternative means of carrying out the designated project. Further, this breach cannot be cured at the detailed route hearing because at a detailed route hearing the Board can only consider limited routing options within the approved pipeline corridor. The West Alternative is well outside the approved corridor. Coldwater submits that the Board’s only option at the detailed route hearing is to decline to approve the detailed routing and to reject Trans Mountain’s Plan, Profile and Book of Reference (PPBoR); Coldwater says this is an option the Board would be unwilling to pursue given the Project’s post-approval momentum.



[381] I agree that at a detailed route hearing the Board may only approve, or refuse to approve, a proponent's PPBoR. However, this does not mean that at a detailed route hearing the Board is precluded from considering routes outside of the approved pipeline corridor.

[382] Subsection 36(1) of the *National Energy Board Act* requires the Board "to determine the best possible detailed route of the pipeline and the most appropriate methods and timing of constructing the pipeline." This provision does not limit the Board to considering the best possible detailed route within the approved pipeline corridor. This was recognized by the Board in *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCNEB 10, at page 30.

[383] Additionally, section 21 of the *National Energy Board Act* permits the Board to review, vary or rescind any decision or order, and in *Emera* the Board recognized, at page 31, that where a proposed route is denied on the basis of evidence of a better route outside of the approved pipeline corridor an application may be made under section 21 to vary the corridor in that location.

[384] It follows that the Board would be able to vary the route of the new pipeline should the hydrogeological study to be filed pursuant to Condition 39 require an alternative route, such as the West Alternative route, in order to avoid risk to the Coldwater aquifer.

[385] As the pipeline route through the Coldwater River Valley remains a live issue, depending on the findings of the hydrogeological report, it follows that Coldwater has not demonstrated that the Board breached its statutory obligation to consider alternative means.

[386] The next error said to vitiate the Board's report is its alleged failure to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal.

- (c) Did the Board fail to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal?

[387] In my view, this issue was fully canvassed in the course of considering Burnaby's argument that the Board impermissibly failed to decide certain issues for recommended approval of the Project.

- (d) Did the Board err by failing to assess Project-related marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*?

[388] Tsleil-Waututh argues that the Board breached the requirements of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* by excluding Project-related marine shipping from the definition of the "designated project" which was to be assessed under that Act. In turn, the Governor in Council is said to have unreasonably exercised its discretion when it relied upon the Board's materially flawed report—in effect the Governor in Council did not have a "report" before it and, thus, could not proceed to its decision. Tsleil-Waututh adds that the Board failed to comply with the requirements of subsection 31(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* by:

- i. failing to determine whether the environmental effects of Project-related marine shipping are likely, adverse and significant;
- ii. concluding that the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects; and,

- iii. failing to determine whether the significant adverse environmental effects likely to be caused by Project-related marine shipping can be justified under the circumstances.

[389] The significant adverse effect of particular concern to Tsleil-Waututh are the Project's significant adverse effects upon the endangered Southern resident killer whales and their use by Indigenous peoples.

[390] Tsleil-Waututh's submissions are adopted by Raincoast and Living Oceans. To these submissions they add that the Board's decision to exclude Project-related shipping from the definition of the "designated project" was not a discretionary scoping decision as Trans Mountain argues. Rather, the Board erroneously interpreted the statutory definition of "designated project".

[391] The definition of "designated project" is found in section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*: see paragraph 57 above. The parties agree that the issue of whether Project-related marine shipping ought to have been included as part of the defined designated project turns on whether Project-related marine shipping is a "physical activity that is incidental" to the pipeline component of the Project. This is not a pure issue of statutory interpretation. Rather, it is a mixed question of fact and law heavily suffused by evidence.

[392] In response to the submissions of Tsleil-Waututh, Raincoast and Living Oceans, Canada and Trans Mountain make two submissions. First, they submit that the Board reasonably concluded that the increase in marine shipping was not part of the designated project. Second,

and in any event, they argue that the Board conducted an extensive review of marine shipping. Therefore, the question for the Court becomes whether the Board's assessment was substantively adequate, such that the Governor in Council still had a "report" before it such that the Board's assessment could be relied upon. Canada and Trans Mountain answer that question in the affirmative.

[393] Before commencing my analysis, it is important to situate the Board's scoping decision and the exclusion of Project-related shipping from the definition of the Project. The definition of the designated project truly frames the scope of the Board's analysis. Activities included as part of the designated project are assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* with its prescribed list of factors to be considered. Further, as the Board acknowledged in Chapter 10 of its report, the *Species at Risk Act* imposes additional obligations on the Board when a designated project is likely to affect a listed wildlife species. These obligations are discussed below, commencing at paragraph 442.

[394] This assessment is to be contrasted with the assessment of activities not included in the definition of the designated project. These excluded activities are assessed under the *National Energy Board Act* if the Board is of the opinion that any public interest may be affected by the issuance of a certificate of public convenience and necessity, or by the dismissal of the proponent's application. On this assessment the Board is to have regard to all considerations that "appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant". Parenthetically, to the extent that there is potential for the effects of excluded activities to interact with the

environmental effects of a project, these effects are generally assessed under the cumulative effects portion of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* environmental assessment.

[395] I begin my analysis with Trans Mountain's application to the Board for a certificate of public convenience and necessity for the Project. In Volume 1 of the application, at pages 1-4, Trans Mountain describes the primary purpose of the Project to be "to provide additional transportation capacity for crude oil from Alberta to markets in the Pacific Rim including BC, Washington State, California and Asia." In Volume 2 of the application, at pages 2-27, Trans Mountain describes the marine shipping activities associated with the Project. Trans Mountain notes that of the 890,000 barrels per day capacity of the expanded system, up to 630,000 barrels per day, or 71%, could be delivered to the Westridge Marine Terminal for shipment by tanker. To place this in perspective, currently in a typical month five tankers are loaded with diluted bitumen at the Westridge Marine Terminal, some of which are the smaller, Panamax tankers. The expanded system would be capable of serving up to 34 of the larger, Aframax tankers per month (with actual demand influenced by market conditions).

[396] This evidence demonstrates that marine shipping is, at the least, an element that accompanies the Project. Canada argues that an element that accompanies a physical activity while not being a major part of the activity is not "incidental" to the physical activity. Canada says that this was what the Board implicitly found.

[397] The difficulty with this submission is that it is difficult to infer that this was indeed the Board's finding, albeit an implicit finding. I say this because in its scoping decision the Board

gave no reasons for its conclusion. In the second paragraph of the decision, under the introductory heading, the Board simply set out its conclusion:

For the purposes of the environmental assessment under the CEAA 2012, the designated project includes the various components and physical activities as described by Trans Mountain in its 16 December 2013 application submitted to the NEB. The Board has determined that the potential environmental and socio-economic effects of increased marine shipping activities to and from the Westridge Marine Terminal that would result from the designated project, including the potential effects of accidents or malfunctions that may occur, will be considered under the NEB Act (see the NEB's Letter of 10 September 2013 for filing requirements specific to these marine shipping activities). To the extent that there is potential for environmental effects of the designated project to interact with the effects of the marine shipping, the Board will consider those effects under the cumulative effects portion of the CEAA 2012 environmental assessment.

(underlining added)

[398] Having defined the designated project not to include the increase in marine shipping, the Board dealt with the Project-related increase in marine shipping activities in Chapter 14 of its report. Consistent with the scoping decision, at the beginning of Chapter 14 the Board stated, at page 323:

As described in Section 14.2, marine vessel traffic is regulated by government agencies, such as Transport Canada, Port Metro Vancouver, Pacific Pilotage Authority and the Canadian Coast Guard, under a broad and detailed regulatory framework. The Board does not have regulatory oversight of marine vessel traffic, whether or not the vessel traffic relates to the Project. There is an existing regime that oversees marine vessel traffic. The Board's regulatory oversight of the Project, as well as the scope of its assessment of the Project under the *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA 2012), reaches from Edmonton to Burnaby, up to and including the Westridge Marine Terminal (WMT). However, the Board determined that potential environmental and socio-economic effects of Project-related tanker traffic, including the potential effects of accidents or malfunctions that may occur, are relevant to the Board's consideration of the public interest under the NEB Act. Having made this determination, the Board developed a set of Filing Requirements specific to the issue of the potential effects of Project-related marine shipping activities to complement the Filing Manual.

(underlining added, footnotes omitted)

[399] Two points emerge from this passage. The first point is the closest the Board came to explaining its scoping decision was that the Board did not have regulatory oversight over marine vessel traffic. There is no indication that the Board grappled with this important issue.

[400] The issue is important because the Project is intended to bring product to tidewater; 71% of this product could be delivered to the Westridge Marine Terminal for shipment by tanker. Further, as explained below, if Project-related shipping forms part of the designated project additional requirements apply under the *Species at Risk Act*. Finally, Project-related tankers carry the risk of significant, if not catastrophic, adverse environmental and socio-economic effects should a spill occur.

[401] Neither Canada nor Trans Mountain point to any authority to the effect that a responsible authority conducting an environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* must itself have regulatory oversight over a particular subject matter in order for the responsible authority to be able to define a designated project to include physical activities that are properly incidental to the Project. The effect of the respondents' submission is to impermissibly write the following italicized words into the definition of "designated project": "It includes any physical activity that is incidental to those physical activities *and that is regulated by the responsible authority.*"

[402] In addition to being impermissibly restrictive, the Board's view that it was required to have regulatory authority over shipping in order to include shipping as part of the Project is

inconsistent with the purposes of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* enumerated in subsection 4(1). These purposes include protecting the components of the environment that are within the legislative authority of Parliament and ensuring that designated projects are considered in a careful and precautionary manner to avoid significant adverse environmental effects.

[403] The second point that arises is that the phrase “incidental to” is not defined in the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. It is not clear that the Board expressly directed its mind to whether Project-related marine shipping was in fact an activity “incidental” to the Project. Had it done so, the Canadian Environmental Assessment Agency’s “Guide to Preparing a Description of a Designated Project under the Canadian Environmental Assessment Act, 2012” provides a set of criteria relevant to the question of whether certain activities should be considered “incidental” to a project. These criteria are:

- i. the nature of the proposed activities and whether they are subordinate or complementary to the designated project;
- ii. whether the activity is within the care and control of the proponent;
- iii. if the activity is to be undertaken by a third party, the nature of the relationship between the proponent and the third party and whether the proponent has the ability to “direct or influence” the carrying out of the activity;
- iv. whether the activity is solely for the benefit of the proponent or is available for other proponents as well; and,
- v. the federal and/or provincial regulatory requirements for the activity.

[404] The Board does not advert to, or grapple with, these criteria in its report. Had the Board grappled with these criteria it would have particularly considered whether marine shipping is



subordinate or complementary to the Project and whether Trans Mountain is able to “direct or influence” aspects of tanker operations.

[405] In this regard, Trans Mountain stated in its application, on pages 8A-33 to 8A-34, that while it did not own or operate the vessels calling at the Westridge Marine Terminal, “it is an active member in the maritime community and works with BC maritime agencies to promote best practices and facilitate improvements to ensure the safety and efficiency of tanker traffic in the Salish Sea.” Trans Mountain also referenced its Tanker Acceptance Standard whereby it can prevent any tanker not approved by it from loading at the Westridge Marine Terminal.

[406] The Board recognized Trans Mountain’s ability to give directions to tanker operators in Conditions 133, 134 and 144 where, among other things, the Board required Trans Mountain to:

- confirm that it had implemented its commitments to enhanced tug escort by prescribing minimum tug capabilities required to escort outbound, laden tankers and by including these minimum capabilities as part of its Tanker Acceptance Standard;
- file an updated Tanker Acceptance Standard and a summary of any revisions made to the Standard; and,
- file annually a report documenting the continued implementation of Trans Mountain’s marine shipping-related commitments noted in Condition 133, any instances of non-compliance with Trans Mountain’s requirements and the steps taken to correct instances of non-compliance.

[407] To similar effect, as discussed below in more detail, Trans Mountain committed in the TERMPOL review process to require, through its tanker acceptance process, that tankers steer a certain course upon exiting the Juan de Fuca Strait.

[408] Trans Mountain's ability to "direct or influence" tanker operations was a relevant factor for the Board to consider.

[409] The Board's reasons do not well-explain its scoping decision, do not grapple with the relevant criteria and appear to be based on a rationale that is not supported by the statutory scheme. As explained in more detail below, it follows that the Board failed to comply with its statutory obligation to scope and assess the Project so as to provide the Governor in Council with a "report" that permitted the Governor in Council to make its decision.

[410] It follows that it is necessary to consider the respondents' alternate submission that the assessment the Board conducted was, nevertheless, substantially adequate such that the Governor in Council could rely upon it for the purpose of assessing the public interest and the environmental effects of the Project. To do this I will first consider the deficiencies said to arise from the assessment of Project-related shipping under the *National Energy Board Act*, as opposed to its assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. I will then turn to the Board's findings, as set out in its report, in order to determine whether the Board's report was materially deficient or substantially adequate.

- (i) The deficiencies said to arise from the Board's assessment of Project-related marine shipping under the *National Energy Board Act*

[411] Had the Project been defined to include Project-related marine shipping, subsection 19(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* would have required the Board to

consider, and make findings, concerning the factors enumerated in section 19. In the present case, these include:

- the environmental effects of marine shipping, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the designated project, and any cumulative effects likely to result from the designated project in combination with other physical activities that have or will be carried out;
- the significance of these effects;
- mitigation measures that are technically and economically feasible that would mitigate any significant adverse effects of marine shipping; and,
- alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible. This would include alternate shipping routes.

[412] I now turn to address the Board’s consideration of Project-related shipping.

(ii) The Board’s consideration of Project-related marine shipping and its findings

[413] I begin by going back to the Board’s statement, quoted above at paragraph 398, that “potential environmental and socio-economic effects of Project-related tanker traffic, including the potential effects of accidents or malfunctions that may occur” were relevant to the Board’s consideration of the public interest under the *National Energy Board Act*. In this context, in order to ensure that the Board had sufficient information about those effects, the Board developed the specific filing requirements referred to by the Board in the passage quoted above.

[414] These filing requirements required Trans Mountain to provide a detailed description of the increase in marine shipping activities including: the frequency of passages, passage routing,

speed, and passage transit time; and, the alternatives considered, such as passage routing, frequency of passages and tanker type utilized.

[415] Trans Mountain's assessment of accidents and malfunctions related to the increase in marine shipping was required to include descriptions of matters such as:

- measures to reduce the potential for accidents and malfunctions to occur, including an overview of relevant regulatory regimes;
- credible worst case spill scenarios and smaller spill scenarios;
- the fate and behaviour of any hydrocarbons that may be spilled;
- the potential environmental and socio-economic effects of credible worst case spill scenarios and smaller spill scenarios, taking into account the season-specific behaviour, trajectory, and fate of the hydrocarbon(s) spilled, as well as the range of weather and marine conditions that could prevail during the spill event; and,
- Trans Mountain's preparedness and response planning, including an overview of the relevant regulatory regimes.

[416] Trans Mountain was required to provide information on navigation and safety including:

- an overview of the relevant regulatory regimes and the role of the different organizations involved;
- any additional mitigation measures in compliance with, or exceeding regulatory requirements, proposed by Trans Mountain to further facilitate marine shipping safety; and,
- an explanation of how the regulatory regimes and any additional measures promote the safety of the increase in marine shipping activities.

[417] The filing requirements also required specific information relating to all mitigation measures related to the increase in marine shipping activities.

[418] I now turn to specifically consider Chapter 14 of the Board's report and its consideration of the Project-related increase in marine shipping activities. Because the applicants' primary concern centers on the Project's impact on the Southern resident killer whales and their use, I will focus on the Board's consideration of this endangered species, including spill prevention and the effects of spills. The Board did also consider and make findings about the impact of increased Project-related shipping on air emissions, greenhouse gases, marine and fish habitat, marine birds, socio-economic effects, heritage resources and human health effects.

[419] The Board began by describing the extent of existing, future, and Project-related shipping activities. It then moved to a review of the regulatory framework and some federal improvement initiatives. The Board's report describes how marine shipping is regulated under the *Canada Shipping Act, 2001*, S.C. 2001, c. 26 and administered by Transport Canada, the Canadian Coast Guard and other government departments.

[420] The Board then moved, in Section 14.3, to the assessment of the effects of increased marine shipping, focusing on changes to the environmental and socio-economic setting caused by the routine operation of Project-related marine vessels. It noted that while it assessed the potential environmental and socio-economic factors of increased marine shipping as part of its public interest determination under the *National Energy Board Act*, the Board "followed an approach similar to the environmental assessment conducted under [the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*] ... to the extent it was appropriate, to inform the Board's public interest determination."

[421] The Board went on to explain that in order to consider whether the effects of marine shipping were likely to cause significant environmental effects, it considered the existing regulatory scheme in the absence of any specific mitigation measures. This reflected the Board's view that since marine shipping was beyond its regulatory authority, it did not have the ability to impose specific mitigation conditions to address environmental effects of Project-related marine shipping. The Board also explained that it considered any cumulative effects that were likely to arise from Project-related shipping, in combination with environmental effects arising from other current or reasonably foreseeable marine vessel traffic in the area.

[422] Finally, before turning to its assessment of the Project's effects, the Board stated that its assessment had considered:

- adverse impacts of Project-related marine shipping on *Species at Risk Act* (SARA)-listed wildlife species and their critical habitat;
- all reasonable alternatives to Project-related marine shipping that would reduce impact on SARA-listed species' critical habitat; and,
- measures to avoid or lessen any adverse impacts, consistent with applicable recovery strategies or action plans.

[423] The Board then went on to make the following findings and statements with respect to marine mammals generally:

- Underwater noise from Project-related marine vessels would result in sensory disturbances to marine mammals. The disturbance is expected to be long-term as it is likely to occur for the duration of operations of Project-related vessel traffic.
- When assessing the impact of Project-related shipping on specific species, the Board's approach was to consider the temporal and spatial impact, and its reversibility.

- Project-related marine vessels have the potential to strike a marine mammal, which could result in lethal or non-lethal effects. Further, the increase in Project-related marine traffic would contribute to the cumulative risk of marine mammal vessel strikes. The Board acknowledged Trans Mountain's commitment to provide explicit guidance for reporting both marine mammal vessel strikes and mammals in distress to appropriate authorities.
- The Board accepted the evidence of the Department of Fisheries and Oceans and Trans Mountain to the effect that there were no direct mitigation measures that Trans Mountain could apply to reduce or eliminate potential adverse effects from Project-related tankers. It recognized that altering vessel operations, for example by shifting shipping lanes away from marine mammal aggregation areas or reducing marine vessel speed, could be an effective mitigation measure. However, these specific measures were outside of the Board's regulatory authority, and out of Trans Mountain's control. The Board encouraged other regulatory authorities, such as Transport Canada or Fisheries and Oceans Canada to explore initiatives that would aim to reduce the potential effects of marine vessels on marine mammals.
- The Board recognized initiatives currently underway, or proposed, and noted Trans Mountain's commitment to participate in some of these initiatives. The Board imposed Condition 132 requiring Trans Mountain to develop a Marine Mammal Protection Program, and to undertake or support initiatives that focus on understanding and mitigating Project-related effects. Such Protection Program is to be filed prior to the commencement of Project operations.
- The Board explained that Condition 132 was meant to ensure that Trans Mountain fulfilled its commitments to participate in the development of industry-wide shipping practices in conjunction with the appropriate authorities. At the same time, the Board recognized that the Marine Mammal Protection Program offered no assurance that effective mitigation would be developed and implemented to address Project-related effects on marine mammals.
- The Board acknowledged the recommendation of the Department of Fisheries and Oceans that Trans Mountain explore the use of marine mammal on-board

observers on Project-related marine vessels. The Board expressed its agreement and set out its expectation that it would see an initiative of this type incorporated as part of Trans Mountain's Marine Mammal Protection Program.

[424] The Board also acknowledged Trans Mountain's commitment to require Project-related marine vessels to meet any future guidelines or standards for reducing underwater noise from commercial vessels as they come into force.

[425] The Board went on to make the following findings with specific reference to the Southern resident killer whale:

- The Southern resident killer whale population has crossed a threshold where any additional adverse environmental effects would be considered significant. The current level of vessel traffic in the regional study area and the predicted future increase of vessel traffic in that area, even excluding Project-related marine vessels, "have and would increase the pressure on the Southern resident killer whale population."
- The Board expressed its expectation that Project-related marine vessels would represent a maximum of 13.9% of all vessel traffic in the regional study area, excluding the Burrard Inlet, and would decrease over time as the volume of marine vessel movements in the area is anticipated to grow. Therefore, while the effects from Project-related marine vessels would be a small fraction of the total cumulative effects, the Board acknowledged that this increase in marine vessels associated with the Project "would further contribute to cumulative effects that are already jeopardizing the recovery of the Southern resident killer whale. The effects associated with Project-related marine vessels will impact numerous individuals of the Southern resident killer whale population in a habitat identified as critical to the recovery". The Board classified these effects as "high magnitude". Consequently, the Board found that "the operation of Project-related



marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale.”

- The Board recognized that the “Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whale” prepared by the Department of Fisheries and Oceans identified vessel noise as “a threat to the acoustic integrity of Southern resident killer whale critical habitat, and that physical and acoustic disturbance from human activities may be key factors causing depletion or preventing recovery of resident killer whale populations.”
- The Board noted that the death of a Southern resident killer whale from a Project-related marine vessel collision, despite the low likelihood of such an event, would have population level consequences. The Board acknowledged that Project-related marine vessels would encounter a killer whale relatively often, however, “given the limited number of recorded killer whale marine vessel strikes and the potential avoidance behaviors of killer whales” the Board accepted the evidence of Trans Mountain and the Department of Fisheries and Oceans that the probability of a Project-related marine mammal vessel strike on a Southern resident killer whale was low.
- The Board expressed the view that the recovery of the Southern resident killer whale requires complex, multi-party initiatives, and that the Department of Fisheries and Oceans and other organizations are currently undertaking numerous initiatives to support the recovery of the species, including finalizing an action plan. The Board acknowledged Trans Mountain’s commitment to support the objectives and recovery measures identified in the action plan. The draft action plan included a detailed prioritized list of initiatives. The Board expressed its expectation that Trans Mountain would support these initiatives within the Marine Mammal Protection Program. The Board encouraged initiatives, including initiatives of the federal government, to prioritize and implement specific measures to promote recovery of the species.
- Finally, the Board concluded that “the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale.”

[426] The Board then considered the impact of marine shipping on the traditional use of marine resources by Indigenous communities, finding that:

- There would be disruptions to Indigenous marine vessels and harvesters, and this may disrupt activities or access to specific sites. However, in the Board's view these disruptions would be temporary, occurring only during the period of time when Project-related tanker vessels are in transit. Thus, it was of the view that Indigenous marine vessel users would maintain the ability to continue to harvest marine resources and to access subsistence and cultural sites in the presence of these periodic and short-term disruptions.
- Therefore, the Board found that, with the exception of the effects on the Southern resident killer whale, the magnitude of effects of Project-related marine vessel traffic on traditional marine resource uses, activities and sites would be low.
- Given the low frequency, duration and magnitude of effects associated with potential disruptions, and Trans Mountain's commitments to provide regular updated information on Project-related marine vessel traffic to Indigenous communities, the Board found that adverse effects on traditional marine resource uses, activities and sites were not likely and that, overall, Project-related marine traffic's contribution to overall effects related to changes in traditional marine use patterns was not likely to be significant.
- Project-related marine traffic's contribution to cumulative effects was found to be of low to medium magnitude, and reversible in the long term. The Board therefore found significant adverse cumulative effects associated with Project-related marine vessel traffic on traditional marine resource use was not likely to be significant, with the exception of effects associated with the traditional use of the Southern resident killer whale, which were considered significant.
- Recognizing the cultural importance of the killer whale to certain Indigenous groups, the Board found that "the increase in marine vessel traffic associated with the Project is likely to result in significant adverse effects on the traditional Aboriginal use associated with the Southern resident killer whale."

[427] Finally, in Sections 14.4 to 14.6 the Board considered spill prevention. It made the following findings:

- The Board accepted the evidence filed by Trans Mountain regarding marine shipping navigation and safety, including the reports filed as part of the TERMPOL Review Process.
- Although a large spill from a tanker associated with the Project would result in significant adverse environmental and socio-economic effects, such an event is not likely.
- Even with response efforts, any large spill would result in significant adverse environmental and socio-economic effects.
- Trans Mountain, in conjunction with the Western Canada Marine Response Corporation, proposed appropriate measures to respond to potential oil spills from Project-related tankers. These proposed measures exceed regulatory requirements and would result in a response capacity that is double, and a delivery time that is half, that required by the existing planning standards. The Board gave substantial weight to the fact that the TERMPOL Review Committee and the Canadian Coast Guard did not identify any particular concerns with marine spill response planning associated with the Project.
- The environmental effects of a spill from a tanker would be highly dependent on the particular circumstances, such as the amount and the type of product(s) spilled, the location of the spill, the response time, the effectiveness of containment and cleanup, the valued components that were impacted, and the weather and time of year of the spill.
- A small spill, quickly contained, could have adverse effects of low magnitude, whereas a credible worst-case spill could have adverse effects of larger geographic extent and longer duration, and such effects would probably be significant. Moreover, spills could impact key marine habitats such as salt marshes, eelgrass beds and kelp forests, which could, in turn, affect the numerous species that rely upon them. Spills could also affect terrestrial species along the coastline, including SARA-listed terrestrial plant species.

- Although impacts from a credible worst-case spill would probably be adverse and significant, natural recovery of the impacted areas and species would likely return most biological conditions to a state generally similar to pre-spill conditions. Such recovery might be as quick as a year or two for some valued components, or might take as long as a decade or more for others. Valuable environmental values and uses could be lost or diminished in the interim. For some valued components, including certain SARA-species, recovery to pre-spill conditions might not occur.
- Mortality of individuals of SARA-listed species could result in population level impacts and could jeopardize recovery. For example, the impact on a Southern resident killer whale of exposure to an oil spill potentially would be catastrophic.
- There is a very low probability of a credible worst-case event.
- The effects of a credible worst-case spill on the current use of lands, waters and resources for traditional purposes by Indigenous people would likely be adverse and significant. However, the probability of such a worst-case event is very low.

[428] With respect to the Board's reference to the report of the TERMPOL Review Committee, one of the topics dealt with in that report was Project routing. It was noted, in Section 3.2, that the "shipping route to and from Trans Mountain's terminal to the open sea is well-established and used by deep sea tankers as well as other vessel types such as cargo vessels, cruise ships and ferries." Later in the report it was noted that "Aframax class tankers currently use the proposed route, demonstrating that tanker manoeuvrability issues are not a concern."

[429] Notwithstanding, the Review Committee did make one finding with respect to the shipping route. Finding 9 was to the effect that "Trans Mountain's commitment to require via its tanker acceptance process that Project tankers steer a course no more northerly than due West (270°) upon exiting the Juan de Fuca Strait will enhance safety and protection of the marine environment by providing the shortest route out of the Canadian" economic exclusion zone.

[430] Returning to the Board's report, the end result of the Board's assessment of the Project was that, notwithstanding the impacts of the Project upon the Southern resident killer whales and Indigenous cultural uses associated with them, with the implementation of Trans Mountain's environmental protection procedures and mitigation, and the Board's recommended conditions, the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects. This was the Board's recommendation under section 29 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

- (iii) Was the Board's assessment of Project-related marine shipping substantially adequate?

[431] I begin with the Board's description of its approach to the assessment of marine shipping. It "followed an approach similar to the environmental assessment conducted under" the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* "to the extent it was appropriate". Consistent with this approach, the Board's filing requirements in respect of marine shipping required Trans Mountain to provide information about mitigation measures and alternatives—factors which subsection 19(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* require be considered in an environmental assessment.

[432] Bearing in mind that the primary focus of the applicants' concern about the Board's assessment of Project-related marine shipping is the Board's assessment of the adverse effects of the Project on Southern resident killer whales, the previous review of the Board's findings demonstrates that the Board considered the Project's effects on the Southern resident killer whales, including the environmental effects of malfunctions or accidents that might occur, the significance of those effects and the cumulative effects of the Project on efforts to promote

recovery of the species. The Board found the operation of the Project-related tankers was likely to result in significant, adverse effects to the Southern resident killer whale population.

[433] Given the Board's finding that the Project was likely to result in significant adverse effects on the Southern resident killer whale, and its finding that Project-related marine vessel traffic would further contribute to the total cumulative effects (which were determined to be significant), the Board found that the increase in marine vessel traffic associated with the Project is likely to result in significant adverse effects on the traditional Indigenous use associated with the Southern resident killer whale.

[434] The Board then considered mitigation measures through the limited lens of its regulatory authority. It found there were no direct mitigation measures Trans Mountain could apply to reduce or eliminate potential adverse effects from Project-related tankers.

[435] The Board stated that it considered all reasonable alternatives to Project-related marine shipping that would reduce the impact on SARA-listed species' critical habitat. This would include the critical habitat of the Southern resident killer whale. As part of this consideration, the Board directed Information Request No. 2 to Trans Mountain. In material part, Trans Mountain responded that the only known potential mitigation measures relevant to the Salish Sea to reduce the risk of marine mammal vessel strikes would be to alter the shipping lanes in order to avoid sensitive habitat (that is areas where whales aggregate), and to set speed restrictions. Trans Mountain advised that shipping lanes and speed restrictions are set at the discretion of Transport Canada.

[436] Thereafter, the Board issued an Information Request to Transport Canada that, among other things, requested Transport Canada to summarize any initiatives it was currently supporting or undertaking that evaluated potential alternative shipping lanes or vessel speed reductions along the southern coast of British Columbia with the intent of reducing impacts on marine mammals from marine shipping. Transport Canada responded that it was “not currently contemplating alternative shipping lanes or vessel speed restrictions for the purpose of reducing impacts on marine mammals from marine shipping in British Columbia”. However, Transport Canada noted it was participating in the Enhancing Cetacean Habitat and Observation Program led by Port Metro Vancouver.

[437] Transport Canada’s statement that it had no current intent to make alterations to shipping lanes or to impose vessel speed restrictions would seem to have pre-empted further consideration of routing alternatives by the Board.

[438] This review of the Board’s report has shown that the Board in its assessment of Project-related marine shipping considered:

- the effects of Project-related marine shipping on Southern resident killer whales;
- the significance of the effects;
- the cumulative effect of Project-related marine shipping on the recovery of the Southern resident killer whale population;
- the resulting significant, adverse effects on the traditional Indigenous use associated with the Southern resident killer whale;
- mitigation measures within its regulatory authority; and,
- reasonable alternatives to Project-related marine shipping.

[439] Given the Board's approach to the assessment and its findings, the Board's report was adequate for the purpose of informing the Governor in Council about the effects of Project-related marine shipping on the Southern resident killer whales and their use by Indigenous groups. The Board's report adequately informed the Governor in Council of the significance of these effects, the Board's view there were no direct mitigation measures Trans Mountain could apply to reduce potential adverse effects from Project-related tankers, and that there were potential mitigation measures beyond the Board's regulatory authority and so not the subject of proper consideration by the Board or conditions. Perhaps most importantly, the report put the Governor in Council on notice that the Board defined the Project not to include Project-related marine shipping. This decision excluded the effects of Project-related shipping from the definition of the Project as a designated project and allowed the Board to conclude that, as it defined the Project, the Project was not likely to cause significant adverse effects.

[440] The Order in Council and its accompanying Explanatory Note demonstrate that the Governor in Council was fully aware of the manner in which the Board had assessed Project-related marine shipping under the *National Energy Board Act*. The Governor in Council was also fully aware of the effects of Project-related marine shipping identified by the Board and that the operation of Project-related vessels is likely to result in significant adverse effects upon both the Southern resident killer whale and Indigenous cultural uses of this endangered species.

[441] Having found that the Governor in Council understood the Board's approach and resulting conclusions, it remains to consider the reasonableness of the Governor in Council's



reliance on the Board's report to approve the Project. This is considered below, after considering the applicants' submissions with respect to the *Species at Risk Act*.

(e) Did the Board err in its treatment of the *Species at Risk Act*?

[442] The purposes of the *Species at Risk Act* are: to prevent wildlife species from being extirpated or becoming extinct; to provide for the recovery of wildlife species that are extirpated, endangered or threatened as a result of human activity; and, to manage species of special concern to prevent them from becoming endangered or threatened (section 6).

[443] Important protections are found in section 77 of the Act, which is intended to protect the critical habitat of listed wildlife species, and section 79, which is intended to protect listed wildlife species and their critical habitat from new projects. Listed wildlife species are those species listed in Schedule 1 of the Act, a list of wildlife species at risk. Sections 77 and 79 are set out in the Appendix to these reasons.

[444] Raincoast and Living Oceans argue that as a result of unreasonably defining the designated project not to include Project-related marine shipping, the Board failed to meet the requirement of subsection 79(2) of the *Species at Risk Act*. As a result of this error they say it was unreasonable for the Governor in Council to rely upon the Board's report without first ensuring that the Board had complied with subsection 79(2) of the Act with respect to Southern resident killer whales. They also argue that it was unreasonable for the Governor in Council not to comply with its additional, independent obligations under subsection 77(1) of the *Species at Risk Act*.

[445] I will deal first with the applicability of section 79 of the Act.

- (i) Did the Board err by concluding that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of Project-related marine shipping?

[446] Section 79 obligates every person required “to ensure that an assessment of the environmental effects of a project is conducted” to:

- i. promptly notify the competent minister or ministers if the project “is likely to affect a listed wildlife species or its critical habitat.” (subsection 79(1));
- ii. identify the adverse effects of the project on the listed wildlife species and its critical habitat (subsection 79(2)); and,
- iii. if the project is carried out, ensure that measures are taken “to avoid or lessen those effects and to monitor them.” The measures taken must be taken in a way that is consistent with any applicable recovery strategy and action plans (subsection 79(2)).

[447] Subsection 79(3) defines a “project” to mean, among other things, a designated project as defined in subsection 2(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[448] The Board acknowledged its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act* in the course of its environmental assessment (Chapter 10, page 161). However, because it had not defined the designated project to include Project-related marine shipping, the Board rejected Living Oceans’ submission that the Board’s obligations under section 79 of the *Species at Risk Act* applied to its consideration of the effects of Project-related marine shipping on the Southern resident killer whale (Chapter 14, page 332). Notwithstanding this conclusion that section 79 did not apply, for reasons that are not explained in its report, the Board did comply with the

obligation under subsection 79(1) to notify the responsible ministers that the Project might affect Southern resident killer whales and their habitat. The Board did this by letter dated April 23, 2014 (a letter sent approximately three weeks after the Board made its scoping decision).

[449] I have found that the Board unjustifiably excluded Project-related marine shipping from the Project's description. It follows that the failure to apply section 79 of the *Species at Risk Act* to its consideration of the effects of Project-related marine shipping on the Southern resident killer whale was also unjustified.

[450] Both Canada and Trans Mountain argue that, nonetheless, the Board substantially complied with its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act*. Therefore, as with the issue of Project-related marine shipping, the next question is whether the Board substantially complied with its obligations under section 79.

(ii) Did the Board substantially comply with its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act*?

[451] The respondents argue that, in addition to complying with the notification requirement found in subsection 79(1), the Board considered:

- the adverse impacts of marine shipping on listed wildlife species and their critical habitat;
- all reasonable alternatives to marine shipping that would reduce impact on listed species' critical habitat; and
- measures, consistent with the applicable recovery strategies or action plans, to avoid or lessen any adverse impacts of the Project.

[452] Canada and Trans Mountain submit that as a result the Board met its requirements “where possible.” (Trans Mountain’s memorandum of fact and law, paragraph 120). On this last point, Trans Mountain submits that the Board lacked authority to impose conditions or otherwise ensure that measures were taken to avoid or lessen the effects of marine shipping on species at risk. Thus, while the Board could identify potential mitigation measures, and encourage the appropriate regulatory authorities to take further action, it could not ensure compliance with subsection 79(2) of the *Species at Risk Act*.

[453] Canada and Trans Mountain have accurately summarized the Board’s findings that are relevant to its consideration of Project-related shipping in the context of the *Species at Risk Act*. However, I do not accept their submission that the Board’s consideration of the Project’s impact on the Southern resident killer whale substantially complied with its obligation under section 79 of the *Species at Risk Act*. I reach this conclusion for the following reason.

[454] By defining the Project not to include Project-related marine shipping, the Board failed to consider its obligations under the *Species at Risk Act* when it considered the Project’s impact on the Southern resident killer whale. Had it done so, in light of its recommendation that the Project be approved, subsection 79(2) of the *Species at Risk Act* required the Board to ensure, if the Project was carried out, that “measures are taken to avoid or lessen” the Project’s effects on the Southern resident killer whale and to monitor those measures.

[455] While I recognize the Board could not regulate shipping, it was nonetheless obliged to consider the consequences at law of its inability to “ensure” that measures were taken to

ameliorate the Project's impact on the Southern resident killer whale. However, the Board gave no consideration in its report to the fact that it recommended approval of the Project without any measures being imposed to avoid or lessen the Project's significant adverse effects upon the Southern resident killer whale.

[456] Because marine shipping was beyond the Board's regulatory authority, it assessed the effects of marine shipping in the absence of mitigation measures and did not recommend any specific mitigation measures. Instead it encouraged other regulatory authorities "to explore any such initiatives" (report, page 349). While the Board lacked authority to regulate marine shipping, the final decision-maker was not so limited. In my view, in order to substantially comply with section 79 of the *Species at Risk Act* the Governor in Council required the Board's exposition of all technically and economically feasible measures that are available to avoid or lessen the Project's effects on the Southern resident killer whale. Armed with this information the Governor in Council would be in a position to see that, if approved, the Project was not approved until all technically and economically feasible mitigation measures within the authority of the federal government were in place. Without this information the Governor in Council lacked the necessary information to make the decision required of it.

[457] The reasonableness of the Governor in Council's reliance on the Board's report is considered below.

[458] For completeness I now turn to the second argument advanced by Raincoast and Living Oceans: it was unreasonable for the Governor in Council to fail to comply with its additional, independent obligations under subsection 77(1) of the *Species at Risk Act*.

(iii) Was the Governor in Council obliged to comply with subsection 77(1) of the *Species at Risk Act*?

[459] Subsection 77(1) applies when any person or body, other than a competent minister, issues or approves “a licence, a permit or any other authorization that authorizes an activity that may result in the destruction of any part of the critical habitat of a listed wildlife species”. The person or body may authorize such an activity only if they have consulted with the competent minister, considered the impact on the species’ critical habitat and formed the opinion that: (a) all reasonable alternatives to the activity that would reduce the impact on the critical habitat have been considered and the best solution has been adopted; and (b) all feasible mitigation measures will be taken to minimize the impact on the critical habitat.

[460] The Board accepted that:

... vessel noise is considered a threat to the acoustic integrity of Southern resident killer whale critical habitat, and that physical and acoustic disturbance from human activities may be key factors causing depletion or preventing recovery of resident killer whale populations.

(report, page 350)

[461] It also accepted that the impact of a Southern resident killer whale being exposed to an oil spill “is potentially catastrophic” (report, page 398).

[462] Based on these findings, Raincoast and Living Oceans submit that Project-related shipping “may destroy” critical habitat so that subsection 77(1) was engaged.

[463] I respectfully disagree. The Order in Council directed the Board to issue a certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the expansion project. The Governor in Council did not issue or approve a licence, permit or other authorization that authorized marine shipping.

[464] Further, subsection 77(1.1) of the *Species at Risk Act* provides that subsection 77(1) does not apply to the Board when, as in the present case, it issues a certificate pursuant to an order made by the Governor in Council under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*. I accept Canada’s submission that Parliament would not have intended to exempt the Board from the application of subsection 77(1) while at the same time contemplating that the Governor in Council was not exempted and was obliged to comply with subsection 77(1). This is particularly so given the Board’s superior expertise in assessing impacts on habitat and mitigation measures. If subsection 77(1) applied, the Board’s ability to meet its obligations was superior to that of the Governor in Council.

- (f) Conclusion: the Governor in Council erred by relying upon the Board’s report as a proper condition precedent to the Governor in Council’s decision

[465] Trans Mountain’s application was complex, raising challenging issues on matters as diverse as Indigenous rights and concerns, pipeline integrity, the fate and behaviours of spilled hydrocarbons in aquatic environments, emergency prevention, preparedness and response, the

need for the Project and its economic feasibility and the effects of Project-related shipping activities.

[466] The approval process was long and demanding for all participants; after the hearing the Board was left to review tens of thousands of pages of evidence.

[467] Many aspects of the Board's report are not challenged in this proceeding.

[468] This said, I have found that the Board erred by unjustifiably excluding Project-related marine shipping from the Project's definition. While the Board's assessment of Project-related shipping was adequate for the purpose of informing the Governor in Council about the effects of such shipping on the Southern resident killer whale, the Board's report was also sufficient to put the Governor in Council on notice that the Board had unjustifiably excluded Project-related shipping from the Project's definition.

[469] It was this exclusion that permitted the Board to conclude that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of Project-related marine shipping. This exclusion then permitted the Board to conclude that, notwithstanding its conclusion that the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale, the Project (as defined by the Board) was not likely to cause significant adverse environmental effects. The Board could only reach this conclusion by defining the Project not to include Project-related shipping.



[470] The unjustified exclusion of Project-related marine shipping from the definition of the Project thus resulted in successive deficiencies such that the Board's report was not the kind of "report" that would arm the Governor in Council with the information and assessments it required to make its public interest determination and its decision about environmental effects and their justification. In the language of *Gitxaala* this resulted in a report so deficient that it could not qualify as a "report" within the meaning of the legislation and it was unreasonable for the Governor in Council to rely upon it. The Board's finding that the Project was not likely to cause significant adverse environmental effects was central to its report. The unjustified failure to assess the effects of marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and the resulting flawed conclusion about the effects of the Project was so critical that the Governor in Council could not functionally make the kind of assessment of the Project's environmental effects and the public interest that the legislation requires.

[471] I have considered the reference in the Explanatory Note to the Order in Council to the government's commitment to the proposed Action Plan for the Southern resident killer whale and the then recently announced Oceans Protection Plan. These inchoate initiatives, while laudable and to be encouraged, are by themselves insufficient to overcome the material deficiencies in the Board's report because the "report" did not permit the Governor in Council to make an informed decision about the public interest and whether the Project is likely to cause significant adverse environmental effects as the legislation requires.

[472] There remains to consider the issue of the remedy which ought to flow from the unreasonable reliance upon the Board's report. In my view, this is best dealt with following consideration of the adequacy of the Crown's consultation process.

[473] My conclusion that the Board's report was so flawed that it was unreasonable for the Governor in Council to rely upon it arguably makes it unnecessary to deal with the argument advanced on behalf of the Attorney General of British Columbia. It is nonetheless important that it be briefly considered.

### 3. The challenge of the Attorney General of British Columbia

[474] As explained above at paragraphs 64 and 65, after the Board submits a report to the Governor in Council setting out the Board's recommendation under section 52 of the *National Energy Board Act* about whether a certificate of public convenience and necessity should issue, the Governor in Council may, among other options, by order direct the Board to issue a certificate of public convenience and necessity. Irrespective of the option selected, the Governor in Council's order "must set out the reasons for making the order" (subsection 54(2) of the *National Energy Board Act*). The Attorney General of British Columbia intervened in this proceeding to argue that, in breach of this statutory obligation, the Governor in Council failed to give reasons explaining why the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects and why the Project is in the public interest.

[475] The Attorney General also argued in its written memorandum, but not orally, that the Governor in Council failed to consider the "disproportionate impact of Project-related marine

shipping spill risks on the Province of British Columbia”. This failure is said to render the Governor in Council’s decision unreasonable.

[476] In consequence, the Attorney General of British Columbia supports the request of the applicants that the Governor in Council’s Order in Council be set aside.

- (a) Did the Governor in Council fail to comply with the obligation to give reasons?

[477] The lynchpin of the Attorney General’s argument is his submission that the Governor in Council’s reasons must be found “within the four corners of the Order in Council” and nowhere else. Thus, the Attorney General submits that it is impermissible to have regard to the accompanying Explanatory Note or to documents referred to in the Explanatory Note, including the Board’s report and the Crown Consultation Report. Read in this fashion, the Order in Council does not explain why the Governor in Council found the Project is not likely to cause any significant adverse environmental effects or was in the public interest.

[478] I respectfully reject the premise of this submission. Subsection 54(2) does not dictate the form the Governor in Council’s reasons should take, requiring only that the “order must set out the reasons”. Given the legislative nature and the standard format of an Order in Council (generally a series of recitals followed by an order) Orders in Council are not well-suited to the provision of lengthy reasons. In the present case, the two-page Order in Council was accompanied by the 20-page Explanatory Note. They were published together in the Canada Gazette. Given this joint publication, it would, in my view, be unduly formalistic to set aside the

Order in Council on the ground that the reasons found in the attached Explanatory Note were placed in an attachment to the order, and not within the “four square corners” of the order.

[479] Similarly, it would be unduly formalistic not to look to the content of the Board’s report that informed the Governor in Council when rendering its decision. The Order in Council specifically referenced the Board’s report and the terms and conditions set out in an appendix to the report, and expressly accepted the Board’s public interest recommendation. This conclusion that the Order in Council may be read with the Board’s report is consistent with this Court’s decision in *Gitxaala*, where the Court accepted Canada’s submission that the Order in Council should be read together with the findings and recommendations in the report of the joint review panel. This Court read the Order in Council together with the report and other documents in the record and found that the Governor in Council had met its statutory obligation to give reasons.

[480] I therefore find that the Governor in Council also in this case complied with its statutory obligation to give reasons.

- (b) Did the Governor in Council fail to consider the impact of Project-related shipping spill risks on the Province of British Columbia?

[481] I disagree that the Governor in Council failed to consider the impact of shipping spill risks. The Explanatory Note shows the Governor in Council considered that:

- The Board found the risk of a major crude oil spill occurring was low (Explanatory Note, page 10).
- The Board imposed conditions relating to accidents and malfunctions (Explanatory Note, page 13).

[482] Under the heading “Government response to what was heard” the Explanatory Note set out the following about the risk of spills:

Communities are deeply concerned about the risk and impacts that oil spills pose to their land, air, water and communities. In addition to the terms and conditions related to spills identified by the NEB, land-based oil spills are subject to both federal and provincial jurisdiction. Federally regulated pipelines are subject to NEB regulation and oversight, which requires operators to develop comprehensive emergency management programs and collaborate with local responders in the development of these programs. B.C. also recently implemented regulations under the provincial *Environmental Management Act* to strengthen provincial oversight and require industry and government to collaborate in response to spills in B.C.

The Government recently updated its world-leading pipeline safety regime through the *Pipeline Safety Act*, which came into force in June 2016. The Act implements \$1 billion in “absolute liability” for companies operating major crude oil pipelines to clarify that operators will be responsible for all costs associated with spills irrespective of fault up to \$1 billion; operators remain liable on an unlimited basis beyond this amount when they are negligent or at fault. The Act also requires proponents to carry cash on hand to ensure they are in a position to immediately respond to emergencies.

With respect to ship source spills, the Government recently announced \$1.5 billion in new investment in a national Oceans Protection Plan to enhance its world-leading marine safety regime. The Oceans Protection Plan has four main priority areas:

- creating a world-leading marine safety system that improves responsible shipping and protects Canada’s waters, including new preventative and response measures;
- restoring and protecting the marine ecosystems and habitats, using new tools and research;
- strengthening partnerships and launching co-management practices with Indigenous communities, including building local emergency response capacity; and
- investing in oil spill cleanup research and methods to ensure that decisions taken in emergencies are evidence-based.

The Plan responds to concerns related to potential marine spills by strengthening the Coast Guard’s ability to take command in marine emergencies, toughening

requirements for industry response to incidents, and by enhancing Indigenous partnerships.

[483] While the Attorney General of British Columbia disagrees with the Governor in Council's assessment of the risk of a major spill from Project-related shipping, there is no merit to the submission that the Governor in Council failed to consider the risk of spills posed by Project-related shipping.

[484] I now turn to consider the adequacy of the consultation process.

D. Should the decision of the Governor in Council be set aside on the ground that Canada failed to consult adequately with the Indigenous applicants?

1. The applicable legal principles

[485] Before commencing the analysis, it is helpful to discuss briefly the principles that have emerged from the jurisprudence which has considered the scope and content of the duty to consult. As explained in the opening paragraphs of these reasons, the applicable principles are not in dispute; what is in dispute is whether, on the facts of this case (which are largely agreed), Canada fulfilled its constitutional duty to consult.

[486] The duty to consult is grounded in the honour of the Crown and the protection provided for "existing aboriginal and treaty rights" in subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The duties of consultation and, if required, accommodation form part of the process of reconciliation and fair dealing (*Haida Nation*, paragraph 32).

[487] The duty arises when the Crown has actual or constructive knowledge of the potential existence of Indigenous rights or title and contemplates conduct that might adversely affect those rights or title (*Haida Nation*, paragraph 35). The duty reflects the need to avoid the impairment of asserted or recognized rights caused by the implementation of a specific project.

[488] The extent or content of the duty of consultation is fact specific. The depth or richness of the required consultation increases with the strength of the *prima facie* Indigenous claim and the seriousness of the potentially adverse effect upon the claimed right or title (*Haida Nation*, paragraph 39; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, paragraph 36).

[489] When the claim to title is weak, the Indigenous interest is limited or the potential infringement is minor, the duty of consultation lies at the low end of the consultation spectrum. In such a case, the Crown may be required only to give notice of the contemplated conduct, disclose relevant information and discuss any issues raised in response to the notice (*Haida Nation*, paragraph 43). When a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to Indigenous peoples, and the risk of non-compensable damage is high, the duty of consultation lies at the high end of the spectrum. While the precise requirements will vary with the circumstances, a deep consultative process might entail: the opportunity to make submissions; formal participation in the decision-making process; and, the provision of written reasons to show that Indigenous concerns were considered and how those concerns were factored into the decision (*Haida Nation*, paragraph 44).

[490] Parliament may choose to delegate procedural aspects of the duty to consult to a tribunal.

[491] The Supreme Court has found the Board to possess both the procedural powers necessary to implement consultation and the remedial powers to accommodate, where necessary, affected Indigenous claims and Indigenous and treaty rights. The Board's process can, therefore, be relied on by the Crown to fulfil, in whole or in part, the Crown's duty to consult (*Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, paragraph 34).

[492] As referenced above at paragraph 284, the Supreme Court has described the Board as having considerable institutional expertise both in conducting consultations and in assessing the environmental impacts of proposed projects. Where the effects of a proposed project on Indigenous or treaty rights substantially overlap with the project's potential environmental impact, the Board "is well situated to oversee consultations which seek to address these effects, and to use its technical expertise to assess what forms of accommodation might be available" (*Clyde River*, paragraph 33).

[493] When the Crown relies on a regulatory or environmental assessment process to fulfil the duty to consult, such reliance is not delegation of the Crown's ultimate responsibility to ensure consultation is adequate. Rather, it is a means by which the Crown can be satisfied that Indigenous concerns have been heard and, where appropriate, accommodated (*Haida Nation*, paragraph 53).



[494] The consultation process does not dictate a particular substantive outcome. Thus, the consultation process does not give Indigenous groups a veto over what can be done with land pending final proof of their claim. What is required is a process of balancing interests—a process of give and take. Nor does consultation equate to a duty to agree; rather, what is required is a commitment to a meaningful process of consultation (*Haida Nation*, paragraphs 42, 48 and 62).

[495] Good faith consultation may reveal a duty to accommodate. Where there is a strong *prima facie* case establishing the claim and the consequence of proposed conduct may adversely affect the claim in a significant way, the honour of the Crown may require steps to avoid irreparable harm or to minimize the effects of infringement (*Haida Nation*, paragraph 47).

[496] Good faith is required on both sides in the consultative process: “The common thread on the Crown’s part must be ‘the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns’ as they are raised [...] through a meaningful process of consultation” (*Haida Nation*, paragraph 42). The “controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake” (*Haida Nation*, paragraph 45).

[497] At the same time, Indigenous claimants must not frustrate the Crown’s reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart the government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached (*Haida Nation*, paragraph 42).

[498] In the present case, much turns on what constitutes a meaningful process of consultation.

[499] Meaningful consultation is not intended simply to allow Indigenous peoples “to blow off steam” before the Crown proceeds to do what it always intended to do. Consultation is meaningless when it excludes from the outset any form of accommodation (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, paragraph 54).

[500] The duty is not fulfilled by simply providing a process for exchanging and discussing information. There must be a substantive dimension to the duty. Consultation is talking together for mutual understanding (*Clyde River*, paragraph 49).

[501] As the Supreme Court observed in *Haida Nation* at paragraph 46, meaningful consultation is not just a process of exchanging information. Meaningful consultation “entails testing and being prepared to amend policy proposals in the light of information received, and providing feedback.” Where deep consultation is required, a dialogue must ensue that leads to a demonstrably serious consideration of accommodation. This serious consideration may be demonstrated in the Crown’s consultation-related duty to provide written reasons for the Crown’s decision.

[502] Where, as in this case, the Crown must balance multiple interests, a safeguard requiring the Crown to explain in written reasons the impacts of Indigenous concerns on decision-making

becomes more important. In the absence of this safeguard, other issues may overshadow or displace the issue of impacts on Indigenous rights (*Gitxaala*, paragraph 315).

[503] Further, the Crown is obliged to inform itself of the impact the proposed project will have on an affected First Nation, and, if appropriate in the circumstances, communicate its findings to the First Nation and attempt to substantially address the concerns of the First Nation (*Mikisew Cree First Nation*, paragraph 55).

[504] Consultation must focus on rights. In *Clyde River*, the Board had concluded that significant environmental effects to marine mammals were not likely and effects on traditional resource use could be addressed through mitigation measures. The Supreme Court held that the Board's inquiry was misdirected for the purpose of consultation. The Board was required to focus on the Inuit's treaty rights; the "consultative inquiry is not properly into environmental effects *per se*. Rather, it inquires into the impact on the *right*" (emphasis in original) (*Clyde River*, paragraph 45). Mitigation measures must provide a reasonable assurance that constitutionally protected rights were considered as rights in themselves—not just as an afterthought to the assessment of environmental concerns (*Clyde River*, paragraph 51).

[505] When consulting on a project's potential impacts the Crown must consider existing limitations on Indigenous rights. Therefore, the cumulative effects and historical context may inform the scope of the duty to consult (*Chippewas of the Thames*, paragraph 42).

[506] Two final points. First, where the Crown knows, or ought to know, that its conduct may adversely affect the Indigenous right or title of more than one First Nation, each First Nation is entitled to consultation based upon the unique facts and circumstances pertinent to it (*Gitxaala*, paragraph 236).

[507] Second, it is important to understand that the public interest and the duty to consult do not operate in conflict. As a constitutional imperative, the duty to consult gives rise to a special public interest that supersedes other concerns commonly considered by tribunals tasked with assessing the public interest. In the case of the Board, a project authorization that breaches the constitutionally protected rights of Indigenous peoples cannot serve the public interest (*Clyde River*, paragraph 40).

2. The standard to which Canada is to be held in fulfilling the duty

[508] As briefly explained above at paragraph 226, Canada is not to be held to a standard of perfection in fulfilling its duty to consult. The Supreme Court of Canada has expressed this concept as follows:

Perfect satisfaction is not required; the question is whether the regulatory scheme or government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”: *Gladstone, supra*, at para. 170. What is required is not perfection, but reasonableness. As stated in *Nikal, supra*, at para. 110, “in ... information and consultation the concept of reasonableness must come into play. ... So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice.” The government is required to make reasonable efforts to inform and consult. This suffices to discharge the duty.

(*Haida Nation*, paragraph 62)

(underlining added)

[509] As in *Gitxaala*, in this case “the subjects on which consultation was required were numerous, complex and dynamic, involving many parties. Sometimes in attempting to fulfil the duty there can be omissions, misunderstandings, accidents and mistakes. In attempting to fulfil the duty, there will be difficult judgment calls on which reasonable minds will differ.” (*Gitxaala*, paragraph 182).

[510] Against this legal framework, I turn to the design and execution of Canada’s four-phase consultation process. This process began in May 2013 with the filing of the Project description and ended in November 2016 with the decision of the Governor in Council to approve the Project and direct the issuance of a certificate of public convenience and necessity.

### 3. Application of the legal principles to the evidence

[511] The Indigenous applicants express a myriad of concerns and asserted deficiencies with respect to the consultation process. Broadly speaking, they challenge both the design of the process and the execution of the process.

[512] I will deal first with the asserted deficiencies in the design of the process selected and followed by Canada, and then consider the asserted deficiencies in the execution of the process.

- (a) Was the consultation process deficient because of the design of the process selected and followed by Canada?

[513] Generally speaking, the most salient concerns expressed with respect to the design of the consultation process are the assertions that:

- i. The consultation framework was unilaterally imposed.
- ii. The National Energy Board process is inadequate for fulfilling consultation obligations.
- iii. Insufficient funding was provided.
- iv. The process allowed the Project to be approved when essential information was lacking.

[514] Each assertion will be considered in turn.

- (i) The consultation framework was unilaterally imposed

[515] There was no substantive consultation with the Indigenous applicants about the four-phase consultation process.

[516] However, as Canada argues, the Crown possesses a discretion about how it structures a consultation process and how it meets its consultation obligations (*Gitxaala*, paragraph 203, citing *Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2013 ABCA 443, 566 A.R. 259, at paragraph 39). What is required is a process that allows Canada to make reasonable efforts to inform and consult (*Haida Nation*, at paragraph 62).

[517] Canada's four-phase consultation process is described above at paragraphs 72 through 75. While I deal below with the asserted frailties of the Board's hearing process in this particular case, the Supreme Court has recently re-affirmed that the Crown may rely on a regulatory agency to fulfil the Crown's duty to consult so long as the agency possesses the statutory powers to do what the duty to consult requires in the particular circumstances (*Chippewas of the Thames*,

paragraph 32). In the present case, no applicant asserts that the National Energy Board lacked any necessary statutory power so as to be able to fulfil in part the Crown's duty to consult. It follows that Canada could rely upon a consultation process which relied in part on the Board's hearing process, so long as Canada remained mindful of its constitutional obligation to ensure before approving the Project that consultation was adequate.

[518] Canada implemented a five-phase consultation framework for the review of the Northern Gateway Project. In *Gitxaala*, this Court found that the framework was reasonable (*Gitxaala*, paragraph 8). When the two consultation frameworks are compared there is little to distinguish them. An additional first phase was required in the Northern Gateway framework simply because the project was reviewed by a joint review panel, not the Board.

[519] Given Canada's discretion as to how the consultation process is structured and the similarity of this consultation process to that previously found by this Court to be reasonable, I am satisfied that Canada did not act in breach of the duty to consult by selecting the four-phase consultation process it adopted.

- (ii) The Board's process is said to be inadequate for fulfilling consultation obligations

[520] A number of deficiencies are asserted with respect to the Board's process and its adequacy for fulfilling, to the extent possible, consultation obligations. The asserted deficiencies include:

- The Board's decision not to allow cross-examination of Trans Mountain's evidence.

- The Board's treatment of oral traditional evidence.
- The Board's timeframe which is said not to have provided sufficient time for affected Indigenous groups to inform themselves of the complexity of the Project and to participate with knowledge of the issues and impacts on them.
- The Board's failure to consult with affected Indigenous groups about any of the decisions the Board made prior to or during the hearing, including the list of issues for the hearing, the panel members who would hear the application, the design of the regulatory review and the environmental assessment, the decision-making process and the report and its recommendations.
- The failure of the Board's process to provide the required dialogue and consultation directly with Canada in circumstances where it is said that consultation in Phase III would be too little, too late.

[521] It is convenient to deal with the first four deficiencies together as the Board's choice of procedures, its decision-making process and its ultimate decision flow from its powers as a regulator under the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[522] As explained above, the Supreme Court has found that meaningful Crown consultation can be carried out wholly or in part through a regulatory process (*Chippewas of the Thames*, paragraph 32). Prior to this decision, concern had been expressed about the tension said to result if a tribunal such as the Board were required both to carry out consultation on behalf of the Crown and then adjudicate on the adequacy of the consultation. The Supreme Court responded that such concern is addressed by observing that while it is the Crown that owes the constitutional duty to consult, agencies such as the Board are required to make legal decisions that comply with the Constitution. The Supreme Court went on to explain, at paragraph 34, that:



When the [Board] is called on to assess the adequacy of Crown consultation, it may consider what consultative steps were provided, but its obligation to remain a neutral arbitrator does not change. A tribunal is not compromised when it carries out the functions Parliament has assigned to it under its Act and issues decisions that conform to the law and the Constitution.

(underlining added)

[523] Applying these principles to the submissions before this Court, and bearing in mind that at this point I am only addressing submissions with respect to the adequacy of the design of the consultation process, the Board was required to provide a process that was impartial and fair and in accordance with its statutory framework and the Constitution.

[524] As explained above, section 8 of the *National Energy Board Act* authorizes the Board to make rules about the conduct of hearings before it, and the Board's rules allow the Board to determine whether public hearings held before it are oral or written. Section 52 of the *National Energy Board Act* requires the Board to render its report to the Minister within strict timelines. It follows that the Board could decide not to allow oral cross-examination, could determine how oral traditional evidence would be received and could schedule the hearing to comply with section 52 of the *National Energy Board Act* so long as, at the end of the hearing, it was satisfied that it had exercised its responsibilities in a manner that was fair and impartial and consistent with its governing legislation and section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[525] Similarly, the Board was authorized as a neutral arbitrator to make the decisions required of it under the legislation, including decisions about which issues would be decided during the hearing, the composition of the hearing panel and the content of its ultimate report. So long as these decisions were made in a manner that was fair and impartial, and in accordance with the

legislative scheme and subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* they too were validly made. The Indigenous applicants have not shown that any additional dialogue or process was required between the Board and the Indigenous applicants in order for the Board's decision to be constitutionally sound.

[526] Put another way, when the Board's process is relied on in whole or in part to fulfil the obligation to consult, the regulatory hearing process does not change and the Board's role as neutral arbitrator does not change. What changes is that the Board's process serves the additional purpose of contributing to the extent possible to the constitutional imperative not to approve a project if the duty to consult was not satisfied.

[527] I now consider the last deficiency said to make the Board's process inadequate for fulfilling even in part the duty to consult: the failure of the Board's process to provide the required consultation directly with Canada.

[528] The Indigenous applicants do not point to any jurisprudence to support their submission that Canada was required to dialogue directly with them during the Board's hearing process (that is, during Phase II) and I believe this submission may be dealt with briefly.

[529] As stated above, meaningful Crown consultation can be carried out wholly through a regulatory process so long as where the regulatory process relied upon by the Crown does not achieve adequate consultation or accommodation, the Crown takes further steps to meet its duty

to consult by, for example, filling any gaps in consultation on a case-by-case basis (*Clyde River*, paragraph 22).

[530] In the present case, Phase III was designed in effect to fill the gaps left by the Phase II regulatory process—Phase III was to focus on outstanding concerns about the Project-related impacts upon potential or established Indigenous or treaty rights and on any incremental accommodation measures that Canada should address. Leaving aside the question of whether Phase III adequately addressed gaps in the consultation process, a point dealt with below, the Indigenous applicants have not shown that the consultation process required Canada’s direct involvement in the regulatory process.

[531] For all of these reasons, I am satisfied that the Board’s process was adequate for fulfilling its consultation obligations.

[532] The next concern with respect to the design of the consultation process is that it is said that insufficient participant funding was provided.

(iii) The funding provided is said to have been inadequate

[533] Two Indigenous applicants raise the issue of inadequate funding: Squamish and SSN.

[534] Squamish sought participant funding of \$293,350 to participate in the Board process but was granted only \$44,270, plus travel costs for one person to attend the hearing. Canada later provided \$26,000 to Squamish to participate in consultation following the close of the Board

hearing record. The Squamish appendix to the Crown Consultation Report notes that the British Columbia Environmental Assessment Office also offered Squamish \$5,000 in capacity funding to participate in consultations.

[535] Chief Campbell of the Squamish Nation provided evidence that the funding provided to Squamish was not adequate for Squamish to obtain experts to review and respond to the 8 volume, 15,000 page, highly technical Project application. Nor, in his view, was the funding adequate for Squamish to undertake a comprehensive assessment of the impacts of the Project on Squamish rights and title. He notes that Squamish's limited budget is fully subscribed to meet the needs of its members and that the sole purpose of Squamish's involvement in the hearing and consultation process was "defensive: to protect our rights and title."

[536] SSN requested in excess of \$300,000 for legal fees, expert fees, travel costs, meeting attendance costs and information collecting costs. It received \$36,920 in participant funding, plus travel for two representatives to attend the hearing. Canada later offered \$39,000 to SSN to participate in consultation following the close of the Board hearing record. The British Columbia Environmental Assessment Office also offered some capacity funding.

[537] SSN states that Canada knew that SSN requested funding in largest part to complete a traditional land and resource use study. It states that Canada knew that such studies had been completed for other Indigenous groups in relation to the Project, but that neither Canada nor the proponent had undertaken such a study for SSN.

[538] I accept that the level of participant funding provided constrained participation in the process before the National Energy Board by the Squamish and the SSN. However, as Canada submits, it is difficult to see the level of participant funding as being problematic in a systematic fashion when only two applicants address this issue.

[539] In *Gitxaala*, this Court rejected the submission that inadequate funding had been provided for participation before the joint review panel and in the consultation process. The Court noted, at paragraph 210, that the evidence filed in support of the submissions did:

... not explain how the amounts sought were calculated, or detail any financial resources available to the First Nations outside of that provided by Canada. As such, the evidence fails to demonstrate that the funding available was so inadequate as to render the consultation process unreasonable.

[540] Much the same can be said of the evidence filed on this application. While SSN did append its request for participant funding as Exhibit D to the affidavit of its affiant Jeanette Jules, at the time this application was submitted SSN had not determined which expert or experts would be hired, it could not advise as to how many hours the expert(s) would likely bill or what the expert(s)' hourly rate(s) would be. The information provided was simply that it was expected that \$80,000 was required to prepare a traditional land use study and that an additional \$30,000 was required as the approximate cost of a wildlife study. No information was provided by either applicant about financial resources available to it.

[541] The evidence has not demonstrated that the level of participant funding was so inadequate as to render the entire consultation process unreasonable.

- (iv) The process allowed the Project to be approved when essential information was lacking

[542] The final deficiency asserted with respect to the structure of the consultation process relates to the nature of the Board's process for approving projects. A number of Indigenous applicants argue that Canada's reliance upon the Board's hearing process was unreasonable in circumstances where potential impacts to title and rights remained unknown because studies of those potential impacts, and of the measures proposed in the Board's report to mitigate potential impacts, were left to a later date after the Governor in Council approved the Project. It is argued that without identification of all of the impacts of the Project Canada cannot rely on the Board's assessment of impacts to fulfil the duty to consult.

[543] Commencing at paragraph 286 above, I describe in some detail the Board's approval process in the context of the submission of the City of Burnaby that the Board's approval process was procedurally unfair because of what Burnaby characterized to be the deferral and delegation of the assessment of important information.

[544] Beginning at paragraph 322 above, I deal with the submissions of the City of Burnaby and Coldwater that the Governor in Council erred in determining that the Board's report qualified as a report because the Board did not decide certain issues before recommending approval of the Project. Consideration of the concerns advanced by Coldwater with respect to the Board's failure to deal with the West Alternative begins at paragraph 375 above. At paragraphs 384 and 385, I conclude that the pipeline route through the Coldwater River Valley remains a live issue.

[545] This places in context concerns raised by Coldwater and other applicants about the reasonableness of Canada's reliance on a process that left important issues unresolved at the time the Governor in Council approved the Project.

[546] In my view, this concern is addressed by the Supreme Court's analysis in the companion cases of *Clyde River* and *Chippewas of the Thames* where the Supreme Court explained that the Board's approval process may itself trigger the duty to consult where that process may result in adverse impacts upon Indigenous and treaty rights (*Clyde River*, paragraphs 25 to 29; *Chippewas of the Thames*, paragraphs 29 to 31).

[547] Examined in the context of Coldwater's concerns about the West Alternative and the protection of Coldwater's aquifer, this means that the Board's decision about the detailed pipeline routing in the vicinity of the Coldwater Reserve will trigger the duty to consult because Canada will have knowledge, real or constructive, of the potential impact of that decision upon Coldwater's aquifer located beneath the Coldwater Reserve. Once the duty is triggered, the Board may only make its decision if it informs itself of the impacts to the aquifer and takes the rights and interests of Coldwater into consideration before making its final decisions about pipeline routing and compliance with Condition 39 (*Chippewas of the Thames*, paragraph 48). Canada will remain responsible to ensure that the Board's decision upholds the honour of the Crown (*Clyde River*, paragraph 22). This is, I believe, a full answer to the concern that the consultation framework was deficient because certain decisions remain to be made after the Governor in Council approved the Project.

(v) Conclusion on the adequacy of the process selected and followed by Canada

[548] In *Clyde River and Chippewas of the Thames* the Supreme Court provided helpful guidance about the indicia of a reasonable consultation process. Applying those indicia:

- The Indigenous applicants were given early notice of the Project, the Board's hearing process, the framework of the consultation process and Canada's intention to rely on the National Energy Board process, to the extent possible, to discharge Canada's duty to consult.
- Participant funding was provided to the Indigenous applicants both by the Board and Canada (and the provincial Crown as well).
- The Board's process permitted Indigenous applicants to provide written evidence and oral traditional evidence, to question both Trans Mountain and the federal government interveners through Information Requests and to make written and oral closing submissions.
- The regulatory framework permitted the Board to impose conditions upon Trans Mountain that were capable of mitigating risks posed by the Project to the rights and title of the Indigenous applicants.
- After the Board's hearing record closed and prior to the decision by the Governor in Council, Canada provided a further consultation phase, Phase III, designed to enable Canada to deal with concerns not addressed by the hearing, the Board's proposed conditions and Trans Mountain's commitments.
- Canada understood, and advised the Indigenous applicants, that if Indigenous groups identified outstanding concerns in Phase III there were a number of options available to Canada. These included asking the National Energy Board to reconsider its recommendations and conditions, undertaking further consultations prior to issuing additional permits or authorizations and the use of existing or new policy and program measures to address outstanding concerns.



[549] I am satisfied that the consultation framework selected by Canada was reasonable. It was sufficient, if properly implemented, to enable Canada to make reasonable efforts to inform itself and consult. Put another way, this process, if reasonably implemented, could have resulted in mutual understanding on the core issues and a demonstrably serious consideration of accommodation.

(b) Was the consultation process deficient because of Canada's execution of the process?

[550] Canada argues that the consultation process allowed for deep consultation both in form and in substance. In particular it notes that:

- The Indigenous applicants were given early notice of the proposed Project, the Board hearing process and the consultation process, as well as Canada's intention to rely on the Board's process, to the extent possible, to discharge Canada's duty to consult.
- The Board required that Trans Mountain extensively consult before filing its application so as to attempt to address potential impacts by way of project modifications and design.
- Participant funding was provided to the Indigenous applicants by both Canada and the Board.
- The Indigenous applicants were afforded the opportunity before the Board to provide oral traditional and written evidence, to ask questions of Trans Mountain and the Federal interveners, and to make both written and oral submissions. The Board's report formulated conditions to mitigate, avoid or otherwise address impacts on Indigenous groups, and explained how Indigenous concerns were considered and addressed.
- Canada ordered an extension of the legislative timeframe for the Governor in Council's decision and met and corresponded with the Indigenous applicants to

discuss concerns that may not have been adequately addressed by the Board and to work together to identify potential accommodation measures.

- Canada developed the Crown Consultation Report to inform government decision-makers and sought feedback from the Indigenous applicants on two draft versions of the Crown Consultation Report.
- Canada reviewed upstream greenhouse gas emission estimates for the Project, struck a Ministerial Panel to seek public input and held a workshop in Kamloops.
- Canada developed additional accommodation measures including an Indigenous Advisory and Monitoring Committee, the Oceans Protection Plan and the Action Plan for the Recovery of the Southern Resident Killer Whale.
- Canada gave written reasons for conditionally approving the Project that showed how Indigenous concerns were considered and addressed.

[551] While in *Gitxaala* this Court found that the consultation process followed for the Northern Gateway project fell well short of the mark, Canada submits that the flaws identified by the Court in *Gitxaala* were remedied and not repeated. Specific measures were taken to remedy the flaws found in the earlier consultation. Thus:

- i. Canada extended the consultation process by four months to allow deeper consultation with potentially affected Indigenous groups, greater public engagement and an assessment of the greenhouse gas emissions associated with the Project.
- ii. The Order in Council expressly stated that the Governor in Council was “satisfied that the consultation process undertaken is consistent with the honour of the Crown and that the concerns and interests have been appropriately accommodated”. Reasons for this conclusion were given in the Explanatory Note.
- iii. Canada shared its preliminary strength of claim assessments in August 2016 to allow Indigenous groups to comment on the assessments. Canada’s ultimate assessments were set out in the Crown Consultation Report.

- iv. Canada's officials met and dialogued with Indigenous groups. As well, several Ministers met with Indigenous groups. While the Governor in Council accepted the report of the National Energy Board, in addition to the Board's conditions the Crown Consultation Report contained a commitment to design, fund and implement an Indigenous Advisory and Monitoring Committee for the Project and the Explanatory Note referenced two new initiatives: the Economic Pathways Partnership and the Oceans Protection Plan.
- v. In order to ensure that the Governor in Council received accurate information, two drafts of the Crown Consultation Report were distributed for comment and Indigenous groups were invited to provide their own submissions to the Governor in Council.
- vi. The consultation was based on the unique facts and circumstances applicable to each Indigenous group. The Crown Consultation Report contained a detailed appendix for each potentially affected Indigenous group that dealt with: background information; a preliminary strength of claim assessment; a summary of the group's involvement in the Board and Crown Consultation process; a summary of the group's interests and concerns; accommodation proposals; the group's response to the Board's report; the potential impacts of the Project on the group's Indigenous interests; and the Crown's conclusions.

[552] I acknowledge significant improvements in the consultation process. To illustrate, in *Gitxaala* this Court noted, among other matters, that:

- requests for extensions of time were ignored (reasons, paragraphs 247 and 250);
- inaccurate information was put before the Governor in Council (reasons, paragraphs 255-262);
- requests for information went unanswered (reasons, paragraphs 272, 275-278);
- Canada did not disclose its assessment of the strength of the Indigenous parties' claim to rights or title or its assessment of the Project's impacts (reasons, paragraphs 288-309); and,

- Canada acknowledged that the consultation on some issues fell well short of the mark (reasons, paragraph 254).

[553] Without doubt, the consultation process for this project was generally well-organized, less rushed (except in the final stage of Phase III) and there is no reasonable complaint that information within Canada's possession was withheld or that requests for information went unanswered.

[554] Ministers of the Crown were available and engaged in respectful conversations and correspondence with representatives of a number of the Indigenous applicants.

[555] Additional participant funding was offered to each of the applicants to support participation in discussions with the Crown consultation team following the release of the Board's report and recommendations. The British Columbia Environmental Assessment Office also offered consultation funding.

[556] The Crown Consultation Report provided detailed information about Canada's approach to consultation, Indigenous applicants' concerns and Canada's conclusions. An individualized appendix was prepared for each Indigenous group (as described above at paragraph 551(vi)).

[557] However, for the reasons developed below, Canada's execution of Phase III of the consultation process was unacceptably flawed and fell short of the standard prescribed by the jurisprudence of the Supreme Court. As such, the consultation process fell short of the required mark for reasonable consultation.

[558] To summarize my reasons for this conclusion, Canada was required to do more than receive and understand the concerns of the Indigenous applicants. Canada was required to engage in a considered, meaningful two-way dialogue. Canada's ability to do so was constrained by the manner in which its representatives on the Crown consultation team implemented their mandate. For the most part, Canada's representatives limited their mandate to listening to and recording the concerns of the Indigenous applicants and then transmitting those concerns to the decision-makers.

[559] On the whole, the record does not disclose responsive, considered and meaningful dialogue coming back from Canada in response to the concerns expressed by the Indigenous applicants. While there are some examples of responsiveness to concerns, these limited examples are not sufficient to overcome the overall lack of response. The Supreme Court's jurisprudence repeatedly emphasizes that dialogue must take place and must be a two-way exchange. The Crown is required to do more than to receive and document concerns and complaints. As this Court wrote in *Gitxaala*, at paragraph 265, speaking of the limited mandate of Canada's representatives:

When the role of Canada's representatives is seen in this light, it is of no surprise that a number of concerns raised by Aboriginal groups—in our view, concerns very central to their legitimate interests—were left unconsidered and undiscussed. This fell well short of the conduct necessary to meet the duty to consult.

[560] Further, Phase III was to focus on two questions: outstanding concerns about Project-related impacts and any required incremental accommodation measures. Canada's ability to consult and dialogue on these issues was constrained by two further limitations: first, Canada's unwillingness to depart from the Board's findings and recommended conditions so as to

genuinely understand the concerns of the Indigenous applicants and then consider and respond to those concerns in a genuine and adequate way; second, Canada's erroneous view that it was unable to impose additional conditions on Trans Mountain.

[561] Together these three factors led to a consultation process that fell short of the mark and was, as a result, unreasonable. Canada then exacerbated the situation by its late disclosure of its view that the Project did not have a high level of impact on the established and asserted rights of the Indigenous applicants—a disclosure made two weeks before they were required to submit their final response to the consultation process and less than a month before the Governor in Council approved the Project.

[562] I begin the analysis by underscoring the need for meaningful two-way dialogue in the context of this Project and then move to describe in more detail the three significant impediments to meaningful consultation: the Crown consultation team's implementation of their mandate essentially as note-takers, Canada's reluctance to consider any departure from the Board's findings and recommended conditions, and Canada's erroneous view that it lacked the ability to impose additional conditions on Trans Mountain. I then discuss Canada's late disclosure of its assessment of the Project's impact on the Indigenous applicants. Finally, I review instances that show that as a result of these impediments the opportunity for meaningful dialogue was frustrated.

[563] The jurisprudence of the Supreme Court on the duty to consult is clear. The Indigenous applicants were entitled to a dialogue that demonstrated that Canada not only heard but also gave

serious consideration to the specific and real concerns the Indigenous applicants put to Canada, gave serious consideration to proposed accommodation measures, and explained how the concerns of the Indigenous applicants impacted Canada's decision to approve the Project. The instances below show how Canada fell short of its obligations.

(i) The need for meaningful two-way dialogue

[564] As a matter of well-established law, meaningful dialogue is a prerequisite for reasonable consultation. As explained above at paragraphs 499 to 501, meaningful consultation is not simply a process of exchanging information. Where, as in this case, deep consultation is required, a dialogue must ensue and the dialogue should lead to a demonstrably serious consideration of accommodation. The Crown must be prepared to make changes to its proposed actions based on information and insight obtained through consultation.

[565] The need for meaningful dialogue exists and operates in a factual context. Here, Phase III was a critically important part of the consultation framework. This was so for a number of reasons.

[566] First, Phase III was the first opportunity for the Indigenous applicants to dialogue directly with Canada about matters of substance, not process.

[567] Second, the Board's report did not deal with all of the subjects on which consultation was required. For example, the Board did not make any determinations about the nature and scope of asserted or established Indigenous rights, including title rights. Nor did the Board consider the

scope of the Crown's duty to consult or whether the duty was fulfilled. Nor did Trans Mountain in its application, or the Board in its report, assess how the residual effects of the Project, or the Project itself, could adversely impact traditional governance systems and claims to Aboriginal title (Crown Consultation Report, sections 1.4, 4.3.4 and 4.3.5). Canada was obliged to consult on these issues.

[568] Third, neither Trans Mountain nor the Board assessed the Project's impacts on a specific basis for each affected Indigenous group. Rather, Trans Mountain assessed the effects related to Project construction and operations (including potential accidents and malfunctions) that might impact biophysical resources and socio-economic components within the Project area, and the Indigenous uses, practices and activities associated with those resources. This approach was accepted by the Board (Board report, pages 51 to 52).

[569] Finally, Phase III began in earnest with the release of the Board's report and finalized conditions. This report contained findings of great importance to the applicants because the Board's findings led Canada to conclude that the Project had only a minor-to-moderate impact on the Indigenous applicants. As a matter of law, this conclusion directly affected both the depth of consultation required and the need for accommodation measures. The following two examples illustrate the importance of the Board's findings to the Indigenous applicants.

[570] The first example concerns the assessment of the Project's potential impact on freshwater fishing. The Board found that the proposed watercourse crossings designs, mitigation measures, reclamation activities and post-construction monitoring were appropriate and that they would



effectively reduce the extent of effects on fish and fish habitat. Watercourse crossings would be required to comply with federal and provincial laws and regulations and would require permits under the British Columbia *Water Sustainability Act*, S.B.C. 2014, c. 15. The Board agreed with Trans Mountain's self-assessment of the potential for serious harm in that the majority of proposed watercourse crossings would not constitute serious harm to fish for the purposes of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14 (Board report, pages 183 and 185).

[571] The Stó:lō have a constitutionally protected right to fish on the Fraser River, a right affirmed by the Supreme Court of Canada. In the Stó:lō appendix to the Crown Consultation Report, Canada concluded that Project construction and routine maintenance during operation would be expected to result in a minor-to-moderate impact on the Stó:lō's freshwater fishing and marine fishing and harvesting activities (Stó:lō appendix, pages 26 and 27). This assessment flowed directly from the Board's conclusion that Project-related activities could result in low-to-moderate magnitude effects on freshwater and marine fish and fish habitat and the Board's conclusion that its conditions, if the Project was approved, would either directly or indirectly avoid or reduce potential environmental effects on fishing activities (Stó:lō appendix, pages 24 and 25).

[572] The second example relates to the ability of Indigenous groups to use the lands, waters and resources for traditional purposes. The Board found that this ability would be temporarily impacted by construction and routine maintenance activities, and that some opportunities for certain activities, such as harvesting or accessing sites or areas of traditional land resource use, would be temporarily interrupted. The Board was of the view that these impacts would be short-

term, as they would be limited to brief periods during construction and routine maintenance, and that these effects would be largely confined to the Project footprint for the pipeline, associated facilities and the on-shore portion of the Westridge Marine Terminal site. The Board found these effects would be reversible in the short to long term, and low in magnitude (Board report, page 279). The Board also found that:

- Project-related pipeline, facility and Westridge Marine Terminal construction and operation, and marine shipping activities were likely to have low-to-moderate magnitude environmental effects on terrestrial, aquatic and marine species harvested by Indigenous groups as a whole (Board report, pages 204, 221 to 224 and 362);
- Construction of the Westridge Marine Terminal, the pipeline and associated facilities were likely to cause short-term temporary disruptions to Indigenous community members accessing traditional hunting, trapping and plant gathering sites (Board report, page 279); and,
- Project-related marine shipping activities were likely to cause temporary disruptions to activities or access to sites during the period of time Project-related tankers were in transit (Board report, page 362).

[573] Based on these findings, Canada concluded that the impact of Project construction and operation and Project-related marine shipping activities on Tsleil-Waututh's and Squamish's hunting, trapping and plant gathering activity would be negligible-to-minor. The Project's impact on these activities was assessed to be minor for the Stó:lō and SSN, and minor-to-moderate for Coldwater and Upper Nicola.

[574] The critical importance of the Board's findings to the Indigenous applicants mandated meaningful dialogue about those findings. I now turn to consider Canada's execution of Phase III of the consultation process, commencing with the mandate of the Crown consultation team.

(ii) The implementation of the mandate of the Crown consultation team

[575] While Canada submits that the members of the Crown consultation team were not mere note-takers, the preponderance of the evidence is to the effect that the members of the Crown consultation team acted on the basis that, for the most part, their role was that of note-takers who were to accurately report the concerns of the Indigenous applicants to the decision-makers.

[576] My review of the evidence begins with the explanation of the team's mandate found in the Crown Consultation Report. I then move to the evidence of the interactions between the Crown consultation team and the Indigenous applicants during the consultation process.

[577] First, a word of explanation about the source of the evidence cited below. Unless otherwise noted, the evidence comes from meeting notes prepared by Canada. It was Canada's practice to prepare meeting notes following each consultation meeting, to send the draft notes to the affected Indigenous group for comment, and then to revise the notes based on the comments received before distributing a final version. The parties did not take issue with the accuracy of meeting notes. As shown below, where there was any disagreement on what had been said, the minutes set out each party's view of what had been said.

a. The Crown Consultation Report

[578] Section 3.3.4 of the Crown Consultation Report dealt with Phase III of the consultation process. Under the subheading “Post-NEB Hearing Phase Consultation” the report stated:

... The mandate of the Crown consultation team was to listen, understand, engage and report to senior officials, Aboriginal group perspectives. The Minister of Natural Resources and other Ministers were provided a summary of these meetings.

b. The experience of Tsleil-Waututh

[579] At a meeting held on April 5, 2016, Erin O’Gorman of Natural Resources Canada “highlighted her mandate to listen and understand [Tsleil-Waututh’s] perspective on how consultations should be structured, and move this information for decision. No mandate to defend the current approach.”

[580] In the course of the introductions and opening remarks at a meeting held September 15, 2016, “Canada stressed that the Crown’s ultimate goal is to understand the position and concerns of the [Tsleil-Waututh] on the proposed Trans Mountain Expansion project.”

[581] At a meeting held on October 20, 2016, Canada’s representatives advised that “[o]ur intention is to provide a report to cabinet and include all first Nations consulted, we are open to having [Tsleil-Waututh] input review and representation in that report, together with mitigation and accommodation measures.” In response, a representative of Tsleil-Waututh “indicated he did not want consultations and a report of concerns to [Governor in Council]: that has occurred and

does not work.” The response of the federal representatives to this was that “it was sufficient to convey information to the [Governor in Council] depending on how it’s done.”

c. The experience of Squamish

[582] On October 6, 2016, the Major Projects Management Office and the British Columbia Environmental Assessment Office jointly wrote to Squamish in response to a letter from Squamish setting out its views on the outstanding deficiencies in the Board review process and requesting a review of the consultation approach the Crown was taking to inform forthcoming federal and provincial decisions in respect of the Project. Under the heading “Procedural Concerns” Squamish was advised:

The Crown Consultation Team’s objective has always been to work with Squamish and other Aboriginal groups to put forward the best information possible to decision makers within the available regulatory timeframe, via this Consultation and Accommodation Report. Comments and input provided by Squamish will help the Crown Consultation Team to accurately convey Squamish’s interests, concerns, and any specific proposals.

The Crown is now focused on validating the key substantive concerns of Squamish, and has requested feedback on an initial draft report so that the Crown can include draft conclusions in a subsequent revision that will include the Crown’s assessment of the seriousness of potential impacts from the Project on Aboriginal Interests, specific to each Aboriginal group.

...

At this stage in the process, following a four month extension of the federal legislated time limit, for a decision on the Project (required by December 19, 2016), we continue to want to ensure that Squamish’s substantive concerns with respect to the Project, [Board] report (including recommended terms and conditions), and related proposals for mitigation or accommodation are accurately and comprehensively documented in the Consultation and Accommodation Report.

(underlining added)

[583] At the only consultation meeting held with Squamish, Canada's consultation lead referenced the ethics the team abided by during each meeting with Indigenous groups: "honesty, truth, pursuing the rightful path and ensuring that accurate and objective, representative information is put before decision-makers."

[584] He later reiterated that "[i]t is the Crown's duty to ensure that accurate information on these outstanding issues is provided to decision-makers, including how Squamish perceives the project and any outstanding issues."

d. The experience of Coldwater

[585] At a meeting held with Coldwater on March 31, 2016, prior to the start of Phase III, the head of the Crown consultation team explained that:

... the work of the Crown consultation team, to develop a draft report that helps document the potential impacts of the project on [Coldwater] rights and interests, will be the vehicle through which the Crown documents potentially outstanding issues and accommodation proposals. It may appear as though the Crown is relying solely on the [Board] process, however it is not. It is leading its own consultation activities and will be overlaying a separate analytical framework (i.e. the impacts-on-rights lens).

[586] At a meeting on May 4, 2016, discussing, among other things, the effect of the Project on Coldwater's aquifer the Crown consultation team advised:

For specifics such as detailed routing, it is the [Board] which decides those. The responsibility that the Crown consultation team has is to make sure these issues are reflected in the Crown consultation report, so they can be considered by decision makers.

(underlining added)

After Coldwater expressed its strong preference for the West Alternative Canada's representatives responded that:

[t]his issue is one which is very detailed, and will need to be recorded carefully and accurately in the Crown consultation Report. The Crown consultation report can highlight that project routing is a central issue for Coldwater.

(underlining added)

[587] At a consultation meeting held on October 7, 2016, again in the context of discussions about Coldwater's aquifer, one of Canada's representatives:

... acknowledged that the aquifer hasn't been fully explored, but explained that the [Board] process has analysed the Project and that the Crown will not be taking an independent analysis beyond that. This is because the [Board] is a quasi-judicial tribunal with significant technical expertise. The Crown (federally and provincially) will not undertake an independent analysis of potential corridor routes. That said, the Crown will take Coldwater's concerns back to decision makers.

...

Coldwater asked what the point of consultation was if all that was coming from the Crown was a summary report to the [Governor in Council].

(underlining added)

[588] In the later stages of the meeting during a discussion headed "Overview of Decision Making", Coldwater stated that based on the discussion with the Crown to date it did not seem likely that there would be a re-analysis of the West Alternative or any of the additional analysis Coldwater had asked for. Canada's representatives responded that:

[The Crown's] position is that the detailed route hearing process and Condition 39 provide avenues to consider alternative routes, however the Crown is not currently considering alternative routes because the [Board] concluded that the applied for pipeline corridor is satisfactory. The Crown will ensure that Coldwater's concerns about the route are provided to the Cabinet, it will then be

up to Cabinet to decide if those concerns warrant reconsideration of the current route.

(underlining added)

e. The experience of Stó:lō

[589] An email sent from the Major Projects Management Office following an April 13, 2016, consultation meeting advised that:

The Crown consultation team for [the Trans Mountain expansion] and the forthcoming Ministerial Representative (or Panel) will hear views on the project and whether there are any outstanding issues not addressed in the [Board's] final report and conditions or [Environment Canada's] assessment of upstream greenhouse gas emissions. This will provide another avenue for participants to provide their views on the upstream [greenhouse gas] assessment for [Trans Mountain expansion]. Any comments will be received and given consideration by the Government of Canada.

(underlining added)

[590] On May 12, 2016, the Stó:lō wrote to the Minister of Natural Resources, the Honourable James Carr. It wrote about the Crown Consultation Report that:

... we understood [Canada's representative] Mr. Neil to say that the federal decision-maker will be the Governor-in-Council and that [Natural Resources Canada], further to this Crown consultation, will not make recommendations with respect to this project. Instead, its report to the Governor-in-Council will be a summary of what it heard during its consultations with aboriginal peoples with some commentary. We further understood Mr. Whiteside [another federal representative] to say that the Governor-in-Council cannot, based on Crown consultations, add or make changes to the Terms and Conditions of the project as set out by the [Board]. If we have misunderstood these representations, we would appreciate being informed in writing. If we have not misunderstood these representations, we believe that [Natural Resources Canada] is misinterpreting its constitutional obligations and the authority of federal decision-makers.

(underlining added)



[591] The Stó:lō went on to observe that “[a] high level of consultation means more than simply gathering information on aboriginal interests, cross checking those with the Terms and Conditions of the project and reporting those findings to the federal decision-maker.” And that “[a] simple ‘what we heard’ report is inadequate to this task and the Governor-in-Council must be aware of its obligation to either reject or make changes to the project to protect and preserve the aboriginal rights, title and interests of the Stó:lō Collective.”

[592] The Minister responded on July 15, 2016. The Minister agreed that addressing concerns required more than gathering and reporting information from consultation sessions and advised that if the Stó:lō Collective identified concerns that had not been fully addressed by the Board’s terms and conditions consultation would “include efforts to preserve the Aboriginal rights in question.” The Minister encouraged the Stó:lō Collective “to work with the Crown consultation team so that the Stó:lō Collective’s interests are fully understood and articulated in the Crown Consultation and Accommodation Report” (underlining added). The Minister added that “[a]ny accommodation measures or proposals raised during Crown consultations will be included in this report and will inform the Government’s decision on [the Project].”

f. The experience of Upper Nicola

[593] At a meeting held on March 31, 2016, after Chief McLeod expressed his desire for Upper Nicola’s “intentions to be heard by decision makers, and asked that all of the information shared today be relayed to Minister Carr”, Canada’s representatives responded that “senior decision makers are very involved in this project and the Crown consultation team would be relaying the outcomes and the meeting records from the meeting today up the line.” Canada’s Crown

consultation lead noted that “wherever possible he would like to integrate some of the Indigenous words Chief McLeod spoke about into the Crown consultation report as a mechanism to relay the important messages which the Chief is talking about.”

[594] At a meeting on May 3, 2016, immediately prior to the release of the Board’s report and recommendations, Canada’s consultation lead “reiterated the current mandate for the Crown consultation team, which is to listen, learn, understand, and to report up to senior decision makers” (underlining added). Upper Nicola’s legal counsel responded that “the old consultation paradigm, where the Crown’s officials meets with Aboriginal groups to hear from them their perspectives and then to report this information to decision makers, is no longer valid.”

[595] Towards the end of the meeting, in response to a question about a recent media story which claimed that the Prime Minister had instructed his staff to develop a strategy for approving Trans Mountain, a senior advisor to Indigenous and Northern Affairs Canada advised that he had “received no instructions from his department that would change his obligation as a public servant to ensure that he does all he can to remain objective and impartial and to ensure that the views of Aboriginal groups are appropriately and accurately relayed to decision makers.” The Crown consultation lead added that the “Crown consultation team has no view on the project. Its job is to support decision makers with accurate information” (underlining added).

g. The experience of SSN

[596] In an email of July 7, 2015, sent prior to the release of the Board’s draft conditions, SSN was advised by the Major Projects Management Office that the Federal “Crown’s consultation

will focus on an exchange of information and dialogue on two key documents”, the Board’s draft conditions and the draft Crown Consultation Report. With respect to the Crown Consultation Report, the email advised that the focus would be to determine “whether the Crown has adequately described the Aboriginal group’s participation in the process, the substantive issues they have raised and the status of those issues (including Aboriginal groups’ views on any outstanding concerns and residual issues arising from Phase III)” (underlining added).

[597] In a later email of June 17, 2016, SSN were informed that:

The objective of the Crown consultation team moving forward is to consult collaboratively in an effort to reach consensus on outstanding issues and related impacts on constitutionally protected Aboriginal and treaty rights, as well as options for accommodating any impacts on rights that may need to be considered as part of the decision-making process. The status of these discussions will be documented in a Consultation and Accommodation Report that will help inform future decisions on the proposed project and any accompanying rationale for the government’s decisions.

(underlining added)

h. Conclusion on the mandate of the Crown consultation team

[598] As this review of the evidence shows, members of the Crown consultation team advised the Indigenous applicants on a number of occasions throughout the consultation process that they were there to listen and to understand the applicants’ concerns, to record those concerns accurately in the Crown Consultation Report, and to pass the report to the Governor in Council. The meeting notes show the Crown consultation team acted in accordance with this role when discussing the Project, its impact on the Indigenous applicants and their concerns about the Project. The meeting notes show little or no meaningful responses from the Crown consultation team to the concerns of the Indigenous applicants. Instead, too often Canada’s response was to

acknowledge the concerns and to provide assurance the concerns would be communicated to the decision-makers.

[599] As this Court explained in *Gitxaala* at paragraph 279, Canada was required to engage, dialogue and grapple with the concerns expressed to it in good faith by the Indigenous groups impacted by the Project. Meaningful dialogue required someone representing Canada empowered to do more than take notes—someone able to respond meaningfully to the applicants’ concerns at some point in time.

[600] The exchanges with the applicants demonstrate that this was missing from the consultation process. The exchanges show little to facilitate consultation and show how the Phase III consultation fell short of the mark.

[601] The consultation process fell short of the required mark at least in part because the consultation team’s implementation of its mandate precluded the meaningful, two-way dialogue which was both promised by Canada and required by the principles underpinning the duty to consult.

- (iii) Canada’s reluctance to depart from the Board’s findings and recommended conditions and genuinely engage the concerns of the Indigenous applicants

[602] During Phase III each Indigenous applicant expressed concerns about the suitability of the Board’s regulatory review and environmental assessment. These concerns were summarized and reported in the appendix to the Crown Consultation Report maintained for each Indigenous

applicant (Tsleil-Waututh appendix, pages 7-8; Squamish appendix, page 4; Coldwater appendix, pages 4-5; Stó:lō appendix, pages 12-14; Upper Nicola appendix, pages 5-6; SSN appendix, page 4). These concerns related to both the Board's hearing process and its findings and recommended conditions. The concerns expressed by the Indigenous applicants included:

- The exclusion of Project-related shipping from the definition of the “designated project” which was to be assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.
- The inability to cross-examine Trans Mountain's witnesses, coupled with what were viewed to be inadequate responses by Trans Mountain to Information Requests.
- The Board's recommended terms and conditions were said to be deficient for a number of reasons, including their lack of specificity and their failure to impose additional conditions (for example, a condition that sacred sites be protected).
- The Board's findings were generic, thus negatively impacting Indigenous groups' ability to assess the potential impact of the Project on their title and rights.
- The Board's legislated timelines were extremely restrictive and afforded insufficient time to review the Project application and to participate meaningfully in the review process.
- The Board hearing process was an inappropriate forum for assessing impacts to Indigenous rights, and the Board's methods and conclusions regarding the significance and duration of the Project's impacts on Indigenous rights were flawed.

[603] However, missing from both the Crown Consultation Report and the individual appendices is any substantive and meaningful response to these concerns. Nor does a review of the correspondence exchanged in Phase III disclose sufficient meaningful response to, or dialogue about, the various concerns raised by the Indigenous applicants. Indeed, a review of the record of the consultation process discloses that Canada displayed a closed-mindedness when

concerns were expressed about the Board's report and was reluctant to depart from the findings and recommendations of the Board. With rare exceptions Canada did not dialogue meaningfully with the Indigenous applicants about their concerns about the Board's review. Instead, Canada's representatives were focused on transmitting concerns of the Indigenous applicants to the decision-makers, and nothing more. Canada was obliged to do more than passively hear and receive the real concerns of the Indigenous applicants.

[604] The evidence on this point comes largely from Tsleil-Waututh and Coldwater.

[605] I begin with the evidence of the Director of Tsleil-Waututh's Treaty, Lands and Resources Department, Ernie George. He affirmed that at a meeting held with representatives of Canada on October 21, 2016, to discuss Tsleil-Waututh's view that the Board's process was flawed such that the Governor in Council could not rely on its report and recommendations:

81. Canada expressed that it was extremely reluctant to discuss the fundamental flaws that [Tsleil-Waututh] alleged were present in relation to the [Board] process, and even prior to the meeting suggested that we might simply need to "agree to disagree" on all of those issues. In our view Canada had already determined that it was not willing to take any steps to address the issues that [Tsleil-Waututh] identified and submitted constituted deficiencies in the [Board] process, despite having the power to do so under CEAA and NEBA and itself stating that this was a realistic option at its disposal.

(underlining added)

[606] Mr. George was not cross-examined on his affidavit.

[607] Canada's reluctance was firmly expressed a few days later at a meeting held on October 27, 2016. Mr. George affirmed:

101. [Tsleil-Waututh] raised its concern that although the [Board] reached similar conclusions as [Tsleil-Waututh] that oil spills in Burrard Inlet would cause significant adverse environmental effects, it disagreed with Drs. Gunton and Broadbent's conclusions as to the likelihood of spills occurring. [Tsleil-Waututh] then asked Canada whether it agreed with those conclusions. Canada was unable to respond because it did not bring its risk experts to the meeting. [Tsleil-Waututh] rearticulated its view that such risks were far too high.

102. At this point, despite the critical importance of this issue, Canada advised [Tsleil-Waututh] that it was unwilling to revisit the [Board's] conclusions and would instead wholly rely on the [Board's] report on this issue. We stated that we did not accept Canada's position, that further engagement on this subject was required, and that we would be willing to bring our experts to a subsequent meeting to consider any new material or new technology that Canada might identify.

(underlining added)

[608] This evidence is consistent with the meeting notes prepared by Canada which reflect that Canada's representatives "indicated that government would rely on the [Board's] report". The notes then record that Tsleil-Waututh's representatives inquired "if the [Government of Canada] was going to rely on the [Board's] report, there was an openness to discuss matters related to gaps in the [Board's] report and what had been ignored." In response, "Canada acknowledged [Tsleil-Waututh's] views on the [Board] process, and indicated that it could neither agree or disagree: both [Tsleil-Waututh] and [Canada] had been intervenors and neither could know how the [Board] panel weighed information provided to it."

[609] Coldwater provided similar evidence relating to its efforts to consult with Canada about the Project's impacts on its aquifer at meetings held on May 4, 2016 and October 7, 2016.

[610] On May 4, 2016, representatives of Coldwater expressed their view that the West Alternative was a much better pipeline route that addressed issues the Board had not addressed

adequately. As set out above, Canada's representatives responded that for "specifics such as detailed routing, it is the [Board] which decides those" and added that "[t]he responsibility that the Crown consultation team has is to make sure these issues are reflected in the Crown consultation report, so they can be considered by decision makers."

[611] Canada again expressed the view that the Board's findings were not to be revisited in the Crown consultation process at the meeting of October 7, 2016. In response to a question about the West Alternative, Canada's representatives advised that in the Phase III consultation process it was not for Canada to consider the West Alternative as an alternate measure to mitigate or accommodate Coldwater's concerns. The meeting notes state:

The Crown replied that the [Board] concluded that the current route is acceptable; however the Panel imposed a condition requiring the Proponent to further study the interaction between the proposed pipeline and the aquifer. Tim Gardiner acknowledged that the aquifer hasn't been fully explored, but explained that the [Board] process has analyzed the Project and that the Crown will not be taking an independent analysis beyond that. This is because the [Board] is a quasi-judicial tribunal with significant technical expertise, the Crown (federally and provincially) will not undertake an independent analysis of potential corridor routes. That said, the Crown will take Coldwater's concerns back to decision makers.

(underlining added)

[612] Canada went on to express its confidence in Board Condition 39 and the detailed route hearing process.

[613] Later, in response to Coldwater's concern that the Board never considered the West Alternative, the meeting notes show that Canada's representatives:

... acknowledged Coldwater's concerns, and explained that when the West Alternative was no longer in the [Board's] consideration, the Crown was not able



to question that. [Mr. Whiteside] acknowledged that from Coldwater's perspective this leaves a huge gap. Mr. Whiteside went on to explain that the Proponent's removal of the West Alternative "is not the Crown's responsibility. We are confined to the [Board] report."

(underlining added)

[614] Finally, in the course of an overview of decision-making held at the end of the October 7, 2016 meeting, Canada advised it was not considering alternative routes "because the [Board] concluded that the applied for pipeline corridor is satisfactory." Canada added that "[t]he Crown will ensure that Coldwater's concerns about the route are provided to the Cabinet, [and] it will then be up to Cabinet to decide if those concerns warrant reconsideration of the current route."

[615] As this Court had already explained in *Gitxaala*, at paragraph 274, Canada's position that it was confined to the Board's findings is wrong. As in *Gitxaala*, Phase III presented an opportunity, among other things, to discuss and address errors, omissions and the adequacy of the recommendations in the Board's report on issues that vitally concerned the Indigenous applicants. The consequence of Canada's erroneous position was to seriously limit Canada's ability to consult meaningfully on issues such as the Project's impact on each applicant and possible accommodation measures.

[616] Other meeting notes do not record that Canada expressed its reluctance to depart from the Board's findings in the same terms to other Indigenous applicants. However, there is nothing inconsistent with this position in the notes of the consultation with the other applicants.

[617] For example, in a letter sent to Squamish by the Major Projects Management Office on July 14, 2015, it was explained that the intent of Phase III was:

... not to repeat or duplicate the [Board] review process, but to identify, consider and potentially address any outstanding concerns that have been raised by Aboriginal groups (i.e. concerns that, in the opinion of the Aboriginal group, have not been addressed through the [Board] review process).

[618] Later, Squamish met with the Crown consultation team on September 11, 2015, to discuss the consultation process. At this meeting Squamish raised concerns about, among other things, the adequacy of Canada's consultation process. In a follow-up letter counsel for Squamish provided more detail about the "Squamish Process"—a proposed process to enable consideration of the Project's impact upon Squamish's interests. The process included having community concerns inform the scope of the assessment with the goal of having these concerns substantively addressed by conditions placed on the Project proponent.

[619] Canada responded by letter dated November 26, 2015, in which it reiterated its position that:

... there are good reasons for the Crown to rely on the [Board's] review of the Project to inform the consultation process. This approach ensures rigour in the assessment of the potential adverse effects of the Project on a broad range of issues including the environment, health and socio-economic conditions, as well as Aboriginal interests.

[620] The letter went on to advise that:

Information from a formal community level or third-party review process can be integrated into and considered through the [Board] review process if submitted as evidence. For the Trans Mountain Expansion Project, the appropriate time to have done so would have been prior to the evidence filing deadline in May 2015.

[621] Canada went on to express its confidence that the list of issues, scope of assessment and scope of factors examined by the Board would inform a meaningful dialogue between it and Squamish.

[622] In other words, Canada was constrained by the Board's review of the Project. Canada required that evidence of any assessment or review process be first put before the Board, and any dialogue had to be informed by the Board's findings.

[623] A similar example is found in the Crown's consultation with Upper Nicola. At the consultation meeting held on September 22, 2016, Upper Nicola expressed its concern with the Board's economic analysis. The Director General of the Major Projects Management Office responded that "as a rule, the [Governor in Council] is deferential to the [Board's] assessment, but they are at liberty to consider other information sources when making their decision and may reach a different conclusion than the [Board]." The Senior Advisor from Indigenous and Northern Affairs Canada added that "the preponderance of detail in the [Board] report weighs heavy on Ministers' minds."

[624] No dialogue ensued about the legitimacy of Upper Nicola's concern about the Board's economic analysis, although Canada acknowledged "a strong view 'out there' that runs contrary to the [Board's] determination."

[625] Matters were left that if Upper Nicola could provide more information about what it said was an incorrect characterization of the economic rationale and Indigenous interests, this information would be put before the Ministers.

[626] Put another way, Canada was relying on the Board's findings. If Upper Nicola could produce information contradicting the Board that would be put before the Governor in Council; it would not be the subject of dialogue between Upper Nicola and Canada's representatives. Canada did not grapple with Upper Nicola's concerns, did not discuss with Upper Nicola whether the Board should be asked to reconsider its conclusion about the economics of the Project and did not explain why Upper Nicola's concern was found to lack sufficient merit to require Canada to address it meaningfully.

[627] As explained above at paragraph 491, Canada can rely on the Board's process to fulfil, in whole or in part, the Crown's duty to consult. However, reliance on the Board's process does not allow Canada to rely unwaveringly upon the Board's findings and recommended conditions. When real concerns were raised about the hearing process or the Board's findings and recommended conditions, Canada was required to dialogue meaningfully about those concerns.

[628] The Board is not immune from error and many of its recommendations were just that—proffered but not binding options for Canada to consider open-mindedly, assisted by its dialogue with the Indigenous applicants. Phase III of the consultation process afforded Canada the opportunity, and the responsibility, to dialogue about the asserted flaws in the Board's process and recommendations. This it failed to do.

- (iv) Canada's erroneous view that the Governor in Council could not impose additional conditions on the proponent

[629] Canada began and ended Phase III of the consultation process operating on the basis that it could not impose additional conditions on the proponent. This was wrong and limited the scope of necessary consultation.

[630] Thus, on May 25, 2015, towards the end of Phase II, the Major Projects Management Office wrote to Indigenous groups to provide additional information on the scope and timing of Phase III consultation. If Indigenous groups identified outstanding concerns after the Board issued its report, the letter described the options available to Canada as follows:

The Governor in Council has the option of asking the [National Energy Board] to reconsider its recommendation and conditions. Federal and provincial governments could undertake additional consultations prior to issuing additional permits and/or authorizations. Finally, federal and provincial governments can also use existing or new policy and program measures to address outstanding concerns.

[631] Canada expressed the position that these were the available options throughout the consultation process (see, for example, the meeting notes of the consultation meeting held on March 31, 2016, with Coldwater).

[632] Missing was the option of the Governor in Council imposing additional conditions on Trans Mountain.

[633] At a meeting held on April 13, 2016, after Canada's representatives expressed the view that the Crown could not add additional conditions, the Stó:lō's then counsel expressed the

contrary view. She asked that Canada's representatives verify with their Ministers whether Canada could attach additional conditions. By letter dated November 28, 2016 (the day before the Project was approved), Canada, joined by the British Columbia Environmental Assessment Office, advised that "the Governor in Council cannot impose its own conditions directly on the proponent as part of its decision" on the certificate of public convenience and necessity.

[634] This was incorrect. In *Gitxaala*, at paragraphs 163 to 168, this Court explained that when considering whether Canada has fulfilled its duty to consult, the Governor in Council necessarily has the power to impose conditions on any certificate of public convenience and necessity it directs the National Energy Board to issue.

[635] In the oral argument of these applications Canada acknowledged this power to exist, albeit characterizing it to be a power unknown to exist prior to this Court's judgment in *Gitxaala*.

[636] Accepting that the power had not been explained by this Court prior to its judgment in *Gitxaala*, that judgment issued on June 23, 2016, five months before Canada wrote to the Stó:lō advising that the Governor in Council lacked such a power and five months before the Governor in Council approved the Project. The record does not contain any explanation as to why Canada did not correct its position after the *Gitxaala* decision.

[637] The consequence of Canada's erroneous position that the Governor in Council lacked the ability to impose additional conditions on Trans Mountain seriously and inexplicably limited Canada's ability to consult meaningfully on accommodation measures.

- (v) Canada's late disclosure of its assessment of the Project's impact on the Indigenous applicants

[638] As explained above at paragraph 488, the depth of the required consultation increases with the seriousness of the potentially adverse effect upon the claimed title or right. Canada's assessment of the Project's effect on each Indigenous applicant was therefore a critical aspect of the consultation process.

[639] Canada ultimately assessed the Project not to have a high level of impact on the exercise of the Indigenous applicants' "Aboriginal Interests" (a term defined in the Crown Consultation Report to include "asserted or established Aboriginal rights, including title and treaty rights."). The Project was assessed to have a minor impact on the exercise of the Aboriginal Interests of Squamish and SSN, a minor-to-moderate impact on the Aboriginal Interests of Coldwater and Stó:lō and a moderate impact on the Aboriginal Interests of Tsleil-Waututh and Upper Nicola.

[640] This important assessment was not communicated to the Indigenous applicants until the first week of November 2016, when the second draft of the Crown Consultation Report was provided (the first draft contained placeholder paragraphs in lieu of an assessment of the Project's impact). Coldwater, Upper Nicola and SSN received the second draft of the Crown Consultation Report on November 1, 2016, Squamish and Stó:lō on November 3, 2016 and Tsleil-Waututh on November 4, 2016. Each was given two weeks to respond to the draft Crown Consultation Report.

[641] By this point in time Squamish, Coldwater, Stó:lō and SSN had concluded their consultation meetings with Canada and no further meetings were held.

[642] Tsleil-Waututh did have further meetings with Canada, but these meetings were for the specific purposes of discussing greenhouse gases, the economic need for the Project and the Oceans Protection Plan.

[643] Upper Nicola did have a consultation meeting with Canada on November 16, 2016, at which time it asked for an extension of time to respond to the second draft of the Crown Consultation Report. In response, Upper Nicola received a two-day extension until November 18, 2016, to provide its comments to Canada. Canada's representatives explained that "Cabinet typically requires material one month ahead of a decision deadline to enable time to receive and review the report, translate etc. and that we've already reduced this down to enable a second round of comments."

[644] Importantly, Canada's Crown consultation lead acknowledged that other groups had asked for more time and the request had been "communicated to senior management and the Minister loud and clear." Canada's consultation lead went on to recognize that the time provided to review the second draft "may be too short for some to contribute detailed comments". There is no evidence that Canada considered granting the requested extension so that the Indigenous groups could provide detailed, thoughtful comments on the second draft of the Crown Consultation Report, particularly on Canada's assessment of the Project's impact. Nor does the record shed any light on why Canada did not consider granting the requested extension. The



statutory deadline for Cabinet's decision was December 19, 2016, and the Indigenous applicants had been informed of this.

[645] Ultimately, the Governor in Council approved the Project on November 29, 2016.

[646] The consequence of Canada's late communication of its assessment of the Project's impact was mitigated to a degree by the fact that from the outset it had acknowledged, and continues to acknowledge, that it was obliged to consult with the Indigenous applicants at the deeper end of the consultation spectrum. Thus, the assessment of the required depth of consultation was not affected by Canada's late advice that the Project, in its view, did not have a high level of impact on the claimed rights and title of the Indigenous applicants.

[647] This said, without doubt Canada's view of the Project's impact influenced its assessment of both the reasonableness of its consultation efforts and the extent that the Board's recommended conditions mitigated the Project's potential adverse effects and accommodated the Indigenous applicants' claimed rights and title. For this reason, the late delivery of Canada's assessment of the Project's impact until after all but one consultation meeting had been held contributed to the unreasonableness of the consultation process.

[648] I now turn to review instances that illustrate Canada's failure to dialogue meaningfully with the Indigenous applicants.

## (vi) Canada's failure to dialogue meaningfully

## a. The experience of Tsleil-Waututh

[649] Tsleil-Waututh had conducted its own assessment of the Project's impact on Burrard Inlet and on Tsleil-Waututh's title, rights and interests and traditional knowledge. This assessment, based on the findings of six independent experts and the traditional knowledge of Tsleil-Waututh members, concluded, among other things that:

- The likelihood of oil spills in Burrard Inlet would increase if the Project is implemented, and because spilled oil cannot be cleaned up completely, the consequences in such circumstances would be dire for sensitive sites, habitat and species, and in turn for the Tsleil-Waututh's subsistence economy, cultural activities and contemporary economy.
- Any delay in spilled oil cleanup response would decrease significantly the total volume of oil which could be cleaned up, and in turn increase the negative effects and consequences of a spill.
- The direct effects of marine shipping are likely to add to the effects and consequences of spilled oil, which in turn will further amplify the negative effects of the Project on Tsleil-Waututh's title, rights and interests.
- Tsleil-Waututh could not accept the increased risks, effects and consequences of even another small incident like the 2007 spill at the Westridge Marine Terminal or the 2015 MV Marathassa oil spill, let alone a worst-case spill.

[650] In the view of Tsleil-Waututh, the Board erred by excluding Project-related shipping from the Project's definition. Tsleil-Waututh was also of the view that the Board's conditions did not address their concerns about marine shipping. For example, Tsleil-Waututh noted that very few of the Board's conditions set out desired outcomes. Rather, they prescribed a means to secure an unspecified outcome.

[651] At the consultation meeting of October 27, 2016, Canada's representatives repeatedly acknowledged Tsleil-Waututh's view that the Board's conditions were not sufficiently robust, that Project-related shipping ought to have been assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and that the Board's failure to do so resulted in the further failure to impose conditions on marine shipping.

[652] However, when the discussion turned to how to address Tsleil-Waututh's concerns, federal representatives noted that "proposals to strengthen marine shipping management, including nation to nation relationships, would take time to develop and strengthen." They went on to express optimism:

... that progress toward a higher standard of care could occur over the next few years with First Nations, at a nation to nation level, particularly on spill response and emergency preparedness capacities. As baseline capacities increased, risks would be reduced.

[653] This generic and vague response that concerns could be addressed in the future, outside the scope of the Project and its approval, was Canada's only response. Canada did not suggest any concrete measures, such as additional conditions, to accommodate Tsleil-Waututh's concerns about marine shipping.

[654] Nor did Canada propose any accommodation measures at the meeting of October 28, 2016. At this meeting, Tsleil-Waututh sought further discussion about the Project's definition because, in its view, this issue had to be resolved if the Project was to be sent back to the Board for reconsideration. Canada's representatives responded that this was a matter for consideration

by the Governor in Council and “it was understood that the scope of the [Board’s] review would be litigated.”

[655] Nor did Canada respond meaningfully to Tsleil-Waututh’s concerns in the Crown Consultation Report or in the Tsleil-Waututh appendix.

[656] The appendix, after detailing Tsleil-Waututh’s concerns responded as follows:

Sections 4.2.6 and 5.2 of this Report provide an overview of how the Crown has considered accommodation and mitigation measures to address outstanding issues identified by Aboriginal groups. Accommodations proposed by Tsleil-Waututh that the Crown has not responded to directly via letter will be otherwise actively considered by decision-makers weighing Project costs and benefits with the impacts on Aboriginal Interests.

(underlining added)

[657] Section 4.2.6 of the Crown Consultation Report referred to the proposed Indigenous Advisory and Monitoring Committee and to recognition of the historical impacts of the existing Trans Mountain pipeline. The nascent nature of the Indigenous Advisory and Monitoring Committee is shown by the listing of possible roles the committee “could” play.

[658] Section 5.2 of the Crown Consultation Report dealt with Canada’s assessment of the adequacy of consultation. It contains no response to Tsleil-Waututh’s specific concerns that the Board’s conditions were not sufficiently robust, that Project-related shipping ought to have been assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and that the Board’s failure to do this resulted in the further failure to impose conditions on marine shipping. Section 5.2 did

provide Canada's limited response to concerns about the appropriateness of the Board's review process:

With respect to perceived inadequacies in the [Board] review process, the Crown notes the Government's commitment to modernize the [Board] and to restore public trust in federal environmental assessment processes. The Crown further notes that consultations on these processes have been launched and will include the engagement of Indigenous groups. Overall, however, Government, through its Interim Strategy, indicated that no project proponent would be sent back to the beginning, which mean [*sic*] that project [*sic*] currently undergoing regulatory review would continue to do so within the current framework.

[659] Canada has not pointed to any correspondence in which it meaningfully addressed Tsleil-Waututh's concern that the Board's conditions were not sufficiently robust and that Project-related shipping should not have been excluded from the Project's definition.

[660] Tsleil-Waututh raised valid concerns that touched directly on its asserted title and rights. While Canada strove to understand those concerns accurately, it failed to respond to them in a meaningful way and did not appear to give any consideration to reasonable mitigation or accommodation measures, or to returning the issue of Project-related shipping to the Board for reconsideration.

[661] While Canada moved to implement the Indigenous Advisory and Monitoring Committee and the Oceans Protection Plan, these laudable initiatives were ill-defined due to the fact that each was in its early planning stage. As such, these initiatives could not accommodate or mitigate any concerns at the time the Project was approved, and this record does not allow consideration of whether, as those initiatives evolved, they became something that could meaningfully address real concerns.

b. The experience of Squamish

[662] At the one consultation meeting held in Phase III with Squamish on October 18, 2016, Squamish took the position throughout the meeting that it had insufficient information about the Project's impact on Squamish to make a decision on the Project or to discuss mitigation measures. Reference was made to a lack of information about the fate and behaviour of diluted bitumen if spilled in a marine environment. Squamish also expressed the view that the Governor in Council was equally unable to make a decision on the Project because of research and information gaps about diluted bitumen.

[663] Canada responded:

The Crown recognized that there are uncertainties and information gaps which factor into the project decision. Most decisions are not made with perfect certainty. For instance, fate and behaviour of diluted bitumen in the marine environment has been identified as an information gap. The Crown is happy to discuss the level of uncertainty but is unsure how the [Governor in Council] will weigh these issues, such as whether they will decide that uncertainties are acceptable for the project to move forward. It should be noted that the [Governor in Council] can send the [Board] recommendation and any terms and conditions back to the [Board] for reconsideration.

(underlining added)

[664] The meeting notes do not reflect that any discussion ensued about the fate and behaviour of diluted bitumen in water. This is not surprising because the Crown consultation team had effectively told Squamish that any discussion would not factor into the Governor in Council's deliberation and ultimate decision.

[665] In a letter dated the day before the Project was approved, Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office wrote jointly to Squamish responding to issues raised by Squamish. With respect to diluted bitumen the letter stated:

Squamish Nation has identified concerns relating to potential spills as well as the fate and behaviour of diluted bitumen. The [Board's] Onshore Pipeline Regulations (OPR) requires a company to develop and implement management and protection programs in order to anticipate, prevent, mitigate and respond to conditions that may adversely affect the safety and security of the general public, the environment, property and, company's personnel and pipelines. A company must follow the legal requirements identified in the *National Energy Board Act* and its associated regulations, other relevant standards, and any conditions contained within the applicable Project certificates or orders.

[666] This generic response is not a meaningful response to Squamish's concern that too little was known about how diluted bitumen would behave if spilled and that this uncertainty made it premature to approve the Project.

[667] The letter went on to review Board conditions, planned government initiatives (such as the Area Response Planning Initiative, Transport Canada's commitment to engage with British Columbia First Nations on issues related to marine safety and the Oceans Protection Program). The letter also referenced research that the Government of Canada was conducting on the behaviour and potential impacts of a diluted bitumen spill in a marine environment. While laudable initiatives, they too did not respond meaningfully to Squamish's concern that more needed to be known before the Project was approved.

[668] There is nothing in Canada's response to show that Squamish's concern about diluted bitumen was given real consideration or weight, and nothing to show any consideration was given to any meaningful and tangible accommodation or mitigation measures.

c. The experience of Coldwater

[669] Coldwater's concerns about the Project's impact on its aquifer were described above at paragraphs 609-610 in the context of Canada's unwillingness to depart from the Board's findings and recommended conditions.

[670] As explained at paragraph 610, when, during the consultation process, Coldwater suggested an alternate route for the pipeline that in its view posed less risk to its drinking water, Canada advised that it is the Board that decides pipeline routing, and the role of the Crown consultation team was to make sure the issue of an alternate route was reflected in the Crown Consultation Report so that it could be considered by the decision-makers.

[671] Later during the May 4, 2016 meeting, in response to a question from Coldwater about a detailed route hearing, Brian Nesbitt, a contractor made available to answer questions about the Board, responded:

Brian explained that the Governor in Council would approve the approved, detailed route, but that if someone doesn't agree with that route they can intervene, say a detailed route hearing is required, and propose an alternative route. He stated that the burden of proof is essentially flipped and the landowner has the onus to show that the best route is somewhere other than the approved route.

Brian provided an overview of the Detailed Route Approval Process (DRAP). Alternative routes, even outside the approved ROW corridor, can be proposed. In those cases it falls to the intervening party to make the case for why that route is the best one. In Brian's experience, these arguments have been made in past hearings and sometimes they are successful. He provided the example of a pipeline going through a wooded area where inner city kids would go. If an alternative route is identified in the detailed route hearing, the proponent has to apply for a variance. This might require Governor in Council decisions, depending on how the CPCN is worded. Brian emphasized that the burden of establishing a better route lies with the landowner.



(underlining added)

[672] A senior advisor for Indigenous and Northern Affairs Canada then agreed that Coldwater would require a very significant variance, a departure of about 10 kilometres from the approved pipeline right-of-way.

[673] Counsel for Coldwater, Melinda Skeels, then replied:

Melinda stated that it does not sound reasonable to expect Coldwater to mount the kind of evidence needed to make the case for that alternative. In her view, this issue needs to be addressed before a certificate is issued. It cannot wait until after.

Melinda stated that it did not seem like a detailed route hearing is a realistic option that would assist in addressing Coldwater's routing concerns.

*Coldwater's recollection is that:* Joseph, Tim and Ross were in general agreement, particularly given the significance of the variance and the fact that the onus would be shifted to Coldwater.

*The Crown's position is that:* The Crown officials would neither have agreed with or disagreed with the above statement.

[674] The senior advisor for Indigenous and Northern Affairs Canada responded:

... reflecting this concern in the Crown Consultation Report is one way to have it before decision makers prior to a decision on the certificate. He said that the routing issue goes to the heart of the CPCN and that the Crown may need to send the Project back to the [Board] to address this.

[675] As explained at paragraph 587 above, Coldwater's request for an analysis of the pipeline route was revisited at the October 7, 2016, consultation meeting. Canada acknowledged that the aquifer had not been fully explored, but expressed confidence in the Board's Condition 39.

[676] In response:

Coldwater expressed its concern that, given the momentum behind the project following a [Governor in Council] approval, it will take a major adverse finding in the Condition 39 report for the West Alternative to become viable. They argued that their aquifer concerns would not be sufficiently mitigated by moving the pipeline within the 150m approved route corridor as part of a detailed route hearing, because the West Alternative was well outside that recommended corridor. Coldwater asked if an approved route corridor had ever been changed because of a report released following a GIC approval.

The [Board] asserted that detailed route hearings in the past had led to routes being changed for various reasons; however he (Brian Nesbitt) was personally unaware of a route being moved outside an approved corridor. However, it is possible if the situation warrants.

...

The Crown replied that Condition 39 was put in place because the Board felt that evidence did not provide enough certainty about the impact of the Project on Coldwater's aquifer. That knowledge gap will have to be addressed, to the [Board's] satisfaction, prior to construction commencing. The Crown appreciates that the Condition does not provide certainty about the possibility of changing the pipeline corridor; however the presence of the Condition indicates that the [Board] is not satisfied with the information currently available.

(underlining added)

[677] In the Crown Consultation Report Canada acknowledged that a pipeline spill associated with the Project could result in minor to serious impacts to Coldwater's Aboriginal Interests:

The Crown acknowledges the numerous factors that would influence the severity and types of effects associated with a pipeline spill, and that an impacts determination that relates the consequences of a spill to specific impacts on Aboriginal Interests has a high degree of uncertainty. The Crown acknowledges that Coldwater relies primarily on an aquifer crossed by the Project for their drinking water, as well as subsistence foods and natural resources, and are at greater risk for adverse effects from an oil spill. To address the concerns raised by Coldwater during the post-[Board] Crown consultation period, [Environmental Assessment Office] proposes a condition that would require, in addition to [Board] Condition 39, characterization of the aquifer recharge and discharge sources and aquifer confinement, and include an assessment of the vulnerability of the aquifer.

(underlining added, footnote omitted)

[678] Throughout the consultation process, Canada worked to understand Coldwater's concerns, and the British Columbia Environmental Assessment Office imposed a condition requiring a second hydrogeological report for approval by it. However, missing from Canada's consultation was any attempt to explore how Coldwater's concerns could be addressed. Also missing was any demonstrably serious consideration of accommodation—a failure likely flowing from Canada's erroneous position that it was unable to impose additional conditions on the proponent.

[679] Canada acknowledged that the Project would be located within an area of Coldwater's traditional territory where Coldwater was assessed to have a strong *prima facie* claim to Aboriginal title. In circumstances where Coldwater would bear the burden of establishing a better route for the pipeline, and where the advice given to Coldwater by the Board's technical expert was that he was personally unaware of a route being moved out of the approved pipeline corridor, Canada placed its reliance on Condition 39, and so advised Coldwater. However, as Canada acknowledged, this condition carried no certainty about the pipeline route. Nor did the condition provide any certainty as to how the Board would assess the risk to the aquifer.

[680] At the end of the consultation process, and at the time the Project was approved, Canada failed to meaningfully engage with Coldwater, and to discuss and explore options to deal with the real concern about the sole source of drinking water for its Reserve.

d. The experience of Stó:lō

[681] As part of the Stó:lō's effort to engage with the Crown on the Project, Stó:lō prepared a detailed technical submission referred to as the "Integrated Cultural Assessment for the Proposed Trans Mountain Expansion Project", also referred to as "ICA". A copy of the ICA was filed with the Board.

[682] The ICA was based on surveys, interviews, meetings and workshops held with over 200 community members from approximately 11 Stó:lō bands. The ICA concluded that the Project posed a significant risk to the unique Indigenous way of life of the Stó:lō, threatening the cultural integrity and survival of core relationships at the heart of the Stó:lō worldview, identity, health and well-being. The ICA also contained 89 recommendations which, if implemented by Trans Mountain or the Crown, were believed by Stó:lō to mitigate the Project's adverse effects on Stó:lō.

[683] To illustrate the nature of the recommendations, section 17.2 of the ICA deals with recommendations to mitigate the Project's impact on fisheries. Section 17.2.1 deals with Management and Planning in the context of fisheries mitigation. The recommended Management and Planning mitigation measures are:

17.2.1 Management and Planning

5. Stó:lō Fishing representatives will participate in the development and review of Fisheries Management Plans and water course crossing EPPs before construction and mitigation plans are finalized.
6. Stó:lō representatives will provide input on proposed locations for Hydrostatic test water withdrawal and release.

7. [The proponent] will consult with Stó:lō representatives to develop the Emergency Response Plans in the study area.
8. Stó:lō representatives will consult with community members to determine appropriate restoration plans for water crossings including bank armouring, seed mixes or replanting requirements.
9. Stó:lō fishing representatives must be notified if isolation methods will not work and [the proponent] is considering another crossing method.
10. Stó:lō representatives must be notified as soon as a spill or leak, of any size, is detected.
11. During water quality monitoring program, anything that fails to meet or exceed established guidelines will be reported to a Stó:lō Fisheries Representative within 12 hours.

[684] These measures are specific, brief and generally measured and reasonable. If implemented they would provide more detail to the Board's generic conditions on consultation and require timely notification to the Stó:lō of events that may adversely impact their interests.

[685] During the Board's Information Request process, the Stó:lō pressed Trans Mountain to respond to their 89 recommendations but Trans Mountain did not provide a substantive response. Instead, Trans Mountain provided a general commitment to work with Stó:lō to develop a mutually-acceptable plan for implementation.

[686] The Board did not adopt any of the specific 89 recommendations made by the Stó:lō in its terms and conditions.

[687] At a meeting held with the Crown consultation team on April 13, 2016, before the release of the Board's report, the Stó:lō provided an overview of the development of the ICA and

expressed many concerns, including their dissatisfaction with their engagement with Trans Mountain.

[688] The Stó:lō representative stated that, among other things, Trans Mountain was directed by the Board to include Indigenous knowledge in Project planning, but did not. By way of example, the Stó:lō explained that the Fraser River is a tidal (at least up to Harrison River), meandering river, with a wandering gravel bed that is hydrologically connected to many wetlands and waterways crossed by the Project. A map of historical waterways was provided in the ICA, along with a table listing local and traditional knowledge of waterways crossed by the Project. None of this information was considered in Trans Mountain's technical reports. In Stó:lō's view, Trans Mountain's assumptions and maps about the Fraser River were wrong and did not include their traditional knowledge. A year after the ICA was provided to Trans Mountain the Stó:lō met with Trans Mountain's fisheries manager who had never seen the ICA or any of the technical information contained in it.

[689] Additionally, Stó:lō provided details about deficiencies identified in Trans Mountain's evidence filed with the Board about Stó:lō title, rights, interests and Project impacts. For example, Trans Mountain's evidence was to the effect that the Stó:lō had no traditional plant harvesting areas within the Project area. However, the ICA identified and mapped several plant gathering sites within the proposed pipeline corridor. Another example of a deficiency was Trans Mountain's evidence that there were no habitation sites in the Project area; however, the ICA mapped three habitation sites within the proposed pipeline corridor and two habitation sites located within 50 metres of the pipeline corridor.

[690] At a later consultation meeting held September 23, 2016, the Stó:lō reiterated that a key concern was their view that the Board's process had failed to hold the proponent accountable for integrating Stó:lō's traditional use information into the assessment of the Project. The draft Crown Consultation Report overlooked evidence filed by Stó:lō about their traditional land use. Instead, the report repeated oversights in Trans Mountain's evidence presented to the Board. For example, Stó:lō noted the Crown was wrong to state that "[n]o plant gathering sites were identified within the proposed pipeline corridor". The Stó:lō had explained this at the April 13, 2016 meeting.

[691] The Stó:lō Collective was not confident that Trans Mountain would follow through on commitments to include local Indigenous people or traditional knowledge in the development of the Project unless the Board's terms and conditions required Trans Mountain to regularly engage Stó:lō communities in a meaningful way.

[692] Canada's representatives confirmed that the Stó:lō Collective was looking for stronger conditions, more community-specific commitments and more accountability placed on Trans Mountain so that conditions proposed by Stó:lō became regulatory requirements.

[693] The Crown consultation team met with Stó:lō once after the release of the Board's report, on September 23, 2016.

[694] During this meeting the "Collective noted with great concern that the [Board] report came out May 19th, that the [Governor in Council's] decision is due Dec. 19th, and that the

Crown was just meeting now (Sept. 23) to consult on the [Board] report with so many potential gaps left to discuss and seek to resolve with tight timelines to do so”.

[695] At this meeting the Crown consultation team presented slides summarizing the Board’s conclusions. The Stó:lō noted their disagreement with the following findings of the Board:

- “Ability of Aboriginal groups to use the lands, waters and resources for traditional purposes would be ***temporarily impacted***” by construction and routine maintenance activities, and that some opportunities for certain activities such as harvesting or accessing sites or areas of [Traditional Land and Resource Use] will be ***temporary interrupted***.”;
- “Project’s contribution to potential broader cultural impacts related to access and use of natural resources is ***not significant***.”; and,
- “Impacts would be ***short term, limited to brief periods*** during construction and routine maintenance, ***largely confined to the Project footprint*** for the pipeline... Effects would be ***reversible in the short to long term, and low in magnitude***.”

(emphasis in original)

[696] The Stó:lō pointed to the potential permanent impact of the Project on sites of critical cultural importance to Stó:lō and the Project’s impacts related to access and use of natural resources.

[697] With respect to sites of critical cultural importance, the Stó:lō explained that none of the information contained in their ICA influenced the design of the Project or was included in the Project alignment sheets. The failure to include information about cultural sites on the Project alignment sheets meant that various geographic features known to Stó:lō and the proponent were not being factored into Project effects, or avoidance or mitigation efforts. In response to questions, Stó:lō confirmed that even though Trans Mountain was well aware of Stó:lō sites of



importance, as detailed in the ICA, Trans Mountain had not recognized them on the right-of-way corridor maps. Stó:lō believed this afforded the sites no protection if the Project was approved.

[698] With respect to Lightning Rock, a culturally significant spiritual and burial site, the Stó:lō noted that Trans Mountain planned to put a staging area in proximity to the site which, in the view of the Stó:lō, would obliterate the site. The Board had imposed Condition 77 relating to Lightning Rock. This condition required Trans Mountain to file a report outlining the conclusions of a site assessment for Lightning Rock, including reporting on consultation with the Stó:lō Collective. However, Stó:lō Cultural Heritage experts had not been able to meet with Trans Mountain to participate in Lightning Rock management plans since September 2015. This was a source of great frustration.

[699] The Stó:lō suggested that the Board's conditions should specifically list the Indigenous groups Trans Mountain was required to deal with instead of the generic "potentially affected Aboriginal groups" referenced in the Board's current conditions.

[700] The Stó:lō also requested that they be involved in selecting the Aboriginal monitors working within their territory as contemplated by the Board's conditions. For example, Condition 98 required Trans Mountain to file a plan describing participation by "Aboriginal groups" in monitoring construction of the Project. Stó:lō wanted to ensure these monitors were sufficiently knowledgeable about issues of importance to the Stó:lō.

[701] The September 23, 2016, meeting notes do not indicate any response or meaningful dialogue on the part of the Crown consultation team in response to any of Stó:lō's concerns and suggestions.

[702] Interestingly, at the November 16, 2016, consultation meeting with Upper Nicola, the last of the consultation meetings and the only consultation meeting held after Canada provided the second draft of the Crown Consultation Report setting out Canada's assessment of the Project's impacts, the Crown consultation lead explained:

... "potentially affected Aboriginal groups" has been noted by many Aboriginal groups as too vague in the recommended conditions, and this phrase is repeated throughout the 157 conditions. Makes reference to how the Crown's consultation and accommodation report does address specific Aboriginal groups. Discussed another point on the [Board] condition for "Aboriginal monitors"—where communities would not [*sic*] want locally knowledgeable Aboriginal people to fulfil this role and not someone from farther afield.

[703] Notwithstanding apparently widespread concern about the Board's generic use of the phrase "potentially affected Aboriginal groups" and the need for locally-selected Indigenous monitors, and despite Canada's ability to add new conditions that would impose the desired specificity, Canada failed to meaningfully consider such accommodation.

[704] Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office purported to respond to two of Stó:lō's concerns in their letter of November 28, 2016, to the Stó:lō: the concerns about Traditional Ecological Knowledge and sites of cultural importance.

[705] The Crown "acknowledges the Stó:lō Collective's view that the [Board] and the proponent overlooked traditional knowledge within the development of the [Board] conditions

and Project design.” The Crown discusses these issues in Sections III and IV of the Stó:lō Collective appendix (pages 13, 29 and 30 respectively).

[706] I deal with the Stó:lō appendix beginning at paragraph 712 below. As explained below, the Stó:lō appendix does not deal meaningfully with the concerns about Traditional Ecological Knowledge and sites of cultural importance.

[707] The Crown made two more points independent of the Stó:lō Collective appendix. First, it expressed its understanding that the Stó:lō could trigger a detailed route hearing. Second, it encouraged the Stó:lō Collective to continue discussions with the proponent.

[708] In connection with the detailed route hearing, the Crown advised that “[w]ithin the scope of such a hearing exists the potential for the right-of-way to move locations.” There are three points to make about this response. First, as explained above at paragraphs 380 to 384, at a detailed route hearing the right of way may only move within the approved pipeline corridor, otherwise an application must be made to vary the pipeline corridor; second, the onus at a detailed route hearing is on the person requesting the alteration; and, third, Canada failed to consider its ability to impose additional conditions, likely because it was operating under the erroneous view it could not. The ability to trigger a detailed route hearing provided no certainty about how potential adverse effects to areas of significant importance to the Stó:lō would be dealt with. This was not a meaningful response on Canada’s part.

[709] As to the Crown's suggestion that the Stó:lō Collective continue its discussions with the proponent, no explanation is given as to why this was believed to be an appropriate response to the concerns of the Stó:lō in light of the information they had provided as to the proponent's unwillingness to deal directly with them on a timely basis, or in some cases, at all.

[710] The November 28, 2016, letter also referenced the four accommodation measures the Stó:lō requested in their two-page submission to the Governor in Council. The first asked for a condition to "outline and identify specifics regarding Trans Mountain's collaboration with and resourcing of the Stó:lō Collective to update construction alignment sheets and EPPs to reflect information provided in the Integrated Cultural Assessment" (March 2014). The Stó:lō were told "The recommendations included in the Stó:lō Collective's two-page submission of November 17, 2016 will be provided directly to federal and provincial decision makers."

[711] Leaving aside the point that the letter was sent the day before the Project was approved, none of this is responsive, meaningful, two-way dialogue that the Supreme Court requires as part of the fulfillment of the duty to consult.

[712] Nor is any meaningful response provided in the Stó:lō appendix to the Crown Consultation Report. This is illustrated by the following two examples. First, while the appendix recites that the Stó:lō Collective recommended 89 actions that would assist Trans Mountain to avoid or mitigate adverse effects on their Aboriginal Interests there is no discussion or indication that Canada seriously considered implementing any of the 89 recommended actions, and no explanation as to why Canada did not consider implementing any Stó:lō specific

recommendation as an accommodation or mitigation measure. Second, while the appendix acknowledges that the Stó:lō provided examples of Traditional Ecological Knowledge which they felt the proponent and the Board ignored in the Project design, environmental assessment and mitigation planning, no analysis or response to the concern is given.

[713] In the portion of the appendix that deals with Canada's assessment of the Project's impacts on the Stó:lō, the Crown relies on the conclusions of the Board to find that the impacts of the Project would be up to minor-to-moderate. Thus, for instance, the appendix repeats the Board's conclusion that if the Project is approved, the Board conditions would either directly or indirectly avoid or reduce potential environmental effects associated with hunting, trapping and gathering. In an attempt to deal with the specific concerns raised by the Stó:lō about the adequacy of the Board's report and its conditions, the appendix recites that:

... the proponent would implement several mitigation measures to reduce potential effects to species important for the Stó:lō Collective's hunting, trapping, and plant gathering activities. The proponent is committed to minimizing the Project footprint to the maximum extent feasible, and all sensitive resources identified on the Environmental Alignment Sheets and environmental tables within the immediate vicinity of the [right-of-way] will be clearly marked before the start of clearing.

[714] While the second draft of the Crown Consultation Report was revised to reference the plant gathering sites identified by Stó:lō in the ICA and in the April and October consultation meetings, Canada continued to rely upon the Board's findings without explaining, for example, how the Board's finding that "Trans Mountain adequately considered all the information provided on the record by Aboriginal groups regarding their traditional uses and activities." (report, page 278) was reliable in the face of the information contained in the ICA.

[715] Nor does Canada explain the source of its confidence in the proponent's commitments in light of the concerns expressed by the Stó:lō that Trans Mountain had failed to follow through on its existing commitments and that without further conditions Stó:lō feared the proponent would not follow through with its commitments to the Board.

[716] With respect to the Stó:lō's concerns about a Project staging area at Lightning Rock, the appendix noted that Lightning Rock was protected by Board Condition 77 which required the proponent to file with the Board an archaeological and cultural heritage field investigation undertaken to assess the potential impacts of Project construction and operations on the Lightning Rock site. The appendix goes on to note that:

However, given that this is a sacred site with burial mounds, Stó:lō Collective have noted that any Project routing through this area is inappropriate given the need to preserve the cultural integrity of the site and the surrounding area. For the Stó:lō Collective, the site surrounding Lightning Rock should be a "no go" area for the Project.

[717] However, Stó:lō's position that Lightning Rock should be a "no go" area is left unresolved and uncommented upon by Canada.

[718] Another Stó:lō concern detailed by Canada in the appendix, but unaddressed, is the concern of the Stó:lō Collective that the locations of various other culturally important sites do not appear on Trans Mountain's detailed alignment sheets. Examples of such sites include bathing sites within the 150 metre pipeline right-of-way alignment at Bridal Veil Falls, and an ancient pit house located within the pipeline right-of-way. None of these sites are the subject of any Board condition.

[719] The appendix recites Canada's conclusion on these concerns of the Stó:lō as follows:

With regards to specific risk concerns raised by the Stó:lō Collective, the proponent would implement several mitigation measures to reduce potential effects on physical and cultural heritage resources important for the Stó:lō Collective's traditional and cultural practices. The proponent has also committed to reduce potential disturbance to community assets and events by implementing several measures that include avoiding important community features and assets during [right-of-way] finalization, narrowing the [right-of-way] in select areas, scheduling construction to avoid important community events where possible, communication of construction schedules and plans with community officials, and other ongoing consultation and engagement with local and Aboriginal governments.

[720] This is not meaningful, two-way dialogue in response to Stó:lō's real and valid concerns about matters of vital importance to the Stó:lō.

[721] Canada adopts a similar approach to its assessment of the Project's impact on freshwater fishing and marine fishing and harvesting at pages 24 to 27 of the Stó:lō appendix.

[722] The section begins by acknowledging the Stó:lō's deeply established connection to fishing and marine harvesting "which are core to Stó:lō cultural activities and tradition, subsistence and economic purposes."

[723] After summarizing each concern raised by the Stó:lō, Canada responds by adopting the Board's conclusions that the Project's impact will be low-to-moderate and that Board conditions will either directly or indirectly avoid or reduce potential environmental effects on fishing activities.

[724] In the course of this review Canada acknowledges the Board's finding that "Project-related activities could result in low to moderate magnitude effects on freshwater and marine fish and fish habitat, surface water and marine water quality." Appendix 12 to the Board report defines a moderate impact to be one that, among other things, noticeably affects the resource involved.

[725] Canada also acknowledges that during the operational life of the Project fishing and harvesting activities directly affected by the construction and operation of the Westridge Marine Terminal would not occur within the expanded water lease boundaries.

[726] Further, impacts on navigation, specifically in eastern Burrard Inlet, would exist for the lifetime of the Project, and would occur on a daily basis. Project-related marine vessels also would cause temporary disruption to the Stó:lō Collective's marine fishing and harvesting activities. These disruptions are said "likely to be temporary when accessing fishing sites in the Burrard Inlet that require crossing shipping lanes, as community members would be able to continue their movements shortly after the tanker passes." This too would occur on a daily basis if the Westridge Marine Terminal were to serve 34 Aframax tankers per month.

[727] Missing however from Canada's consultation analysis is any mention of the Stó:lō's constitutionally protected right to fish, and how that constitutionally protected right was taken into account by Canada. Also missing is any explanation as to how the consultation process affected the Crown's ultimate assessment of the impact of the Project on the Stó:lō. Meaningful



consultation required something more than simply repeating the Board's findings and conditions without grappling with the specific concerns raised by the Stó:lō about those same findings.

e. The experience of Upper Nicola

[728] Throughout the consultation process, Upper Nicola raised the issue of the Project's impact on Upper Nicola's asserted title and rights. The issue was raised at the consultation meetings of March 31, 2016, and May 3, 2016, but no meaningful dialogue took place. Canada's representatives advised at the March meeting that until the Board released its report Canada did not know how the Project could impact the environment and Upper Nicola's interests and so could not "yet extrapolate to how those changes could impact [Upper Nicola's] Aboriginal rights and title interests."

[729] The issue was raised again, after the release of the Board's report, at the consultation meeting of September 22, 2016. Upper Nicola expressed its disagreement with Canada's assertion in the first draft of the Crown Consultation Report that potential impacts on its title claim for the pipeline right-of-way included temporary impacts related to construction, and longer-term impacts associated with Project operation. In Upper Nicola's view, construction did not have a temporary impact on its claim to title. Upper Nicola also stated that Canada had examined the Project's impact on title without considering impacts on governance and management, and concerns related to title, such as land and water issues. The meeting notes do not record any response to these concerns.

[730] Nor did Canada respond meaningfully to Upper Nicola's position that the Project would render 16,000 hectares of land unusable or inaccessible for traditional activities. Upper Nicola viewed this to constitute a significant impact that required accommodation of their rights to stewardship, use and governance of the land and water. Canada's response was to acknowledge a letter sent to the Prime Minister in which numerous Indigenous groups had proposed a mitigation measure to ensure they would have a more active role in monitoring and stewardship of the Project. Canada stated that it saw merit in the proposal and that a response to the letter would be forthcoming.

[731] On November 18, 2016, Upper Nicola wrote to the Crown consultation lead to highlight its key, ongoing concerns with the Project and the consultation process. With respect to title, Upper Nicola wrote:

There were areas which the Crown has determined that we have a strong prima facie claim to Aboriginal title and rights. The Crown must therefore acknowledge the significant impacts and infringements of the Project to Upper Nicola/Syilx Title and Rights, including the incidents of Aboriginal title which include: the right to decide how the land will be used; the right of enjoyment and occupancy of the land; the right to possess the land; the right to the economic benefits of the land; and the right to proactively use and manage the land and adequately accommodate these impacts, concerns and infringements. This has not yet been done.

(underlining added)

[732] Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office wrote to Upper Nicola on November 28, 2016, the day before the Project was approved, to respond to the issues raised by Upper Nicola. The only reference to Upper Nicola's asserted title is this brief reference:

*Impacts and Mitigation:* In response to comments received, the Crown has reviewed its analysis and discussion in the Consultation and Accommodation Report on the direct and indirect impacts of the Project on Syilx (Okanagan) Nation's rights and other interests. In addition, Upper Nicola identified that the study titled "Upper Nicola Band Traditional Use and Occupancy Study for the Kingsvale Transmission Line in Support of the Trans Mountain Expansion Project" (Kingsvale TUOS) had not been specifically referenced in the Syilx (Okanagan) Nation appendix. Upper Nicola resent the Kingsvale TUOS to the Crown on Friday, November 18 and in response to this information, the Crown reviewed the Kingsvale TUOS, summarized the study's findings in Syilx (Okanagan) Nation's appendix, and considered how this information changes the expected impacts of the Project on Syilx (Okanagan) Nation's Aboriginal rights and title. As a result, conclusions were revised upward for Project impacts on Syilx (Okanagan) Nation's freshwater fishing activities, other traditional and cultural activities, as well as potential impacts on Aboriginal title.

(underlining added)

[733] No response was made to the request to acknowledge the Project's impacts and infringement of Upper Nicola's asserted title and rights.

[734] In the Upper Nicola appendix, Canada acknowledged that the Project would be located within an area of Syilx Nation's asserted traditional territory where Syilx Nation was assessed to have a strong *prima facie* claim to Aboriginal title and rights. Canada then asserted the Project to have "minor-to-moderate impact on Syilx Nation's asserted Aboriginal title to the proposed Project area." Canada did not address Upper Nicola's governance or title rights in any detail. Canada did refer to section 4.3.5 of the Crown Consultation Report but this section simply reiterates the Board's findings and conditions and the requirement that the proponent continue consultation "with potentially affected Aboriginal groups".

[735] Missing is any explanation as to why moderate impacts to title required no accommodation beyond the environmental mitigation measures recommended by the Board—mitigation measures that were generic and not specific to Upper Nicola.

[736] Throughout Phase III, Upper Nicola had proposed numerous potential mitigation measures and had requested accommodation related to stewardship, use and governance of the water. No response was given as to why Canada rejected this request. This was not meaningful, two-way dialogue or reasonable consultation.

f. The experience of SSN

[737] Canada met with SSN twice during Phase III. At the first meeting, on August 3, 2016, SSN expressed the desire to have consultation go beyond the environmental assessment process which they felt was insufficient to tackle the issues that affected their territory. SSN sought to move forward on a nation to nation basis and wished to formalize a nation to nation consultation protocol using the Project as a starting point for further consultation.

[738] In response, Canada and representatives of British Columbia asked that the SSN be prepared to review a draft memorandum of understanding for consultation about the Project (affidavit of Jeanette Jules, paragraph 70).

[739] The meeting notes reflect that at the first meeting on August 3, 2016, SSN also raised as accommodation or mitigation measures that: the Project conditions be more specific with respect to safety and emergency preparedness response, warning notifications to communities and

opportunities for training; and, that there be provision for both a spillage fee and a revenue tax imposed on the proponent for the benefit of SSN. The meeting notes do not reflect any dialogue or response from Canada to these proposals.

[740] On September 9, 2016, the Crown consultation lead sent a two-page draft memorandum of understanding to the SSN (two pages not including the signature page).

[741] At the second and last meeting on October 6, 2016, the SSN advised that they desired the proponent to submit to a review of the Project by the SSN, but that the proponent was unwilling to undergo another review. The SSN also repeated their desire for the federal and provincial Crowns to allow SSN to impose a resource development tax on proponents whose projects are located in the SSN's traditional territory. In response, the Crown raised the difficulty in implementing the tax and having the Project undergo assessment by the SSN before the mandated decision deadline of December 19, 2016.

[742] At this meeting Canada sought comments on the draft memorandum of understanding. Jeanette Jules, a counsellor with the Kamloops Indian Band swore in an affidavit filed in support of SSN's application for judicial review that:

At [the October 6, 2016] meeting, the majority of the time was spent on discussing the content of the [memorandum of understanding], that is, what would engagement with the Crowns on the Project look like. We did not spend any time discussing the routing of the pipeline Project at Pipsell or SSN's concerns about the taking up of new land in the Lac du Bois Grasslands Protected area, although I did voice concerns about those issues again at that meeting. At the end of the meeting, the Crowns committed to revising the [memorandum of understanding] and to setting up another meeting to discuss it with us.

(underlining added)

[743] The meeting notes state that toward the end of the meeting SSN expressed the desire to have a terrestrial spill response centre stationed in their reserve. SSN contemplated that funding for the centre should be raised through a per-barrel spillage fee charged on product flowing through the pipeline.

[744] Thereafter, no memorandum of understanding was finalized and no further meetings took place between Canada and the SSN. Ms. Jules swears that:

I fully expected that between our last meeting with Canada and the Province of BC and the [Governor in Council] decision to approve the Project, we would come to an agreement on the terms of a [memorandum of understanding] and have had meaningful engagement with the Crowns about pipeline routing and SSN's other concerns raised in its final argument.

[745] Ms. Jules was not cross-examined on her affidavit.

[746] In the November 28, 2016, letter sent to the SSN by Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office they wrote:

We also would like to take this opportunity to provide you with additional information or responses to concerns that Stk'emlúps te Secwépemc Nation has raised with the Crown.

At the October 6, 2016 meeting with SSN, in addition to reiterating SSN's plan on undertaking its own assessment of the project, SSN outlined a proposal for an SSN resource development tax that they charge directly to proponents whose projects are in their traditional territory, and that SSN wants the federal and provincial Crown's to make the jurisdictional room necessary for the tax to be implemented. These proposals have been added to the SSN specific appendix for consideration by decision makers.

[747] This is not a meaningful response to the proposals made by the SSN. The only response made to the resource development tax during the consultation meetings was the difficulty this

would pose to meeting Canada's decision deadline (notwithstanding that SSN had sought consultation on a broader basis than the Project—the Project was contemplated by SSN to be a starting point).

[748] The SSN appendix to the Crown Consultation Report faithfully records SSN's concerns about the review process, noting, in part, that:

SSN stated that the [Board] hearing process is an inappropriate forum for assessing impacts to their Aboriginal rights. SSN also expressed concern about the [Board] process' legislated timelines and the way these timelines were unilaterally imposed on them. SSN considers this timeline extremely restrictive and does not believe it affords SSN sufficient time to review the application and participate meaningfully in the review process. SSN has stated that their ability to participate in the process is further hampered by a lack of capacity funding from either the [Board] or the Crown. SSN has expressed a view that related regulatory (i.e. permitting) processes are not well-coordinated, which they believe results in an incomplete sharing of potential effects to SSN Interests. They refer to the perceived disconnected process between the proposed Project and proposed Ajax Mine application review. SSN are not satisfied with the current crown engagement model and the lack of addressing SSN's needs for a nation-to-nation dialogue about their concerns and interests, and have proposed that the Crown develop a [memorandum of understanding] to address these issues and provide a framework for the dialogue moving forward.

...

SSN have requested Nation-to-Nation engagement related to the broader issue of land management and decision making within their territory. SSN requested a consultation protocol agreement be developed, starting with a [memorandum of understanding] for Nation-to-Nation consultation, which would take the form of a trilateral agreement between SSN, BC and Canada. SSN recommended a framework of sustainable Crown funding to participate in the [memorandum of understanding] process, leading to a sustainable funding model to support ongoing land use management within SSN's territory.

At the October 6, 2016 meeting, SSN outlined a proposal for an SSN resource development tax that they charge directly to proponents whose projects are in their traditional territory. SSN wants the federal and provincial Crown's [*sic*] to make the jurisdictional room necessary for the tax to be implemented.

(underlining added)

[749] Missing from the appendix is any advice to the Governor in Council that Canada committed to providing a draft memorandum of understanding to SSN and any advice about the status of the memorandum of understanding. Also missing is any indication of what, if any, impact this had on Canada's view of the consultation process.

[750] In the SSN appendix Canada acknowledged that "the Project would be located within an area of Tk'emlúps te Secwe'pemc and Skeetchestn's traditional territory assessed as having a strong *prima facie* claim to Aboriginal title". Canada had also assessed its duty to consult SSN as being at the deeper end of the consultation spectrum.

[751] Notwithstanding, Canada did not provide any meaningful response to SSN's proposed mitigation measures, and conducted no meaningful, two-way dialogue about SSN's concerns documented on pages 3 to 7 of the SSN appendix.

[752] This was not reasonable consultation as required by the jurisprudence of the Supreme Court of Canada.

(vii) Conclusion on Canada's execution of the consultation process

[753] As explained above at paragraphs 513 to 549, the consultation framework selected by Canada was reasonable and sufficient. If Canada properly executed it, Canada would have discharged its duty to consult.



[754] However, based on the totality of the evidence I conclude that Canada failed in Phase III to engage, dialogue meaningfully and grapple with the concerns expressed to it in good faith by the Indigenous applicants so as to explore possible accommodation of these concerns.

[755] Certainly Canada's consultation team worked in good faith and assiduously to understand and document the concerns of the Indigenous applicants and to report those concerns to the Governor in Council in the Crown Consultation Report. That part of the Phase III consultation was reasonable.

[756] However, as the above review shows, missing was a genuine and sustained effort to pursue meaningful, two-way dialogue. Very few responses were provided by Canada's representatives in the consultation meetings. When a response was provided it was brief, and did not further two-way dialogue. Too often the response was that the consultation team would put the concerns before the decision-makers for consideration.

[757] Where responses were provided in writing, either in letters or in the Crown Consultation Report or its appendices, the responses were generic. There was no indication that serious consideration was given to whether any of the Board's findings were unreasonable or wrong. Nor was there any indication that serious consideration was given to amending or supplementing the Board's recommended conditions.

[758] Canada acknowledged it owed a duty of deep consultation to each Indigenous applicant. More was required of Canada.

[759] The inadequacies of the consultation process flowed from the limited execution of the mandate of the Crown consultation team. Missing was someone representing Canada who could engage interactively. Someone with the confidence of Cabinet who could discuss, at least in principle, required accommodation measures, possible flaws in the Board's process, findings and recommendations and how those flaws could be addressed.

[760] The inadequacies of the consultation process also flowed from Canada's unwillingness to meaningfully discuss and consider possible flaws in the Board's findings and recommendations and its erroneous view that it could not supplement or impose additional conditions on Trans Mountain.

[761] These three systemic limitations were then exacerbated by Canada's late disclosure of its assessment that the Project did not have a high level of impact on the exercise of the applicants' "Aboriginal Interests" and its related failure to provide more time to respond so that all Indigenous groups could contribute detailed comments on the second draft of the Crown Consultation Report.

[762] Canada is not to be held to a standard of perfection in fulfilling its duty to consult. However, the flaws discussed above thwarted meaningful, two-way dialogue. The result was an unreasonable consultation process that fell well short of the required mark.

[763] The Project is large and presented genuine challenges to Canada's effort to fulfil its duty to consult. The evaluation of Canada's fulfillment of its duty must take this into account.

However, in largest part the concerns of the Indigenous applicants were quite specific and focussed and thus quite easy to discuss, grapple with and respond to. Had Canada's representatives met with each of the Indigenous applicants immediately following the release of the Board's report, and had Canada's representatives executed a mandate to engage and dialogue meaningfully, Canada could well have fulfilled the duty to consult by the mandated December 19, 2016 deadline.

#### E. Remedy

[764] In these reasons I have concluded that the Board failed to comply with its statutory obligation to scope and assess the Project so as to provide the Governor in Council with a "report" that permitted the Governor in Council to make its decision whether to approve the Project. The Board unjustifiably excluded Project-related shipping from the Project's definition.

[765] This exclusion of Project-related shipping from the Project's definition permitted the Board to conclude that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of Project-related shipping. Having concluded that section 79 did not apply, the Board was then able to conclude that, notwithstanding its conclusion that the operation of Project-related vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale, the Project was not likely to cause significant adverse environmental effects.

[766] This finding—that the Project was not likely to cause significant adverse environmental effects—was central to its report. The unjustified failure to assess the effects of Project-related shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and the resulting flawed

conclusion about the environmental effects of the Project was critical to the decision of the Governor in Council. With such a flawed report before it, the Governor in Council could not legally make the kind of assessment of the Project's environmental effects and the public interest that the legislation requires.

[767] I have also concluded that Canada did not fulfil its duty to consult with and, if necessary, accommodate the Indigenous applicants.

[768] It follows that Order in Council P.C. 2016-1069 should be quashed, rendering the certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the Project a nullity. The issue of Project approval should be remitted to the Governor in Council for prompt redetermination.

[769] In that redetermination the Governor in Council must refer the Board's recommendations and its terms and conditions back to the Board, or its successor, for reconsideration. Pursuant to section 53 of the *National Energy Board Act*, the Governor in Council may direct the Board to conduct that reconsideration taking into account any factor specified by the Governor in Council. As well, the Governor in Council may specify a time limit within which the Board shall complete its reconsideration.

[770] Specifically, the Board ought to reconsider on a principled basis whether Project-related shipping is incidental to the Project, the application of section 79 of the *Species at Risk Act* to Project-related shipping, the Board's environmental assessment of the Project in the light of the

Project's definition, the Board's recommendation under subsection 29(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and any other matter the Governor in Council should consider appropriate.

[771] Further, Canada must re-do its Phase III consultation. Only after that consultation is completed and any accommodation made can the Project be put before the Governor in Council for approval.

[772] As mentioned above, the concerns of the Indigenous applicants, communicated to Canada, are specific and focussed. This means that the dialogue Canada must engage in can also be specific and focussed. This may serve to make the corrected consultation process brief and efficient while ensuring it is meaningful. The end result may be a short delay, but, through possible accommodation the corrected consultation may further the objective of reconciliation with Indigenous peoples.

#### F. Proposed Disposition

[773] For these reasons I would dismiss the applications for judicial review of the Board's report in Court Dockets A-232-16, A-225-16, A-224-16, A-217-16, A-223-16 and A-218-16.

[774] I would allow the applications for judicial review of the Order in Council P.C. 2016-1069 in Court Dockets A-78-17, A-75-17, A-77-17, A-76-17, A-86-17, A-74-17, A-68-17 and A-84-17, quash the Order in Council and remit the matter to the Governor in Council for prompt redetermination.

[775] The issue of costs is reserved. If the parties are unable to agree on costs they may make submissions in writing, such submissions not to exceed five pages.

[776] Counsel are thanked for the assistance they have provided to the Court.

“Eleanor R. Dawson”

---

J.A.

“I agree.

Yves de Montigny J.A.”

“I agree.

Judith Woods J.A.”

## APPENDIX

### National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7

52 (1) If the Board is of the opinion that an application for a certificate in respect of a pipeline is complete, it shall prepare and submit to the Minister, and make public, a report setting out

(a) its recommendation as to whether or not the certificate should be issued for all or any portion of the pipeline, taking into account whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity, and the reasons for that recommendation; and

(b) regardless of the recommendation that the Board makes, all the terms and conditions that it considers necessary or desirable in the public interest to which the certificate will be subject if the Governor in Council were to direct the Board to issue the certificate, including terms or conditions relating to when the certificate or portions or provisions of it are to come into force.

(2) In making its recommendation, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant, and may have regard to the following:

(a) the availability of oil, gas or any other commodity to the pipeline;

(b) the existence of markets, actual or potential;

(c) the economic feasibility of the

52 (1) S'il estime qu'une demande de certificat visant un pipeline est complète, l'Office établit et présente au ministre un rapport, qu'il doit rendre public, où figurent :

a) sa recommandation motivée à savoir si le certificat devrait être délivré ou non relativement à tout ou partie du pipeline, compte tenu du caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, du pipeline;

b) quelle que soit sa recommandation, toutes les conditions qu'il estime utiles, dans l'intérêt public, de rattacher au certificat si le gouverneur en conseil donne instruction à l'Office de le délivrer, notamment des conditions quant à la prise d'effet de tout ou partie du certificat.

(2) En faisant sa recommandation, l'Office tient compte de tous les facteurs qu'il estime directement liés au pipeline et pertinents, et peut tenir compte de ce qui suit :

a) l'approvisionnement du pipeline en pétrole, gaz ou autre produit;

b) l'existence de marchés, réels ou potentiels;

c) la faisabilité économique du

pipeline;

(d) the financial responsibility and financial structure of the applicant, the methods of financing the pipeline and the extent to which Canadians will have an opportunity to participate in the financing, engineering and construction of the pipeline; and

(e) any public interest that in the Board's opinion may be affected by the issuance of the certificate or the dismissal of the application.

(3) If the application relates to a designated project within the meaning of section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the report must also set out the Board's environmental assessment prepared under that Act in respect of that project.

(4) The report must be submitted to the Minister within the time limit specified by the Chairperson. The specified time limit must be no longer than 15 months after the day on which the applicant has, in the Board's opinion, provided a complete application. The Board shall make the time limit public.

(5) If the Board requires the applicant to provide information or undertake a study with respect to the pipeline and the Board, with the Chairperson's approval, states publicly that this subsection applies, the period that is taken by the applicant to comply with the requirement is not included in the calculation of the time limit.

(6) The Board shall make public the

pipeline;

d) la responsabilité et la structure financières du demandeur et les méthodes de financement du pipeline ainsi que la mesure dans laquelle les Canadiens auront la possibilité de participer au financement, à l'ingénierie ainsi qu'à la construction du pipeline;

e) les conséquences sur l'intérêt public que peut, à son avis, avoir la délivrance du certificat ou le rejet de la demande.

(3) Si la demande vise un projet désigné au sens de l'article 2 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, le rapport contient aussi l'évaluation environnementale de ce projet établi par l'Office sous le régime de cette loi.

(4) Le rapport est présenté dans le délai fixé par le président. Ce délai ne peut excéder quinze mois suivant la date où le demandeur a, de l'avis de l'Office, complété la demande. Le délai est rendu public par l'Office.

(5) Si l'Office exige du demandeur, relativement au pipeline, la communication de renseignements ou la réalisation d'études et déclare publiquement, avec l'approbation du président, que le présent paragraphe s'applique, la période prise par le demandeur pour remplir l'exigence n'est pas comprise dans le calcul du délai.

(6) L'Office rend publiques, sans



dates of the beginning and ending of the period referred to in subsection (5) as soon as each of them is known.	délai, la date où commence la période visée au paragraphe (5) et celle où elle se termine.
(7) The Minister may, by order, extend the time limit by a maximum of three months. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, by order, further extend the time limit by any additional period or periods of time.	(7) Le ministre peut, par arrêté, proroger le délai pour un maximum de trois mois. Le gouverneur en conseil peut, par décret pris sur la recommandation du ministre, accorder une ou plusieurs prorogations supplémentaires.
(8) To ensure that the report is prepared and submitted in a timely manner, the Minister may, by order, issue a directive to the Chairperson that requires the Chairperson to	(8) Afin que le rapport soit établi et présenté en temps opportun, le ministre peut, par arrêté, donner au président instruction :
(a) specify under subsection (4) a time limit that is the same as the one specified by the Minister in the order;	a) de fixer, en vertu du paragraphe (4), un délai identique à celui indiqué dans l'arrêté;
(b) issue a directive under subsection 6(2.1), or take any measure under subsection 6(2.2), that is set out in the order; or	b) de donner, en vertu du paragraphe 6(2.1), les instructions qui figurent dans l'arrêté, ou de prendre, en vertu du paragraphe 6(2.2), les mesures qui figurent dans l'arrêté;
(c) issue a directive under subsection 6(2.1) that addresses a matter set out in the order.	c) de donner, en vertu du paragraphe 6(2.1), des instructions portant sur une question précisée dans l'arrêté.
(9) Orders made under subsection (7) are binding on the Board and those made under subsection (8) are binding on the Chairperson.	(9) Les décrets et arrêtés pris en vertu du paragraphe (7) lient l'Office et les arrêtés pris en vertu du paragraphe (8) lient le président.
(10) A copy of each order made under subsection (8) must be published in the <i>Canada Gazette</i> within 15 days after it is made.	(10) Une copie de l'arrêté pris en vertu du paragraphe (8) est publiée dans la <i>Gazette du Canada</i> dans les quinze jours de sa prise.
(11) Subject to sections 53 and 54, the Board's report is final and conclusive.	(11) Sous réserve des articles 53 et 54, le rapport de l'Office est définitif et sans appel.
53 (1) After the Board has submitted its report under section 52, the	53 (1) Une fois que l'Office a présenté son rapport en vertu de l'article 52, le

Governor in Council may, by order, refer the recommendation, or any of the terms and conditions, set out in the report back to the Board for reconsideration.

gouverneur en conseil peut, par décret, renvoyer la recommandation ou toute condition figurant au rapport à l'Office pour réexamen.

(2) The order may direct the Board to conduct the reconsideration taking into account any factor specified in the order and it may specify a time limit within which the Board shall complete its reconsideration.

(2) Le décret peut préciser tout facteur dont l'Office doit tenir compte dans le cadre du réexamen ainsi que le délai pour l'effectuer.

...

...

54 (1) After the Board has submitted its report under section 52 or 53, the Governor in Council may, by order,

54 (1) Une fois que l'Office a présenté son rapport en application des articles 52 ou 53, le gouverneur en conseil peut, par décret :

(a) direct the Board to issue a certificate in respect of the pipeline or any part of it and to make the certificate subject to the terms and conditions set out in the report; or

a) donner à l'Office instruction de délivrer un certificat à l'égard du pipeline ou d'une partie de celui-ci et de l'assortir des conditions figurant dans le rapport;

(b) direct the Board to dismiss the application for a certificate.

b) donner à l'Office instruction de rejeter la demande de certificat.

(2) The order must set out the reasons for making the order.

(2) Le gouverneur en conseil énonce, dans le décret, les motifs de celui-ci.

(3) The order must be made within three months after the Board's report under section 52 is submitted to the Minister. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, by order, extend that time limit by any additional period or periods of time. If the Governor in Council makes an order under subsection 53(1) or (9), the period that is taken by the Board to complete its reconsideration and to report to the Minister is not to be included in the calculation of the time limit.

(3) Le décret est pris dans les trois mois suivant la remise, au titre de l'article 52, du rapport au ministre. Le gouverneur en conseil peut, par décret pris sur la recommandation du ministre, proroger ce délai une ou plusieurs fois. Dans le cas où le gouverneur en conseil prend un décret en vertu des paragraphes 53(1) ou (9), la période que prend l'Office pour effectuer le réexamen et faire rapport n'est pas comprise dans le calcul du délai imposé pour prendre le décret.

(4) Every order made under subsection

(4) Les décrets pris en vertu des

(1) or (3) is final and conclusive and is binding on the Board.	paragraphes (1) ou (3) sont définitifs et sans appel et lient l'Office.
(5) The Board shall comply with the order made under subsection (1) within seven days after the day on which it is made.	(5) L'Office est tenu de se conformer au décret pris en vertu du paragraphe (1) dans les sept jours suivant sa prise.
(6) A copy of the order made under subsection (1) must be published in the Canada Gazette within 15 days after it is made.	(6) Une copie du décret pris en vertu du paragraphe (1) est publiée dans la Gazette du Canada dans les quinze jours de sa prise.

**Canadian Environmental Assessment Act, 2012, S.C. 2012, c. 19, s.52**

2(1) designated project means one or more physical activities that	2(1) projet désigné Une ou plusieurs activités concrètes :
(a) are carried out in Canada or on federal lands;	a) exercées au Canada ou sur un territoire domanial;
(b) are designated by regulations made under paragraph 84(a) or designated in an order made by the Minister under subsection 14(2); and	b) désignées soit par règlement pris en vertu de l'alinéa 84a), soit par arrêté pris par le ministre en vertu du paragraphe 14(2);
(c) are linked to the same federal authority as specified in those regulations or that order.	c) liées à la même autorité fédérale selon ce qui est précisé dans ce règlement ou cet arrêté.
It includes any physical activity that is incidental to those physical activities.	Sont comprises les activités concrètes qui leur sont accessoires.
...	...
5 (1) For the purposes of this Act, the environmental effects that are to be taken into account in relation to an act or thing, a physical activity, a designated project or a project are	5 (1) Pour l'application de la présente loi, les effets environnementaux qui sont en cause à l'égard d'une mesure, d'une activité concrète, d'un projet désigné ou d'un projet sont les suivants :
(a) a change that may be caused to the following components of the environment that are within the	a) les changements qui risquent d'être causés aux composantes ci-après de l'environnement qui relèvent de la

legislative authority of Parliament:	compétence législative du Parlement :
(i) fish and fish habitat as defined in subsection 2(1) of the <i>Fisheries Act</i> ,	(i) les poissons et leur habitat, au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi sur les pêches</i> ,
(ii) aquatic species as defined in subsection 2(1) of the <i>Species at Risk Act</i> ,	(ii) les espèces aquatiques au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi sur les espèces en péril</i> ,
(iii) migratory birds as defined in subsection 2(1) of the <i>Migratory Birds Convention Act, 1994</i> , and	(iii) les oiseaux migrateurs au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs</i> ,
(iv) any other component of the environment that is set out in Schedule 2;	(iv) toute autre composante de l'environnement mentionnée à l'annexe 2;
(b) a change that may be caused to the environment that would occur	b) les changements qui risquent d'être causés à l'environnement, selon le cas :
(i) on federal lands,	(i) sur le territoire domanial,
(ii) in a province other than the one in which the act or thing is done or where the physical activity, the designated project or the project is being carried out, or	(ii) dans une province autre que celle dans laquelle la mesure est prise, l'activité est exercée ou le projet désigné ou le projet est réalisé,
(iii) outside Canada; and	(iii) à l'étranger;
(c) with respect to aboriginal peoples, an effect occurring in Canada of any change that may be caused to the environment on	c) s'agissant des peuples autochtones, les répercussions au Canada des changements qui risquent d'être causés à l'environnement, selon le cas :
(i) health and socio-economic conditions,	(i) en matière sanitaire et socio-économique,
(ii) physical and cultural heritage,	(ii) sur le patrimoine naturel et le patrimoine culturel,
(iii) the current use of lands and resources for traditional purposes, or	(iii) sur l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles,

(iv) any structure, site or thing that is of historical, archaeological, paleontological or architectural significance.

(iv) sur une construction, un emplacement ou une chose d'importance sur le plan historique, archéologique, paléontologique ou architectural.

...

...

19 (1) The environmental assessment of a designated project must take into account the following factors:

19 (1) L'évaluation environnementale d'un projet désigné prend en compte les éléments suivants :

(a) the environmental effects of the designated project, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the designated project and any cumulative environmental effects that are likely to result from the designated project in combination with other physical activities that have been or will be carried out;

a) les effets environnementaux du projet, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à celle d'autres activités concrètes, passées ou futures, est susceptible de causer à l'environnement;

(b) the significance of the effects referred to in paragraph (a);

b) l'importance des effets visés à l'alinéa a);

(c) comments from the public — or, with respect to a designated project that requires that a certificate be issued in accordance with an order made under section 54 of the *National Energy Board Act*, any interested party — that are received in accordance with this Act;

c) les observations du public — ou, s'agissant d'un projet dont la réalisation requiert la délivrance d'un certificat au titre d'un décret pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, des parties intéressées — reçues conformément à la présente loi;

(d) mitigation measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the designated project;

d) les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux négatifs importants du projet;

(e) the requirements of the follow-up program in respect of the designated project;

e) les exigences du programme de suivi du projet;

(f) the purpose of the designated project;

f) les raisons d'être du projet;

(g) alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible and the environmental effects of any such alternative means;	g) les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux;
(h) any change to the designated project that may be caused by the environment;	h) les changements susceptibles d'être apportés au projet du fait de l'environnement;
(i) the results of any relevant study conducted by a committee established under section 73 or 74; and	i) les résultats de toute étude pertinente effectuée par un comité constitué au titre des articles 73 ou 74;
(j) any other matter relevant to the environmental assessment that the responsible authority, or — if the environmental assessment is referred to a review panel — the Minister, requires to be taken into account.	j) tout autre élément utile à l'évaluation environnementale dont l'autorité responsable ou, s'il renvoie l'évaluation environnementale pour examen par une commission, le ministre peut exiger la prise en compte.
...	...
29 (1) If the carrying out of a designated project requires that a certificate be issued in accordance with an order made under section 54 of the <i>National Energy Board Act</i> , the responsible authority with respect to the designated project must ensure that the report concerning the environmental assessment of the designated project sets out	29 (1) Si la réalisation d'un projet désigné requiert la délivrance d'un certificat au titre d'un décret pris en vertu de l'article 54 de la <i>Loi sur l'Office national de l'énergie</i> , l'autorité responsable à l'égard du projet veille à ce que figure dans le rapport d'évaluation environnementale relatif au projet :
(a) its recommendation with respect to the decision that may be made under paragraph 31(1)(a) in relation to the designated project, taking into account the implementation of any mitigation measures that it set out in the report; and	a) sa recommandation quant à la décision pouvant être prise au titre de l'alinéa 31(1)a) relativement au projet, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle précise dans le rapport;
(b) its recommendation with respect to the follow-up program that is to be implemented in respect of the designated project.	b) sa recommandation quant au programme de suivi devant être mis en oeuvre relativement au projet.

...

31 (1) After the responsible authority with respect to a designated project has submitted its report with respect to the environmental assessment or its reconsideration report under section 29 or 30, the Governor in Council may, by order made under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*

(a) decide, taking into account the implementation of any mitigation measures specified in the report with respect to the environmental assessment or in the reconsideration report, if there is one, that the designated project

(i) is not likely to cause significant adverse environmental effects,

(ii) is likely to cause significant adverse environmental effects that can be justified in the circumstances, or

(iii) is likely to cause significant adverse environmental effects that cannot be justified in the circumstances; and

(b) direct the responsible authority to issue a decision statement to the proponent of the designated project that

(i) informs the proponent of the decision made under paragraph (a) with respect to the designated project and,

(ii) if the decision is referred to in subparagraph (a)(i) or (ii), sets out conditions — which are the implementation of the mitigation

...

31 (1) Une fois que l'autorité responsable à l'égard d'un projet désigné a présenté son rapport d'évaluation environnementale ou son rapport de réexamen en application des articles 29 ou 30, le gouverneur en conseil peut, par décret pris en vertu du paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* :

a) décider, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation précisées dans le rapport d'évaluation environnementale ou, s'il y en a un, le rapport de réexamen, que la réalisation du projet, selon le cas :

(i) n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants,

(ii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui sont justifiables dans les circonstances,

(iii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui ne sont pas justifiables dans les circonstances;

b) donner à l'autorité responsable instruction de faire une déclaration qu'elle remet au promoteur du projet dans laquelle :

(i) elle donne avis de la décision prise par le gouverneur en conseil en vertu de l'alinéa a) relativement au projet,

(ii) si cette décision est celle visée aux sous-alinéas a)(i) ou (ii), elle énonce les conditions que le promoteur est tenu de respecter relativement au

measures and the follow-up program set out in the report with respect to the environmental assessment or the reconsideration report, if there is one — that must be complied with by the proponent in relation to the designated project.

projet, à savoir la mise en oeuvre des mesures d'atténuation et du programme de suivi précisés dans le rapport d'évaluation environnementale ou, s'il y en a un, le rapport de réexamen.

**Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29**

77 (1) Despite any other Act of Parliament, any person or body, other than a competent minister, authorized under any Act of Parliament, other than this Act, to issue or approve a licence, a permit or any other authorization that authorizes an activity that may result in the destruction of any part of the critical habitat of a listed wildlife species may enter into, issue, approve or make the authorization only if the person or body has consulted with the competent minister, has considered the impact on the species' critical habitat and is of the opinion that

(a) all reasonable alternatives to the activity that would reduce the impact on the species' critical habitat have been considered and the best solution has been adopted; and

(b) all feasible measures will be taken to minimize the impact of the activity on the species' critical habitat.

(1.1) Subsection (1) does not apply to the National Energy Board when it issues a certificate under an order made under subsection 54(1) of the

77 (1) Malgré toute autre loi fédérale, toute personne ou tout organisme, autre qu'un ministre compétent, habilité par une loi fédérale, à l'exception de la présente loi, à délivrer un permis ou une autre autorisation, ou à y donner son agrément, visant la mise à exécution d'une activité susceptible d'entraîner la destruction d'un élément de l'habitat essentiel d'une espèce sauvage inscrite ne peut le faire que s'il a consulté le ministre compétent, s'il a envisagé les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce et s'il estime, à la fois :

a) que toutes les solutions de rechange susceptibles de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce ont été envisagées, et la meilleure solution retenue;

b) que toutes les mesures possibles seront prises afin de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce.

(1.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'Office national de l'énergie lorsqu'il délivre un certificat conformément à un décret pris en vertu du paragraphe 54(1) de la *Loi*



*National Energy Board Act.*

(2) For greater certainty, section 58 applies even though a licence, a permit or any other authorization has been issued in accordance with subsection (1).

...

79 (1) Every person who is required by or under an Act of Parliament to ensure that an assessment of the environmental effects of a project is conducted, and every authority who makes a determination under paragraph 67(a) or (b) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* in relation to a project, must, without delay, notify the competent minister or ministers in writing of the project if it is likely to affect a listed wildlife species or its critical habitat.

(2) The person must identify the adverse effects of the project on the listed wildlife species and its critical habitat and, if the project is carried out, must ensure that measures are taken to avoid or lessen those effects and to monitor them. The measures must be taken in a way that is consistent with any applicable recovery strategy and action plans.

(3) The following definitions apply in this section.

person includes an association, an organization, a federal authority as defined in subsection 2(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and any body that is set out in Schedule 3 to that Act.

*sur l'Office national de l'énergie.*

(2) Il est entendu que l'article 58 s'applique même si l'autorisation a été délivrée ou l'agrément a été donné en conformité avec le paragraphe (1).

...

79 (1) Toute personne qui est tenue, sous le régime d'une loi fédérale, de veiller à ce qu'il soit procédé à l'évaluation des effets environnementaux d'un projet et toute autorité qui prend une décision au titre des alinéas 67a) ou b) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* relativement à un projet notifie sans tarder le projet à tout ministre compétent s'il est susceptible de toucher une espèce sauvage inscrite ou son habitat essentiel.

(2) La personne détermine les effets nocifs du projet sur l'espèce et son habitat essentiel et, si le projet est réalisé, veille à ce que des mesures compatibles avec tout programme de rétablissement et tout plan d'action applicable soient prises en vue de les éviter ou de les amoindrir et les surveiller.

(3) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

personne S'entend notamment d'une association de personnes, d'une organisation, d'une autorité fédérale au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et de tout organisme mentionné à l'annexe 3 de

cette loi.

project means

projet

(a) a designated project as defined in subsection 2(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* or a project as defined in section 66 of that Act;

a) Projet désigné au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* ou projet au sens de l'article 66 de cette loi;

(b) a project as defined in subsection 2(1) of the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*; or

b) projet de développement au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*;

(c) a development as defined in subsection 111(1) of the *Mackenzie Valley Resource Management Act*.

c) projet de développement au sens du paragraphe 111(1) de la *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie*.

**FEDERAL COURT OF APPEAL**

**NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD**

<b>DOCKETS:</b>	A-78-17 (LEAD FILE); A-217-16; A-218-16; A-223-16; A-224-16; A-225-16; A-232-16; A-68-17; A-74-17; A-75-17; A-76-17; A-77-17; A-84-17; A-86-17
<b>STYLE OF CAUSE:</b>	TSLEIL-WAUTUTH NATION et al. v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA et al.
<b>PLACE OF HEARING:</b>	VANCOUVER, BRITISH COLUMBIA
<b>DATE OF HEARING:</b>	OCTOBER 2-5, 10, 12-13, 2017
<b>REASONS FOR JUDGMENT BY:</b>	DAWSON J.A.
<b>CONCURRED IN BY:</b>	DE MONTIGNY J.A. WOODS J.A.
<b>DATED:</b>	AUGUST 30, 2018

**APPEARANCES:**

Maxime Faille Scott A. Smith Paul Seaman	FOR THE APPLICANT, TSLEIL- WAUTUTH NATION
Susan Horne K. Michael Stephens Rebecca Robb	FOR THE APPLICANT, CITY OF VANCOUVER
Gregory McDade Michelle Bradley	FOR THE APPLICANT, CITY OF BURNABY
F. Matthew Kirchner Emma K. Hume Michelle Bradley	FOR THE APPLICANTS, THE SQUAMISH NATION (ALSO KNOWN AS THE SQUAMISH INDIAN BAND), XÀLEK/SEKYÚ SIYÁM, CHIEF IAN CAMPBELL

ON HIS OWN BEHALF AND ON  
BEHALF OF ALL MEMBERS OF  
THE SQUAMISH NATION,  
COLDWATER INDIAN BAND,  
CHIEF LEE SPAHAN IN HIS  
CAPACITY AS CHIEF OF THE  
COLDWATER BAND ON  
BEHALF OF ALL MEMBERS OF  
THE COLDWATER BAND

Crystal Reeves  
Elin Sigurdson

FOR THE APPLICANT  
UPPER NICOLA BAND

Jana McLean  
Joelle Walker

FOR THE APPLICANTS,  
AITCHELITZ, SKOWKALE,  
SHXWHÁ:Y VILLAGE,  
SOOWAHLIE, SQUIALA FIRST  
NATION, TZEACHTEN,  
YAKWEAKWIOOSE, SKWAH,  
CHIEF DAVID JIMMIE ON HIS  
OWN BEHALF AND ON BEHALF  
OF ALL MEMBERS OF THE  
TS'ELXWÉYEQW TRIBE

Sarah D. Hansen  
Megan Young

FOR THE APPLICANTS, CHIEF  
RON IGNACE AND CHIEF FRED  
SEYMOUR ON THEIR OWN  
BEHALF AND ON BEHALF OF  
ALL OTHER MEMBERS OF THE  
STK'EMLUPSEMC TE  
SECWEPEMC OF THE  
SECWEPEMC NATION

Margot Venton  
Dyna Tuytel

FOR THE APPLICANTS,  
RAINCOAST CONSERVATION  
FOUNDATION AND LIVING  
OCEANS SOCIETY

Jan Brongers  
Bruce Hughson  
Dayna Anderson  
Liliane Bantourakis  
Sarah Bird  
Jon Khan  
Ashley Caron

FOR THE RESPONDENT,  
ATTORNEY GENERAL OF  
CANADA

Maureen Killoran, Q.C.  
Olivia Dixon  
Sean Sutherland

FOR THE RESPONDENT, TRANS  
MOUNTAIN PIPELINE ULC

Paul Johnston  
Keith Bergner  
Toby Kruger

FOR THE RESPONDENT,  
NATIONAL ENERGY BOARD

Marta Burns  
Doreen Mueller

FOR THE INTERVENER,  
ATTORNEY GENERAL OF  
ALBERTA

Thomas R. Berger, O.C., Q.C.  
Monique Pongracic-Speier

FOR THE INTERVENER,  
ATTORNEY GENERAL OF  
BRITISH COLUMBIA

**SOLICITORS OF RECORD:**

Gowling WLG (Canada) LLP  
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANT, TSLEIL-  
WAUTUTH NATION

Hunter Litigation Chambers  
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANT, CITY OF  
VANCOUVER

Ratcliff & Company LLP  
North Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANT, CITY OF  
BURNABY

Ratcliff & Company LLP  
North Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANTS, THE  
SQUAMISH NATION (also known  
as the SQUAMISH INDIAN  
BAND), XÀLEK/SEKYÚ SIYÁM,  
CHIEF IAN CAMPBELL on his  
own behalf and on behalf of all  
members of the Squamish Nation,  
COLDWATER INDIAN BAND,  
CHIEF LEE SPAHAN in his  
capacity as Chief of the Coldwater  
Band on behalf of all members of  
the Coldwater Band

Mandell Pinder LLP  
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANT,  
UPPER NICOLA BAND

Miller Titerle + Company LLP  
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANTS,  
AITCHELITZ, SKOWKALE,

SHXWHÁ:Y VILLAGE,  
SOOWAHLIE, SQUIALA FIRST  
NATION, TZEACHTEN,  
YAKWEAKWIOOSE, SKWAH,  
CHIEF DAVID JIMMIE on his own  
behalf and on behalf of all members  
of the TS'ELXWÉYEQW TRIBE

Miller Thomson LLP  
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANTS, CHIEF  
RON IGNACE and CHIEF FRED  
SEYMOUR on their own behalf and  
on behalf of all other members of the  
STK'EMLUPSEMC TE  
SECWEPEMC of the  
SECWEPEMC NATION

Ecojustice  
Calgary, Alberta

FOR THE APPLICANTS,  
RAINCOAST CONSERVATION  
FOUNDATION AND LIVING  
OCEANS SOCIETY

Nathalie G. Drouin  
Deputy Attorney General of Canada

FOR THE RESPONDENT,  
ATTORNEY GENERAL OF  
CANADA

National Energy Board Legal Services  
Calgary, Alberta  
Osler, Hoskin & Harcourt LLP  
Calgary, Alberta

FOR THE RESPONDENT,  
NATIONAL ENERGY BOARD  
FOR THE RESPONDENT, TRANS  
MOUNTAIN PIPELINE ULC

Alberta Justice and Solicitor General  
Edmonton, Alberta

FOR THE INTERVENER,  
ATTORNEY GENERAL OF  
ALBERTA

Ministry of Justice  
Victoria, British Columbia

FOR THE INTERVENER,  
ATTORNEY GENERAL OF  
BRITISH COLUMBIA

# COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*,  
2011 BCCA 247

Date: 20110525  
Docket: CA038048

Between:

**Chief Roland Willson on his own behalf and on behalf of the members of the  
West Moberly First Nations and the West Moberly First Nations**

Respondents  
(Petitioners)

And

**Her Majesty the Queen in Right of The Province of British Columbia as  
represented by Al Hoffman, Chief Inspector of Mines, Victor Koyanagi,  
Inspector of Mines, and Dale Morgan, District Manager, Peace Forest  
District**

Appellants  
(Respondents)

And

**First Coal Corporation**

Respondent  
(Respondent)

And

**Treaty 8 First Nations of Alberta,  
Grand Council of Treaty #3, and  
Attorney General of Alberta**

Intervenors

Before: The Honourable Chief Justice Finch  
The Honourable Madam Justice Garson  
The Honourable Mr. Justice Hinkson

On appeal from: Supreme Court of British Columbia, March 19, 2010,  
(*West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*,  
2010 BCSC 359, Victoria Docket No. 09-4823)

Counsel for the Appellant, Province of British Columbia: K.J. Phillips, E.K. Christie

Counsel for the Respondent, First Coal Corporation: K.E. Clark, R. Robertson

Counsel for the Respondent, West Moberly First Nations: C.G. Devlin, T.H. Thielmann

Counsel for the Intervenor, Treaty 8 First Nations of Alberta: R.M. Kyle

Counsel for the Intervenor, Grand Council of Treaty #3: K.M. Brooks

For the Intervenor, Attorney General of Alberta: Written Submissions Only

Place and Dates of Hearing: Vancouver, British Columbia  
January 4, 5 and 6, 2011

Place and Date of Judgment: Vancouver, British Columbia  
May 25, 2011

**Written Reasons by:**  
The Honourable Chief Justice Finch

**Concurring Reasons by:**  
The Honourable Mr. Justice Hinkson (page 46 para. 169)

**Dissenting Reasons by:**  
The Honourable Madam Justice Garson (page 52, para. 186)

**Reasons for Judgment of the Honourable Chief Justice Finch:**  
**I. Introduction**

[1] The Province of British Columbia (“B.C.”) appeals from the order of the Supreme Court of British Columbia pronounced 19 March 2010 declaring the Crown to be in breach of its duties to consult and accommodate the petitioners, West Moberly First Nations, who are Treaty 8 First Nations, concerning decisions made by government officials at the request of the respondent First Coal Corporation. Two of those decisions, made by officials in the Ministry of Energy, Mines and Petroleum Resources (“MEMPR”) on 1 September 2009, and 14 September 2009, amended existing permits to allow First Coal to obtain a 50,000 tonne bulk sample of coal, and to engage in a 173 drill hole, five trench Advanced Exploration Program.



[2] The petitioners say those two decisions were made without proper consideration of their right to hunt caribou in the affected area as part of their traditional seasonal round, and without making adequate provision for the protection and restoration of those caribou, described as the Burnt Pine caribou herd.

[3] The order granted by the chambers judge is in the following terms:

THIS COURT DECLARES THAT:

1. The Respondent, Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia, as represented by Al Hoffman, Chief Inspector of Mines, Victor Koyanagi, Inspector of Mines and Dale Morgan, District Manager, Peace Forest District ("British Columbia") failed to consult adequately and meaningfully and failed to accommodate reasonably the Petitioners' hunting rights provided by Treaty No. 8 with respect to the Bulk Sample amendments and Advanced Exploration amendments to mining permit CX-9-022 and with respect to Occupant Licences to Cut L48261 and L48269.

THIS COURT ORDERS THAT:

2. The effect of the issuing of the amendment of September 14, 2009 permitting the Advanced Exploration Program is stayed and the effect of the Occupant Licenses to Cut is suspended for 90 days from March 19, 2010;
3. Within the said 90 day period, British Columbia, in consultation with the Petitioners, will proceed expeditiously to put in place a reasonable, active plan for the protection and augmentation of the Burnt Pine caribou herd, taking into account the views of the Petitioners, as well as the reports of British Columbia's wildlife ecologists and biologists Dr. Dale Seip and Pierre Johnstone; ...

[Emphasis added.]

[4] No stay was ordered in respect of the amended Bulk Sample Permit of 1 September 2009 but, as will appear below, it has not been acted upon.

[5] The third decision challenged by the petitioners in the court below, made on 8 October 2009 by the Deputy Minister of the Ministry of Forests and Range ("MOFR"), permitted First Coal to cut and clear up to 41 hectares of woodlands to facilitate the Advanced Exploration Program. The learned chambers judge held that the Deputy Minister's decision was made in accordance with the relevant statutory powers granted to him (paras. 65-70 of the reasons), but he stayed action under that permit for 90 days as well. This aspect of his ruling is not in issue on appeal, and we need not address that decision further in these reasons.

[6] On this appeal, as in the court below, B.C. acknowledges its duty to consult, and says that it was fulfilled. The Province says the learned chambers judge erred in interpreting the petitioners' Treaty 8 right to hunt as a "species specific right", and in holding that the petitioners' interests could only be accommodated in one specific way. It says the chambers judge also erred in holding the departmental officials to an unreasonable standard with regard to the scope of their delegated authority. They were not authorized to address all Aboriginal issues and concerns.

[7] As a result, B.C. says the chambers judge erred in holding that the Crown's consultation and accommodation was unreasonable.

[8] First Coal supports B.C.'s appeal against the judge's order. First Coal says the chambers judge erred in holding that the scope of the Crown's duty to consult included consideration of the cumulative effect of "past wrongs", and potential future developments, instead of focusing on the potential impact of the challenged permits. First Coal says further that the learned chambers judge erred in law by rejecting the plan put forward by First Coal, the Caribou Mitigation and Monitoring Plan ("CMMP"), as a reasonable form of accommodation.

[9] Alternatively, First Coal says the chambers judge erred by imposing a "sanction" upon it, in the form of the 90-day stay directed by paragraph 2 of the order, when it had done nothing wrong.

[10] B.C.'s appeal is also supported by the intervenor, the Attorney General of Alberta. It says the chambers judge misinterpreted the Treaty 8 right to hunt as species specific, and erred in deciding a public policy question, restoration of caribou, a matter within the authority of the other branches of government.

[11] In response, the petitioners say the learned chambers judge made no reversible error. He correctly determined the nature and scope of the petitioners' Treaty 8 right to hunt. He correctly determined the seriousness of the impact that the mining exploration would have on that right. And he correctly held that the consultation process was unreasonable, and that the proposed accommodation did not honourably balance the rights and interests at stake.

[12] The petitioners' position on this appeal is supported by two intervenors, Treaty 8 First Nations of Alberta, and Grand Council of Treaty #3.

[13] The notice of appeal was filed in these proceedings on 16 April 2010. The 90-day period stipulated by the chambers judge's order for putting in place a plan for the protection and augmentation of the Burnt Pine caribou herd ended on 19 June 2010.

[14] The Court was advised that during the 90-day period following the order there were discussions between the parties. B.C. and the petitioners agreed on the formation of a "knowledge team" and a "planning team" who were to recommend measures necessary to protect and augment the Burnt Pine caribou herd, and to restore the petitioners' treaty right to harvest caribou.

[15] On 18 June 2010, B.C. adopted one option of the planning team's report, which, we were told, did not meet the petitioners' objectives.

[16] On 25 June 2010, the petitioners issued a new petition (No. 10-2786 Victoria Registry) seeking a declaration that B.C. is in breach of the order made on 19 March 2010, the subject of this appeal, as well as various other relief including orders quashing the Bulk Sample Permit and Advanced Exploration Amending Permit, and an interim injunction against First Coal.

[17] That petition was amended on 23 July 2010.

[18] We are advised by counsel that they have agreed to hold proceedings under the new petition in abeyance pending the outcome of this appeal. Since the expiration of the 90-day stay period, the parties have conducted themselves by agreement, rather than by the terms of the order.

## **II. Background**

### ***A. The Petitioners***

[19] The West Moberly First Nations people are descendants of the Mountain Dunne-Za, also known as the Beaver Indians. The West Moberly First Nations' reserve is located at the westerly end of Moberly Lake. This area lies to the west of what is now Fort St. John, and roughly midway between Hudson's Hope and Chetwynd, B.C. To the southwest lies the town of Mackenzie, situated near the W.A.C. Bennett Dam at the southerly end of the Williston Reservoir (Lake).

[20] The Beaver Indians of Fort St. John adhered to Treaty 8 in 1900. The Hudson Hope Band of Beaver Indians adhered in 1914. The Hudson Hope Band separated into the West Moberly First Nations and the Halfway River First Nation in 1977.

[21] First Coal's proposed coal exploration activities are located at the Goodrich Central South property area, which lies about 50 kilometres southwest of the West Moberly Lake 168A Reserve, and within what the petitioners consider to be a preferred traditional hunting area.

[22] Historically, the Mountain Dunne-Za were hunters who followed game's seasonal migrations and redistributions based on their knowledge and understanding of animal behaviour. In their seasonal round, the Dunne-Za hunted ungulate species, including moose, deer, elk and caribou, in addition to birds and fish. Moose appears to have been the most important food source, but caribou hunting was important, especially in the spring. The animals were taken in large numbers when available, and the meat was preserved by drying. Dry meat was an important food source for the Mountain Dunne-Za year round.

[23] The Mountain Dunne-Za utilized all parts of the caribou, including the hide, internal organs, and bones. They used these materials to make clothing, bags, and a variety of tools and utensils.

[24] It appears that after the Bennett Dam and Williston Reservoir were created the caribou population of this region declined significantly. The petitioners' people hold the view that the reservoir cut off traditional migration routes for the caribou, depriving them of what had formerly been important habitat.

[25] The Mountain Dunne-Za valued the existence of all species, including caribou, and treated them and their habitat with respect. They knew where the caribou's calving grounds were, and where the winter and summer feeding grounds were located. The people felt and feel a deep connection to the land and all its resources, a connection they describe as spiritual. They regard the depopulation of the species they hunt as a serious threat to their culture, their identity and their way of life.

[26] Since about the 1970s, the West Moberly elders have imposed a ban on their people's hunting of caribou. Where the caribou once existed in abundance, the Burnt Pine caribou herd, of concern in these proceedings, is said now to consist of 11 animals. The petitioners' people recognize that unless the herd is protected and restored it is no longer possible to hunt these animals without risk of its extirpation.

#### *B. First Coal Corporation*

[27] First Coal is a federally incorporated company holding several provincial licences or tenures to explore for coal in an area near Chetwynd. The first *Mines Act*, R.S.B.C. 1996, c. 293, permit was issued to First Coal in June 2005. The exploration and sampling projects which are the subject of these proceedings are located within the petitioners' preferred traditional hunting ground.

[28] The original Bulk Sample Permit authorized First Coal to extract 100,000 tonnes of coal. The original Exploration Permit authorized construction of the "Spine Road" which traversed the high ground in the exploration area, and passed through important winter caribou habitat.

[29] The high ground is important winter caribou habitat because the ridges are windswept, reducing the depth of snow that caribou must dig through in order to uncover the ground lichen which is their source of food.

[30] In May 2008, First Coal applied to amend the Bulk Sample Permit from 100,000 tonnes to 50,000 tonnes. The judge found that the main reason for seeking this reduction was economic. The amendment would cut in half the time required to obtain the sample, and thus reduce the associated cost accordingly.

[31] In November 2008, First Coal applied to amend its Advanced Exploration Permit. The amendment would eliminate use of, and provide restoration of, the Spine Road. It would also allow for the drilling of 173 test holes, and the construction of a network of roads to provide access to the test hole sites.

[32] The taking of the proposed bulk sample had two purposes. The first purpose was to test the quality and economic viability of the coal in the proposed mining area. A second purpose was to test a new technology for the mining of coal known as the "Addcar System".

[33] The Addcar System is designed to replace both open pit mining, and underground mining by men. In the Addcar System, a series of trenches are dug at right angles to the coal seams on the mountainside. A “launch vehicle” is then positioned over the trench. The dimensions of the launch vehicle are not in evidence, but from the photographs it appears to be a large portable structure that contains a control room, a crew cabin, and a platform on which coal cars are placed and then “launched”. A drilling machine also launched from the platform extracts coal from the underground tunnels it digs, and loads the coal into a car which follows the drilling machine into the tunnel. As each coal car is filled, a new car is added to the underground coal train, hence the name “Addcar”.

[34] As this is new technology for First Coal, it wished to test it by removing the bulk sample.

[35] At the time of the hearing below, it was anticipated that the bulk sample of 50,000 tonnes would have been completed by the time judgment was delivered, no interim injunction having been sought or granted. However, the new technology did not work as expected, the cutting head was returned to the United States, and the bulk sampling was deferred.

[36] At the time of the hearing in this Court, the trenches have been dug but the bulk sample has not been extracted.

[37] When First Coal became aware of the petitioners’ opposition to the bulk sampling and exploration projects in June 2008, First Coal began developing plans to mitigate harm from the project and to monitor its effects upon the caribou. From 27 October 2008 to 1 May 2009, First Coal’s Caribou Mitigation and Monitoring Plan went through five versions.

[38] The CMMP is a report prepared by Aecom Canada Limited, a firm providing consulting services on wildlife biology and ecology. The plan provides information and opinion on the potential effects of First Coal’s amended Bulk Sample and Advanced Exploration Programs. It provides background information on the Burnt Pine caribou herd and its seasonal habitats, and it addresses the potential impacts of First Coal’s proposed activities on direct habitat loss, indirect habitat loss, and habitat fragmentation effects. The CMMP also provides advice on potential

mitigation measures, and a plan for monitoring the effects of the sampling and exploration programs on the caribou herd.

[39] The CMMP refers to (and may be regarded in part as a response to) the advice of two government experts: Dr. Dale Seip, a wildlife ecologist with the Province's Northern Interior Forest Region, and Pierre Johnstone, an ecosystem biologist employed by the Province's Ministry of the Environment ("MOE"). They are referred to in para. 3 of the judge's order, and parts of their reports are referred to at paras. 22 and 23 of the reasons for judgment. Dr. Seip's report of 25 September 2008 included this:

It is also necessary to understand what the longer term implications are for these caribou. The Goodrich property encompasses most of the core caribou habitat on Mt. Stephenson. Mining over this entire area would destroy a major portion of the core winter range for this caribou herd. It is short-sighted and misleading to evaluate this proposal for bulk sampling without also considering the longer term consequences of more widespread mining activity occurring over the entire property. [Emphasis added.]

### *C. The Consultation Process*

[40] The Aboriginal Relations Branch of MEMPR prepared a document reviewing developments and representations by various persons up to 20 July 2009. The document is titled "Considerations To Date". An appendix to that document is a "Consultation Log" which records a summary of communications among the four Treaty 8 First Nations in the area, First Coal, and the three government ministries engaged in the process, MEMPR, MOFR and MOE.

[41] The "Considerations" document records that "MEMPR has proceeded with consultation towards the deeper end of the consultation spectrum". It records West Moberly First Nations' opposition to the Bulk Sample and Exploration Project. The Considerations document records that "operational mine activities are not under current consideration":

#### *6.1.2 Operational Mine Activities Not Under Current Consideration*

Pierre Johnstone, R.P.Bio. Ecosystem Biologist, MOE, provided comments on the CMMP on February 13, 2009 as follows:

*"It is reasonable to expect that mining beyond the Bulk Sample will occur in the future. Given this, assessment of impacts should include the full use scenario, where all available coal is mined; the additional assessments and/or mitigation that "may be required" (p.1) should be described.*

*Furthermore, to more accurately characterize potential impacts to Caribou, FCC should consider potential impacts that could be expected if all their tenured property was developed, in the context of existing and proposed development in the region.”*

(see APPENDIX VI for complete comments)

A decision on the present application does not authorize full scale mining activity on the Central South Property. Any proposal to move towards an operating mine by FCC will be subject to further assessment and review through the Environmental Assessment (EA) process. Further mitigation and accommodation activities may be considered if the Central South Property is considered under the EA process for authorization to mine. The impacts of mining exploration and bulk sample activities are measured on the merits and impacts of the proposed activity alone and not potential future activities of greater impact. It is only through completion of the Bulk Sample process that FCC will be able to undertake their appropriate due diligence and consider whether to apply for further mine development.

[Italic emphasis in original.]

[42] With respect to the cumulative effects of prior events, the Considerations document states:

#### Cumulative Impacts

WMFN links the decline of the caribou to a number of cumulative factors including habitat loss and fragmentation of habitat due to logging, industrial development and other impacts and in particular the construction of the WAC Bennett Dam and the creation and flooding of the Williston Reservoir.

MOE's Pierre Johnstone in his June 19, 2009 letter states, *“the cumulative effects of any incremental increase to habitat alienation have not been analyzed to fully appreciate potential impacts.”*

MEMPR recognizes that the issue of cumulative impacts has been raised by WMFN and MOE, but it is beyond the scope of the review of this Project to fully assess cumulative impacts in the WMFN traditional territory. This Project has a relatively small footprint relative to other activities, and potentially impacts 0.69% of the caribou in the WMFN traditional territory. However, MEMPR is committed to facilitating and/or participating in land use planning and cumulative impact assessments through the Economic Benefits Completed Agreements.

[Italic emphasis in original.]

[43] The Considerations document records the petitioners' submissions, and the Crown's obligations flowing from the *Constitution Act, 1982*, and from Treaty 8. It refers to the petitioners' cultural connection to caribou, and the risk of potential extirpation of the Burnt Pine caribou herd.



[44] The document ends with a summary of the accommodation measures proposed respectively by West Moberly First Nations and by MEMPR:

Accommodation Measures proposed by WMFN

The following are drawn from statements from the Initial Submissions that could be considered as proposed accommodation measures.

- Accommodation should include rejection of FCC application;
- WMFN should be given the opportunity to participate in the decision making process;
- Consultation as a form of accommodation;
- Recovery of the Burnt-Pine Caribou herd; and
- Re-location of FCC activities.

Accommodation Measures Taken or Proposed by MEMPR

- Consultation at the higher end of the spectrum;
- Application of CMMP;
- Reduction of the Bulk Sample permit by 50%;
- Closures of the Spine Road;
- Use of ADDCAR system;
- Consideration of WMFN's extensive input including the Initial Submissions in the decision making process;
- Through promotion, facilitation and participation in planning processes flowing from the EBA [Economic Benefits Agreement] as well as through the Caribou Task Force, MEMPR will work towards addressing the issues of:
  - cumulative impacts;
  - a Caribou Recovery Plan;
  - land use planning; and
  - the location of FCC and other companies' activities.

*D. Rationale for MEMPR's Decisions*

[45] On 1 September 2009, the Chief Inspector of Mines, Al Hoffman, issued the amendment to Permit CX-9-022, permitting First Coal to obtain the 50,000 tonne bulk sample from the "Goodrich Properties". On 14 September the Inspector of Mines, Victor Koyanagi, issued an amendment to the Exploration Permit authorizing First Coal's proposed drilling program.

[46] The rationale for these amending decisions was dated 4 September 2009, and was sent to the petitioners by e-mail on 9 September 2009. The rationale records that in addition to West Moberly First Nations, other interested First Nations were Halfway River First Nation (HRFN), Saúlteau First Nation (SFN) and Macleod Lake Indian Band (MLIB). The rationale includes the following:

### 3.0 Assessment of degree of impact

In assessing any potential impacts to aboriginal interests associated with the proposed activity, we have considered the following relevant factors:

- the project is located on a coal lease on Crown land;
- the project is located within core caribou habitat reorganized under the Forests and Range Act;
- the project is located within the Treaty 8 area;
- the availability of caribou and other ungulate species in the project area; and
- the project involves significant additional disturbance on a previously modified site.

The key concern expressed by First Nations, and WMFN in particular, was impacts to the Burnt-Pine Caribou Herd.

### 4.0 Approach to Consultation

In consideration of the legal framework set out in the *Mikisew* decision regarding consultation with Treaty First Nations and the degree of impact to Treaty rights, MEMPR has proceeded generally with consultation towards the low end of the consultation spectrum set out in the *Haida* decision. However, due to WMFN's level of concern regarding the potential impacts on the Burnt-Pine Caribou Herd, MEMPR has proceeded with consultation with WMFN on the issue of impacts to caribou towards the deeper end of the consultation spectrum.

### 5.0 Consultation and Accommodation Summary

MEMPR has been engaged with the four T8 FNs in discussions on the proposed project for over four years. The level of concern among the four T8 FNs has been mixed. The WMFN have voiced their opposition to the proposed project, primarily due to the potential impacts to the Burnt-Pine Caribou Herd. Both the MLIB and HRFN have a positive work relationship with FCC and have signed MOUs in support of the Project. Likewise, SFN has a positive work relationship with FCC and has entered into MOU negotiations with FCC.

...

#### 5.3 Response to West Moberly First Nations' "Initial Submission"

In June 2009, MEMPR received a 90+ page confidential document from WMFN entitled "Initial Submission: I want to eat Caribou before I die". WMFN identified issues with MEMPR's consultation process and requested that MEMPR respond to the Initial Submission in writing. MEMPR provided its response to WMFN on July 20, 2009 and met with WMFN on August 5 and 12, 2009 to discuss issues raised in the Initial Submission.

Specifically, WMFN raised the crown's obligation to consult and the nature and constitutional protection of their rights under Treaty 8 (1899) with a focus on their defined right around hunting, trapping and fishing. MEMPR has recognized its obligations and carried out meaningful consultation towards the deeper end of the spectrum with WMFN on the issue of impacts to the Burnt-Pine Caribou Herd.

#### 5.4 Accommodation Measures

The key interest related to this Project is the impact on the Burnt-Pine Caribou Herd. The following accommodation measures have been taken to reduce the impact of the Project on the Burnt-Pine Caribou Herd.

#### Caribou Mitigation and Monitoring Plan

FCC hired a wildlife consultant to prepare a Caribou Mitigation and Monitoring Plan (the CMMP) in response to concerns of the four T8 FNs. The purpose of the CMMP is to minimize the impact of the mining activities on the Burnt-Pine Caribou Herd during the advanced exploration and Bulk Sample programs. The CMMP also outlines mitigation measures to avoid or limit effects and monitoring programs designed to ensure that mining activities do not have a significant impact on the Burnt-Pine Caribou Herd, and to increase understanding of habitat use, distribution, movements and population dynamics of the Burnt-Pine Caribou Herd.

FCC presented the CMMP to the four T8 FNs and staff at MEMPR, MOFR, and MOE on January 20<sup>th</sup>, 2009. At that time FCC requested that the four T8 FNs and government staff review the CMMP and provide FCC with their comments.

...

As part of the CMMP, FCC established a Burnt-Pine Caribou Task Force. The purpose of the Task Force is to review monitoring results in the context of past and ongoing research on the Burnt-Pine Caribou Herd, and to discuss other ways in which FCC can assist in the recovery of the population. Membership on the Task Force has been offered to the four T8 FNs, MEMPR, MOE and MOFR.

Since January 20, 2009, the four T8 FNs and government staff have provided FCC with comments on the CMMP and it is currently in its 5th revision. The CMMP will continue to be reviewed based on comments by the four T8 FNs, MEMPR, MOE, MOFR.

On April 30, 2009 a meeting was held in Fort St. John facilitated by FCC to explain the revisions to the CMMP and the Reclamation Plan. This meeting was attended by MEMPR, MOE, MOFR and the representatives from the four First Nations.

#### Amendment to Bulk Sample Permit Application

FCC initially applied for a 100,000 tonne Bulk Sample permit. To reduce the impact on the Burnt-Pine Caribou Herd, FCC has reduced their Bulk Sample permit to 50,000 tonnes. This will result in reduced impact by limiting the number of trenches to one instead of two, will result in approximately 50% waste rock and will reduce the traffic required to move the Bulk Sample.

#### Closure of Spine Road

Through discussions with MOE and MOFR, FCC recognized the significance of the wind-swept ridge to caribou. As the spine road is located on the wind-swept ridge, to minimize and limit impacts to the caribou, FCC agreed to discontinue use of and prohibit activities on the spine road (excepting reclamation as outlined in the CMMP).

[47] Thus, the “rationale” expresses MEMPR’s reasons for granting the amended Bulk Sample and Advanced Exploration Permits. This is the decision that was subjected to judicial review in the court below.

### **III. Reasons for Judgment**

[48] The learned chambers judge held that the consultation provided was not meaningful (para. 49). He held the petitioners were not given sufficient time to consider First Coal’s project, and the CMMP.

[49] He also held the Crown had failed to accommodate reasonably:

[51] ... I conclude that at least since June of 2009, when the West Moberly presented a detailed report of the danger to that herd and its relationship to their treaty protected right to hunt, the Crown’s failure to put in place an active plan for the protection and rehabilitation of the Burnt Pine herd is a failure to accommodate reasonably.

[52] While First Coal’s “Mitigation and Monitoring Plan” is a step in the direction of protecting critical caribou habitats, as the Crown itself stated in the “Considerations to Date” document of July 20, 2009, there is currently no rehabilitation program in effect for the Burnt Pine herd.

[53] I conclude that a balancing of the treaty rights of Native peoples with the rights of the public generally, including the development of resources for the benefit of the community as a whole, is not achieved if caribou herds in the affected territories are extirpated.

[54] Further, here the Crown has delegated its duty towards First Nations peoples to departmental officials. But in so doing it has not given those officials the authority to consider fully the First Nations concerns, nor the power to accommodate those concerns. The same July 20, 2009, document which states that the Ministry of Energy, Mines and Petroleum Resources recognizes that the cumulative impacts of First Coal’s project upon West Moberly’s traditional territory have been raised by both West Moberly and the Ministry of the Environment, states that it is “beyond the scope of this project to fully assess” those impacts.

[55] The honour of the Crown is not satisfied if the Crown delegates its responsibilities to officials who respond to First Nations’ concerns by saying the necessary assessment of proposed “taking up” of areas subject to treaty rights is beyond the scope of their authority.

[Emphasis added.]

[50] The judge considered in some detail the CMMP and comments on it by the government experts, Dr. Seip and Mr. Johnstone. He concluded that because there was no recovery plan for the Burnt Pine caribou herd, as the Crown

conceded, the CMMP could not be seen as a reasonable accommodation (para. 59).

[51] The judge said the right to hunt had to be “meaningful”, which included a right to hunt in its traditional territories:

[62] Nor can the suggestion that the Burnt Pine herd constitutes only a minor part of the hunting potential for the West Moberly prevail. As noted in para. 15 above, the Supreme Court of Canada has stated that a meaningful right to hunt means a right to hunt in “its” (here West Moberly’s) traditional territories. The area impacted by the First Coal project includes a portion of West Moberly’s traditional seasonal round of hunting caribou, and impacts not only hunting for food, but upon the use of caribou for other cultural and practical reasons. It is not an accommodation to say “hunt elsewhere”.

[63] ... Thus, in the case at bar, the Court is required to take into account West Moberly’s treaty protected right to hunt, including the traditional seasonal round, and the impact of these decisions upon that right. Here, I conclude that treaty protected right is the right is [*sic*] to hunt caribou in the traditional seasonal round in the territory effected [*sic*] by the First Coal Operation.

[52] As to remedy, the judge held that quashing the amended permits would not strike the proper balance (para. 78). He held:

[78] The Court may quash a decision should it be found there has not been appropriate consultation or accommodation: *Klahoose First Nation v. Sunshine Coast Forest District (District Manager)* 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110, *Kwikwetlem First Nation v. British Columbia (Utilities Commission)*, 2009 BCCA 68, [2009] 9 W.W.R. 92. However, I conclude such an order in this case would not constitute a proper balancing of the rights of the petitioners with other First Nations, and the public, including First Coal.

[79] Rather, I conclude that a pragmatic and reasonable step is to stay the effect of the issuing of the amendment of September 14, 2009 permitting the Advanced Exploration Program, and to suspend the effect of the licence to cut, for a determined period to permit and to mandate a proper accommodation of West Moberly’s concerns with respect to the Burnt Pine herd.

...

[82] When considering a constitutional right, it is open to the court rather than to stay the effect of the decisions pending proper accommodation, to stay the impugned decisions for a determined period and to give directions as to the accommodation which should be put in place within that time: see *Platinex Inc. v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation* (2006), 272 D.L.R. (4th) 727, [2006] 4 C.N.L.R. 152, (Ont. S.C.J.).

[83] In the circumstances, I conclude that the stay which I have ordered should be in effect for 90 days from the date of these reasons.

## IV. Treaty 8

[53] The relevant provision of Treaty 8 is as follows:

And Her Majesty the Queen hereby agrees with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes. [Emphasis added.]

[54] With this text must be read the report of the Treaty Commissioners submitted to the Superintendent General of Indian Affairs on 22 September 1899. The following extracts of the Commissioner's report are relevant:

There was expressed [by the Indians] at every point the fear that the making of the treaty would be followed by the curtailment of the hunting and fishing privileges ...

We pointed out that the Government could not undertake to maintain Indians in idleness; that the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to make use of them ...

Our chief difficulty was the apprehension that the hunting and fishing privileges were to be curtailed. The provision in the treaty under which ammunition and twine is to be furnished went far in the direction of quieting the fears of the Indians, for they admitted that it would be unreasonable to furnish the means of hunting and fishing if laws were to be enacted which would make the hunting and fishing so restricted as to render it impossible to make a livelihood by such pursuits. But over and above the provision, we had to solemnly assure them that only such laws as to hunting and fishing as were in the interest of the Indians and were found necessary in order to protect the fish and fur-bearing animals would be made, and that they would be as free to hunt and fish after the treaty as they would be if they never entered into it.

We assured them that the treaty would not lead to any forced interference with their mode of life.

[Emphasis added.]

## V. Issues on Appeal

[55] The parties' submissions give rise to a number of issues.

A. Whether judicial review is the appropriate procedure in which to allege, and to seek a remedy for, the Crown's failure to consult and accommodate (the procedural issue).

B. Whether the judge erred in holding that the Crown failed to act honourably by delegating to Ministerial officials the duty to consult, without also providing those officials with the power to consider fully, and to accommodate reasonably, the petitioners' concerns (the delegation issue).

C. Whether the judge erred in considering "past wrongs", or the cumulative effects of past events, that led to the depleted population of caribou in the Burnt Pine herd, and whether the judge erred in considering future events, namely the impact of a full mining operation in the area, rather than the exploration for which the amended permits were granted (the scope of consultation issue).

D. Whether the judge mischaracterized or misconstrued the petitioners' Treaty 8 right to hunt (the interpretation issue).

E. Whether, considering the results of the issues above, the learned chambers judge erred in holding that the Crown had failed to consult meaningfully and to accommodate reasonably, the petitioners' Treaty 8 right to hunt. This is the fundamental issue on appeal (the consultation issue).

F. Whether the judge erred in holding that only one method of accommodation was reasonable in the circumstances, namely, a plan to protect and augment the Burnt Pine caribou herd (the accommodation issue).

## **VI. The Parties' Positions**

### *A. British Columbia*

[56] B.C. says the chambers judge erred in interpreting the petitioners' Treaty 8 hunting rights as a "species specific" right. B.C. says the error appears in this sentence in the judge's reasons at para. 63: "Here, I conclude that treaty protected right is the right is [sic] to hunt caribou in the traditional seasonal round in the territory effected [sic] by the First Coal Operation".

[57] That is to say, B.C. says the judge erred in holding that the petitioners had a specific treaty right to hunt and harvest the Burnt Pine caribou herd. The court should not have had such a narrow focus. It will result in the "balkanization" of

treaty rights. The hunting right in Treaty 8 is not so confined. It is a right to hunt anywhere in the petitioners' traditional Treaty 8 territories, and for such species as may be available. The treaty rights should not be restricted to a single species, nor to an unreasonably limited area of land.

[58] Moreover, B.C. says the hunting right is subject to the Crown's right to take up such tracts of land as may be required for, *inter alia*, mining. So the hunting right does not exclude other land uses as provided for in the Treaty. The Province points out that the petitioners' people have not hunted caribou in the area of concern for almost 40 years.

[59] The Province further contends that the chambers judge erred in holding that only a single specific accommodation was the appropriate outcome, and in evaluating the Crown's consultation process from that perspective. B.C. says that, if the consultation process is found to be insufficient, the question of accommodation should be referred back to the decision maker. B.C. says it was an error of law to order a specific accommodation, a matter in which the courts should not be involved.

[60] Next, B.C. says the chambers judge erred by misapprehending the proper role of the court in reviewing the exercise of a statutory power of decision. B.C. says the chambers judge erred (at paras. 54 and 55 of the reasons) in saying that the Crown failed to provide its officials with authority sufficient to consider fully and to accommodate all concerns that might arise in the consultation process. B.C. says it is not reasonable to expect that a statutory decision maker, such as MEMPR, should have authority to address all Aboriginal concerns raised, even if those concerns raise issues outside the scope of the consultation process. Here MEMPR authorized the amendment of two permits for sampling and exploration. B.C. says it is not realistic to expect Ministry officials to engage in an environmental review process, or an assessment of what was necessary to protect and restore this particular herd of caribou.

[61] So B.C. says the judge erred in holding that its consultation and accommodation with the petitioners was unreasonable. The subject of the consultation was the impact of the permit amendments, and not a review of the petitioners' Treaty 8 rights generally, nor the historic decline of caribou.



[62] B.C. asks that the order of 19 March 2010 be set aside in its entirety.

*B. First Coal*

[63] First Coal supports B.C.'s position on the appeal.

[64] In addition, First Coal says the chambers judge erred in assessing the scope of the Crown's duty to consult. First Coal says the judge erred in treating the scope of the duty to consult as including the cumulative effect of past wrongs suffered by the petitioners' people, and in considering the potential impact of a fully operational coal mine. Rather, the scope of the duty to consult was limited to the impact of the amended Sampling and Exploration Permits that were challenged on this judicial review.

[65] First Coal placed emphasis on the decision of the Supreme Court of Canada in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, a judgment pronounced on 28 October 2010, well after the chambers judge gave his reasons in this case.

[66] First Coal says the chambers judge also erred in his decision as to what would constitute reasonable accommodation in the circumstances of this case. In particular, it says the chambers judge erred (at para. 51 of his reasons), by holding the Crown in breach of its duty to accommodate by failing to put in place "an active plan for the protection and rehabilitation of the Burnt Pine caribou herd". It says whether the Crown was in breach of its treaty obligations is a different question from whether it was in breach of its duty to consult and accommodate concerning the amended permits.

[67] First Coal says the judge erred in law, and applied an unsupported standard, in rejecting First Coal's CMMP and its other initiatives as a reasonable form of accommodation. The potential impacts of the sampling and exploration projects are limited, and the mitigation proposed was reasonable. MEMPR's decision (the "rationale") to grant the amended permits was reasonable, and the judge should not have substituted his view of the matter for that of the decision maker.

[68] Finally, First Coal says the judge erred by ordering a 90-day stay of any activity under the two amended permits. First Coal says this amounted to a

sanction upon it, with no logical connection to the rest of the remedy granted, and in spite of the fact that First Coal had acted reasonably throughout, and done everything that was expected of it.

*C. The Intervenor - The Attorney General of Alberta*

[69] Alberta also supports B.C.'s position on this appeal. In its factum, Alberta agrees with the errors in the judgment identified by B.C. Alberta affirms that the judge erred in adopting a narrow characterization of the petitioners' Treaty 8 right to hunt, as one to hunt a specific species in a specific geographical area. It says judicial review is not the appropriate forum for addressing such an issue, which should be considered in the context of a trial.

[70] Alberta says treaty interpretation is inappropriate in this case because the parties to the treaty, and in particular Canada, are not before the court.

[71] Alberta says the focus should be on the reasonableness of the consultation process, rather than upon its outcome.

[72] Alberta says B.C. was entitled to rely on the steps taken by First Coal, the proponent of the sampling and exploration projects, to mitigate and address the specific concerns raised by the petitioners.

[73] Alberta further says that whether positive steps should be taken to implement a recovery plan for the Burnt Pine caribou herd is a public policy choice to be made by government, and is well beyond any remedy available to the petitioners on judicial review of the decision to amend the permits. Alberta says it is up to the Crown, and to the statutory decision makers with delegated authority, to determine where the appropriate balance is to be struck. Courts should show a high degree of deference to the Crown when it has followed a reasonable process in balancing competing considerations.

[74] Here Alberta says B.C. made a difficult policy decision with respect to the Burnt Pine caribou herd and that if the public does not like the policy decision, the appropriate remedy is the "ballot box" not judicial review.

*D. West Moberly First Nations*

[75] The petitioners say there are two over-arching issues. The first is the nature and scope of the Treaty 8 hunting right guaranteed to the First Nations. The second is the reasonableness of the relief ordered by the chambers judge.

[76] As to the nature and scope of the treaty right to hunt, the petitioners say the statutory decision maker was wrong. The petitioners' right to harvest caribou and other game is rooted in the "traditional seasonal round" of the Mountain Dunne-Za. To ignore this as the petitioners say MEMPR did, was to misapprehend the nature and scope of the duty to consult.

[77] The standard of review as to the nature and scope of the duty to consult is correctness. The statutory decision maker got it wrong, and the chambers judge got it right. The judge had proper regard for the text of Treaty 8 and for the Crown's oral promises to the First Nations peoples.

[78] The petitioners say the appropriate standard of review for assessing the consultation process actually engaged in by the Crown, and the results of that process, is reasonableness. Here the petitioners say the consultation process engaged in by MEMPR, and the mitigation and accommodation measures it adopted from the CMMP, were unreasonable. The petitioners rely on the opinions of the experts in the MOFR and the MOE. Both said that the proposed exploration activity, even with the mitigation proposed in the CMMP, will result in unacceptable adverse impacts to the caribou. It will destroy core winter habitat for caribou, and that is incompatible with recovery of the Burnt Pine herd.

[79] The petitioners maintain the preservation of a resource is necessary for the continuing treaty rights to exploit that resource. It is appropriate to consider the cumulative impacts. The petitioners say this case is distinguishable from *Rio Tinto*.

[80] MEMPR's decision to issue the amended permits failed to consider the petitioners' right to hunt caribou according to the traditional seasonal round. B.C., and MEMPR, have mistakenly miscategorized the petitioners' existing treaty right, as an asserted but unproven and potential Aboriginal right. The treaty right exists, and includes the right to its meaningful exercise.

[81] It was an error of law for MEMPR to so mischaracterize the treaty right, and the consultation and accommodation were therefore unreasonable.

[82] As to the content of the duty to consult and accommodate, the petitioners say that MEMPR did not, but the chambers judge did, adequately assess the seriousness of the potential adverse effects of MEMPR's decisions on the affected treaty right.

[83] The seriousness of the impact must take into account its effects on the First Nations peoples. One cannot assess those effects without considering the history of the relationship between the Crown and the First Nations. The historic decline of the caribou is also a relevant concern, because the impact of the proposed exploration will be felt on the herd in its depleted condition. The new adverse impacts distinguish this case from *Rio Tinto*.

[84] The consultation process was not reasonable, nor was the proposed accommodation. The judge was right to exercise his discretion as he did in ordering a specific form of accommodation.

#### *E. The Intervenor - Treaty 8 First Nations of Alberta*

[85] This organization represents 24 Treaty 8 First Nations in Alberta. Each member of those First Nations is a descendant from the original signatories to Treaty 8, or adherents thereto.

[86] Treaty 8 First Nations of Alberta supports the position of the West Moberly First Nations on this appeal. It says that consultation and accommodation must be meaningful. It says the statutory powers conferred on the decision maker, such as MEMPR, cannot limit the scope of consultation which the Crown has a duty to afford. If the officials in question do not have requisite authority, the Crown must engage other government representatives who do have capacity to address all issues arising in the consultation process. The duty to consult and accommodate is not based on statute, but is rather a constitutional imperative.

#### *F. The Intervenor - Grand Council of Treaty #3*

[87] The Grand Council of Treaty #3 ("GCT3") represents the Anishinaabe Nation, an Aboriginal signatory to Treaty #3.

[88] The GCT3 also supports the position of the petitioners on this appeal. It says the harvesting rights promised in the 11 numbered treaties across Canada

must be interpreted in the context of the circumstances of each First Nation having regard to the unique cultural, political, historical and geographical context of each numbered treaty and each Aboriginal people. In this case, GCT3 says the court below properly held the duty to consult and accommodate had to be informed by these considerations.

[89] GCT3 also says the courts have broad remedial powers in cases where the duty to consult and accommodate is called into question, including the power to make orders that provide a reasonable level of specificity as to how the consultation and accommodation is to be carried out. This approach to remedies is consistent with upholding the rule of law and allows for the orderly and informed development of the law of consultation and accommodation. It is also consistent with the balanced approach to remedies encouraged by courts in other duty to consult cases.

[90] GCT3 points out the framework for judicial supervision of statutory decision makers is set out in the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241, and referred specifically to sections 5 and 6 of that *Act*.

[91] GCT3 affirms that consideration of cumulative impacts is important. It says First Coal confuses the question of consultation with respect to past infringements with the assessment of past land uses in order fully to appreciate the significance and effect of proposed land use. It says that if half the land had already been appropriated, the impact of new development on what remained would be much greater than if there had been no previous development. The extent of past land use renders the impact of the proposed land use more significant. It says this approach is consistent with *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103.

## **VII. Analysis**

### ***A. The Procedural Issue***

[92] The appellants and intervenor Attorney General for Alberta have raised the question whether judicial review is the appropriate procedure in which to allege, and remedy, the Crown's failure to consult and accommodate.

[93] In oral submissions, B.C. suggested that judicial review was not the correct means by which to determine the scope of the treaty right to hunt. Counsel for the Province said that because the petition for judicial review was to be decided on affidavit evidence, the process provided too limited a basis on which to assess or define the scope of the treaty right. Counsel said that procedure was inappropriate for a specific finding on the scope of the treaty right, because the evidence was insufficient, and there was no cross-examination on any of the affidavits.

[94] The intervenor Attorney General of Alberta supports this position, but adds to it. Alberta says that “[q]uestions about asserted rights are best left to be dealt with in the context of a trial where full evidence is comprehensively reviewed and considered” (intervenor’s factum at para. 5). Alberta points to both *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, as cases where issues of asserted rights were severed from judicial review applications and referred to the trial list.

[95] Moreover, Alberta says that for a decision on whether the Treaty is to be interpreted as ensuring a First Nations’ right to hunt a specific species “into the future”, there would have to be a “full trial of the historical issues, based on a fulsome evidentiary record” (intervenor’s factum at para. 12). Here, not all the proper parties were before the Court. In particular, Canada was not a party to the process, and since it was a party to Treaty 8, it should be heard in any case involving the treaty’s interpretation.

[96] I see no merit in the argument that judicial review was an inappropriate procedure for resolving the issues in this case. I note at the outset that no party took this position in the court below, and no party below suggested that Canada should be added as a party.

[97] In any event, the matter has now been put beyond question by the decision of the Supreme Court of Canada in *Beckman* where the Court said:

[47] The parties in this case proceeded by way of an ordinary application for judicial review. Such a procedure was perfectly capable of taking into account the constitutional dimension of the rights asserted by the First Nation. There is no need to invent a new “constitutional remedy”. Administrative law is flexible enough to give full weight to the constitutional interests of the First Nation. Moreover, the impact of an administrative decision on the interest of an Aboriginal community, whether or not that

interest is entrenched in a s. 35 right, would be relevant as a matter of procedural fairness, just as the impact of a decision on any other community or individual (including Larry Paulsen) may be relevant.

[98] In my respectful view, Alberta's reliance on *Haida* and *Taku* is misplaced. Those were both cases about the existence of Aboriginal rights asserted by First Nations, but as yet unproven. There is no such question in this case, because Treaty 8 declares the right. While there remain issues as to the scope of the right, that is to be largely decided by interpreting the Treaty, in its historical context, as a matter of law.

[99] I would not give effect to the assertion that judicial review was not the proper way of proceeding to resolve the questions in issue in this case.

### *B. The Delegation Issue*

[100] The appellants assert that the judge erred in holding that the Crown failed to act honourably by delegating to ministry officials the duty to consult and accommodate, without also providing those officials with the necessary powers to consider fully, and to accommodate reasonably, the petitioners' concerns.

[101] This issue arises from what the chambers judge said at paras. 54 and 55 of his reasons, which I repeat here for convenience:

[54] Further, here the Crown has delegated its duty towards First Nations peoples to departmental officials. But in so doing it has not given those officials the authority to consider fully the First Nations concerns, nor the power to accommodate those concerns. The same July 20, 2009, document which states that the Ministry of Energy, Mines and Petroleum Resources recognizes that the cumulative impacts of First Coal's project upon West Moberly's traditional territory have been raised by both West Moberly and the Ministry of the Environment, states that it is "beyond the scope of this project to fully assess" those impacts.

[55] The honour of the Crown is not satisfied if the Crown delegates its responsibilities to officials who respond to First Nations' concerns by saying the necessary assessment of proposed "taking up" of areas subject to treaty rights is beyond the scope of their authority.

[102] The "cumulative impacts of First Coal's project" referred to in para. 54 is a reference to the passage in the "Considerations" document under the heading "Cumulative Impacts" quoted above at para. 42.

[103] B.C. contends that in so holding the chambers judge was effectively saying that a statutory decision maker, such as MEMPR, must be empowered to address all concerns raised by First Nations, or else the honour of the Crown will not be upheld. B.C. says that to demand such authority in a statutory decision maker would compel it to go beyond its statutory mandate. It points to *Taku* and says that the petitioners' Treaty 8 concerns lay outside the ambit of the consultation process required for the approval of the amended Bulk Sampling and Advanced Exploration Permits. B.C. says such concerns "could only be the subject of later negotiations with the government", and that it was unreasonable to expect MEMPR to address them.

[104] The Attorney General for Alberta supports B.C. in this position. Alberta expresses the argument in its factum in this way:

33. The Justice erred in finding that it is not sufficient for a statutory decision maker to focus on mitigation efforts that are within his or her statutory authority. Is not dishonourable for a statutory decision maker to decline to address concerns that are "out of scope" or beyond the decision maker's statutory mandate. His approach effectively requires a Crown decision maker to enlist other Crown ministries and decision makers if the concerns of the First Nation are beyond his or her statutory authority and power to consider or address. This approach is contrary to *Carrier Sekani*, and to administrative principles generally.

34. With respect, the Justice went beyond reviewing the specific decisions before him and, instead, considered broader wildlife management issues that were the responsibility of other government decision makers, despite a court proceeding that was limited to the judicial review of specific administrative decisions.

[105] And further:

37. Statutory decision makers have no inherent jurisdiction. When broad concerns are raised, that require remedial powers that fall outside the confines of their statutory authorities and jurisdiction, they are simply not the proper forum for such concerns to be raised or considered. In this case, the Ministries charged with making the challenged decisions were not the proper forum to raise broad wildlife management concerns related to overall caribou management policy.

[106] With respect, I do not consider this position to be tenable. MEMPR was not limited by its statutory mandate, so far as its duty and power to consult were concerned. It is a well established principle that statutory decision makers are required to respect legal and constitutional limits. The Crown's duty to consult lies upstream of the statutory mandate of decision makers: see *Beckman* at para. 48



and *Halfway River First Nation v. British Columbia*, 1999 BCCA 470, 64 B.C.L.R. (3d) 206 at para. 177.

[107] In other words, in exercising its powers in this case, MEMPR was bound by, and had to take cognizance of, Treaty 8 and its true interpretation. B.C. says that such a view of the decision maker's position is unreasonable. With respect, I disagree. There is nothing in the legislation creating and governing MEMPR that would prevent that body from consulting whatever resources were required in order to make a properly informed decision. A statutory decision maker may well require the assistance or advice of others with relevant expertise, whether from other government ministries, or from outside consultants.

[108] In this case, MEMPR appears to have relied, at least in large part, on the CMMP prepared by Aecom, the consultant retained by First Coal. MEMPR was entitled to consider the opinions of First Coal's consultant, but it was not limited to so doing. I would not give effect to this ground of appeal.

### *C. The Scope of the Duty to Consult*

[109] The appellants, and First Coal in particular, assert that the judge erred in considering "past wrongs", or the cumulative effect of past events, that led to the depleted population of the Burnt Pine caribou herd; and erred as well in considering future events, namely the potential impact of a full mining operation, rather than simply the exploration programs authorized by the amended permits.

[110] First Coal submits that the chambers judge erred in determining the scope of the Crown's duty to consult. It says the consultation should have been limited, as it was by MEMPR, to the immediate adverse impacts of the two Amended Permits for the Bulk Sampling and Advanced Exploration Programs, and whatever steps might be necessary to address and accommodate those impacts.

[111] Instead, First Coal says the chambers judge embarked on a consideration of the historical decline of the Burnt Pine caribou herd, and in so doing purported to redress "past wrongs". In particular, First Coal says the chambers judge erred in considering the petitioners' submissions concerning the construction of the W.A.C. Bennett and Peace Canyon Dams in the 1960s and 1970s, and the creation of the Williston Reservoir.

[112] First Coal says the effect of these considerations on the chambers judge's decision is evident from his holding that the Crown failed to put in place a plan for the protection and rehabilitation of the Burnt Pine herd.

[113] Such focus on, and attempts to remedy, events in the past is, in First Coal's submission, contrary to the decision of the Supreme Court of Canada in *Rio Tinto* (at paras. 45 to 54). First Coal says that the order to rehabilitate or augment the Burnt Pine caribou herd is a remedy for prior events, which have no causal connection to any adverse impacts that the Amended Exploration Permits might give rise to.

[114] First Coal also contends that the chambers judge erred in holding that the duty to consult included an obligation to consider the potential adverse impacts of a full mining operation that might follow the exploration programs. The "longer term implications ... [of mining] over this entire area" are referred to in Dr. Seip's comments of 25 September 2008, quoted at para. 22 of the reasons for judgment, and in the petitioners' response to a letter from MEMPR of 8 August 2009 in which the Ministry said "further stages of development would not be considered in the permit amendment decisions", referred to at para. 34 of the reasons.

[115] In his analysis, the chambers judge referred again to the reports of Dr. Seip and Pierre Johnstone in which Dr. Seip expressed a view that the Bulk Sampling and Exploration Programs would cause habitat destruction "incompatible with efforts to recover the populations" (reasons para. 57), and Pierre Johnstone is quoted as saying that "mine development" in the habitat area would be inconsistent with maintaining or increasing the number of caribou (reasons para. 58).

[116] To deal first with the "past wrongs" submission, and the requirement that a causal relationship be shown between the government's decision and the risk of an adverse impact, I consider that *Rio Tinto* is distinguishable on its facts from the present case. There the Court addressed an argument that energy purchase agreements (EPAs) made in 2007 between Alcan and B.C. Hydro would trigger the duty to consult, because the EPAs were part of a larger hydroelectric project initiated some 40 or 50 years earlier on which the First Nations peoples had not been consulted. The Utilities Commission found that the 2007 EPA would not have any adverse effect on the Nechako River and its fishery (see *Rio Tinto* at para.

77). The First Nations peoples argued that even if the 2007 EPA would have no impact, or inconsequential effects, the duty to consult was nevertheless triggered. The Court rejected this argument. It said in part:

[45] The third element of a duty to consult is the possibility that the Crown conduct may affect the Aboriginal claim or right. The claimant must show a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights. Past wrongs, including previous breaches of the duty to consult, do not suffice.

...

[49] The question is whether there is a claim or right that potentially may be adversely impacted by the *current* government conduct or decision in question. Prior and continuing breaches, including prior failures to consult, will only trigger a duty to consult if the present decision has the potential of causing a novel adverse impact on a present claim or existing right. ...

...

[53] I cannot accept this view of the duty to consult. *Haida Nation* negates such a broad approach. It grounded the duty to consult in the need to preserve Aboriginal rights and claims pending resolution. It confines the duty to consult to adverse impacts flowing from the specific Crown proposal at issue — not to larger adverse impacts of the project of which it is a part. The subject of the consultation is the impact on the claimed rights of the *current* decision under consideration.

...

[83] In my view, the Commission was correct in concluding that an underlying infringement in and of itself would not constitute an adverse impact giving rise to a duty to consult.

[Italic emphasis in original; underline emphasis added.]

[117] I do not understand *Rio Tinto* to be authority for saying that when the “current decision under consideration” will have an adverse impact on a First Nations right, as in this case, that what has gone before is irrelevant. Here, the exploration and sampling projects will have an adverse impact on the petitioners’ treaty right, and the historical context is essential to a proper understanding of the seriousness of the potential impacts on the petitioners’ treaty right to hunt.

[118] The amended permits authorized activity in an area of fragile caribou habitat. Caribou have been an important part of the petitioners’ ancestors’ way of life and cultural identity, and the petitioners’ people would like to preserve them. There remain only 11 animals in the Burnt Pine herd, but experts consider there to be at least the possibility of the herd’s restoration and rehabilitation. The

petitioners' people have done what they could on their own to preserve the herd, by banning their people from hunting caribou for the last 40 years.

[119] To take those matters into consideration as within the scope of the duty to consult, is not to attempt the redress of past wrongs. Rather, it is simply to recognize an existing state of affairs, and to address the consequences of what may result from pursuit of the exploration programs.

[120] I would not give effect to this branch of First Coal's submission.

[121] First Coal's second contention on the scope of the duty to consult is that it must be limited to the impact of the amended exploration permits, and must exclude consideration of whatever effects a full mining operation might have.

[122] It is correct that the consultation in this case must be directed at the Bulk Sampling and Advanced Exploration Permits and their impact. However, the result of this consultation will necessarily determine not only what constitutes reasonable accommodation for the exploration permits, but will also affect subsequent events if the exploration proceeds.

[123] On my reading of the chambers judge's reasons, it does not appear that he gave much, if any, weight to the potential impact of a full mining operation as a relevant factor in the Crown's duty to consult. However, the whole thrust of the petitioners' position was forward looking. It wanted to preserve not only those few animals remaining in the Burnt Pine caribou herd, but to augment and restore the herd to a condition in which it might once again be hunted. If that position were to be given meaningful consideration in the consultation process, I do not see how one could ignore at least the possibility of a full mining operation, if it were shown to be justified by the exploration programs. That was the whole object of the Bulk Sampling and Advanced Exploration Programs.

[124] There does not appear to be any evidence contrary to the opinion of Pierre Johnstone that mine development in this area "would be inconsistent with maintaining or increasing Woodland Caribou numbers". Similarly Dr. Seip's view that "it is short-sighted and misleading to evaluate this proposal for bulk sampling without also considering the longer term consequences of more widespread

mining activity occurring over the entire property” (quoted above at para. 39), is not contradicted by the evidence.

[125] I am therefore respectfully of the view that to the extent the chambers judge considered future impacts, beyond the immediate consequences of the exploration permits, as coming within the scope of the duty to consult, he committed no error. And, to the extent that MEMPR failed to consider the impact of a full mining operation in the area of concern, it failed to provide meaningful consultation.

[126] I would not give effect to these grounds of appeal.

*D. The Interpretation Issue (The Petitioners’ Treaty 8 Right to Hunt)*

[127] B.C. accepts that the statutory decision maker was obliged to consider the nature and scope of the petitioners’ treaty right to hunt in the consultation process, but B.C. says that due consideration was given to that right. B.C. says the chambers judge erred in interpreting that right as a specific right to hunt caribou in its traditional area as part of its seasonal round.

[128] The nature and scope of the petitioners’ right to hunt must be understood as the petitioners’ ancestors, and as the Crown’s treaty makers, would have understood that right when the treaty was made or adhered to. That understanding is to be derived from the language used in the treaty, informed by the report of the Commissioners, quoted above at para. 54.

[129] In examining the nature and scope of the petitioners’ right to hunt, it must be remembered that it is not merely a right asserted and as yet unproven, as in cases of Aboriginal rights claims in non-treaty cases. Here the right relied on is an existing right agreed to by the Crown and recorded in a Treaty. While there may be disagreement over the limits on or the scope of the right, consultation must begin from the premise that the First Nations are entitled to what they have been granted by the Treaty.

[130] The Treaty 8 right to hunt is not merely a right to hunt for food. The Crown’s promises included representations that:

- (a) the same means of earning a livelihood would continue after the Treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to

continue to make use of them;

- (b) they would be as free to hunt and fish after the Treaty as they would be if they never entered into it; and
- (c) the Treaty would not lead to “forced interference with their mode of life” (see *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771 at para. 39).

[131] These promises have been affirmed in previous Treaty 8 cases.

[132] In *Badger*, the Supreme Court of Canada held at para. 52 that treaties relating to indigenous peoples should be construed liberally, “... and any uncertainties, ambiguities or doubtful expressions should be resolved in favour of the Indians ... the words in the treaty must not be interpreted in their strict technical sense nor subjected to rigid, modern rules of construction”.

[133] On this appeal, B.C. relies on the words in the Treaty that limit the right to pursue hunting, et cetera, “... saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading, or other purposes”.

[134] Just as the right to hunt must be understood as the treaty makers would have understood it, so too must “taking up” and “mining” be understood in the same way. As the Supreme Court of Canada said in *Badger* at para. 55:

Since the Treaty No. 8 lands were not well suited to agriculture, the government expected little settlement in the area. The Commissioners, cited in Daniel, at p. 81, indicated that “it is safe to say that so long as the fur-bearing animals remain, the great bulk of the Indians will continue to hunt and to trap”. The promise that this livelihood would not be affected was repeated to all the bands who signed the Treaty. Although it was expected that some white prospectors might stake claims in the north, this was not expected to have an impact on the Indians’ hunting rights. For example, one commissioner, cited in René Fumoleau, O.M.I., *As Long as this Land Shall Last*, at p. 90, stated:

We are just making peace between Whites and Indians -- for them to treat each other well. And we do not want to change your hunting. If Whites should prospect, stake claims, that will not harm anyone.

[Emphasis added.]

[135] I interject to point out that “some white prospectors [who] might stake claims”, to the understanding of those making the Treaty, would have been prospectors using pack animals and working with hand tools. That understanding of mining bears no resemblance whatever to the Exploration and Bulk Sampling Projects at issue here, involving as they do road building, excavations, tunnelling, and the use of large vehicles, equipment and structures.

[136] In *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, the Supreme Court of Canada expanded upon what it had said in *Badger*:

47 ...

*Badger* recorded that a large element of the Treaty 8 negotiations were the assurances of *continuity* in traditional patterns of economic activity. Continuity respects traditional patterns of activity and occupation. The Crown promised that the Indians’ rights to hunt, fish and trap would continue “after the treaty as existed before it” (p. 5). This promise is not honoured by dispatching the Mikisew to territories far from their traditional hunting grounds and traplines.

48 ...

The “meaningful right to hunt” is not ascertained on a treaty-wide basis (all 840,000 square kilometres of it) but in relation to the territories over which a First Nation traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today. If the time comes that in the case of a particular Treaty 8 First Nation “no meaningful right to hunt” remains over *its* traditional territories, the significance of the oral promise that “the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it” would clearly be in question, and a potential action for treaty infringement, including the demand for a *Sparrow* justification, would be a legitimate First Nation response.

[Italic emphasis in original; underline emphasis added.]

[137] It is clear from the above passages that, while specific species and locations of hunting are not enumerated in Treaty 8, it guarantees a “continuity in traditional patterns of economic activity” and respect for “traditional patterns of activity and occupation”. The focus of the analysis then is those traditional patterns.

[138] The result in *Mikisew* is instructive on this point. That case involved the construction of a winter road in Wood Buffalo National Park that ran through the Mikisew First Nation Reserve. The road corridor occupied approximately 23 square kilometres and traversed the traplines of approximately 14 Mikisew families

that resided in the area. The federal and provincial Crowns argued that while 23 square kilometres were “taken up” there remained a meaningful right to hunt in the 840,000 square kilometres covered by Treaty 8. The Federal Court of Appeal in the decision below held that rights to hunt, fish and trap were only infringed “where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains”. In rejecting these arguments Mr. Justice Binnie said the following at para. 44:

The Draft Environmental Assessment Report acknowledged the road could potentially result in a diminution in quantity of the Mikisew harvest of wildlife, as fewer furbearers (including fisher, muskrat, marten, wolverine and lynx) will be caught in their traps. Second, in qualitative terms, the more lucrative or rare species of furbearers may decline in population. Other potential impacts include fragmentation of wildlife habitat, disruption of migration patterns, loss of vegetation, increased poaching because of easier motor vehicle access to the area and increased wildlife mortality due to motor vehicle collisions. While *Haida Nation* was decided after the release of the Federal Court of Appeal reasons in this case, it is apparent that the proposed road will adversely affect the existing Mikisew hunting and trapping rights, and therefore that the “trigger” to the duty to consult identified in *Haida Nation* is satisfied.

[139] The question to be answered is whether the proposed activity will adversely affect existing hunting rights. In this case it is clear that the petitioners have historically hunted caribou in the area affected by the Bulk Sampling and Advanced Exploration Programs. Since the 1970s West Moberly elders have imposed a ban on hunting caribou because of diminishing numbers, but it is hoped that hunting may resume in the future. It is also clear from the evidence of Pierre Johnstone and Dr. Seip that the Bulk Sampling and Advanced Exploration Programs as well as any full mining operation will have an adverse impact on caribou in the area and consequently the petitioners’ ability to hunt. Therefore, the duty to consult has been engaged.

[140] The chambers judge did not err in considering the specific location and species of the petitioners’ hunting practices.

#### *E. The Consultation Issue*

[141] The question then is whether the consultation process was reasonable. A reasonable process is one that recognizes and gives full consideration to the



rights of Aboriginal peoples, and also recognizes and respects the rights and interests of the broader community.

[142] The record of the consultation process in this case, summarized in the document “Considerations To Date” prepared by MEMPR as of 20 July 2009, the appended Consultation Log (para. 40 above), and in MEMPR’s “Rationale” dated 4 September 2009, details the consideration given to the concerns raised by the petitioners.

[143] The essence of the petitioners’ position (see para. 44 above) was that First Coal’s application for the Bulk Sampling and Advanced Exploration Permits should be rejected, and their proposed mining activities relocated to another area where the habitat for the Burnt Pine caribou herd would not be affected; and, further that a plan should be put in place for the recovery of the Burnt Pine caribou herd.

[144] This position is, of course, completely irreconcilable with the projects proposed by First Coal. To be considered reasonable, I think the consultation process, and hence the “Rationale”, would have to provide an explanation to the petitioners that, not only had their position been fully considered, but that there were persuasive reasons why the course of action the petitioners proposed was either not necessary, was impractical, or was otherwise unreasonable. Without a reasoned basis for rejecting the petitioners’ position, there cannot be said to have been a meaningful consultation.

[145] In *Mikisew*, the Court said:

54 This is not correct. Consultation that excludes from the outset any form of accommodation would be meaningless. The contemplated process is not simply one of giving the Mikisew an opportunity to blow off steam before the Minister proceeds to do what she intended to do all along. Treaty making is an important stage in the long process of reconciliation, but it is only a stage. What occurred at Fort Chipewyan in 1899 was not the complete discharge of the duty arising from the honour of the Crown, but a rededication of it.

...

64 The duty here has both informational and response components. In this case, given that the Crown is proposing to build a fairly minor winter road on *surrendered* lands where the Mikisew hunting, fishing and trapping rights are expressly subject to the “taking up” limitation, I believe the Crown’s duty lies at the lower end of the spectrum. The Crown was required to provide notice to the Mikisew and to engage directly with them (and not, as seems to have been the case here, as an afterthought to a

general public consultation with Park users). This engagement ought to have included the provision of information about the project addressing what the Crown knew to be Mikisew interests and what the Crown anticipated might be the potential adverse impact on those interests. The Crown was required to solicit and to listen carefully to the Mikisew concerns, and to attempt to minimize adverse impacts on the Mikisew hunting, fishing and trapping rights. The Crown did not discharge this obligation when it unilaterally declared the road realignment would be shifted from the reserve itself to a track along its boundary. I agree on this point with what Finch J.A. (now C.J.B.C.) said in *Halfway River First Nation* at paras. 159-60.

The fact that adequate notice of an intended decision may have been given does not mean that the requirement for adequate consultation has also been met.

The Crown's duty to consult imposes on it a positive obligation to reasonably ensure that aboriginal peoples are provided with all necessary information in a timely way so that they have an opportunity to express their interests and concerns, and to ensure that their representations are seriously considered and, wherever possible, demonstrably integrated into the proposed plan of action. ]

[Italic and underline emphasis in original.]

[146] In my respectful view, the Considerations document and the Rationale do not meet this test. MEMPR effectively accepted First Coal's CMMP as a satisfactory response to the petitioners' position. However, the CMMP does not explain why the petitioners' position that the Exploration Permits should be cancelled, First Coal's activities relocated, and the Burnt Pine caribou herd restored, was rejected. It does not address why the petitioners' position was unnecessary, impractical, or otherwise unreasonable. Rather, the CMMP proceeds on the footing that the Bulk Sampling and Advanced Exploration Programs should proceed, and then proposes measures to minimize or mitigate whatever adverse effects those programs will have. It contains proposals to monitor the impact of the projects on the Burnt Pine caribou herd and to "discuss" ways in which First Coal can assist in recovery of the caribou population.

[147] The decision reached by MEMPR based on the CMMP and the position put forward by the petitioners are as two ships passing in the night. There was no real engagement of the petitioners' position. It was not a position that could be dismissed out of hand, supported as it was by the expert opinions of the government's own biologists, Dr. Seip and Pierre Johnstone.

[148] If the petitioners' position were to be addressed head on, and a careful consideration given to whether the exploration programs should be cancelled, First Coal's activities relocated, and the Burnt Pine caribou herd restored, it may be that MEMPR could give a persuasive explanation as to why such steps were unnecessary, impractical, or otherwise unreasonable. The consultation process does not mandate success for the First Nations interest. It should, however, provide a satisfactory, reasoned explanation as to why their position was not accepted.

[149] The consultation in this case does not do that. I think the reason is apparent. MEMPR never considered the possibility that the petitioners' position might have to be preferred. It based its concept of consultation on the premise that the exploration projects should proceed and that some sort of mitigation plan would suffice. However, to commence consultation on that basis does not recognize the full range of possible outcomes, and amounts to nothing more than an opportunity for the First Nations "to blow off steam".

[150] Effectively, MEMPR regarded the petitioners' Treaty 8 right to hunt as subject to, or inferior to, the Crown's right to take up land for mining or other purposes. There are at least two problems with this approach. First, it is inconsistent with what First Nations peoples were told when the Treaty was signed or adhered to. They were given to understand that they would be as free to make their livelihood by hunting and fishing after the Treaty as before, and that the Treaty would not lead to "forced interference with their mode of life". Second, the concept of mining, as understood by the treaty makers would never have included the possibility that areas of important ungulate habitat would be destroyed by road building, excavations, trenching, the transport of heavy equipment and excavated materials, and the installation of an "Addcar system".

[151] When MEMPR entered into the consultation process without a full and clear understanding of what the Treaty meant, the process could not be either reasonable or meaningful. A consultation that proceeds on a misunderstanding of the Treaty, or a mischaracterization of the rights that the Treaty protects, is a consultation based on an error of law, and cannot therefore be considered reasonable.

[152] These are different reasons than those given by the chambers judge for holding that the consultation was not meaningful. He gave two reasons for reaching his conclusion. He said first that the Crown was too slow to advise the petitioners as to the potential adverse effects of the exploration program, by not providing them with a “substantial assessment” until August 2009, about only one month before the rationale was settled upon (reasons at para. 50). Second, the judge said MEMPR responded to the petitioners’ concerns about potential extirpation of the Burnt Pine caribou herd with something approaching “standard form referral letters” (reasons at para. 51).

[153] I consider that both of these reasons are correct, but the underlying explanation for MEMPR’s slow and superficial response is, as I have attempted to explain above, a failure to understand or appreciate the basis of the petitioners’ objection, grounded in a constitutionally protected treaty right.

[154] I am therefore of the opinion that the chambers judge was correct to consider that the consultation was not meaningful and was therefore not reasonable.

#### *F. The Accommodation Issue*

[155] The appellants assert that the judge erred in holding that only one method of accommodation was reasonable in the circumstances, namely a plan to protect and augment the Burnt Pine caribou herd.

[156] This ground of appeal challenges para. 3 of the judge’s order which, to repeat, was:

3. Within the said 90 day period, British Columbia, in consultation with the Petitioners, will proceed expeditiously to put in place a reasonable, active plan for the protection and augmentation of the Burnt Pine caribou herd, taking into account the views of the Petitioners, as well as the reports of British Columbia’s wildlife ecologists and biologists Dr. Dale Seip and Pierre Johnstone ...

[157] This part of the order is supported specifically by this sentence in the judge’s reasons for judgment at para. 63:

Here, I conclude that treaty protected right is the right is [sic] to hunt caribou in the traditional seasonal round in the territory effected [sic] by the First Coal Operation.

[158] B.C. says the chambers judge erred in restricting the petitioners' treaty right to hunt to a single species, caribou, or to a specific geographical location. It says an order directing a specific accommodation is contrary to earlier decisions in this Court. It says the predetermination of the only acceptable accommodation coloured the judge's consideration of whether the consultation was meaningful and reasonable.

[159] B.C. says the judge's focus on a single herd of caribou, as opposed to restoration of caribou generally, will result in the "balkanization" of treaty rights, or the "micro-application" of the treaty right. It says this is not a remedy sought in the petition.

[160] First Coal supports B.C.'s position on this issue. Alberta says whether steps should be taken to implement a recovery plan for the Burnt Pine caribou herd is a public policy issue for decision by government, and not the courts.

[161] The petitioners say the accommodation directed by the judge was within his discretion, and it is supported in this by the intervenor, Grand Council of Treaty #3. Counsel referred us to the *Judicial Review Procedure Act*, and the remedial powers granted by ss. 5 and 6:

Powers to direct tribunal to reconsider

5 (1) On an application for judicial review in relation to the exercise, refusal to exercise, or purported exercise of a statutory power of decision, the court may direct the tribunal whose act or omission is the subject matter of the application to reconsider and determine, either generally or in respect of a specified matter, the whole or any part of a matter to which the application relates.

(2) In giving a direction under subsection (1), the court must

(a) advise the tribunal of its reasons, and

(b) give it any directions that the court thinks appropriate for the reconsideration or otherwise of the whole or any part of the matter that is referred back for reconsideration.

Effect of direction

6 In reconsidering a matter referred back to it under section 5, the tribunal must have regard to the court's reasons for giving the direction and to the court's directions.

[162] I must say I would not interpret the judge's statement in the sentence quoted from para. 63 of his reasons as the appellants do. I do not understand the

judge to be saying that the petitioners' right to hunt is the right to hunt caribou, and only caribou, in the affected area. Such an interpretation ignores the rest of the judge's reasons. I understand the sentence to mean simply that the petitioners' Treaty 8 right to hunt includes the right to hunt caribou as part of the seasonal round, and that it is that part of the Treaty 8 right that is in issue in this case.

[163] Having said that, it is not in my respectful view necessary to reach a final conclusion on whether the judge erred in declaring a specific form of accommodation. The *Judicial Review Procedure Act* would appear to grant a sufficiently broad discretion to make such an order but this, and other courts, have shown a reluctance to do so, so as not to impair further consultation.

[164] For the reasons expressed above, I have concluded that the judge was correct in holding that the consultation process was not meaningful, although for somewhat more expansive reasons than he gave on that issue. For that reason, it seems to me the proper remedy is to remit the matter for further consultation between the parties, having regard for what the scope of the consultation ought properly to include.

[165] I make no further comment on the ambit of a judge's discretion to give specific directions as provided for in ss. 5 and 6 of the *Judicial Review Procedure Act*. However, it is preferable in this case that the specific direction be set aside so that the parties may resume consultation as indicated, and unfettered.

## **VIII. Conclusion**

[166] I would affirm the judge's declaration in para. 1 of the order that the Crown failed to consult adequately and meaningfully, and failed to accommodate reasonably the petitioners' hunting rights as provided by Treaty 8.

[167] I would direct that implementation of, or action under the Amended Bulk Sampling Permit and the Advanced Exploration Permit be stayed pending meaningful consultation conducted in accordance with these reasons.

[168] I would set aside the accommodation directed in para. 3 of the order, without prejudice to the giving of such directions for accommodation following further consultation between the parties, as may appear appropriate.

**Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Hinkson:**

[169] I have had the privilege of reading the draft reasons for judgment of Chief Justice Finch, and agree with his disposition of the issues on this appeal described at para. 55 of those draft reasons, and with his reasons for that disposition with one exception regarding the last ground of appeal. While I agree with Chief Justice Finch that the accommodation directed in para. 3 of the order below should be set aside; my reasons for setting aside that paragraph of the order differ from his, with respect to what was described in that paragraph as “the protection and augmentation of the Burnt Pine caribou herd”.

[170] The chambers judge found that the respondent West Moberly’s harvesting practice included a traditional seasonal round, which meant that hunters travelled to particular preferred areas within the treaty territory during specific times of the year, including the area impacted by the First Coal mining operation. The West Moberly traditionally hunted for bison, moose, deer, mountain sheep, and caribou. The bison in the Treaty 8 areas became extinct in the nineteenth century.

[171] The population of caribou in the area of First Coal’s operations has been decimated. In his affidavit of October 19, 2009, Chief Willson swore:

Caribou numbers have been reduced to such as [sic] extent in West Moberly preferred Treaty territory that the woodland caribou are a threatened species under the federal *Species at Risk Act*. Ever since I came of age to hunt, I have never been able to hunt caribou in West Moberly’s preferred Treaty area. West Moberly members have not hunted caribou since the 1970’s, when caribou became scarce, as our Elders put a moratorium on all our members, including myself, hunting caribou because their numbers are so few.

[172] Not unlike the bison before them, the Burnt Pine caribou herd, is now approaching extirpation, having been reduced to an estimated population of only 11.

**Discussion**

[173] At paras. 14-15 of his reasons, the chambers judge made reference to two decisions of the Supreme Court of Canada that have particular relevance to the rights of the West Moberly that are in issue:

With respect to Treaty No. 8, the Supreme Court of Canada stated in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, [1996] 4 W.W.R. 457, at para. 55 and 56:

Since the Treaty No. 8 lands were not well suited to agriculture, the government expected little settlement in the area. The Commissioners, cited in Daniel, at p. 81, indicated that "it is safe to say that so long as the fur-bearing animals remain, the great bulk of the Indians will continue to hunt and to trap." The promise that this livelihood would not be affected was repeated to all the bands who signed the Treaty. Although it was expected that some white prospectors might stake claims in the north, this was not expected to have an impact on the Indians' hunting rights. For example, one commissioner, cited in René Fumoleau, O.M.I., *As Long As This Land Shall Last*, at p. 90, stated:

We are just making peace between Whites and Indians - for them to treat each other well. And we do not want to change your hunting. If Whites should prospect, stake claims, that will not harm anyone.

Commissioner Laird told the Indians that the promises made to them were to be similar to those made with other Indians who had agreed to a treaty. Accordingly, it is significant that the earlier promises also contemplated a limited interference with Indians' hunting and fishing practices.

Further, in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, the Court held that given the Crown's oral promises, Treaty No. 8 protects the right to exercise meaningfully traditional hunting practices. The unanimous Court stated at para. 48:

The "meaningful right to hunt" is not ascertained on a treaty-wide basis (all 840,000 square kilometres of it) but in relation to the territories over which a First Nation traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today. If the time comes that in the case of a particular Treaty 8 First Nation "no meaningful right to hunt" remains over *its* traditional territories, the significance of the oral promise that "the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it" would clearly be in question, and a potential action for treaty infringement, including the demand for a *Sparrow* justification, would be a legitimate First Nation response. [Emphasis in original.]

[174] I accept, as did the chambers judge, the submission of the West Moberly that the appropriate standard of review in consultation cases for the Crown's assessment of the extent of its duty to consult is correctness, and that the appropriate standard of review for assessing the process adopted for a particular consultation and the results of that process is that of reasonableness.



[175] The Crown properly conceded that in the circumstances it had a duty to consult meaningfully with West Moberly and accepted that it was required to accommodate the interests of West Moberly in a reasonable manner after balancing the interests of West Moberly with the interests of other First Nations and of the public. The scope of the required consultation must be considered before the extent of the necessary accommodation can be addressed.

[176] Here, there was consultation between First Coal and West Moberly respecting the concerns raised by West Moberly, the MOE and the MOFR about the Burnt Pine caribou herd. At paras. 51 and 52 of his reasons, the chambers judge found:

... The prime concern of the West Moberly is the real potential for the extirpation of the Burnt Pine caribou herd. I conclude that at least since June of 2009, when the West Moberly presented a detailed report of the danger to that herd and its relationship to their treaty protected right to hunt, the Crown's failure to put in place an active plan for the protection and rehabilitation of the Burnt Pine herd is a failure to accommodate reasonably.

While First Coal's "Mitigation and Monitoring Plan" is a step in the direction of protecting critical caribou habitats, as the Crown itself stated in the "Considerations to Date" document of July 20, 2009, there is currently no rehabilitation program in effect for the Burnt Pine herd.

[Emphasis added.]

[177] As I have indicated above, the Burnt Pine caribou herd has been so decimated that the West Moberly have refrained from hunting its members for some 40 years. The project proposed by First Coal has been pursued only since June of 2005. In *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 25 C.R. 650, at para. 79, the Supreme Court of Canada confirmed that a duty to consult a First Nation arises when there is:

- (a) knowledge, actual or constructive, by the Crown of a potential Aboriginal claim or right,
- (b) contemplated Crown conduct, and
- (c) the potential that the contemplated conduct may adversely affect the Aboriginal claim or right.

[178] In explaining factor (c) above, the Court stated that the potential adverse effect on an Aboriginal right must be causally linked to current Crown conduct, and not past events. At para. 49 the Court stated:

The question is whether there is a claim or right that potentially may be adversely impacted by the *current* government conduct or decision in question. Prior and continuing breaches, including prior failures to consult, will only trigger a duty to consult if the present decision has the potential of causing a novel adverse impact on a present claim or existing right. This is not to say that there is no remedy for past and continuing breaches, including previous failures to consult. As noted in *Haida Nation*, a breach of the duty to consult may be remedied in various ways, including the awarding of damages. To trigger a fresh duty of consultation - the matter which is here at issue - a contemplated Crown action must put current claims and rights in jeopardy.

[Italic emphasis in original; underline emphasis added.]

[179] In applying these factors, the Court went on to state at para. 83:

In my view, the Commission was correct in concluding that an underlying infringement in and of itself would not constitute an adverse impact giving rise to a duty to consult. As discussed above, the constitutional foundation of consultation articulated in *Haida Nation* is the potential for adverse impacts on Aboriginal interests of state-authorized developments. Consultation centres on how the resource is to be developed in a way that prevents irreversible harm to existing Aboriginal interests. Both parties must meet in good faith, in a balanced manner that reflects the honour of the Crown, to discuss development with a view to accommodation of the conflicting interests. Such a conversation is impossible where the resource has long since been altered and the present government conduct or decision does not have any further impact on the resource. The issue then is not consultation about the further development of the resource, but negotiation about compensation for its alteration without having properly consulted in the past.

[180] What these passages demonstrate is that for the duty to consult to be triggered, the Crown's current proposed conduct must itself be causally linked to the potential adverse consequence affecting the Aboriginal right. It follows that where this test is met, the duty to accommodate should only be concerned with addressing the potential adverse affects of the current proposed Crown conduct, and not with remedying harm caused by past events. That is not to say, as the Court in *Rio Tinto* noted at para. 49 above, that past harms are without remedy, only that those harms are not properly addressed by way of consultation and accommodation undertaken in connection with current Crown conduct.

[181] While I fully agree with the Chief Justice that "the historical context is essential to a proper understanding of the seriousness of the potential impacts on the petitioners' treaty right to hunt", I do not understand that the duty to accommodate, as explained in *Rio Tinto*, obliges the Crown to accommodate the

effects of prior impacts upon the treaty rights of the West Moberly. Accommodation with respect to the prior decimation of the Burnt Pine caribou herd from events prior to the First Coal project is not required *vis a vis* the First Coal Project. Certainly the loss of the large numbers of caribou in the area in general, and the decimation of the Burnt Pine caribou herd in particular should inform the scope of the necessary consultation process, but cannot, in my view, justify an obligation on the part of the Crown to restore or augment the number of ungulates that have been reduced as a result of activities or events prior to 2005 when First Coal began seeking approval for its project.

[182] The need for the rehabilitation of the Burnt Pine caribou herd arose from events prior to the 1970s when the herd was all but extirpated. The emphasis placed by the chambers judge upon the need for the rehabilitation of the Burnt Pine caribou herd cannot, in my view, be considered as an accommodation that arises from the project proposed by First Coal, and thus cannot be the basis for the order granted by the chambers judge. The protection of what remains of the Burnt Pine caribou herd is an appropriate matter to be considered when the accommodation of the treaty rights of the West Moberly is addressed.

[183] At para. 59, the chambers judge concluded:

Because, as the Crown concedes, no recovery plan for the caribou is in place, I conclude this cannot be seen as a reasonable accommodation of West Moberly's concerns.

[184] In my view, the chambers judge erred in law by conflating his consideration of the Crown's duty to consult with the West Moberly with what he considered to be a reasonable accommodation of the rights of the West Moberly. In terms of the Burnt Pine caribou herd, the consultation that the Crown needed to engage in with the West Moberly could properly include an historic perspective recognizing the depletion of the Burnt Pine caribou herd, but the need for rehabilitation and the increase of the herd were not appropriate accommodations arising from First Coal's proposed project.

[185] I would therefore set aside the accommodation directed in para. 3 of the order of the chambers judge, as would the Chief Justice, but would do so because the requirement that the Crown put in place a reasonable, active plan for more

than the protection of the Burnt Pine caribou herd goes beyond the scope of the duty of reasonable accommodation.

“The Honourable Mr. Justice Hinkson”

### **Reasons for Judgment of the Honourable Madam Justice Garson:**

[186] I have had the privilege of reading in draft form the reasons for judgment of the Chief Justice and the concurring reasons of Justice Hinkson. For the reasons that follow, and with the greatest respect, I reach a somewhat different conclusion than my colleagues and I would allow the appeal and dismiss the petition.

[187] In his reasons for judgment, the Chief Justice has set out the facts and issues under appeal. I agree with the Chief Justice’s reasons in respect to the first and second issues namely, whether judicial review is the appropriate procedure and whether the Crown improperly delegated duties to Ministerial assistants.

[188] The Chief Justice described the fundamental issue on this appeal, as whether the Crown adequately consulted with the petitioners. I adopt for my analysis of this issue the framework generally set out in *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550:

- Did the Crown have a duty to consult, and if indicated, to accommodate West Moberly First Nations’ (“WMFN”) interests in hunting caribou?
- What was the scope and extent of that duty to consult and to accommodate WMFN?
- Did the Crown fulfill its duty to consult and to accommodate in this case?

### **Standard of Review**

[189] Before turning to the substantive analysis, I will briefly describe the standard by which the court should review the decisions of the statutory decision makers.

[190] At para. 10 of his reasons, the chambers judge described the standard of review to be applied to his review of the statutory decision makers’ decisions:

The appropriate standard of review for the Crown's assessment of the extent of its duty to consult is correctness. The appropriate standard of review for assessing the consultation process, including any accommodation measures, is that of reasonableness. The parties do not differ on these standards of review.

[191] WMFN submits that the chambers judge correctly articulated the applicable standards of review. The First Nation says that both the consultation process and the result of that process were unreasonable in this case. I do not understand the other parties to disagree with the position of WMFN as to the applicability of the reasonableness standard. As this question is an important one to my analysis, I will elaborate on the application of this standard.

[192] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at paras. 61-63, the Court explained the bifurcated standard to be applied to consultation decisions:

On questions of law, a decision-maker must generally be correct: for example, *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55. On questions of fact or mixed fact and law, on the other hand, a reviewing body may owe a degree of deference to the decision-maker. The existence or extent of the duty to consult or accommodate is a legal question in the sense that it defines a legal duty. However, it is typically premised on an assessment of the facts. It follows that a degree of deference to the findings of fact of the initial adjudicator may be appropriate. The need for deference and its degree will depend on the nature of the question the tribunal was addressing and the extent to which the facts were within the expertise of the tribunal: *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Paul, supra*. Absent error on legal issues, the tribunal may be in a better position to evaluate the issue than the reviewing court, and some degree of deference may be required. In such a case, the standard of review is likely to be reasonableness. To the extent that the issue is one of pure law, and can be isolated from the issues of fact, the standard is correctness. However, where the two are inextricably entwined, the standard will likely be reasonableness: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

The process itself would likely fall to be examined on a standard of reasonableness. Perfect satisfaction is not required; the question is whether the regulatory scheme or government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”: *Gladstone, supra*, at para. 170. What is required is not perfection, but reasonableness. As stated in *Nikal, supra*, at para. 110, “in ... information and consultation the concept of reasonableness must come into play .... So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice.” The government is required to make reasonable efforts to inform and consult. This suffices to discharge the duty.

Should the government misconceive the seriousness of the claim or impact of the infringement, this question of law would likely be judged by correctness. Where the government is correct on these matters and acts on the appropriate standard, the decision will be set aside only if the government's process is unreasonable. The focus, as discussed above, is not on the outcome, but on the process of consultation and accommodation.

[Emphasis added.]

[193] I agree with the *dicta* of Grauer J. in *Klahoose First Nation v. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110, where he summarized and applied *Haida Nation* at para. 34:

As mandated in the *Haida* case, *supra*, the *extent* of the duty to consult or accommodate is a question of law to be judged on the standard of correctness, although it is capable of becoming an issue of mixed law and fact to the extent that the appropriate standard becomes that of reasonableness. The *adequacy* of the consultation process is governed by a standard of reasonableness.

[Italic emphasis in original; underline emphasis added.]

[194] In *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, the Court appeared to adopt a higher standard of review in assessing the adequacy of consultation (at para. 48):

In exercising his discretion under the Yukon *Lands Act* and the *Territorial Lands (Yukon) Act*, the Director was required to respect legal and constitutional limits. In establishing those limits no deference is owed to the Director. The standard of review in that respect, including the adequacy of the consultation, is correctness. A decision maker who proceeds on the basis of inadequate consultation errs in law. Within the limits established by the law and the Constitution, however, the Director's decision should be reviewed on a standard of reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339. In other words, if there was adequate consultation, did the Director's decision to approve the Paulsen grant, having regard to all the relevant considerations, fall within the range of reasonable outcomes? [Emphasis added.]

[195] In my view, *Beckman's* adoption of a higher standard was attributable to the fact that the case concerned the construction of a modern, comprehensive treaty; a precise document negotiated by sophisticated and well resourced parties. In that case, the Crown argued that the treaty was a complete code and there was no obligation to consult beyond the treaty itself. I would therefore distinguish *Beckman*.

[196] Thus, I would apply a reasonableness standard to the question of the adequacy of the consultation where the historical treaty does not provide the degree of specificity necessary to ascertain the “correct” process.

[197] As was held in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 74, “[c]onsultation itself is not a question of law, but a distinct constitutional process requiring powers to effect compromise and do whatever is necessary to achieve reconciliation of divergent Crown and Aboriginal interests”. Compromise is a difficult, if not impossible, thing to assess on a correctness standard.

[198] In summary, the Crown’s determination of the scope and extent of its duty to consult must be assessed on a correctness standard. But the third *Taku* question, as to the adequacy of the consultation and the outcome of the process, must be assessed on a reasonableness standard as those questions are either questions of fact or mixed fact and law. The consultation process must also meet the administrative law standards of procedural fairness.

**Did the Crown have a duty to consult and, if indicated, to accommodate WMFN’s interests in hunting caribou?**

[199] Chief Justice McLachlin said in *Taku* at para. 25, “The duty to consult arises when a Crown actor has knowledge, real or constructive, of the potential existence of Aboriginal rights or title and contemplates conduct that might adversely affect them.”

[200] McLachlin C.J. went on to describe the constituent elements of this test in *Rio Tinto* at para. 31: (1) the Crown's knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal claim or right; (2) contemplated Crown conduct; and (3) the potential that the contemplated conduct may adversely affect an Aboriginal claim or right.

[201] In *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 2 S.C.R. 388 at para. 34, Binnie J., speaking for the Court, applied the *Taku* test to a treaty right. He framed the question of the adequacy of consultation in slightly different language when he said:

In the case of a treaty the Crown, as a party, will always have notice of its contents. The question in each case will therefore be to determine the

degree to which conduct contemplated by the Crown would adversely affect those rights so as to trigger the duty to consult. ... [Emphasis added.]

[202] Under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, treaty rights have the same constitutional status as Aboriginal rights: *Halfway River First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 1999 BCCA 470, 64 B.C.L.R. (3d) 206, at para. 127.

[203] In this case, the Crown accepted that it had a duty to consult arising from the applications for mining permits made by First Coal. In the July 20, 2009, “Considerations to Date” document, prepared by the Ministry of Energy Mines and Petroleum Resources (MEMPR) as part of its consultation with WMFN, the statutory decision maker described the “Impact of the Project on Aboriginal Interests” in the following way:

The four T8 FNs have treaty rights within the Central South Property. More specifically they have the right to use the land to support their way of life and their usual vocations of hunting, trapping and fishing. The potential habitat destruction, displacement from core ranges, and increased access leading to disturbance, poaching and excessive predation could potentially impact the Burnt-Pine Caribou Herd. However, there is no projected impact on the four T8 FNs hunting rights of other species such as moose, elk and deer.

[204] In the same document the statutory decision maker recorded that MEMPR had proceeded with consultation towards the deeper end of the consultation spectrum in recognition of WMFN’s stated interest in hunting caribou.

[205] Thus, the first of the *Taku* questions may be answered affirmatively. The treaty right at issue, the right to use the land to support WMFN’s way of life and usual vocation of hunting, was assumed by the Crown, for the purposes of consultation, to include the Burnt Pine caribou herd.

### **What was the scope and extent of the duty to consult and to accommodate WMFN?**

[206] In this case, the second *Taku* question involves an examination of the following:

- (i) the degree to which the treaty right to hunt would be adversely affected by the impact on the specific herd;



- (ii) in assessing the degree to which the treaty right to hunt would be impacted, are past wrongs, cumulative effects and potential future impacts of an operational mine (if developed) relevant, or should the consultation be confined to adverse impacts directly attributable to the permits in question; and,
- (iii) in assessing the degree to which the treaty right to hunt would be impacted, should the Treaty be interpreted in its historical context only, or should the correct interpretation include a modern context.

[207] In responding to issues raised by WMFN in the consultation process, the statutory decision makers considered these questions either implicitly or explicitly. In their decisions they described their interpretation of the treaty right in question in relation to the permits being applied for.

**(i) The degree to which the treaty right to hunt would be adversely affected by the impact on the specific herd**

[208] The chambers judge found at para. 63 that the “Treaty protected right is the right ... to hunt caribou in the traditional seasonal round in the territory [affected] by the First Coal Operation”.

[209] The Crown argues that the “right” is a general right to hunt. The Crown maintains that this right is not species nor herd specific.

[210] Treaty 8 describes the right in general terms. It provides:

And Her Majesty the Queen hereby agrees with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered ...

[211] The Crown argues that the judge erred in narrowly focussing his analysis on this one herd of caribou. In its factum, the Crown submits that it is an error to declare a treaty right to “a microcosm of hunting rights”. Rather the Crown says a proper interpretation of treaty rights should involve a “macro-level” analysis. In support of this argument the Crown says that the following facts are important:

- a) WMFN is a sub-group of the original collective that adhered to Treaty 8 in 1910;

- b) WMFN's ancestors hunted a wide variety of ungulates, including bison, moose and caribou, when and where available;
- c) WMFN do not now and have not, since at least the early 1970s hunted caribou at all;
- d) WMFN do not follow a traditional seasonal round due to participation in the regional economy;
- d) WMFN wish to hunt in a location that is convenient to their current lifestyle, given their participation in the regional economy; and
- e) WMFN are only one of several Treaty 8 First Nations with interests in the area in question.

[212] The Crown argues in this appeal that all the consultation between the Crown, First Coal and WMFN was “for nought, as the only accommodation, in the Court’s eyes, at the chambers hearing, that could make the outcome, and therefore the process itself, reasonable, was a Burnt Pine caribou herd augmentation plan”. The Crown contends that the chambers judge erred in focussing on the result rather than the process.

[213] WMFN says, in reliance on *Mikisew*, that the Court must look not only at the broad contours of the treaty right, the “right to pursue their usual vocation of hunting” but also the rights necessarily included for its meaningful exercise. They argue that the chambers judge “did not find that Treaty No. 8 provides a blanket of protection over any and every species within the Treaty territory. Instead, he found that for [WMFN’s] harvesting rights to be meaningful, they must necessarily include the right to hunt according to the traditional seasonal round”.

[214] There has been some judicial commentary, in both treaty rights cases and Aboriginal rights cases, on this question of whether hunting, fishing, and trapping rights pertain to a specific species. I recognize that in this case the asserted treaty right is alleged to include a specific herd, as there are other caribou herds which would be unaffected by the granting of approval for First Coal’s applications for mining permits, but it is convenient to compare the analysis of cases concerning alleged “species specific” rights to the rights asserted here by WMFN.

[215] In *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, the accused, a Metis, was charged with hunting a moose without a license. He claimed that he had an Aboriginal right to hunt for food. At para. 20, the Court characterized the relevant

right not as the right “...to hunt moose but to hunt for food in the designated territory” (emphasis in original).

[216] In *R. v. Sappier; R. v. Gray*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686 at para. 21, Aboriginal rights were described as generally founded upon practices, customs, or traditions rather than a right to a particular species or resource. Although in some cases the practice, by its very nature, will refer only to one species as was found in *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCCA 593, [2010] 1 C.N.L.R. 278, at paras. 35 and 38 (trade in eulachon grease) and in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723 (sale of herring spawn on kelp).

[217] In the context of treaty rights, *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, [2007] 4 C.N.L.R. 281, leave to appeal ref’d [2008] 1 S.C.R. x, Slatter J.A. proposed a functional approach to the right to hunt at para. 88:

... A rule that no longer protects its very objective is obsolete. The modern test should be functional: it should focus on the “for food” aspect of the “right to hunt”. The focus should be on (a) ensuring that there is some suitable, ample, and reasonably accessible source of food available at all times of the year, especially at, but not limited to, a subsistence level, and (b) recognizing that the right to hunt for food is a communal, multi-generational right that must be protected in the long term, and thus must be managed.

And at para. 91:

Likewise, seasonal and species limitations may be justified, depending on the extent of the precise aboriginal right in question... Being able to hunt and fish “year round” just means that there will always be food available, not that there is a right to harvest every species at all times. Many aboriginal people had seasonal diets: fish at some times, eggs at others, berries at others, mammals at others, birds at others, etc... For example, a ban on hunting mountain goats is justified if there is evidence that there are ample mule deer around to meet the aboriginal need for food.

[218] I conclude from these authorities, and from the language of the Treaty itself, quoted above, that the treaty right in question is not a specific right to hunt the Burnt Pine caribou herd, but rather that it affords protection to the activity of hunting. Thus, in my respectful opinion, the chambers judge erred when he characterized the treaty protected right as the right to hunt caribou.

[219] In this case, one of the statutory decision makers, Mr. Hans Anderssen, of MEMPR, in correspondence that predated his September 4, 2009 Rationale for

Decision, characterized WMFN's right as the right "to maintain a meaningful right to hunt wildlife generally within their traditional territory". In his August 8, 2009 letter, he provided a thorough explanation of the basis for his conclusion that the treaty right in question was not species specific. After referring to the cases of *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112 [William], *Powley*, *Sappier*, *Gray* and *Mikisew* he concluded that:

As set out in the *Mikisew* case, when there are established Treaty rights, the content of the Crown's duty to consult is to be determined by "*the degree to which conduct contemplated by the Crown would adversely affect those rights so as to trigger the duty to consult*" (at para. 34). In accordance with our understanding of the nature of the Treaty 8 right to hunt, and the Crown's right to take up lands for mining purposes, we have assessed the potential impact of the proposed activity on the treaty right by considering whether the WMFN will have a meaningful right to hunt wildlife generally within WMFN's traditional territory, which may include any caribou that occur in that area. We acknowledge that the exploration and bulk sample activities as originally proposed had the potential to significantly impact the Burnt-Pine Caribou herd, a herd which has been identified as threatened under the federal *Species at Risk Act*. However, in light of the fact that the WMFN are able to maintain a meaningful right to hunt wildlife generally within their traditional territory such as deer, moose and elk, and the fact that there are nine other herds of Caribou within WMFN's traditional territory (totalling 1599 animals), we do not consider that WMFN's treaty right to hunt will be infringed by the approval of the proposed mining activity. The scope of consultation required in these circumstances would appear to be in the low to moderate range.

However, given the significance of this herd, WMFN's concerns regarding this herd and the impacts to its established treaty right to hunt, and the information received from biologists within MOE and MOFR regarding the severity of the potential impacts to the herd, MEMPR has engaged at the deeper end of the *Haida* consultation spectrum. MEMPR has worked closely with the proponent, First Coal Corporation, in making significant changes to the original proposed activity to impact the Burnt-Pine Caribou habitat as little as possible.

[Emphasis in original.]

[220] In his October 8, 2009, Rationale for Approval for Occupant Licenses to Cut, the statutory decision maker, Mr. Dale Morgan of the Ministry of Forests and Range (MOFR) described the treaty right in question in a similar way. He wrote, "I would summarize my opinion; on the right to hunt as the right is 'global' in nature and does not imply that there is a right to a specific animal or species."

[221] There is undisputed evidence of the importance to WMFN of caribou, for a variety of purposes.

[222] According to *Mikisew* at para. 34, the statutory decision makers were obliged to consider the degree to which the conduct contemplated by the Crown might adversely affect WMFN's treaty right to hunt. As I concluded above, the right in question is a general right to hunt. That bundle of rights includes the right to participate in various hunting activities and the right to hunt many species. The impact of the contemplated Crown permits on this treaty right may have been minor, modest, significant, serious, or none at all. In assessing the degree to which the permits, if granted, might impact the general right to hunt, it was entirely appropriate for the statutory decision makers to have taken into account, as they did, the abundance of other ungulates, the proportion of caribou territory impacted by the contemplated permits, and the presence of other larger herds of caribou in the area.

[223] The chambers judge concluded that the Crown failed to reasonably accommodate WMFN's "prime concern about the violation of its treaty right to hunt caribou" (reasons at para. 64). This narrow characterization of the right in question led the chambers judge to find that the impact of the immediate permit approvals was significant and required more in the way of accommodation. In my view, inclusion of rights to a particular species or herd within the right to hunt does not translate into an absolute guarantee to hunt that species or herd. The statutory decision makers properly considered the impact of First Coal's proposed activities on the Burnt Pine caribou herd within the broader context of the Treaty 8 right to hunt.

**(ii) Past wrongs, cumulative effects, and future impacts**

[224] Is it appropriate to consider past wrongs, cumulative effects, or future impacts on the Aboriginal right in question or should the consultation focus only on the effect of the particular decision?

[225] The chambers judge described the threatened state of the Burnt Pine caribou herd in the following passage:

[17] The evidence discloses that the caribou were a source of food, and that caribou hide, bone, and antlers were important to the manufacturing of a number of items both for cultural and practical reasons. However, the evidence also discloses that due to the decline in the caribou population, which the petitioners claim is the result of incremental development in the area, including the construction of the WAC Bennett and Peace Cannon Dams in the 1960s and 1970s, and the creation of large lakes behind those

dams, West Moberly's right to carry on their traditional harvesting practice has been diminished.

[18] In particular, the petitioners say that the population of caribou in the area of First Coal's operations has been decimated. They point to the fact that the relevant southern mountain population of caribou has been listed, pursuant to the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, as "threatened". The material filed shows the specific herd, the Burnt-Pine herd, has been reduced to a population of 11.

[226] And at para. 22 of his reasons for judgment, the chambers judge considered the comments of a wildlife ecologist, Dr. Dale Seip, who noted the potential for the complete eradication of the Burnt Pine herd if the project one day became an operational mine. In a September 25, 2008 letter, Dr. Seip said:

It is also necessary to understand what the longer term implications are for these caribou. The Goodrich property encompasses most of the core caribou habitat on Mt. Stephenson. Mining over this entire area would destroy a major portion of the core winter range for this caribou herd. It is short-sighted and misleading to evaluate this proposal for bulk sampling without also considering the longer term consequences of more widespread mining activity occurring over the entire property.

[227] There were three decisions under review by the chambers judge: the amendment to the existing permit to reduce the bulk sample from 100,000 to 50,000; the amendment to the existing permit approving a 173 drill hole, five trench, advanced exploration program; and the associated licences to cut and clear up to 41 hectares of land to facilitate the advanced exploration (and to replace the "spine road" that was being reclaimed).

[228] First Coal notes in its factum that "[w]hile there are many permits and stages a proponent such as First Coal must go through before advancing to the stage of an operating mine, the current decisions ... are the only decisions for which the potential adverse impact can be considered." The thrust of First Coal's submission is that the remedy ordered by the chambers judge responds to WMFN's demand that the Crown implement a plan to both preserve and augment the herd, but that that remedy is essentially redressing past wrongs and cumulative impacts. Similarly any consideration of the impact of a future mine are, according to First Coal, outside the scope of considerations of these statutory decision makers. First Coal notes that before a permit is granted for an operational mine there will be a full environmental review: see *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43, s. 8 and *Reviewable Project Regulations*, B.C. Reg. 370/2002,

Part 3 – Mine Mine Projects. First Coal emphasizes that the decision makers were mandated to consider three very limited permit applications, one of which actually reduced the impact of First Coal's activities from what was first contemplated under the application.

[229] Mr. Devlin for WMFN contended in oral argument that the statutory decision makers erred in holding that cumulative impacts were not relevant. He argues that the cumulative impacts of development in WMFN's treaty protected hunting areas have resulted in fragmentation and decimation of the Burnt Pine caribou herd. He says that the present state of the herd was a proper consideration for the decision makers. In other words, as I understand the First Nations' argument, the permits are part of an incremental process that has resulted in the present, threatened state of the herd, and that incremental context was something the statutory decision makers were obliged to consider. The grant of these permits, it is argued, might be the tipping point in terms of the life of the herd and possible extirpation of the herd is a new adverse impact which expands the scope of the duty to consult.

[230] The decision makers and their advisors responded to WMFN's concerns regarding a possible full mining operation and cumulative impacts to the herd.

[231] In his August 8, 2009 letter to WMFN, Mr. Anderssen of MEMPR stated:

It is only if the exploration stage is successful in delineating an economic resource that a decision is made by the company to proceed to a *Mines Act* mine application (and if the project exceeds a certain threshold an Environmental Assessment Certificate would be required). MEMPR is committed to consulting with the WMFN should that occur and accommodate where appropriate.

[232] In the "Considerations to Date" document dated July 20, 2009, Mr. Anderssen responded to WMFN's initial submission titled "I Want To Eat Caribou Before I Die". He noted:

A decision on the present application does not authorize full scale mining activity on the Central South Property. Any proposal to move towards an operating mine by [First Coal] will be subject to further assessment and review through the Environmental Assessment (EA) process. ... The impacts of the mining exploration and bulk sample activities are measured on the merits and impacts of the proposed activity alone and not potential future activities of greater impact.

[233] Mr. Anderssen recognized the fragile state of the Burnt Pine caribou herd in the same document where he commented that even without further development, and quite apart from further development, the herd required a recovery plan.

[234] While he acknowledged that the issue of cumulative impacts had been raised by WMFN, Mr. Anderssen declined to consider such impacts. He noted that cumulative impacts were “beyond the scope of the review” he was conducting, that the project had a “relatively small footprint” when compared to other activities in WMFN’s traditional territory, and that WMFN’s right to hunt caribou would “not be significantly reduced” by First Coal’s proposed activities. Finally, Mr. Anderssen stated that the appropriate venue for assessing cumulative impacts was the Economic Benefits Agreement (“EBA”) process, which MEMPR was “committed to facilitating and/or participating in”.

[235] In *Rio Tinto* the question of past wrongs and cumulative impacts was considered by the Court under the rubric of the first *Taku* question – whether a duty to consult arises. (Because in this case the appellants acknowledge that a duty to consult does arise, this question becomes more relevant to the second *Taku* question concerning the scope and extent of the duty.)

[236] *Rio Tinto* involved an application for approval of the sale of excess power generated by a hydro electric dam. The dam, which was constructed in the 1950s had diverted water from the Nechako River. The diversion impacted the First Nations’ fishery in that river. The First Nations were not consulted at the time. Those same First Nations sought consultation within the 2007 process to approve the sale of excess power produced by the dam. The Chief Justice speaking for the Supreme Court of Canada held at para. 49:

The question is whether there is a claim or right that potentially may be adversely impacted by the *current* government conduct or decision in question. Prior and continuing breaches, including prior failures to consult, will only trigger a duty to consult if the present decision has the potential of causing a novel adverse impact on a present claim or existing right.  
[Emphasis in original.]

And at paras. 53-54 she continued:

... [*Haida Nation*] confines the duty to consult to adverse impacts flowing from the specific Crown proposal at issue - not to larger adverse impacts of the project of which it is a part. The subject of the consultation is the impact on the claimed rights of the *current* decision under consideration.



The argument for a broader duty to consult invokes the logic of the fruit of the poisoned tree - an evidentiary doctrine that holds that past wrongs preclude the Crown from subsequently benefiting from them. Thus, it is suggested that the failure to consult with the CSTC First Nations on the initial dam and water diversion project prevents any further development of that resource without consulting on the entirety of the resource and its management. Yet, as *Haida Nation* pointed out, the failure to consult gives rise to a variety of remedies, including damages. An order compelling consultation is only appropriate where the proposed Crown conduct, immediate or prospective, may adversely impact on established or claimed rights. Absent this, other remedies may be more appropriate.

[237] *Rio Tinto* is distinguishable from this case because in *Rio Tinto* there was a finding that the sale of excess power would have no adverse effect on the Nechako River fishery. Here, there is a link between the adverse impacts under review and the “past wrongs”. However, *Rio Tinto* is applicable for the more general proposition that there must be a causative relationship between the proposed government conduct and the alleged threat to the species from that conduct. It is fair to say that decisions, such as those under review in this case, are not made in a vacuum. Their impact on Aboriginal rights will necessarily depend on what happened in the past and what will likely happen in the future. Here it could not be ignored that this caribou herd was fragile and vulnerable to any further incursions by development in its habitat. Thus, although past impacts were not specifically “reeled” into the consultation process, neither could the result of past incursions into caribou habitat be ignored.

[238] However, Mr. Devlin, for WMFN, noted in his oral submissions that this is not a “taking up” case because the land had already been taken up for mining purposes. As I understood his submissions, he meant that the taking up occurred when the original mining permits were granted in 2005. He said that WMFN were not contesting the original permits. This statement belies the contention that the statutory decision makers ought to have taken into account the fact that earlier Crown authorized activity had, at least in part, caused the present decimated state of the Burnt Pine caribou herd, thus the need for an augmentation or recovery plan to restore the health of the herd. The need for a recovery plan arose from past development and, thus, would not be a consequence of the permits under consideration.

[239] In my view the statutory decision makers could not, and did not, ignore the fragile threatened state of the Burnt Pine caribou herd in defining the scope and

extent of consultations. Those consultations proceeded on the basis that further incursions into the habitat of the caribou might result in extirpation of the herd. The decision makers drew the line at implementing a recovery plan because the need for recovery did not emanate from, or was not causally related to, the permits sought. I am of the view that the decision makers were correct in their understanding of this aspect of the scope and extent of the Crown's consultation obligations. Similarly, consideration of the impact of a possible full-scale mining operation on the herd would be the subject of a full environmental review, and was beyond the scope of these decision makers' mandate (*Rio Tinto* at para. 53).

[240] Practically speaking the decision makers did not have an application for a full mining operation before them. Since its inception in 2005, the project scope had shifted from a small, open-pit concept to a combined, trenching/underground system. Subsequent exploration would utilize an experimental technology that might or might not prove viable. Based on this background, it was certainly possible that the nature of the project would change once again, or that development might not proceed beyond the exploration phase at all. It was not wrong for the decision makers to limit their inquiry to the adverse effects of the permits under review, and decline to consider possible future scenarios on a hypothetical basis.

**(iii) Historical or modern Treaty interpretation and taking up provisions of the Treaty**

[241] I conclude from my review of the authorities on this point that the promises made under Treaty 8 must be interpreted within their historical context. But it is only logical to consider the degree to which government action adversely impacts those promises in light of modern realities. The manner in which the First Nations treaty rights are exercised is not frozen in time: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507 at para. 132. Nor can an assessment of the degree to which government conduct impacts the exercise of those rights ignore the modern day economic and cultural environment.

[242] The objective of the numbered treaties, and Treaty 8 specifically, was to facilitate the settlement and development of the West. However, it is clear that for the Indians the guarantee that hunting, fishing and trapping rights would continue was the essential element which led to their signing: *R. v. Badger* at para. 39.

[243] In recognition of this objective, Treaty 8 recites: “the said Indians have been notified and informed by Her Majesty's said Commission that it is Her desire to open for settlement, immigration, trade, travel, mining, lumbering and such other purposes as to Her Majesty may seem meet”. The First Nations own oral histories indicate their understanding that some land would be taken up and occupied in a way which precluded hunting when it was put to a visible use that was incompatible with hunting: *R. v. Badger* at para. 58.

[244] In *Mikisew*, Binnie J. describes an “uneasy tension between the First Nations essential demand that they continue to be as free to live off the land after the treaty as before and the Crown's expectation of increasing numbers of non-Aboriginal people moving into the surrendered territory” (at para. 25).

[245] While the treaty guaranteed certain rights, it did not promise continuity of nineteenth century patterns of land use (*Mikisew* at para. 27):

... none of the parties in 1899 expected that Treaty 8 constituted a finished land use blueprint. Treaty 8 signalled the advancing dawn of a period of transition. The key, as the Commissioners pointed out, was to “explain the relations” that would govern future interaction “and thus prevent any trouble”...

[246] The actual balancing of these competing interests, informed by a correct understanding of the interpretation of the Treaty, is part of the task of the statutory decision makers.

[247] In the “Considerations to Date” document, Mr. Anderssen provided his interpretation of Treaty 8. He said:

Treaty 8 sets out the right of the signatory First Nations “*to pursue their usual vocation of hunting, trapping and fishing through the tract surrendered ...*” Aboriginal rights and title to lands were surrendered in exchange for these Treaty rights and other benefits set out in the treaty (such as entitlement to specified quantum of land for reserves). Treaty 8 rights to hunt, trap and fish are subject to express limitations set out in Treaty 8. Specifically, these rights are “*subject to such regulations as may from time to time be made by the government of the country...*”. In addition, the Crown maintained the authority to take up land “*from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.*” [Emphasis in original.]

[248] In *Mikisew*, the Crown took an unreasonable position that express limitations to the Treaty 8 right to hunt removed its duty to consult as it related to a

particular taking up. Here, the statutory decision makers acknowledged the importance of caribou to WMFN and, in light of this, they approached consultation toward the deeper end of the spectrum. The fact that the “taking up” had already occurred and the decimated state of the Burnt Pine caribou herd was not causally related to the permits under consideration did not prevent MEMPR from engaging directly with WMFN to address their concerns.

[249] The statutory decision makers were entitled to, and did, balance the competing interests in the context of a modern culture and environment. In my view this is a correct interpretation of the Treaty in question. This interpretation informed the consultations and the statutory decision makers’ assessment of the adequacy of consultation.

#### **iv. Conclusion on the second *Taku* question**

[250] The second *Taku* question – as to the scope and extent of the duty to consult and to accommodate WMFN – was in my view considered correctly by the statutory decision makers. They correctly interpreted the Treaty in respect to the important factors: the contours of the right to hunt; the context in which the Treaty was signed and in which it operates today; and the relevance of past Crown conduct and future potential development.

[251] In his review of the decisions of the statutory decision makers, the chambers judge found, as noted above, that the treaty protected right was the right to hunt caribou in the territory affected by First Coal’s operation. He did not otherwise explicitly address the question of the scope and extent of the duty to consult, and if indicated, accommodate. That is, he did not explicitly discuss the questions of whether past wrongs, cumulative effects and future impacts were matters that factored into the scope and extent of the duty to consult. But implicit in his conclusion, that the Crown’s refusal to put in place a rehabilitation plan for the Burnt Pine caribou herd amounted to a failure to reasonably accommodate, is a finding that the statutory decision makers were bound to consider past wrongs, cumulative effects and future development, because the near extirpation of the herd that had occurred could not have been caused by the prospective granting of the permits in issue in this case. In my view, the chambers judge erred in construing the Crown’s duty to consult and accommodate so broadly.

## **Did the Crown fulfill its duty to consult and accommodate in this case?**

[252] As noted at the outset of these reasons, the third question – whether the consultation and accommodation measures were adequate – should be reviewed on a standard of reasonableness. The reasonableness standard was defined in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 at para. 47. Bastarache and LeBel JJ. speaking for the majority held that the decision under review must fall “within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”:

Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[253] The chambers judge determined that the consultation in this case was not sufficiently meaningful and that the Crown’s failure to put in place a protection and rehabilitation plan for the Burnt Pine caribou herd rendered the accommodation unreasonable.

[254] Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* dictates that “the Crown must act honourably, in accordance with its historical and future relationship with the Aboriginal peoples in question”: *Taku* at para. 24.

[255] The judgment in *Mikisew* reminds us that, “[t]he fundamental objective of the modern law of Aboriginal and treaty rights is the reconciliation of Aboriginal peoples and non-Aboriginal peoples and their respective claims, interests and ambitions” (at para. 1).

[256] In *Taku*, the Chief Justice said (at para. 2):

... Where consultation is meaningful, there is no ultimate duty to reach agreement. Rather, accommodation requires that Aboriginal concerns be balanced reasonably with the potential impact of the particular decision on

those concerns and with competing societal concerns. Compromise is inherent to the reconciliation process...

[See also *Haida Nation* at para. 50.]

[257] And as Binnie J. noted in *Beckman*, at para. 84: “*Somebody* has to bring consultation to an end and to weigh up the respective interests ... The Director is the person with the delegated authority to make the decision whether to approve a grant ... The purpose of the consultation was to ensure that the Director’s decision was properly informed” (emphasis in original).

[258] In *Taku* the Supreme Court of Canada reviewed the consultation that had occurred in that case and found it adequate. I find it helpful to compare the consultation in *Taku* to that in the case at bar. (Recognizing that the Aboriginal right in that case was asserted, but yet unproven; I consider that this distinguishing feature is not particularly important because the Aboriginal rights claim in *Taku* was relatively strong and the potential negative impact of the contemplated Crown conduct was significant.)

[259] The consultation process in *Taku* took place over three and one-half years. The First Nation was invited to, and did, participate in a committee to review the project at issue, the reopening of an abandoned mine. The project sponsor, Redfern, met several times with the First Nation to discuss the project and its concerns about the impact of the project. Redfern engaged an independent consultant to conduct archaeological and ethnographic studies to identify possible effects of the project. Financial assistance was provided to the First Nation to enable it to participate in meetings.

[260] I note the following features of the consultation which took place in *Taku*:

- The process of project approval ended more hastily than it began. Nonetheless, the Court concluded that the consultation provided by the Province was adequate (para. 39);
- In the opinion of the decision maker, by the time the assessment was concluded, the positions of all the Project Committee members, including the affected First Nation, had crystallized (para. 41);

- The concerns of the First Nation were well understood and reflected in the Recommendations Report (para. 41);
- Mitigation strategies were adopted in the terms and conditions of certification (para. 44);
- Project approval certification was simply one stage in the process by which development moved forward. The First Nation would have further opportunity for input and accommodation at subsequent stages (paras. 45-46);
- The Project Committee concluded that some outstanding First Nation concerns could be more effectively considered at later stages or at the broader stage of land use strategy planning (para. 46).

[261] In my view, the consultation in the present case was comparable to that undertaken in *Taku* in all of the above-mentioned respects.

[262] I turn now to examine the consultation that took place in this case in order to determine if that consultation was adequate, bearing in mind that it is not the task of this Court nor the court below to substitute its own view for that of the decision makers.

[263] The evidentiary record that was before the chambers judge discloses an extensive record of consultation. As the chambers judge found, the Crown was entitled to delegate some of the procedural aspects of consultation to First Coal; however, the “ultimate legal responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown” (*Haida Nation* at para. 53).

[264] The consultation process was managed on behalf of First Coal by Debra Stokes, Director of Environment for First Coal. Since about January 2008, she has devoted a “significant amount of [her] time” to working with First Nations in connection with the consultation process related to these applications. She consulted all Treaty 8 First Nations including WMFN. Ultimately she identified four First Nations with an interest in consultation concerning First Coal’s applications. She deposed that of those four, two entered into memoranda of understanding to govern their ongoing relationship with First Coal and a third First Nation was engaged in negotiations in connection with such a memorandum. Those

agreements included economic opportunities for the First Nations. Ms. Stokes indicated that to date WMFN had declined to enter into a memorandum. She said that she became aware of WMFN's opposition to the First Coal project because of concerns related to caribou on June 13, 2008. She noted that she was aware that caribou had much earlier been identified by First Coal as requiring special attention as it developed the project.

[265] First Coal provided funding in Sept 2008 to purchase radio collars to help with the long term monitoring of the caribou. First Coal also retained an independent wildlife biologist to develop a detailed plan to address the concerns raised by WMFN over the potential impact of the project on the caribou. The first iteration of the Caribou Mitigation and Monitoring Plan ("CMMP") was developed in October 2008 and that document was subject to several revisions to address concerns of the Crown and WMFN before it was finalized on May 1, 2009. Ms. Stokes recounted the numerous meetings with WMFN. She also deposed to the fact that environmental site managers were on site 24 hours a day, 7 days a week during construction to monitor implementation of the CMMP.

[266] The mitigation and monitoring requirements under the CMMP include, but are not limited to the following:

- short term monitoring including an incidental observation program, a winter monthly aerial survey program, a series of ground tracking surveys, noise level monitoring, and monitoring of reclamation efforts;
- long-term caribou monitoring and research using GPS radio collars;
- reclamation of the areas affected by First Coal's mining activities with a particular focus on maximizing caribou foraging habitat and minimizing habitat for predators;
- avoidance of work in core range areas during seasons when caribou are present;
- immediate cessation of activities upon sight of caribou;
- increased security as well as access, use, and speed restrictions;
- education and awareness programs for employees and visitors; and



- establishment of a “Burnt-Pine Caribou Task Force” in conjunction with the local First Nations and reporting of results and suggestions to regulators.

[267] The consultation record discloses that WMFN has been involved in consultation since about 2005 on the earlier First Coal Notices of Work related to the same project, not the subject of this judicial review. Of relevance to these particular permits, the Crown consultation record documents communications commencing on May 14, 2008, onward, involving all stakeholders, including WMFN, the Crown, and First Coal. In July 2008, the proposed ADDCAR system was explained to those interested stakeholders at a meeting. Wildlife biologists were an integral part of all the significant consultations. The reports of the Crown biologists were provided to WMFN, throughout the consultation process. In October 2008, First Coal committed to modifying the project to avoid the windswept areas so critical to the caribou. The Spine Road reclamation plan was discussed at numerous meetings. The Spine Road had been built in an area that was windswept.

[268] In December 2008, WMFN complained about the lack of meaningful consultation.

[269] In January 2009, a meeting was attended by representative of WMFN to discuss the first Draft CMMP.

[270] In February 2009, WMFN expressed concerns about the lack of time they had been given to respond to the CMMP. Their legal counsel became involved on February 4, 2009. He explained WMFN’s concerns about caribou habitat. In subsequent correspondence WMFN also expressed concern about the Spine Road work, done without permits.

[271] In the ensuing months, numerous meetings were conducted and information was exchanged. On June 23, 2009, WMFN submitted their document “I want to Eat Caribou Before I Die”, detailing the historical importance of caribou to the First Nations as well as the threat to the caribou posed by the First Coal project.

[272] On July 20, 2009, MEMPR released its “Considerations to Date” document. In the covering letter to WMFN, Mr. Anderssen explained that the purpose of the

document was to “provide ... the ‘Considerations to Date’ that represent the information that [MEMPR] is currently considering in regards to ... [the] proposed 50,000 tonne Bulk Sample application and the proposed 173 drill hole advanced exploration application ...”. He also noted that Section 7.0 of the document responded to the issues raised by WMFN’s initial submissions contained in the document, “I want to Eat Caribou Before I Die”. Lastly he noted that a meeting was scheduled for August 5, 2009.

[273] The document notes that MEMPR had been engaged in consultations with the four affected Treaty 8 First Nations for over four years. Six face-to-face consultation meetings had taken place between Sept 2008 and July 2009. After summarizing MEMPR’s understanding of the importance of caribou as gleaned from WMFN’s initial submissions, the document attempts to quantify the adverse effects of First Coal’s applications on caribou generally and on WMFN’s treaty right specifically. It notes that there are nine herds of caribou in WMFN’s traditional territory, totalling approximately 1599 animals. The affected Burnt Pine Herd consists of 11 animals and represents 0.69% of the caribou population in WMFN’s traditional territory. Based on this, the document concludes that “the opportunity for WMFN to hunt and trap caribou in their traditional territory will not be significantly reduced”.

[274] The document notes the possible extirpation of the Burnt Pine caribou herd, relying on the comments of Mr. Pierre Johnstone of the Ministry of Environment. Until recently, the Burnt Pine herd was considered to be part of the larger, Moberly Herd. In Mr. Johnstone’s opinion, fragmentation of this sort “may be an early sign of extirpation”. One of the accommodation measures sought by WMFN was a recovery plan for the Burnt Pine caribou herd. The “Considerations to Date” document states that it is generally recognized that even without further development, and regardless of whether mining activity occurs in the area, a recovery plan would be necessary to maintain or increase herd numbers. However, presumably for fiscally-related reasons, the Crown did not currently have a recovery plan in place for the Burnt Pine herd.

[275] WMFN also requested that the Crown engage in land use planning. The document states that this request is met by the Economic Benefits Agreement, to which WMFN is a party, and for which extensive funding had been provided to

WMFN. MEMPR's understanding was that the EBA provided a mechanism for addressing WMFN's concerns regarding cumulative impacts and efforts to recover caribou populations. First Coal's proposed "Caribou Task Force" was seen as another venue in which these issues could be addressed on an ongoing basis.

[276] The document goes on to list the accommodation measures proposed by WMFN and the measures taken or proposed by MEMPR:

Accommodation Measures proposed by WMFN

The following are drawn from statements from the Initial Submissions that could be considered as proposed accommodation measures.

- Accommodation should include rejection of First Coal's application;
- WMFN should be given the opportunity to participate in the decision making process;
- Consultation as a form of accommodation;
- Recovery of the Burnt-Pine Caribou Herd; and
- Re-location of First Coal's activities.

Accommodation Measures Taken or Proposed by MEMPR

- Consultation at the higher end of the spectrum;
- Application of the CMMP;
- Reduction of the Bulk Sample permit by 50%;
- Closure of the Spine Road;
- Use of ADDCAR system;
- Consideration of WMFN's extensive input including the Initial Submissions in the decision making process;
- Through promotion, facilitation and participation in planning processes flowing from the EBA as well as through the Caribou Task Force, MEMPR will work towards addressing the issues of:
  - cumulative impacts;
  - a Caribou Recovery Plan;
  - land use planning; and
  - the location of First Coal and other companies activities.

[277] The "Considerations to Date" document contains no decisions by the lead Ministry, MEMPR, but it chronicles the consultation process, the technical information, and the positions so far taken by the Ministry and the First Nations in

respect to the approval process and accommodations. It notes that WMFN proposed that First Coal's applications be rejected and that WMFN's input would be considered in the decision making process.

[278] Meetings took place on August 5 and 12, 2009. A lengthy letter hand-delivered to the Ministry representatives, expresses the frustration of WMFN at what they saw as intransigence in the position of the Ministries involved. The letter illustrates that the consultation had come to the point where the positions of the parties had crystallized. On the one hand, the WMFN characterized their treaty right as specifically protecting the right to hunt the Burnt Pine caribou herd; they complained that the Ministry failed to examine impacts from prior activities; and, they expressed concern that, despite the Crown's recognition that the herd may face extirpation, there was no recovery plan in place. WMFN concluded that First Coal's applications should be rejected and its operation re-located, and that "a real recovery plan" should be implemented, as well as legal protection for the Burnt Pine caribou herd. On the other hand, the Ministry maintained that the scope and extent of consultations were limited and that WMFN's treaty right to hunt was not significantly impacted, as I have previously discussed.

[279] In his affidavit, Chief Roland Willson describes the final consultation meeting of August 12, 2009:

94. We also voiced concerns that MEMPR had not told us how they would weigh our interests with the competing interest of others when making decisions on First Coal's proposed activities. We told them that they should give our interests and rights a lot of weight, given the fact that we have Treaty rights and First Coal has only interests. We also said that they were not giving proper weight to the honour of the Crown and the goal of reconciliation. We also asked MEMPR to think about the fact that the broader public interest supported preserving the habitat of endangered species such as caribou.

95. At this meeting of August 12, 2009, West Moberly representatives including myself encouraged MEMPR to look at the bigger picture. We said that we were worried about the cumulative impacts of industrial development on our Treaty rights which had prevented us from hunting caribou in our preferred Treaty territory. We explained that the impacts of the proposed mining activities on our right were serious because of how few caribou were now left within our preferred Treaty territory.

[280] It was evident that by this time a decision had to be made. Dr. Dale Seip had described the CMMP as doing "an excellent job of attempting to reduce the environmental impacts of the bulk sample and exploration program on caribou".

But he also concluded that "...if the government intended to conserve and rehabilitate this small caribou herd" granting the permits was "incompatible with efforts to recover the population". The statutory decision makers were thus faced with two incompatible positions. After years of consultation, in which the competing interests were fully explored, "[s]omebody [had] to bring consultation to an end and weigh up the respective interests" (*Beckman* at para. 84). The statutory decision makers did just that. They made their decisions to approve the permits on the basis of the generality of the treaty right in question, the limited impact of the proposed permits on that right, and the incorporation of accommodation and mitigation measures into the project.

[281] The permits were issued shortly thereafter: the Bulk Sample permit, on September 1, 2009, the Advanced Exploration Permit on September 14, 2009 and the Licences to Cut on October 13, 2009.

[282] The Rationale for Decision on the first two permits was issued by Mr. Al Hoffman of MEMPR on Sept 4, 2009, and a Rationale for the Licences to Cut was issued by Mr. Dale Morgan of MOFR, on October 8, 2009.

[283] The mining permit contained the following conditions:

Environmental Management Programs

(a) Caribou Mitigation and Monitoring Plan

- (i) The Permittee shall implement and ensure all activities on the mine site adhere to, the AECOM Canada Ltd. report "First Coal Corporation, Caribou Mitigation and Monitoring Plan for the Bulk Sample and Advance Exploration 2009 / 2010 Program at the Central South Property", dated May 1, 2009 and the AECOM Canada Ltd. report "First Coal Corporation, Reclamation Plan for Existing Disturbance at the Central South Project Site", dated May 2009.
- (ii) The Permittee shall continue to participate in the Peace Region Shared Stewardship Working Group.
- (iii) If a species recovery plan for woodland caribou is developed and approved through the Committee on the Status of Endangered Wildlife in Canada, the conditions of this permit will be reviewed and revised as necessary to ensure compliance with the recovery plan.

[284] Undoubtedly it would have been preferable for the MEMPR Rationale to do more than chronicle the background and considerations by explicitly describing the basis of the opinion. But notwithstanding the absence of an explicit explanation for the decision, it is apparent that MEMPR rejected the main accommodations requested by WMFN (rejection of the permits, implementation of a caribou recovery plan, and re-location of First Coal's activities) and, when read in conjunction with the "Considerations to Date" document, the reasons for rejecting the requested accommodations are clear – that the accommodation measures proposed by MEMPR were an adequate compromise, which attempted to balance the competing interests of WMFN, First Coal, and society at large.

[285] The Ministry of Forests and Range Rationale provided a fuller explanation for the decision of Mr. Morgan, for that Ministry. Mr. Morgan noted that his authority was limited to adding (or not) conditions to the license to cut timber. He reviewed the question of the adequacy of consultation and accommodation. He reviewed the consultation record and concluded that consultation had been adequate to address WMFN's concerns. He noted that WMFN disputed the adequacy of consultation and objected to the project. In approving the permit he added the following conditions:

1. FCC must adhere to the Caribou Mitigation and Monitoring Plan during operations.
2. FCC must, to the extent practicable, limit their harvesting of timber to the amount required to safely conduct operations.

[286] Overall, the consultation process was directly responsive to the concerns raised by WMFN, insofar as those concerns related to the permits under consideration. In light of WMFN's treaty protected right and particular interest in hunting caribou, significant accommodations were made to protect the existing caribou herd. It is true that the outcome of the consultation process was not that which WMFN desired. But it cannot be said that the outcome, given all the factors listed by the decision makers, was unreasonable.

[287] It is not for a court on judicial review to mandate specific accommodation measures (*Musqueam Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2005 BCCA 128, 37 B.C.L.R. (4th) 309 at paras. 99-100, 104-105; *Wii'litswx v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1620, [2009] 1 C.N.L.R. 359 at para. 23) nor specific outcomes to the process. Provided

that the Crown proceeds on a correct understanding of the scope and extent of the treaty rights and its duty to consult (as I say it did), and provided that consultation proceeds in a reasonably thorough, responsive fashion, a court ought not to interfere. In my view the decision makers acted reasonably and, as the foregoing description of the extent of the consultation illustrates, the consultation was more than adequate in fulfilling the Crown's duties. The consultation appears broadly similar to that which was found adequate in *Taku*. What is required is not perfection but reasonableness (*Haida Nation* at para. 62). I therefore conclude that the Crown has discharged its duty and that the chambers judge erred in finding that consultation was inadequate and that a specific form of accommodation was required.

[288] I would allow the appeal and dismiss the petition.

“The Honourable Madam Justice Garson”

# IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: *Yahey v. British Columbia*,  
2021 BCSC 1287

Date: 20210629  
Docket: S151727  
Registry: Vancouver

Between:

**Marvin Yahey on his own behalf and on behalf of all other  
Blueberry River First Nations beneficiaries of Treaty No. 8 and  
the Blueberry River First Nations**

Plaintiffs

And

**Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia**

Defendant

Before: The Honourable Madam Justice Burke

## **Reasons for Judgment**

Counsel for the Plaintiff:

Maegen M. Giltrow  
Gregory J. McDade, Q.C.  
Lisa C. Glowacki  
Jamie Arbeau  
John R. Rich  
F. Matthew Kirchner  
Michelle L. Bradley



Counsel for the Defendant:

Rick Williams  
Patrick G. Foy, Q.C.  
Tim Pritchard  
Hugh Gwillim  
Chris Robb  
Jeff Echols  
Ramsey Glass  
Andrea Jarman

Place and Date of Trial:

Vancouver, B.C.  
May 27-31, 2019  
June 3-7, 10-14, 2019  
July 29-31, 2019  
August 1-2, 6-7, 9, 12-16, 27-30, 2019  
September 3-6, 9-13, 23-24, 27, 30,  
2019  
October 1-4, 7-11, 21-25, 28-31, 2019  
November 1, 4-8, 25-29, 2019  
December 2-6, 2019  
January 23-24, 27-31, 2020  
February 3-7, 18-21, 24-27, 2020  
March 2-6, 9-13, 2020  
June 17-19, 22-26, 29-30, 2020  
July 2-3, 20-24, 27-31, 2020  
August 4-6, 2020  
October 19-23, 26-30, 2020  
November 2-6, 16-20, 23-27, 30, 2020

Place and Date of Judgment:

Vancouver, B.C.  
June 29, 2021

**I. OVERVIEW**

**II. BACKGROUND**

- A. Blueberry
- B. The Province
- C. Treaty 8

**III. PROCEDURAL HISTORY**

- A. Pleadings
- B. Injunction Applications

C. Application for Judicial Review

D. Trial

E. Central Arguments

#### **IV. STATEMENT OF ISSUES**

#### **V. LEGAL FRAMEWORK AND PRINCIPLES**

A. Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and Reconciliation

B. Principles of Treaty Interpretation

C. Honour of the Crown

D. Fiduciary Duty

E. Infringement of Treaty Rights

F. Justification of Infringement

G. Evidentiary Principles

#### **VI. WHAT ARE THE RIGHTS AND OBLIGATIONS IN TREATY 8?**

A. History of Treaty 8

1. 1871-1877: Treaties 1 to 7

2. 1897-1899: The Lead up to Treaty 8

3. June 21, 1899: The Signing of Treaty 8 at Lesser Slave Lake

4. May 30, 1900: Adhesion to Treaty 8 at Fort St. John

B. Does Treaty 8 Promise a Right to Continue a Way of Life Based on Hunting, Fishing and Trapping?

1. Parties' Positions

2. Conclusion on the Evidence

3. Key Jurisprudence on Treaty 8 and the Promises Contained Therein

C. The Concept of Way of Life

1. Brief History Since 1900

2. Particulars of the Way of Life Based on Hunting, Fishing, and Trapping

3. Crown Knowledge of Way of Life at the Time of Treaty

4. Blueberry's Evidence and Perspective on its Way of Life

D. Conclusions Regarding Blueberry's Way of Life

#### **VII. HAVE BLUEBERRY'S TREATY RIGHTS BEEN INFRINGED?**

A. Introduction

B. What is the Test for Infringement of Treaty Rights?

1. Jurisprudence

2. Test for Infringement

C. Blueberry's Traditional Territories

1. Parties' Positions

2. Jurisprudence

3. Analysis

D. Status of Wildlife in the Blueberry Claim Area

1. Lay Witness Evidence and Expert Opinion Evidence

2. Overview

3. Causation and Standards of Proof

4. Wildlife Management Units

5. Expert Witnesses

6. Caribou

7. Moose

8. Marten and Fisher

9. Conclusions on Wildlife

E. Disturbance and Scale of Development in the Blueberry Claim Area

1. Introduction

2. Admissibility of and Weight to be Given to Certain Documents

3. 2016 Atlas and Dr. Klinkenberg's Review

4. RSEA Disturbance Data and Disturbance Layer

5. Analysis of Disturbance Data and Scale of Development in the Blueberry Claim Area

F. Do the Disturbances Constitute Lands Taken Up?

1. Province's Position

2. Analysis and Conclusions

G. Blueberry Members' Ability to Exercise Treaty Rights

1. Introduction

2. Province's Appendices 1 and 2

3. Analysis and Conclusions

H. Conclusions in Brief

1. Way of Life

2. Disturbance

3. Wildlife

4. Infringement

**VIII. HAS THE PROVINCE DILIGENTLY IMPLEMENTED THE TREATY?**

A. Overview

1. Review of Jurisprudence

- [2. Blueberry's Position](#)
    - [3. Province's Position](#)
  - [B. Application of the Legal Principles](#)
    - [1. Management of Treaty Rights](#)
  - [C. Regulatory Regime for Oil and Gas Development](#)
    - [1. Overview](#)
    - [2. Conclusions in Brief](#)
    - [3. Oil and Gas Agreements between Blueberry and the Province](#)
    - [4. Tenures: The Ministry of Energy and Mines](#)
    - [5. Permitting: The BC Oil and Gas Commission](#)
    - [6. Remediation and Reclamation at the Oil and Gas Commission](#)
    - [7. Issues with the Province's Oil and Gas Regime](#)
    - [8. Conclusions with Respect to Oil and Gas Regulation](#)
  - [D. Forestry Management](#)
    - [1. Parties' Positions](#)
    - [2. Allowable Annual Cut](#)
    - [3. Fort St. John Land and Resource Management Plan](#)
    - [4. Fort St. John Pilot Project](#)
    - [5. Stand Level Permits](#)
    - [6. Conclusions with respect to the Province's Forestry Regime](#)
  - [E. Cumulative Effects Framework](#)
    - [1. History of the Province's Consideration of Cumulative Effects](#)
    - [2. Work on Development of the Cumulative Effects Framework](#)
    - [3. Conclusions with respect to the Province's Cumulative Effects Framework](#)
  - [F. Wildlife Management](#)
    - [1. Land Designations](#)
    - [2. Stewardship Programs](#)
    - [3. Hunting Regulations](#)
    - [4. Conclusions on Wildlife Management](#)
  - [G. Conclusions on the Province's Implementation of the Treaty](#)
    - [1. Parties' Positions](#)
    - [2. Analysis of the Province's Honourable and Fiduciary Obligations](#)
- [IX. HAS THE PROVINCE JUSTIFIED THE INFRINGEMENT?](#)**
- [A. Law](#)

[B. Province's Position](#)

[C. Analysis and Conclusions](#)

[X. RELIEF](#)

[A. Sealing Order](#)

## I. OVERVIEW

[1] This is a claim brought by the Blueberry River First Nations ("**Blueberry**" or "**Plaintiffs**"), whose territory is located in northeastern British Columbia. Blueberry is a party to Treaty No. 8 ("**Treaty 8**" or "**Treaty**"), which was first signed in 1899 and to which Blueberry's ancestors adhered in 1900. The claim is based on the rights and obligations contained in Treaty 8.

[2] In this claim, Blueberry alleges that Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia ("**Province**" or "**Defendant**") has authorized industrial development without regard for Blueberry's treaty rights. Blueberry alleges the cumulative effects of industrial development have had significant adverse impacts on the meaningful exercise of their treaty rights, breached the Treaty, and infringed their rights.

[3] This case is novel and the judgment lengthy. For ease of reference, I set out below a very condensed overview of the facts of the claim, the parties' positions and my essential conclusions on the issues raised.

- In 1899, Commissioners acting on behalf of Her Majesty the Queen ("**Crown**") and the Chiefs and headmen of the Cree, Beaver and Chipewyan as well as other Indigenous people gathered at Lesser Slave Lake and entered into Treaty 8. In 1900, Blueberry's ancestors adhered to the Treaty.
- Treaty 8 protects the Indigenous signatories' and adherents' rights to hunt, trap and fish in the Treaty area, subject to regulations made by the government, and except over areas the government may have "taken up" for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.
- At the time the Treaty was entered into, the Indigenous people were also promised that there would be no forced interference with their mode of life.

They would be as free to hunt and fish after the Treaty, as they would be if they never entered into it.

- Much has changed over the last 120 years. This case raises questions about what was intended in 1899 and 1900, how much change was anticipated, and how promises made over one hundred years ago are to be honoured and upheld today.
- Over the last several decades, Blueberry has witnessed extensive industrial development in its territory. It alleges that it has become harder to exercise its rights to hunt, trap and fish and to maintain its way of life. It says provincially authorized industrial development has pushed its members to the margins of its territory to seek to exercise their constitutionally protected treaty rights. It says the effects of the industrial development are well beyond what was contemplated at the time of the Treaty.
- Blueberry brings this claim alleging that the cumulative impacts from a range of provincially authorized industrial developments in its territory have breached the Treaty and infringed its rights.
- The Province denies that Blueberry's rights have been infringed or that the Treaty has been breached. It relies on the taking up clause contained in the Treaty, which gives the government the power to take up lands within the Treaty territory for specific purposes. The Province frames the issue as to whether it has taken up so much land, in the territories over which Blueberry members traditionally hunted, fished and trapped and continue to do so today, that no meaningful rights remain.
- The Province also points to the provincial regulatory regimes for managing forestry, wildlife, oil and gas and to policies and processes for the consideration of cumulative effects, which it says, take into account Blueberry's treaty rights. It says that it consults with Blueberry to avoid infringement of its rights and to mitigate potential effects of development.
- Aboriginal and treaty rights, and the infringement of these rights, have often been considered in the context of regulatory prosecutions, and the applicable tests have been developed in that setting. To date, the cases in which First Nations have alleged infringements of their Aboriginal and treaty rights have

focussed on single authorizations or specific provisions in statutes and regulations.

- In this case, however, Blueberry alleges that it is not one single impact from one single regulation or project that has infringed its rights. Rather, it is the cumulative effects from a range of provincially authorized activities, projects and developments (associated with oil and gas, forestry, mining, hydroelectric infrastructure, agricultural clearing and other activities) within and adjacent to their traditional territory that has resulted in significant adverse impacts on the meaningful exercise of their treaty rights, and that amount to a breach of the Treaty.
- This therefore is a case of first instance with constitutional implications.

### **Conclusions**

- Courts have noted that Treaty 8 is not a final blueprint. It established the beginning of an ongoing relationship. It was recognized that the relationship would be difficult to manage. The promises contained in Treaty 8 have become harder to keep as time has gone on, and the Court has been called upon to assist the parties in understanding their obligations under the Treaty.
- I find that Treaty 8 protects Blueberry's way of life from forced interference, and protects their rights to hunt, trap and fish in their territory.
- I recognize that the Province has the power to take up lands. This power, however, is not infinite. The Province cannot take up so much land such that Blueberry can no longer meaningfully exercise its rights to hunt, trap and fish in a manner consistent with its way of life. The Province's power to take up lands must be exercised in a way that upholds the promises and protections in the Treaty.
- I find that the Province's conduct over a period of many years – by allowing industrial development in Blueberry's territory at an extensive scale without assessing the cumulative impacts of this development and ensuring that Blueberry would be able to continue meaningfully exercising its treaty rights in its territory – has breached the Treaty.
- I conclude that the extent of the lands taken up by the Province for industrial development (including the associated disturbances, impacts on wildlife, and

impacts on Blueberry's way of life), means there are no longer sufficient and appropriate lands in Blueberry's territory to allow for the meaningful exercise by Blueberry of its treaty rights. The cumulative effects of industrial development authorized by the Province have significantly diminished the ability of Blueberry members to exercise their rights to hunt, fish and trap in their territory as part of their way of life and therefore constitute an infringement of their treaty rights. The Province has not justified this infringement.

- I find that, for at least a decade, the Province has had notice of Blueberry's concerns about the cumulative effects of industrial development on the exercise of its treaty rights. Despite having notice of these legitimate concerns, the Province failed to respond in a manner that upholds the honour of the Crown and implements the promises contained in Treaty 8. The Province has also breached its fiduciary duty to Blueberry by causing and permitting the cumulative impacts of industrial development without protecting Blueberry's treaty rights.
- The Province has not, to date, shown that it has an appropriate, enforceable way of taking into account Blueberry's treaty rights or assessing the cumulative impacts of development on the meaningful exercise of these rights, or that it has developed ways to ensure that Blueberry can continue to exercise these rights in a manner consistent with its way of life. The Province's discretionary decision-making processes do not adequately consider cumulative effects and the impact on treaty rights.
- The rights, obligations and promises made in Treaty 8 must be respected, upheld, and implemented today. Time is of the essence. Relief will follow.

[4] Prior to delving into the details of this case I will address two things.

[5] First, this case is extraordinary for the amount of data and detail it involves and the breadth of the topics it addresses including: history, ethnography, wildlife science, geology, geography, forestry, land use planning, and the functioning of various governmental regulatory regimes. The Court does not address and/or resolve all the differences in these details; nor is it necessary to do so.



[6] The Court has focused on determinative evidence and issues, and has dealt with these as necessary to resolve this matter. This has been a remarkably difficult, but necessary task to undertake in a timely manner due to allegations of the continuing nature of the impacts alleged to occur on Blueberry territory. I thank counsel for marshalling and compiling the evidence in a logical manner, and for setting out in detail and cross-referencing the material they relied on in their thorough closing submissions.

[7] Second, it is important that these reasons be accessible. While lengthy, I will attempt not to use the acronyms that are typically used by the participants in the forestry, oil and gas and other natural resource industries, as well as in government. To shorten long names, I will paraphrase these names in an identifiable, understandable way.

[8] The persistent use of acronyms creates a closed community in which others cannot easily participate. It impedes understanding, and impacts on communication with others outside these communities. It is therefore important for the understanding and accessibility of all that acronyms not be persistently used in these reasons.

[9] I also note maps were used and are central to this case. Some of those are set out in the decision. Colour copies of most of the maps however, are reflected in the online version of this judgment.

## **II. BACKGROUND**

### **A. Blueberry**

[10] Blueberry is a community that is predominantly of Dane-zaa ancestry. Many Blueberry members, including some who testified at trial, have both Cree and Dane-zaa ancestry and identify as Dane-zaa. Dane-zaa people are also sometimes referred to in the written historical record as “Beaver Indians.” I will occasionally use that term when quoting from those materials.

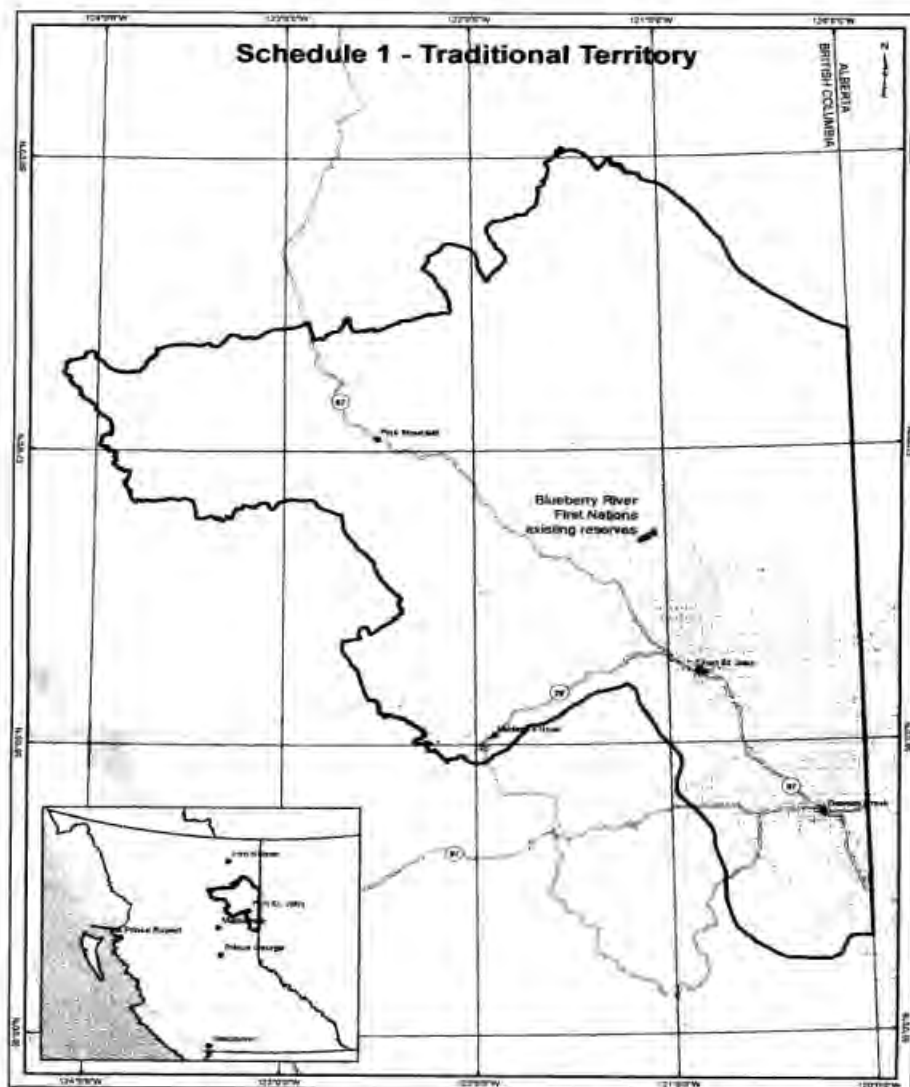
[11] Blueberry’s territory is located in the upper Peace River region of northeastern British Columbia and is located in what is referred to as the Peace River Regional District. The main reserve community today is Indian Reserve 205

("IR 205"), which is located approximately 65 kilometres north of what is now the modern-day city of Fort St. John.

[12] Blueberry's claimed territory extends, roughly, from the Alberta border in the east to the foothills of the Rocky Mountains in the west, south to and including the Peace River, and north and east to Pink Mountain, Sikanni Chief, Lily Lake and Tommy Lakes. The Alaska Highway, which was built in the 1940s, runs roughly from the south to the northwest through the territory.

[13] The territory lies right over the Montney gas basin (also referred to in these proceedings as the Montney play), which has become a location for significant oil and gas exploration and extraction.

[14] Blueberry delineates its traditional territory for the purpose of this claim at Schedule 1 to their Notice of Civil Claim. Blueberry has asserted its traditional territory in this action to be "some 38,000 square kilometres in the upper Peace River region." I will refer to this area as the Blueberry Claim Area.



**Schedule 1 of the Notice of Civil Claim. This area is referred to in these Reasons for Judgment as the “Blueberry Claim Area.”**

[15] Blueberry’s description of the history of industrial development in its territory and what led them to file this action was succinctly summarized in its 2016 application for an interim injunction, and referred to in my reasons in *Yahey v. British Columbia*, 2017 BCSC 899 [*Yahey 2017*] at para. 24:

Since the construction of the Alaska Highway opened up the Upper Peace to industrial development, the Province of British Columbia has authorized a wide variety of Industrial developments in the traditional territory...

... [resulting] in a wide range of physical works and activities... Collectively, the Industrial Developments have transformed the physical landscape in the traditional territory.

In recent years, the cumulative impact of the Industrial Developments in BRFN's traditional territory has had a profound and negative effect on BRFN members' ability to exercise their treaty rights.

## **B. The Province**

[16] The Defendant, the Province, is the emanation of the Crown that holds the beneficial interest in the land that is material to the issues in this proceeding (subject to any third-party rights).

[17] The Province has exclusive power to manage and regulate the lands, and the resources under those lands, pursuant to ss. 92(5), 92A and 109 of the *Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3.

## **C. Treaty 8**

[18] Treaty 8 is a treaty within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

[19] As noted in the overview, Treaty 8 was made between the Crown and various Indigenous peoples in June 1899 at Lesser Slave Lake. Following the June 1899 signing, Treaty Commissioners representing the Crown met with other Indigenous people living in the territory covered by Treaty 8 and sought their adhesion to the Treaty. Blueberry's ancestors, the Dane-zaa at Fort St. John, adhered to Treaty 8 in 1900.

[20] Treaty 8 provides, in part, as follows:

...And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.

[21] The promises made in Treaty 8 were promises of the Crown. The Province was not a signatory to Treaty 8 but, along with Canada, holds the duties and benefits of this treaty. Both levels of government are responsible for fulfilling these promises when acting within the division of powers under the *Constitution Act, 1867*. The issues in this case concern the responsibilities of the Province.

[22] A body of case law outlines judicial findings and commentary on Treaty 8. Three general points bear review.

[23] First, Treaty 8 covers a large area. The Treaty 8 area covers parts of northeastern British Columbia, northern Alberta, northwestern Saskatchewan, and a southern segment of the Northwest Territories. Its size “dwarfs France”: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69 [Mikisew] at para. 2. The region encompasses the traditional territories of many signatories and adherent First Nations. The lands over which signatory and adherent First Nations could pursue their “usual vocations” were not “from a practical point of view” the entire expanse of Treaty 8, but their respective traditional territories within the larger expanse (*Mikisew* at paras. 47 and 48):

[47] ... While the Mikisew may have rights under Treaty 8 to hunt, fish and trap throughout the Treaty 8 area, it makes no sense from a practical point of view to tell the Mikisew hunters and trappers that, while their own hunting territory and traplines would now be compromised, they are entitled to invade the traditional territories of other First Nations distant from their home turf (a suggestion that would have been all the more impractical in 1899). The Chipewyan negotiators in 1899 were intensely practical people, as the Treaty 8 Commissioners noted in their report (at p. 5):

The Chipewyans confined themselves to asking questions and making brief arguments. They appeared to be more adept at cross-examination than at speech-making, and the Chief at Fort Chipewyan displayed considerable keenness of intellect and much practical sense in pressing the claims of his band.

*Badger* recorded that a large element of the Treaty 8 negotiations were the assurances of *continuity* in traditional patterns of economic activity. Continuity respects traditional patterns of activity and occupation. The Crown promised that the Indians’ rights to hunt, fish and trap would continue “after the treaty as existed before it” (p. 5). This promise is not honoured by dispatching the Mikisew to territories far from their traditional hunting grounds and traplines.

[48] ... The “meaningful right to hunt” is not ascertained on a treaty-wide basis (all 840,000 square kilometres of it) but in relation to the territories over which a First Nation traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today. If the time comes that in the case of a particular Treaty 8 First Nation “no meaningful right to hunt” remains over *its* traditional territories, the significance of the oral promise that “the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it” would clearly be in question, and a potential action for treaty infringement, including the demand for a *Sparrow* justification, would be a legitimate First Nation response.

(emphasis in original)

[24] While the Treaty covers a large area, the rights are exercised in the areas over which a First Nation traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today. In this case, the focus is on the Blueberry Claim Area.

[25] Second, as noted in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771 [*Badger*] at paras. 39 and 55, the Indigenous signatories and later adherents to the Treaty had a strong interest in securing their traditional livelihood. The written terms of the Treaty referred to these traditional activities as “their usual vocations” of hunting, trapping and fishing. Oral promises made by the Crown supplemented the text of the Treaty: the Indigenous signatories and adherents “would be as free to hunt and fish after the treaty as they would be if they never entered into it.”

[26] Third, the Treaty foreshadowed change and provided a framework for managing relations and changes in land use (*Mikisew* at paras. 27, 31 and 63). The Crown sought to secure this land for settlement (*Badger* at para. 39) while expecting that the First Nations’ “means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it” due to the lands’ overall unsuitability for agriculture (*Mikisew* at para. 30; *Badger* at para. 55).

### **III. PROCEDURAL HISTORY**

#### **A. Pleadings**

[27] Blueberry filed its Notice of Civil Claim on March 3, 2015. In the Notice of Civil Claim Blueberry alleges that the cumulative effects of a variety of provincially authorized industrial developments within their traditional territory have damaged the forests, lands, waters, fish and wildlife on which they rely, and which are integral to their mode of life (paras. 5, 30, 32). Blueberry says the cumulative effects of these industrial developments have had significant adverse impacts on the meaningful exercise of their treaty rights, and that the Province has breached the Treaty and infringed Blueberry’s treaty rights (paras. 27, 28, 35).

[28] Blueberry’s claim seeks various declarations relating to the Province’s alleged breaches of the Treaty, infringement of Blueberry’s treaty rights, continuing authorizations, and breach of fiduciary obligations.

[29] Specifically, in its Notice of Civil Claim at page 9, Blueberry seeks the following relief:

1. A declaration that, in causing and/or permitting the cumulative impacts of the Industrial Developments on the Plaintiffs' Treaty Rights in their Traditional Territory, the Defendant has breached its obligations to the Plaintiffs under the Treaty;
  2. A declaration that the Defendant has infringed upon some or all of the Plaintiffs' Treaty Rights by causing and/or permitting the cumulative impacts of the Industrial Developments on the Plaintiffs' Treaty Rights in their Traditional Territory;
  3. A declaration that the Defendant may not lawfully continue to authorize activities that breach the promises made by the Crown to the Plaintiffs in the Treaty or that infringe the Treaty Rights;
  4. A declaration that the Defendant has breached its fiduciary obligations to the Plaintiffs by undertaking, causing and/or permitting some or all of the Industrial Developments within and adjacent to the Plaintiffs' Traditional Territory;
- ...

[30] In addition, at paras. 5 and 6 of the Relief Sought, Blueberry seeks interim and permanent injunctions restraining the Defendant from undertaking, causing and/or permitting activities that: (a) breach the Defendant's obligations to the Plaintiffs under the Treaty; (b) infringe the Plaintiffs' treaty rights, or (c) breach the Defendant's fiduciary obligations to the Plaintiffs. It also seeks costs, and such further and other relief I may deem appropriate.

[31] The Province filed its Response to Civil Claim on April 24, 2015. The Province admitted it has authorized some industrial development in Blueberry's claimed traditional territory, but denied that Blueberry had almost no traditional territory within which to meaningfully pursue their cultural and economic activities, and denied that there has been any erosion of Blueberry's treaty rights (paras. 13, 14). At para. 23 of its Response, the Province denied that it has breached its obligations to Blueberry under the Treaty or infringed Blueberry's treaty rights. In the alternative, the Province said any such breaches or infringements were justified.

## **B. Injunction Applications**

[32] As part of its claim, Blueberry has twice sought to enjoin the Province from authorizing any activities that would infringe their treaty rights pending trial.

[33] In June 2015, Blueberry first sought a limited injunction to prevent the Province from auctioning several timber sale licences, which would have allowed logging of approximately 17 square kilometres of timber within their traditional

territory (i.e., one-tenth of one percent of the Blueberry Claim Area). Blueberry argued that the planned logging would contribute to the existing cumulative effects from various industrial developments in their territory, which had or would soon make it impossible to meaningfully exercise their treaty rights.

[34] In July 2015, Justice Smith in *Yahey v. British Columbia*, 2015 BCSC 1302, concluded the balance of convenience did not support granting the injunction sought and dismissed the application. He reasoned at para. 64 that:

[64] BFRN may be able to persuade the court that a more general and wide ranging hold on industrial activity is needed to protect its treaty rights until trial. However, if the court is to consider such a far-reaching order, it should be on an application that frankly seeks that result and allows the court to fully appreciate the implications and effects of what it is being asked to do. The public interest will not be served by dealing with the matter on a piecemeal, project by-project basis.

[35] Blueberry filed a notice of appeal of Justice Smith's decision but did not ultimately proceed with that appeal.

[36] Instead, in August of 2016, Blueberry filed a second notice of application, this time seeking to enjoin the Province from allowing a broader array of further industrial development, including oil and gas development, processing, and transportation, as well as logging in segments of its territory. I heard that application in October and November of 2016.

[37] In May 2017, in *Yahey 2017*, I dismissed that broader injunction application, holding that while Blueberry had shown a serious issue to be tried and had established irreparable harm, the balance of convenience ultimately weighed in favour of the Province. The issues raised needed to be dealt with and tested at trial. Noting that it is preferable for such claims to be negotiated rather than litigated, I encouraged the parties to pursue a collaborative path pending trial.

### **C. Application for Judicial Review**

[38] Prior to making its second injunction application, Blueberry sought to judicially review the Province's decision to enter into a long-term royalty agreement with Progress Energy, an oil and gas company, and four other companies focused on natural gas extraction in the North Montney area.



[39] In March 2017, Justice Skolrood dismissed that application. In so doing, he referenced the comprehensive nature of the claims advanced in this underlying action and concluded that the issues raised were not “separate and discrete and amenable to determination in a separate judicial review proceeding” (*Blueberry River First Nations v. British Columbia (Natural Gas Development)*, 2017 BCSC 540 at para. 83).

#### **D. Trial**

[40] The trial of this action was originally set to begin in March 2018. It was adjourned in the spring of 2018 for approximately six months, and again in the fall of 2018, to allow the parties to pursue mediation and negotiations. Unfortunately, those efforts were not successful.

[41] Ultimately, after a variety of pre-trial applications, on May 27, 2019, Blueberry opened its case. Blueberry’s opening remarks reflect that they were seeking to prove that the Province had failed to uphold and had breached Treaty 8. Blueberry alleged that the cumulative impact of provincially authorized industrial development in their traditional territory had resulted in an unjustified infringement of their treaty rights. Blueberry recognized it had the onus to prove any infringements, and it put the Province on notice that it would have the onus, in this trial, to justify any infringements.

[42] In its opening, the Province denied any breach of Treaty 8, or any infringements to Blueberry’s rights under the Treaty. While the Province indicated on the authorities that the justification analysis comes after a finding of infringement, it noted it would get to the justification test in the course of this case.

[43] The trial took place over 160 days between May 2019 and November 2020. Due to the COVID-19 pandemic, a portion of the trial from June to August 2020 took place remotely via Microsoft Teams.

[44] Over the course of the trial, Blueberry led evidence from six expert witnesses on a variety of topics including the history leading up to the entering of Treaty 8 (Gwynneth Jones); Dane-zaa way of life (Dr. Robin Ridington and Hugh Brody); spatial and geographic information system mapping and the soundness of the *Atlas of Cumulative Landscape Disturbance in the Traditional Territory of Blueberry River*

*Fist Nations, 2016* (Dr. Brian Klinkenberg); and forest and wildlife ecology, including the state of habitat and population trends for caribou, moose and fur-bearers in northeastern British Columbia (Dr. Christopher Johnson and Dr. Scott McNay).

[45] Seven Blueberry members testified about their exercise of treaty rights and the Dane-zaa way of life, the impacts they had witnessed to their traditional territory, and their ability to continue exercising their rights and pass on knowledge to future generations (Jerald Davis, Raymond Appaw, Wayne Yahey, Georgina Yahey, Norma Pyle, Sherry Dominic and Kayden Pyle).

[46] In addition, Norma Pyle and Dr. Rachel Holt testified about the referral, consultation and engagement processes in which Blueberry has been involved with various provincial ministries and agencies. Ms. Pyle and Dr. Holt also testified about Blueberry's efforts to develop a Framework for Land Use and to press the Province to take into account cumulative effects and impacts on treaty rights in all of its natural resource decisions. Dr. Holt's evidence included her perspective on the Province's development of frameworks and analyses for assessing cumulative effects. This evidence took approximately 55 days.

[47] The Province then led evidence from three expert witnesses on the following topics: the history leading up to the entering of Treaty 8 (Dr. Robert Irwin), the status of various wildlife species and habitat in northeastern British Columbia (Keith Simpson), and geographic information systems and the accuracy of Dr. Klinkenberg's analysis (Ann Blyth). Representatives from five provincial ministries or agencies testified: Ministry of Forests, Lands, Natural Resources Operations and Rural Development ("Ministry of Forests"), Peace Natural Resource District (Mark Van Tassel and Greg Van Dolah), Ministry of Indigenous Relations and Reconciliation (Geoff Recknell), Ministry of Environment (Dr. Jennifer Psyllakis), Ministry of Energy, Mines and Petroleum Resources (Chris Pasztor), and the BC Oil and Gas Commission (Sean Curry and James O'Hanley). Some of these witnesses had been employed by several provincial ministries over the course of their careers.

[48] The Province also called two individuals representing industry: Peter Baird representing Canfor (a lumber, pulp and paper company), and Nicole Deyell representing Petronas (an oil and gas company).

[49] The Province read-in transcripts from the examinations for discovery of Blueberry Chief Marvin Yahey. All of this evidence took approximately 70 days.

[50] The evidentiary record is voluminous, and the written submissions are lengthy. Indeed some of that argument was set out in appendices and footnotes. Blueberry's written submissions, with appendices, total nearly 700 pages. Their written reply is over 130 pages. The Province's written submissions, including its 12 appendices, total nearly 1,250 pages. There are 127 exhibits, but this number is misleading as most exhibits contain hundreds or even thousands of pages. For example, Exhibit 1, which has several tabs, consists of nearly 8,000 pages, and Exhibit 2 contains over 2,000 pages. The final oral argument took 25 days. It is not possible or necessary to refer to all of the evidence and argument. I have considered it all, but will only refer to the significant portions of the evidence and argument as part of my analysis.

#### **E. Central Arguments**

[51] In its final oral and written submissions, Blueberry argued several related breaches of Treaty 8.

[52] First, it argues the Province has breached Treaty 8 in failing to uphold or implement the essential promise of the Treaty: that Blueberry would be able to continue its mode of life. In particular, it argues the Province has breached its honourable obligation to diligently implement the Treaty promise.

[53] Second, and relatedly, it says that in failing to diligently and honourably implement the essential promise of Treaty 8, the Province has significantly interfered with or undermined its mode of life, and thereby infringed its treaty rights.

[54] Third, it says the Province has not taken steps to manage its use and taking up of lands to ensure it remains within the bounds of the Treaty 8 bargain. Blueberry says the Province has breached its fiduciary obligations by encouraging extensive development of the Blueberry Claim Area, to Blueberry's serious detriment.

[55] Blueberry essentially argues the Province has a positive duty to diligently implement the Treaty by taking proactive measures to institute land use planning and cumulative impact assessments to take into account and protect Blueberry's

treaty rights. As this has not occurred, despite Blueberry constantly raising these issues, the Province's inactions and actions have resulted in an unjustified infringement of Blueberry's rights, breach of the Treaty, and breach of the honourable and fiduciary obligations associated with it.

[56] The Province's final arguments emphasized that Treaty 8 includes not only rights for the Indigenous beneficiaries to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing, but also rights for the Province to take up land from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes, and thus reflects a balancing of interests.

[57] The Province emphasizes that the theme of balance runs through the jurisprudence dealing with the protection of treaty rights in s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and with consultation. The idea of balance, says the Province, is also reflected in the evidence. The Province points out Blueberry members testified about their efforts to find a balance between their work obligations and the ability to meaningfully hunt and gather, on weekends and evenings. Blueberry also, in the past, entered into agreements with the Province to share the revenues from certain industrial activities in a defined area.

[58] More fundamentally, the Province notes that the test for treaty infringement is whether so much land has been taken up in Blueberry's traditional territory that its members can no longer meaningfully exercise their treaty rights to hunt, trap and fish. The Province says that Blueberry has not established on the evidence that the Treaty has been breached or that its rights have been infringed. The Province says Blueberry members maintain the ability to meaningfully exercise their rights within their traditional territory.

[59] The Province points to consultation and "collaborative reconciliation initiatives" as the way forward. It is through these processes, says the Province, that it can obtain specific information on the impacts of decisions on Blueberry and other affected First Nations, that it can balance conflicting claims, and that it can identify what is required to maintain the honour of the Crown and effect reconciliation. The Province points out that Blueberry has not, in this case, sought to challenge the consultation associated with any particular project or statutory decision.

[60] While the Province has pleaded justification in the alternative, it did not in final submissions argue that the Province's actions, inactions or regulatory regimes were justified, despite being alerted by Blueberry of this need. Blueberry says, as a result, if an infringement is found, the Province has effectively not justified its actions, conduct, or regulatory regimes and Blueberry's remedies must be granted.

#### **IV. STATEMENT OF ISSUES**

[61] This case raises four main issues.

[62] First: What are the rights and obligations in Treaty 8?

[63] Blueberry and the Crown are parties to Treaty 8. Blueberry relies upon the rights in Treaty 8, which it maintains includes a right to continue its mode of life free from interference. In ascertaining these rights and obligations, the Court must consider the historical context and the promises of the Treaty, including oral promises that accompany the written text. It must also consider Blueberry's mode or way of life, and whether this was protected. The Court must consider the Crown's rights to pass regulation and to take up lands for specific purposes, and how these rights interact with those of the Indigenous signatories and adherents. In addition, the Court must consider the change foreshadowed by the Treaty.

[64] Second: What is the test for finding an infringement of treaty rights?

[65] The parties fundamentally disagree on what is the applicable test for infringement of a treaty right. While they agree the Supreme Court of Canada's decision in *Mikisew* is applicable, they dispute how that case, and in particular the reasoning at para. 48, should be interpreted and applied in these proceedings. Accordingly, the Court's analysis of the infringement issue also considers what it means for a First Nation to have "no meaningful right...remain[ing] over *its* traditional territories."

[66] Third: Have Blueberry's treaty rights have been infringed? As part of this, I must consider whether sufficient and appropriate land in Blueberry's traditional territory exists to allow for the meaningful exercise by Blueberry of its treaty rights?

[67] Fourth: If the Plaintiffs can no longer meaningfully exercise their Treaty 8 rights, has the Province breached the Treaty in failing to diligently implement the

promises contained therein in accordance with the honour of the Crown? The Court will also consider whether the Province has breached its fiduciary obligations associated with the Treaty.

[68] To answer the third and fourth questions, findings of fact are required regarding: the state of the lands over which Blueberry seeks to exercise its rights; the Province's "taking up" of lands; and, the Province's management of wildlife and natural resources, as well as its efforts to develop processes and frameworks for taking into account cumulative effects and to consult with Blueberry.

## **V. LEGAL FRAMEWORK AND PRINCIPLES**

[69] The parties largely agree on the relevant principles and frameworks which I will now briefly set out. They differ, however, on the interpretation and application of these principles in this case. I will outline expand on this in the applicable sections of this judgment.

### **A. Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and Reconciliation**

[70] I begin with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which says:

35(1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

[71] Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* did not create rights. What s. 35(1) did was give Aboriginal and treaty rights – which it explicitly recognizes as already “existing” – constitutional protection (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507 [*Van der Peet*] at paras. 28-29).

[72] The Supreme Court of Canada has often recognized that s. 35(1) must be interpreted in a purposive way (*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 [*Sparrow*] at 1075; *Van der Peet* at paras. 21-22; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14 [*Manitoba Metis*] at para. 76).

[73] In *Van der Peet*, the Supreme Court of Canada stated that s. 35(1) provides the constitutional framework through which to acknowledge the fact that when Europeans arrived in North America, Indigenous peoples were already living on the land in distinctive societies with their own cultures, and to reconcile this with the Crown's assertion of sovereignty (at paras. 30-31).

[74] Much of the common law governing the relationship between the Crown and Indigenous people in Canada is aimed at reconciling the pre-existence of Indigenous societies with the assertion of Crown sovereignty. In *Mikisew*, the Supreme Court of Canada noted that the “fundamental objective” of the modern law of Aboriginal and treaty rights is reconciliation (at para. 1). Treaties were one way that reconciliation happened.

[75] The process of reconciliation did not end at the time treaties were entered into. It is ongoing. As noted below, treaties must be interpreted in a way that achieves their purposes and that promotes their reconciliatory function (*Manitoba Metis* at para. 71).

## **B. Principles of Treaty Interpretation**

[76] A treaty represents an exchange of solemn promises between the Crown and one or several Indigenous nations (*Badger* at para. 41). It is an agreement whose nature is sacred (*Badger* at para. 41).

[77] The goal of treaty interpretation is to uncover the parties’ common intention in entering into the treaty. This is done by considering the treaty in its unique historical and cultural context (*R. v. Morris*, 2006 SCC 59 [*Morris*] at para. 18).

[78] In *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 [*Marshall*] at para. 78, Justice McLachlin (as she then was, and writing in dissent) summarized the legal principles governing treaty interpretation. They include the following:

1. Aboriginal treaties constitute a unique type of agreement and attract special principles of interpretation.
2. Treaties should be liberally construed and ambiguities or doubtful expressions should be resolved in favour of the Aboriginal signatories.
3. The goal of treaty interpretation is to choose from among the various possible interpretations of common intention the one which best reconciles the interests of both parties at the time the treaty was signed.
4. In searching for the common intention of the parties, the integrity and honour of the Crown is presumed.
5. In determining the signatories’ respective understanding and intentions, the court must be sensitive to the unique cultural and linguistic differences between the parties.
6. The words of the treaty must be given the sense which they would naturally have held for the parties at the time.

7. A technical or contractual interpretation of treaty wording should be avoided.
8. While construing the language generously, courts cannot alter the terms of the treaty by exceeding what “is possible on the language” or realistic.
9. Treaty rights of aboriginal peoples must not be interpreted in a static or rigid way. They are not frozen at the date of signature. The interpreting court must update treaty rights to provide for their modern exercise. This involves determining what modern practices are reasonably incidental to the core treaty right in its modern context.

(citations omitted)

[79] These principles have been cited and relied on in subsequent cases.

[80] In *Manitoba Metis*, the Court stated that a purposive approach to treaty interpretation must give meaning and substance to the Crown’s promises (at para. 76). It cannot be a legalistic interpretation that divorces the words from their purpose (*Manitoba Metis* at para. 77).

### **C. Honour of the Crown**

[81] The honour of the Crown is a constitutional principle, enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms existing Aboriginal and treaty rights (*Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53 at para. 42; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74 [*Taku*] at para. 24; *Manitoba Metis* at para. 69).

[82] The principle of the honour of the Crown arises from the Crown’s assertion of sovereignty in the face of pre-existing Indigenous sovereignty, occupation and control of those lands (*Taku* at para. 24; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73 [*Haida*] at para. 32; *Manitoba Metis* at paras. 66-67). The underlying purpose of the honour of the Crown is to facilitate the reconciliation of those interests (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40 [*Mikisew 2018*] at para. 22; *Manitoba Metis* at paras. 66-67).

[83] In all its dealings with Indigenous peoples, the Crown must act honourably, in accordance with its historical and future relationship with the Indigenous peoples in question (*Taku* at para. 24). The honour of the Crown is always at stake in such dealings (*Sparrow, Badger*).



[84] The honour of the Crown is a fundamental concept governing treaty interpretation and application (*Mikisew* at para. 51).

[85] Four years before Treaty 8 was entered into, Justice Gwynne of the Supreme Court of Canada noted that the honour of the Crown was pledged to the fulfilment of its treaty obligations to Indigenous peoples (*Mikisew* at para. 51 citing Gwynne J. in dissent in *Province of Ontario v. Dominion of Ontario* (1895), 25 S.C.R. 434). The honour of the Crown infuses every treaty and the performance of every treaty obligation (*Mikisew* at para. 57). The Crown's honour cannot be interpreted narrowly or technically but must be given full effect in order to promote the process of reconciliation mandated by s. 35(1) (*Taku* at para. 24).

[86] In *Manitoba Metis*, the Supreme Court of Canada reviewed the concept of the honour of the Crown in detail and reasoned that when it comes to implementing constitutional obligations to Indigenous people, this principle requires the Crown: (1) take a broad and purposive approach to the interpretation of the promise; and (2) act diligently to fulfill it (*Manitoba Metis* at para. 75).

[87] The law assumes the Crown intends to fulfill its solemn promises (*Manitoba Metis* at para. 79). Because the Crown's honour is pledged to the fulfillment of its obligations, it must endeavour to ensure its obligations are fulfilled (*Manitoba Metis* at para. 79; see also *Restoule v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 7701 [*Restoule*] at para. 3). The Crown is expected to carry out the work required with due diligence, as good governance requires decisions to be taken in a timely way (*Manitoba Metis* at para. 79). Crown servants must seek to fulfill the obligation in a way that pursues the purpose behind the promise (*Manitoba Metis* at para. 80). Indigenous people must not be left "with an empty shell of a treaty promise" (*Manitoba Metis* at para. 80; *Marshall* at para. 52).

[88] Perfection is not required. Nor is there a guarantee that the purposes of the promise will be met. However, a persistent pattern of errors and indifference that substantially frustrates the purpose of the solemn promise may constitute a failure by the Crown to honourably fulfil its promise (*Manitoba Metis* at para. 82).

#### **D. Fiduciary Duty**

[89] The honour of the Crown gives rise to a fiduciary duty when the Crown assumes discretionary control over a specific or cognizable Aboriginal interest (*Manitoba Metis* at paras. 49, 51; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79 [Wewaykum] at paras. 79-83; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4 [Williams Lake] at para. 44).

[90] Fiduciary duty, where it exists, is called into existence to facilitate the supervision of the high degree of discretionary control gradually assumed by the Crown over the lives of Indigenous peoples (*Wewaykum* at para. 79). The Crown's fiduciary obligations are aimed at protecting the interests of Indigenous people, especially when the level of Crown discretion leaves these interests vulnerable to government ineptitude or misconduct.

[91] The Supreme Court of Canada has recognized that the Crown's fiduciary duty includes the protection of Indigenous peoples' pre-existing, and still existing, Aboriginal and treaty rights within s. 35 of the *Constitution Act, 1982* (*Sparrow* at 1108; *Wewaykum* at para. 78; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44 [Tsilhqot'in] at para. 13).

[92] The Crown as a fiduciary is, at a minimum, required to act with loyalty, good faith and ordinary prudence with a view to the best interest of its Indigenous beneficiaries.

[93] The Crown's fiduciary duty (along with its duties arising from the honour of the Crown) should guide its actions when seeking to take up lands under a treaty (*Grassy Narrows First Nation v. Ontario (Minister of Natural Resources)*, 2014 SCC 48 [Grassy Narrows] at paras. 50-51).

## **E. Infringement of Treaty Rights**

[94] In *Sparrow*, the Supreme Court of Canada set out the test for establishing an infringement of Aboriginal rights. In *Badger*, the Court confirmed that the test also applies to alleged infringements of treaty rights.

[95] The analysis focuses on whether the limitation on the right is unreasonable, whether the regulation or limitation imposes an undue hardship, and whether the regulation or limitation denies the holders of the right their preferred means of

exercising their right. The First Nation has the onus to prove the infringement of its right.

[96] In *Mikisew*, the Supreme Court of Canada held that, within the context of a taking up of land under Treaty 8, before exercising this right, the Crown had an obligation to consult with the First Nation regarding the potential impacts and, if appropriate, accommodate their concerns (at paras. 34, 55, 56). The Court also noted, however, that if the time comes when, in the case of a particular Treaty 8 First Nation no meaningful right to hunt, fish or trap remains in its territory, an action for treaty infringement would be a legitimate response (at para. 48).

#### **F. Justification of Infringement**

[97] Once an infringement has been established, the onus shifts to the Crown to demonstrate that the infringement is justified.

[98] *Sparrow* lays out a two-stage analysis with respect to justification. This is also applicable to infringements of treaty rights (*Badger*, *Mikisew*). The infringement must be in furtherance of a legislative objective that is compelling and substantial, and it must be consistent with the special fiduciary relationship that exists between the Crown and Indigenous peoples.

[99] As previously noted, there is a difference between the parties as to whether justification is engaged in this trial and at this time.

[100] Finally, I note at the outset that much of the jurisprudence in these areas of Aboriginal law has been developed in the context of regulatory prosecutions and in some cases, applications for judicial review. As a result, some of the frameworks are not easily transferable to an action such as this where cumulative impacts of development are argued to have resulted in a breach of a treaty and infringement of rights. I may have to modify aspects of the analysis in the context of the present action, as will become evident.

#### **G. Evidentiary Principles**

[101] As set out by Justice Garson, as she then was, in *Ahousaht Indian Band and Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494 [*Ahousaht*] at para. 55, the task facing courts in certain Aboriginal rights and title cases is usually reserved for

“historians, anthropologists, archaeologists and ethnographers.” This may require proof of facts from long ago. While this is a treaty rights case, not an Aboriginal rights case, certain aspects of this case also raise difficult historical and ethnographic issues; in particular the questions of traditional territory, Treaty 8 promises, and mode or way of life. As a result, the principles set out in foundational Aboriginal rights cases such as *Van der Peet*, *R. v. Sappier*; *R. v. Gray*, 2006 SCC 54 [*Sappier*] and *Mitchell v. Minister of National Revenue*, 2001 SCC 33 [*Mitchell*], and succinctly summarised in *Ahousaht*, are helpful to recall when dealing with this evidence.

[102] The Court in *Ahousaht* noted at paras. 58-60:

[58] In *Van der Peet*, at para. 62, Lamer C.J. acknowledged “the next to impossible task of producing conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of their community.” He recognized that the burden of proof must not be applied in such a way as to conflict with the spirit and intention of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. At para. 68, he wrote:

[A] court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, with a consciousness of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions engaged in.

[59] The Supreme Court of Canada has also held that owing to the difficulties in proving aboriginal rights, courts must be prepared to draw inferences from what evidence is available:

Flexibility is important when engaging in the *Van der Peet* analysis because the object is to provide cultural security and continuity for the particular aboriginal society. This object gives context to the analysis. For this reason, courts must be prepared to draw necessary inferences about the existence and integrality of a practice when direct evidence is not available.

*Sappier*, at para. 33

[60] This flexible approach to the evidence does not, however, negate the operation of general evidentiary principles. In *Mitchell*, McLachlin C.J. stated, at para. 38:

... it must be emphasized that a consciousness of the special nature of aboriginal claims does not negate the operation of general evidentiary principles. While evidence adduced in support of aboriginal claims must not be undervalued, neither should it be interpreted or weighed in a manner that fundamentally contravenes the principles of evidence law ...

[103] At para. 62 of *Ahousaht*, the Court set out certain evidentiary principles applying to Aboriginal rights cases. Taking into account that the issue of continuity with a pre-contact activity is not an issue here, these principles are also broadly applicable in a treaty rights case such as this:

[62] From the foregoing authorities, I draw the following evidentiary principles that have special application in cases involving claims to aboriginal rights and title:

- As in all civil cases, the burden of proof rests on the plaintiff. The material facts must be proven on a balance of probabilities, with due regard to the rules of evidence.
- While evidence must be sufficiently clear, convincing, and cogent to satisfy the balance of probabilities test, it may be necessary to draw inferences where appropriate, such as inferring from post-contact activity that the same activity took place before contact.
- Traditional rules of evidence regarding the admissibility, reliability and weight of evidence continue to apply. However, the Court must also recognize the evidentiary challenges inherent in proving events and circumstances that took place hundreds of years ago, and apply those rules flexibly in a manner that is consistent with the spirit and intent of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.
- Finally, the Court must be sensitive to not only the European perspective but also the aboriginal perspective when examining evidence about aboriginal peoples as recorded by Europeans.

## **VI. WHAT ARE THE RIGHTS AND OBLIGATIONS IN TREATY 8?**

[104] As noted above, the goal of treaty interpretation is to uncover the parties' common intention (*Marshall* at para. 78). This is done by considering not only the text of the treaty but also by taking into account the context in which the treaty was negotiated, concluded and committed to writing (*Badger* at para. 52; *Marshall* at paras. 78 and 81; see also *West Moberly First Nations v. British Columbia*, 2020 BCCA 138 [*West Moberly 2020*] at para. 367). This includes considering its unique historical and cultural context (*Marshall* at para. 78; *Morris* at para. 18).

[105] Finding the common intention of the parties who entered into a treaty over 120 years ago is not an easy or straightforward task. The negotiations of historical treaties, including Treaty 8, were marked by significant differences in the signatories' languages, concepts, cultures, modes of life, and world views (*Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17 at para. 108 (per LeBel and Deschamps JJ., dissent); *Restoule* at para. 326). As Chief Justice Bauman has noted with

respect to the interpretation of Treaty 8, “[a] twenty-first century court has no ability to question those individuals who were party to the Treaty’s signing in 1899” (*West Moberly* 2020 at para. 295). The Court must instead examine what records remain from before and after the Treaty was entered into.

[106] Representatives of the Crown drafted Treaty 8 in English. While interpreters were on hand for the negotiations in 1899, the text was not, at that time, translated in written form into the languages spoken by the Indigenous signatories who had a history of communicating only orally. Recognizing this reality, the Supreme Court of Canada has stated that the words in the Treaty are not to be interpreted in their strict technical sense, but rather in the way the Indigenous peoples would have naturally understood them at the time (*Badger* at para. 52).

[107] The promises contained in the Treaty are reflected not only in its written text but also in the oral assurances made by the Crown at the time the Treaty was entered into. Treaty 8, as a written document, recorded an agreement that had already been reached orally (see *Badger* at para. 52). As Justice Cory noted in *Badger* at para. 55: “The Indian people made their agreements orally and recorded their history orally. Thus, the verbal promises made on behalf of the federal government at the times the treaties were concluded are of great significance in their interpretation.”

[108] The Supreme Court of Canada has also repeatedly stated that the treaty rights of Indigenous peoples must not be interpreted in a static or rigid way. They are not frozen at the date of signature. The interpreting court must “update” treaty rights to provide for their modern exercise by considering the modern practices that are reasonably incidental to the exercise of the right (*Marshall* at para. 78; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393 at paras. 29-30). A right to hunt, for example, is not restricted to be exercised only in accordance with the tools and practices used in the late 1800s, it must be capable of being exercised today.

[109] The process of interpreting and understanding rights in their modern context ought not denude or disappear the rights (see *Marshall* at para. 40). Recognizing that rights are not frozen does not mean that rights can be whittled away or made meaningless because of changes to the environment where they were once

exercised. Indigenous peoples are not to be left with an empty shell of a treaty promise (*Marshall* at para. 52; *Manitoba Metis* at para. 80).

[110] The nature and scope of the rights protected and promises made in Treaty 8 must be understood as Blueberry's ancestors and the Crown's treaty makers would have understood them when the Treaty was made and adhered to. That understanding is to be derived from the language used in the Treaty, informed by the report of the Commissioners, and the available oral history (*West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247 [*West Moberly 2011*] at para. 128).

#### **A. History of Treaty 8**

[111] I now turn to the history of Treaty 8.

[112] The history leading to the signing of Treaty 8 is recorded in correspondence, reports, and books, most of which are written from the perspective of Crown officials or missionaries. Occasionally these reports include observations and recollections of what the Indigenous signatories said at the time the Treaty was entered into in 1899. The Indigenous signatories and adherents to Treaty 8 spoke Cree, Dane-zaa and Chipewyan and practiced a culture and way of life different from that of European settlers and missionaries. Missionaries and settlers referred to theirs as a "forest and river" way of life.

[113] There is a significant amount of jurisprudence interpreting Treaty 8. It is generally accepted in that jurisprudence that the intent of the original 1899 signatories should guide the court in its review of the Indigenous intent in entering Treaty 8 (*West Moberly 2020* at para. 399, see more broadly paras. 394-404). That original intent is ascertained by a careful review of the pertinent history.

[114] Ms. Gwynneth Jones provided an expert report setting out an in-depth review of the historical record that forms the context of the negotiation and signing of Treaty 8 and subsequent adhesions.

[115] Ms. Jones is a historian who has produced expert reports and testified as an expert witness in a number of prior proceedings dealing with issues regarding treaty interpretation, reserve lands, and Métis people, including: *R v. Powley*, [1999] 1 C.N.L.R. 153; *R v. Hirsekorn*, 2010 ABPC 385; *Daniels v. Canada*, 2013 FC 6;

*Southwind v. Canada*, 2017 FC 906; *West Moberly First Nations v. British Columbia*, 2017 BCSC 1700 [*West Moberly 2017*]; and *Restoule*. Ms. Jones was qualified in this proceeding as an expert historian with expertise with respect to interpretation of the documentary record of the interaction between the Canadian government and Aboriginal peoples.

[116] Dr. Robert Irwin produced an expert report on behalf of the Province setting out the history within which Treaty 8 was entered into. Dr. Irwin is a history professor at MacEwan University in Edmonton. He has published numerous papers and taught courses on various topics dealing with Canadian history and Indigenous and settler relations. He has produced expert reports and testified as an expert witness in prior proceedings dealing with treaty interpretation and treaty rights, including: *Benoit v. Canada*, 2002 FCT 243; and *West Moberly 2017*. Dr. Irwin was qualified in these proceedings as an expert on the history of western Canada and Indigenous peoples in that region. As discussed later, Ms. Jones also produced a reply report to Dr. Irwin's report.

[117] Ms. Jones and Dr. Irwin agreed on the relevant historical facts leading to the signing of Treaty 8 in 1899 and later admission at Fort St. John in 1900. The differences between them are slight, and generally a matter of emphasis. The parties agree that these differences in emphasis have no significant bearing on the issues in this case. There is, however, a difference as to the extent of the promises in Treaty 8 and the extent to which change was foreshadowed as part of these promises.

## **1. 1871-1877: Treaties 1 to 7**

[118] Dr. Irwin and Ms. Jones set out the history leading up to Treaty 8.

[119] Between 1871 and 1877 Canada entered into Treaties Nos. 1 to 7, covering the territory known as the "fertile belt" and to the area around Lake Winnipeg. While the text of these treaties and the circumstances of the negotiations differ, generally speaking, in entering into these treaties, the Crown sought to open up land for settlement and other activities by way of agreement with the Indigenous peoples who lived on those lands (*Badger* at para. 39; *Grassy Narrows* at para. 1).



[120] Dr. Irwin's report noted in the twenty years following the signing of Treaty No. 7, treaty-making ground to a halt. With very little non-Indigenous settlement in the northwest of Canada, there was little motivation on the part of the government to enter into a treaty in that region.

## **2. 1897-1899: The Lead up to Treaty 8**

[121] In 1897, the Klondike gold rush led to an influx of miners travelling through what is now northern Alberta and British Columbia en route to the goldfields. The Northwest Mounted Police ("Police") was sent to the region. The Police had received several reports in 1897 that the Indigenous peoples of these areas were dissatisfied with the influx of non-Indigenous people into their territories, including the Police themselves. In a letter written on December 2, 1897, Police Commissioner L. W. Herchmer opined that the time had come for Canada to take "immediate" steps to enter into a treaty with the Indigenous peoples who lived in this area. He wrote:

I have the honour to draw your attention to the advisability of the Government taking some immediate steps towards arranging with the Indians not under Treaty, occupying the proposed line of route from Edmonton to Pelly River. These Indians although few in number, are said to be very turbulent, and are liable to give very serious trouble when isolated parties of miners and travelers interfere with what they consider their vested rights.

At the present time the Half-breeds of Lesser Slave Lake are dissatisfied with the presence of the Police in that District, and the numerous parties of Americans and others between that point and Peace River will not improve the situation. The Beaver Indians of Peace River and the Nelson are said to be inclined to be troublesome at all times, and so also are the Sicannies and Nahanies, and the Half-breeds are sure to influence them...

Rich mines are liable to be discovered at any time on the Peace, Nelson and Liard Rivers, when trouble would almost certainly arise.

[122] This letter was forwarded to Clifford Sifton, the federal Minister of the Interior and Superintendent General of Indian Affairs. The Department of Indian Affairs had limited information about the land in question, and the people who inhabited it. It sought further information from Indian Commissioner, A. E. Forget.

[123] The Klondike gold rush, in part, prompted the Crown to consider forming a treaty north of the area covered by Treaties 6 and 7. As Dr. Irwin noted, the government had a few motivations for entering into the Treaty: bringing the territory

under the administration of the territorial government, ensuring peaceful exploitation of resources, and preparing for a transition from an economy based on fur trading to one based on agriculture.

[124] Writing on January 12, 1898, Indian Commissioner Forget said he was “convinced the time has now come” to pursue a treaty but acknowledged the “somewhat meagre information obtainable with regard to the condition of the tribes to be treated with.”

[125] Minister Sifton incorporated some of what Police Commissioner Herchmer and Indian Commissioner Forget had reported in a report to the Privy Council recommending negotiation of Treaty 8.

[126] On June 27, 1898, by Order in Council 1703, Canada authorized three Commissioners to conclude a new treaty. The Order in Council noted that the treaty could not be undertaken in 1898, but that steps had been taken to inform Indigenous and Métis people that a Treaty Commission would meet with them in the summer of 1899. The Order in Council also noted that, as the Department of Indian Affairs possessed “so limited knowledge of the conditions of the country, and of the nature and extent of the claims likely to be put forward by its Indian inhabitants,” the Commissioners should be given discretionary power as to the annuities to be paid and the reservations of land to be set apart.

[127] Order in Council 1703 provided, in part, as follows:

[A] report was some time ago received from the Commissioner of the North West Mounted Police as to the advisability of steps being taken for the making of a treaty with the Indians occupying the proposed line of route from Edmonton to Pelly River. He intimated that these Indians – though few in number – were turbulent and liable to give trouble should isolated parties of miners or traders interfere with what they considered their vested rights...

...

He expressed the conviction that the time had come when the Indian and Halfbreed population of the tract of territory North of that ceded to the Crown under Treaty No. 6 and partially occupied by whites either as miners or traders, and over which the Government exercised some measure of authority, should be treated with for the relinquishment of their claim to territorial ownership.

...

The Department [of Indian Affairs], however, possesses so limited a knowledge of the conditions of the country, and of the nature and extent of the claims likely to be put forward by its Indian inhabitants that the

undersigned considers that the Commissioners should be given discretionary power both as to the annuities to be paid to and the reservations of land to be set apart for the Indians, with the understanding that no greater obligations will, on the whole, be assumed in either respects than were incurred in securing the session of the territory covered by the treaties which were made with the Indians of the other portions of the North West.

The Undersigned also considers that, as to the territory to be ceded, the Commissioners will likewise have to be given discretionary power, for its extent will depend upon the conditions which are found to exist as a consequence of the inroads of white population: but he is of opinion that the territory to be treated for may in a general way be restricted to the Provisional District of Athabasca, and such of the country adjacent thereto as the Commissioners may deem it expedient to include within the treaty.

[128] As Ms. Jones noted at page 10 of her report, immediately following the issuance of the Order in Council, there were reports of Indigenous peoples in northeastern BC demanding a treaty:

The day after Order in Council no. 1703 was issued, on 28 June 1898, a report was received by Forget from Fort St. John that “five hundred Indians...camped at Fort St. John...refuse to let police and miners go further north until a treaty has been signed with them. They claim that some of their horses have been taken by miners and are also afraid that the advent of so many men will drive away the fur.” On 6 July, J. A. J. McKenna, secretary to Clifford Sifton (and future Treaty Commissioner for the negotiation of Treaty Eight), wrote to Forget assuring him that “the Minister is quite convinced that it will be necessary to take immediate steps to ensure the Indians that the Government has no intention of ignoring their rights and has already arranged for the making of a treaty with them.”

[129] By late summer 1898, it was apparent that the rush to the Klondike was over, but this did not end Canada’s interest in entering into a treaty. Canada issued Order in Council No. 2749 notifying the Province of its intent to negotiate a treaty.

[130] Word of a potential treaty and the implications of this spread among the Indigenous people living in the area. What Dr. Irwin referred to as “rumours” about forcing Indigenous people to live on reserves, and curtailment of their hunting and fishing privileges were being circulated, and the government was struggling to answer those questions and address the concerns.

[131] In his report, Dr. Irwin set this out as follows at pages 12-13:

The documentary record shows that many of the First Nations in the Peace River and Athabasca country were familiar with the treaty process and were in receipt of information about the government’s “Indian Policy.”...the

documentary record shows an ongoing concern among First Nations that they would be confined to reserves (the pass system), that illegitimate children of fathers of Métis ancestry might be excluded from kinship groups..., and that their right to pursue a livelihood would be restricted (restrictions on commerce including those related to hunting, trapping and fishing designed to impose social and economic change). First Nations and Métis were informed of the government's intention to make a treaty in 1898 and spent the winter of 1898-1899 discussing the treaty and seeking clarification of its implications – the notion that they would be confined to reserves and thus prevented from pursuing a livelihood appeared to be foremost among these issues. First Nations of the Athabasca and Peace River country consequently entered into the treaty recognizing that it would open their territory to white resource developers and prospectors. In consideration, they sought to retain their freedom from governmental interference in their lives, secure governmental assistance with regard to destitution and sickness, and secure promises with regard to their economic livelihood in the changing environment.

[132] In the fall of 1898, missionaries and others began writing to Ottawa expressing the concerns of the Indigenous people they knew or came into contact with about the possibility of treaty. For example, the Indigenous people at Wapiscow Lake had questions about the enforcement of game and fishery laws and whether they would “be free after taking treaty money to roam about the country hunting or will they have a reserve allotted for them?”

[133] The response from Minister Sifton in January 1899 was that “there would be no general prohibition in consequence of the treaty of the freedom of the Indian in roaming and hunting over the country. Of course when settlement advances there will be the restriction which necessarily follows, and it is to meet such contingencies that reserves are set aside.”

[134] As Ms. Jones said:

Missionaries, traders, and Mounted Policemen handed out the Treaty notices to Aboriginal people and tried to explain their meaning. At Fort Smith, Corporal Trotter [of the Police] reported to his superiors at the end of October 1898:

The Indians in this locality are very jealous of whitemen, trappers and miners coming in their country and wanted them forbidden to do so. Another thing they are very much troubled about is that they should be compelled to take treaty and live on reserves. They do not seem to understand the nature of the treaty at all, and from what I can learn the Government will have a great deal of trouble before they will get them to accept of it. Whitemen and Halfbreed Traders are I believe importuning them not to do so, by telling them that they will be

put on a reserve and kept there, and not be allowed to go off it, nor to hunt, and that if they have to depend on the amount of provisions that they get from the Government that they will die from hunger...I also informed them that they would not be compelled to take treaty, and that their freedom would in no wise [sic] be interfered with so long as they obeyed the laws. At the wind up of the meetings they thanked me for the information which I gave them, and they seem to be quite satisfied to accept of the Governments intentions with them on those conditions...

[135] As noted by Ms. Jones, by early February 1899, the Department of Indian Affairs knew that it had problems to address with a dissatisfied Indigenous and Métis populations in the proposed treaty area. On February 3, 1899, Chief Commissioner David Laird prepared an important circular (i.e., notice) that was intended to be widely circulated and used by Police officers and Hudson's Bay factors to explain the treaty to the Indigenous and Métis populations in the proposed treaty area, and to allay their concerns.

[136] Treaty Commissioner Laird wrote to Police Commissioner Herchmer from Winnipeg, thanking him for the Police's efforts to reassure Indigenous people, and enclosing the circular the Police could use in explaining the idea of treaty. This notable document stated that under the treaty, Indigenous people would continue to be allowed to hunt and fish, subject to certain laws intended to protect fish and wildlife:

You may explain to them that the Queen...while promising by her Commissioners to give them Reserves, which they can call their own...yet the *Indians will be allowed to hunt and fish all over the country as they do now, subject to such laws as may be made for the protection of game and fish in the breeding season*; and also so long as the Indians do not molest or interfere with settlers, miners or travellers...

(emphasis added)

[137] A few months later, on April 17, 1899, Treaty Commissioner James McKenna wrote a memorandum to Minister Sifton addressing some of the key issues that were arising with regard to the proposed treaty, including Indigenous fear or hesitancy about what a treaty would mean for them. He also wrote about what he had been able to learn of the Indigenous people living in the proposed treaty area:

...From information which has come to hand it would appear that the Indians who we are to meet fear that the making of a treaty will lead to their being grouped on reserves. Of course, grouping is not now contemplated, but

there is the view that reserves for future use should be provided for in the treaty. I do not think this is necessary.

From what I have been able to learn of the North country, it would appear that the Indians there act rather as individuals than as a nation, and that any tribal organization which may exist is very slight. They live by hunting, and by individual effort, very much as the halfbreeds in that country live. *They are averse to living on reserves, and that country is not one that will ever be settled extensively for agricultural purposes it is questionable whether it would be good policy to even suggest grouping them in the future. The reserve idea is inconsistent with the life of a hunter, and is only applicable to an agricultural country.* The most the Indians are likely to require in the way of reserves are small fishing stations at certain points which they might desire to have secured to them...

(emphasis added)

[138] Treaty Commissioner McKenna went on to comment on the condition of the land to be acquired and potential impacts to the Indigenous peoples' means of livelihood and mode of life:

...The former land [referring to land in Manitoba covered by Treaty 3] was admirably suited for agriculture. Its settlement was necessary for the real making of the Dominion. The building of the transcontinental railway made the wiping out of the Indian title urgent; and the changing condition interfered with the Indians means of livelihood and mode of life. There were, therefore, good reasons for giving them the maximum compensation. *The latter land* [referring to the area to be covered by Treaty 8] *is not of appreciable value agriculturally.* There is no urgent public need of its acquirement. *There may be mineral development and some consequent settlement in spots; but this will not bring sudden or great changes likely to interfere to any marked degree with the Indian mode of life and means of livelihood* [sic]. I think it would not be illiberal to answer the question by saying that half the amount which we agreed to pay under the former treaties would be ample compensation for the Indians who are to be parties to the proposed one. *And as the making of the treaty will not be the forerunner of changes that will to any great extent alter existing conditions in the country, and as the Indians will continue to have the same means of livelihood as they have at present,* it may fairly be laid down that the object of the Commissioners should simply be to secure the relinquishment of the Indian title at as small a cost as possible.

(emphasis added)

[139] I note Dr. Irwin interpreted this part of the memorandum to mean that Commissioner McKenna did not believe settlement would actually affect the Indigenous people very much and that their mode of life would not be changed significantly by this process. In cross-examination, Dr. Irwin also agreed that mode of life could mean more than just their means of livelihood.

[140] Commissioner McKenna closed his April 17, 1899 memorandum by noting the importance of protecting the forests and wildlife on which the Indigenous people relied:

... the Commissioners should, I think, be authorized to add that the Government will cause notice to be given to white men that the *forests and game are to be protected and will be ready should occasion call for such action to send Mounted Police to secure such protection.*

I am convinced that the forest fires caused by prospectors last year have so angered the Indians that some specific undertaking as to protection will have to be given. It may necessary to go further and say that the ear of the Government will always be open to well-grounded complaints from the Indians, and that when aid is asked and really required it will be forthcoming...

(emphasis added)

[141] In the spring of 1899, Treaty Commissioners David Laird, James Ross and James McKenna were formally appointed to negotiate a treaty with the Indigenous people in the district of Athabasca and adjoining country.

[142] In a May 1, 1899 letter, Commissioner Ross set out his views, including:

They are very-small bands or families and can make a good livelihood by hunting and fishing for many years to come. The advent of population in that portion of the country would not decrease their facilities for making a livelihood. *A very small portion of the country will be taken up for farming and the Indian will be disturbed very little in respect of his hunting and fishing.*

(emphasis added)

[143] On May 12, 1899, Minister Sifton wrote to the Commissioners with instructions, advising that “the terms of the treaty were left to their discretion” with the stipulation that obligations to be assumed under it shall not be in excess of those assumed in the treaties covering the North West territories.

### **3. June 21, 1899: The Signing of Treaty 8 at Lesser Slave Lake**

[144] The discussions, negotiations and initial signing of Treaty 8 took place in the summer of 1899. The surviving written records of what occurred include the September 1899 Report of the Commissioners; Charles Mair’s 1908 book entitled *Through the Mackenzie Basin: An Account of the Signing of Treaty No. 8 and the Scrip Commission, 1899*; published accounts from Bishop Grouard (in 1899 and

1925) and Father Breynat (in 1945), and letters from other missionaries who witnessed the events; reports from the Police officers and Hudson's Bay Company officials that accompanied the Treaty Commissioners; and newspaper reports.

[145] Charles Mair was secretary to the Scrip Commission and an observer to the signing of Treaty 8 in June 1899. His book, *Through the Mackenzie Basin: An Account of the Signing of Treaty No. 8 and the Scrip Commission, 1899*, is a transcript of brief notes taken at the time. In a footnote to his book, Mair notes that his report is "necessarily much abridged." Dr. Irwin recognized that Mair was a reliable personal observer of the events at Lesser Slave Lake. Mair's work, setting out these observations, has been referred to and relied on in a number of cases dealing with Treaty 8, and I too rely on it here for his observations and recollections of the meetings in the summer of 1899.

[146] On June 20, 1899, the Treaty Commissioners met with Indigenous and Métis people assembled at Willow Point on Lesser Slave Lake. Dr. Irwin's and Ms. Jones' reports, which draw on Mair's account, paint a helpful picture of what took place over the course of this two-day meeting.

[147] Over one thousand people gathered at Willow Point to observe the Treaty proceedings. The Treaty table was arranged with Commissioners Laird, Ross and McKenna in the middle, Bishop Grouard and Father Lacombe on the left and Anglican missionaries on the right. Two Métis men, Albert Tate and Samuel Cunningham served as interpreters.

[148] Commissioner Laird rose and spoke for about an hour explaining previous treaties and the benefits they entailed. Mair noted Commissioner Laird's speech was as follows:

...I have to say, on behalf of the Queen and the Government of Canada that we have come to make you an offer. We have made treaties in former years with all the Indians of the prairie, and from there to Lake Superior. *As white people are coming into your country, we have thought it well to tell you what is required of you. The Queen wants all the whites, half-breeds and Indians to be at peace with one another, and to shake hands when they meet. The Queen's laws must be obeyed all over the country, both by the whites and the Indians...*

We understand stories have been told you, that if you made a treaty with us you would become servants and slaves; but we wish you to understand that such is not the case, but that *you will be just as free after signing a treaty as you are now*. The treaty is a free offer; take it or not, just as you please. If



you refuse it there is no harm done; we will not be bad friends on that account. One thing Indians must understand, that if they do not make a treaty they must obey the laws of the land – that will be just the same whether you make a treaty or not; the laws must be obeyed...

(emphasis added)

[149] Commissioner Laird then described the terms of the treaty, including as noted by Ms. Jones:

...payments, gifts, and clothing for chiefs and headmen; the Indian Reserve entitlements in communal Reserves and severalty (emphasizing that “there will be no compulsion to force Indians to go into a reserve”); the choices offered in agricultural equipment, livestock, or ammunition and twine “if you do not wish to grow grain or raise cattle”; and the promises of schools and tools. ... Although Laird’s listeners were being offered a choice of Government supports for varying ways of life under the Treaty, and he also promised that everyone who took Treaty would be “free to hunt and fish” in addition to the other options for earning a livelihood. Laird was likely reflecting the views expressed during the preparations for the Treaty that only a limited portion of the territory being acquired was suitable for extensive settlement and agricultural development, and that hunting and fishing would continue to be the preferred, and the principal, means of support for many inhabitants of the country...

[150] In return for protecting their freedom to hunt and fish and ensuring they would be free from interference, Commissioner Laird told those assembled:

... the Government expects that the Indians will not interfere with or molest any minister, traveller or settler. We expect you to be good friends with everyone, and shake hands with all you meet. If any whites molest you in any way, shoot your dogs or horses, or do you any harm, you have only to report the matter to the police, and they will see that justice is done to you.

...These are the principal points in the offer we have to make to you. The Queen owns the country, but is willing to acknowledge the Indians’ claims, and offers them terms as an offset to all of them. We shall be glad to answer any questions, and make clear any points not understood.

[151] Chief Kinsoayo (also spelled Keenooshayoo) and Headman Moostoos had been appointed spokespersons for the Indigenous people who had gathered from the Lesser Slave Lake area. Mair’s account notes that following Commissioner Laird’s speech, Chief Kinsoayo spoke:

You say we are brothers. I cannot understand how we are so. *I live differently from you.* I can only understand that Indians will benefit in a very small degree from your offer...Do you not allow the Indians to make their own conditions, so that they may benefit as much as possible? Why I say this is that we to-day make arrangements that are to last as long as the sun shines and the water runs. Up to the present I have earned my own living

and worked in my own way for the Queen. It is good. The Indian loves his way of living and his free life...

(emphasis added)

[152] In her testimony, Ms. Jones referred to what Bishop Faraud, another observer of the negotiations, had to say about Chief Kinsoayo's speech:

...So this is after Kinsoayo's speech where Kinsoayo had said the Indian loves his way of living and his free life. And Faraud's observation at this point of the proceedings was that one could very much see that these poor people were holding themselves back, fearing that their liberty would not be safeguarded. So in other words, that they were reticent about signing the treaty because they were concerned that it wouldn't protect their freedoms as they knew them, particularly the freedom to hunt and fish.

[153] After Chief Kinsoayo spoke, Headman Moostoos spoke:

Often before now I have said I would carefully consider what you might say. You have called us brothers. Truly I am the younger, you the elder brother. Being the younger, if the younger ask the elder for something, he will grant his request the same as our mother the Queen. I am glad to hear what you have to say. Our country is being broken up. I see the white man coming in, and I want to be friends. I see what he does, but it is best that we should be friends...

[154] Commissioner Ross answered the questions. He is reported to have said:

I will just answer a few questions that have been put. Keenooshayo has said that he cannot see how it will benefit you to take treaty. *As all the rights you now have will not be interfered with, therefore anything you get in addition must be a clear gain.* The white man is bound to come in and open up the country, and we come before him to explain the relations that must exist between you, and thus prevent any trouble. You say you have heard what the Commissioners have said, and how you wish to live. We believe that men who have lived without help heretofore can do it better when the country is opened up. Any fur they catch is worth more...We think that as the rivers and lakes of this country will be the principal highways, good boatmen, like yourselves, cannot fail to make a good living, and profit from the increase in traffic...

You say that you consider that you have a right to say something about the terms we offer you. We offer you certain terms, but you are not forced to take them. You ask if Indians are not allowed to make a bargain. You must understand there are always two to a bargain. We are glad you understand the treaty is forever. If the Indians do as they are asked we shall certainly keep all our promises. We are glad to know that you have got on without any one's help, but you must know times are hard, and furs scarcer than they used to be. *Indians are fond of a free life, and we do not wish to interfere with it.* When reserves are offered there is no intention to make you live on them if you do not want to, but, in years to come, you may change your minds, and want these lands to live on...

(emphasis added)

[155] In cross-examination, Dr. Irwin explored the concept of “clear gain” relied on by Commissioner Ross:

Q: Just to be clear on the clear gain. Nobody on the record suggests that the Indians prior to treaty don’t have a right to hunt and fish?

A: Nobody.

Q: So that’s not the gain. The gain is what – the additional things they would get, the clear gain?

A: So I want to understand clear gain, because in my mind all the things get better, right. So if I understand what they’re arguing, is that you’ll get better money for your furs, for example. So some things you already do will be improved. You’ll get better money for your boating than you already do; some things you currently do will be improved. You’ll be able to continue to hunt and fish, and I would argue sell game to the post. That will – right? All things will actually improve. I believe it’s actually a very strong statement that the treaty will actually cause the improvement in the modes of life you currently have, the modes of living and the livelihoods that you currently have.

Q: Yes. And that’s a good selling point for Ross –

A: Yes.

Q: – in trying to – in persuading the First Nations people that the treaty is a good idea.

A: Yes.

Q: But at the same time, he’s assuring them they’re going to be able to continue with the hunting up to what they did?

A: Yes.

Q: So if they may be able to sell more, fine, but they can still do what they did and where they did it.

A: Absolutely.

[156] Following Commissioner Ross’ responses, Chief Kinsoayo stated:

Are the terms good forever? As long as the sun shines on us? Because there are orphans we must consider, so that there will be nothing to be thrown up to us by our people afterwards. We want a written treaty, one copy to be given to us, so we shall know what we sign for. Are you willing to give means to instruct children as long as the sun shines and water runs, so that our children will grow up ever increasing in knowledge?

[157] Commissioner Laird then replied:

...Treaties last forever, as signed, unless the Indians wish to make a change. I understand you all agree to the terms of the Treaty. Am I right? If

so, I will have the Treaty drawn up, and to-morrow we will sign it. Speak, all those who do not agree!

[158] Father Lacombe who was assisting the Commission and was also noted as an “old friend” of the Indigenous people then spoke:

Knowing you as I do, your manners, your customs and language, I have been officially attached to the Commission as an advisor. To-day is a great day for you, a day of long remembrance, and your children hereafter will learn from your lips the events of to-day. I consented to come here because I thought it was a good thing for you to take the Treaty. Were it not in your interest I would not take part in it....I urge you to accept the words of the Big Chief who comes here in the name of the Queen. I have known him for many years, and, I can assure you, he is just and sincere in all his statements, besides being vested with authority to deal with you. *Your forest and river life will not be changed by the Treaty*, and you will have your annuities, as well, year by year, as long as the sun shines and the earth remains...

(emphasis added)

[159] The meeting was adjourned to the next day. That evening, the Commissioners prepared the text of the treaty. It was at that time they decided that they would make a single treaty covering the entire territory of the Indigenous people they would meet, and take adhesions at the various locations still to be visited.

[160] The next afternoon, on June 21, 1899, the discussions resumed. Commissioner Laird made some preliminary remarks then read the text of the Treaty, a portion of which is reproduced below:

...AND WHEREAS, the said Indians have been notified and informed by Her Majesty's said Commission that it is Her desire to open for settlement, immigration, trade, travel, mining, lumbering and such other purposes as to Her Majesty may seem meet, a tract of country bounded and described as hereinafter mentioned, and to obtain the consent thereto of Her Indian subjects inhabiting the said tract, and to make a treaty, and arrange with them, so that there may be peace and good will between them and Her Majesty's other subjects, and that Her Indian people may know and be assured of what allowances they are to count upon and receive from Her Majesty's bounty and benevolence.

...

AND WHEREAS, the said Commissioners have proceeded to negotiate a treaty with the Cree, Beaver, Chipewyan and other Indians, inhabiting the district hereinafter defined and described, and the same has been agreed upon and concluded by the respective bands at the dates mentioned hereunder, the said Indians DO HEREBY CEDE, RELEASE, SURRENDER

AND YIELD UP to the Government of the Dominion of Canada, for Her Majesty the Queen and Her successors for ever, all their rights, titles and privileges whatsoever, to the lands included within the following limits...

...

AND ALSO the said Indian rights, titles and privileges whatsoever to all other lands wherever situated in the Northwest Territories, British Columbia, or in any other portion of the Dominion of Canada.

TO HAVE AND TO HOLD the same to Her Majesty the Queen and Her successors for ever.

*And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.*

...

FURTHER, Her Majesty agrees that each Band that elects to take a reserve and cultivate the soil, shall, as soon as convenient after such reserve is set aside and settled upon, and the Band has signified its choice and is prepared to break up the soil, receive two hoes, one spade, one scythe and two hay forks for every family so settled, and for every three families one plough and one harrow, and to the Chief, for the use of his Band, two horses or a yoke of oxen, and for each Band potatoes, barley, oats and wheat (if such seed be suited to the locality of the reserve), to plant the land actually broken up, and provisions for one month in the spring for several years while planting such seeds; and to every family one cow, and every Chief one bull, and one mowing-machine and one reaper for the use of his Band when it is ready for them; for such families as prefer to raise stock instead of cultivating the soil, every family of five persons, two cows, and every Chief two bulls and two mowing-machines when ready for their use, and a like proportion for smaller or larger families. The aforesaid articles, machines and cattle to be given once for all for the encouragement of agriculture and stock raising; *and for such Bands as prefer to continue hunting and fishing, as much ammunition and twine for making nets annually as will amount in value to one dollar per head of the families so engaged in hunting and fishing.*

...

(emphasis added)

[161] Mair noted that Chief Kinsoayo and Headman Moostoos both rose and made speeches assenting to the terms. Mair's account does not include any specifics of what was said, but does note that at one point there appeared to be some dissent from the Indigenous people. After lengthy discussions, however, the details of which are not noted, the parties signed the Treaty.

[162] Mair put it this way at page 64: "This looked critical; but, after a somewhat lengthy discussion, everything was smoothed over, and the chief and head men entered the tent and signed the Treaty after the Commissioners, thus confirming, for this portion of the country, the great Treaty which is intended to cover the whole northern region up to the sixtieth parallel of north latitude."

[163] Treaty 8 was signed on June 21, 1899, by Treaty Commissioners Laird, McKenna and Ross and by the Cree Chief and Headmen of Lesser Slave Lake and the adjacent territory by Chief Keenooshayoo, and headmen Moostoos, Felix Giroux, Wee Chee Way Sis, Charles Nee Sue Ta Sis, and Captain from the Sturgeon Lake.

[164] A significant portion of the historical evidence and the examinations of Dr. Irwin and Ms. Jones focussed on this meeting. The Indigenous people who signed the Treaty in the summer of 1899 were not the Indigenous people then living in the Blueberry Claim Area. Chief Kinsoayo and headman Moostoos were Cree from the Lesser Slave Lake area. As noted below, the Fort St. John adhesion to the Treaty did not occur until the following year as a result of Indigenous people in that area (i.e., Blueberry's ancestors) prioritizing hunting.

[165] The promises, however, made by the Treaty Commissioners to those assembled at Lesser Slave Lake, and the way they allayed concerns expressed by the Indigenous people gathered are relevant and constitute the oral promises included within Treaty 8. They are solemn statements and promises made on behalf of the Crown. The same or similar assurances were made to other Indigenous signatories and adherents to Treaty 8.

[166] Following the signing of the Treaty at Lesser Slave Lake, the Commissioners were running late. They agreed to divide their party: Commissioners Ross and McKenna would go to Fort St. John and Dunvegan, and Commissioner Laird would continue on to Peace River Landing and Vermillion. The Treaty Commission had been scheduled to arrive in Fort St. John on June 21, 1899. A special messenger was sent to explain the delay, advise that the Commissioners were on their way to meet them, and request that the Indigenous people wait at the Fort.

[167] When Commissioner McKenna neared Fort St. John, however, he was notified that the Indigenous people had left for their regular hunt. In a letter of July

7, 1899, Commissioner McKenna explained to Minister Sifton:

When we got to within seventy miles of St. John we met our special messenger returning with a letter from the H. B. Co's officer there to the effect that the Indians had left on their annual hunt, that they were 150 miles off and that it was impossible to get word to them. To the Indians it meant failure to secure the year's food supply to await the Commissioner even until the date first fixed, and they naturally decided to take the hunt in preference to the Treaty...

[168] The September 22, 1899 Report of the Commissioners for Treaty 8 that was sent to Minister Sifton provides a useful recount of the summer's activities:

... We met the Indians on the 20th, and on the 21st the treaty was signed.

As the discussions at the different points followed on much the same lines, we shall confine ourselves to a general statement of their import. ... *There was expressed at every point the fear that the making of the treaty would be followed by the curtailment of the hunting and fishing privileges*, and many were impressed with the notion that the treaty would lead to taxation and enforced military service. They seemed desirous of securing educational advantages for their children, but stipulated that in the matter of schools there should be no interference with their religious beliefs.

*We pointed out that the Government could not undertake to maintain Indians in idleness; that the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to make use of them.* We told them that the Government was always ready to give relief in cases of actual destitution, and that in seasons of distress they would without any special stipulation in the treaty receive such assistance as it was usual to give in order to prevent starvation among Indians in any part of Canada; and we stated that the attention of the Government would be called to the need of some special provision being made for assisting the old and indigent who were unable to work and dependent on charity for the means of sustaining life.

...

*Our chief difficulty was the apprehension that the hunting and fishing privileges were to be curtailed.* The provision in the treaty under which ammunition and twine is to be furnished went far in the direction of quieting the fears of the Indians, for they admitted that it would be unreasonable to furnish the means of hunting and fishing if laws were to be enacted which would make hunting and fishing so restricted as to render it impossible to make a livelihood by such pursuits. But over and above the provision, we had to solemnly assure them that only such laws as to hunting and fishing as were in the interest of the Indians and were found necessary in order to protect the fish and fur-bearing animals would be made, and that they would be as free to hunt and fish after the treaty as they would be if they never entered into it.

*We assured them that the treaty would not lead to any forced interference with their mode of life*, that it did not open the way to the imposition of any tax, and that there was no fear of enforced military service. We showed them

that, whether treaty was made or not, they were subject to the law, bound to obey it, and liable to punishment for any infringements of it. We pointed out that the law was designed for the protection of all, and must be respected by all the inhabitants of the country, irrespective of colour or origin; and that, in requiring them to live at peace with white men who came into the country, and not to molest them in person or in property, it only required them to do what white men were required to do as to the Indians.

...

In addition to the annuity, which we found it necessary to fix at the figures of Treaty Six, which covers adjacent territory, the treaty stipulates that assistance in the form of seed and implements and cattle will be given to those of the Indians who may take to farming, in the way of cattle and mowers to those who may devote themselves to cattle-raising, and that ammunition and twine will be given to those who continue to fish and hunt. The assistance in farming and ranching is only to be given when the Indians actually take to these pursuits, and it is not likely that for many years there will be a call for any considerable expenditure under these heads. The only Indians of the territory ceded who are likely to take to cattle-raising are those about Lesser Slave Lake and along the Peace River, where there is quite an extent of ranching country; and although there are stretches of cultivable land in those parts of the country, it is not probable that the Indians will, while present conditions obtain, engage in farming further than the raising of roots in a small way, as is now done to some extent. *In the main the demand will be for ammunition and twine, as the great majority of the Indians will continue to hunt and fish for a livelihood. It does not appear likely that the conditions of the country on either side of the Athabasca and Slave Rivers or about Athabasca Lake will be so changed as to affect hunting or trapping, and it is safe to say that so long as the fur-bearing animals remain, the great bulk of the Indians will continue to hunt and to trap.*

The Indians are given the option of taking reserves or land in severalty. As the extent of the country treated for made it impossible to define reserves or holdings, and as the Indians were not prepared to make selections, we confined ourselves to an undertaking to have reserves and holdings set apart in the future, and the Indians were satisfied with the promise that this would be done when required. There is no immediate necessity for the general laying out of reserves or the allotting of land. It will be quite time enough to do this as advancing settlement makes necessary the surveying of the land. Indeed, the Indians were generally averse to being placed on reserves. *It would have been impossible to have made a treaty if we had not assured them that there was no intention of confining them to reserves.* We had to very clearly explain to them that the provision for reserves and allotments of land were made for their protection, and to secure to them in perpetuity a fair portion of the land ceded, in the event of settlement advancing.

(emphasis added)

#### **4. May 30, 1900: Adhesion to Treaty 8 at Fort St. John**



[169] On March 12, 1900, Privy Council Order 460 was issued, appointing James Macrae the new (and sole) Treaty Commissioner for the purpose of taking adhesions at Fort St. John, Fort Resolution, and elsewhere that year.

[170] Commissioner Macrae arrived in Fort St. John in late May 1900 and secured the Treaty adhesion of a portion of the Beaver Indians of the Upper Peace River on May 30, 1900. The record is very slim as to what transpired during the adhesion at Fort St. John.

[171] The adhesion notes the following:

The Beaver Indians of the Upper Peace River and the country thereabouts, having met at Fort St. John, on this thirtieth day of May, in this present year 1900, Her Majesty's Commissioner, James Ansdell Macrae, Esquire, and having had explained to them the terms of the treaty unto which the Chief and Headmen of the Indians of Lesser Slave Lake and adjacent country set their hands on the twenty-first day of June, in the year 1899, do join in the cession made by the said treaty, and agree to adhere to the terms thereof, in consideration of the undertakings made therein.

The adhesion was signed on behalf of the Beaver Indians at Fort St. John by: Muckithay, Aginaa, Dislisici, Tachea, Appan, Attachie, Allalie, Yatsoose.

[172] In the Report of the Treaty Commissioner for the year 1900, submitted to the Superintendent General of Indian Affairs on December 11, 1900, Commissioner Macrae described his work that summer. As pointed out by Blueberry, Commissioner Macrae commented that it was "not unwise" for the Indigenous peoples in that locale to be hunters rather than farmers:

...there is little disposition on the part of most of the northern Indians to settle down upon land or to ask to have reserves set apart...

*It appears that this disinclination to adopt agriculture as a means of livelihood is not unwisely entertained; for the most congenial occupations of hunting and fishing are still open, and agriculture is not only arduous to those untrained to it, but in many districts it as yet remains untried.* A consequent of this preference of old pursuits is that the Government will not be called upon for years to make those expenditures which are entailed by the treaty when the Indians take to the soil for subsistence.

The health of the Indians in the treaty seems to vary with time. When game is plentiful it is good, when scarce, it is bad. The want of rabbits along the Peace and Hay Rivers caused suffering to the Beavers and Slaves in part of the western portion of the territory last winter...

At nearly all the important points the chiefs and more intelligent men who were present at the making of treaty last year, asked for extended

explanations of its terms, in order that those of their bands who had failed to grasp its true meaning might be enlightened, and that those who were coming into treaty for the first time might fully understand what they were doing. In the course of the councils held for this purpose, it was possible to eradicate any little misunderstanding that had arisen in the minds of the more intelligent, and great pains were taken to give such explanations as seemed most likely to prevent any possibility of misunderstandings in future.

(emphasis added)

[173] Commissioner Macrae's report reflects an understanding that the Indigenous people of the northern Peace River area were engaged in hunting and fishing and this was how they sustained themselves, as such they were not interested in settling on reserves.

## **B. Does Treaty 8 Promise a Right to Continue a Way of Life Based on Hunting, Fishing and Trapping?**

[174] I will now consider whether, as Blueberry argues, the Treaty includes a promise that the Indigenous signatories and adherents shall have a right to continue their mode of life based on hunting, fishing and trapping throughout their territory. I will refer interchangeably to "mode of life" and "way of life" as Blueberry does, and as is reflected in some of the jurisprudence.

[175] On this point, I conclude for the reasons set out below that, based on the text of the Treaty and the history of the interactions leading to the signing of Treaty 8 in 1899 and the adhesions that followed, Treaty 8 guarantees the Indigenous signatories and adherents the right to continue a way of life based on hunting, fishing and trapping, and promises that this way of life will not be forcibly interfered with. Inherent in the promise that there will be no forced interference with this way of life is that the Crown will not significantly affect or destroy the basic elements or features needed for that way of life to continue.

[176] I will first set out my conclusions on the evidence and then review the jurisprudence on Treaty 8, which I have concluded, supports this determination. I begin by briefly reviewing the parties' arguments on this issue.

### **1. Parties' Positions**

[177] Blueberry's central argument is that the fundamental promise, or essential element, of Treaty 8 is that the Indigenous peoples who signed and adhered to the

treaty would be able to continue their way of life based on hunting, trapping and fishing.

[178] Blueberry says the Indigenous peoples were assured that while there would be settlement from time to time, this would not lead to forced interference with their way of life. Blueberry points out that the assurance of continuity of a way of life based on hunting, trapping and fishing has been called the “essential promise” of Treaty 8 by the Supreme Court Canada. Had this assurance not been given, the treaty negotiations may not have been successful, and later adhesions may not have occurred.

[179] Blueberry says its way of life is “a connection to the land that remains core to their identity.” It is “what they have learned and lived, and it is who they are.” This way of life based on hunting, trapping and fishing is not a way of life from a time long gone; but one that continues today.

[180] Blueberry acknowledges that the mode of life is amorphous and urges the Court to consider the features of its mode of life in anthropological terms, with reference to the evidence provided by Dr. Ridington and Mr. Brody. Blueberry says the features of its mode of life include: using a multiplicity of areas within its territory; having access to a broad availability of landscapes and habitats; being able to schedule use of resources and practice seasonality; and having an environment that was predictable and knowable. Blueberry submits that at the time the treaty was made, the Crown knew the way of life of the Indigenous peoples with whom it was treating was intricately woven into the landscape, and tied to the ability to roam, hunt, and live freely throughout their territory.

[181] Furthermore, Blueberry says the Crown was aware of the concerns expressed by Indigenous peoples that the Treaty would lead to the curtailment of their way of life and the prospect of being confined to reserves. Some settlement was anticipated, but the fundamental understanding was that it would happen in a way that would not threaten or displace a mode of life centred on the land.

[182] Blueberry says the extent of development and displacement in its territory today is fundamentally not what either party contemplated in entering into Treaty 8. The Treaty was premised on little settlement and disruption; the Crown was to protect, not displace, their mode of life.

[183] Moreover, argues Blueberry, the Crown reassured the Indigenous people that they would benefit from increased traffic and commerce – there would be a clear gain from entering into Treaty 8. They were not trading a free life for displacement with increased activity.

[184] Blueberry says the taking up clause contained in Treaty 8 through which the Crown can take up land from time to time for settlement, mining, lumbering, trading and other purposes did not and does not modify, diminish or abrogate from the essential promise of protecting its way of life. The taking up clause is subject to the fundamental promise made to the Indigenous peoples that they would be able to continue their way of life based on hunting, trapping, and fishing.

[185] In contrast, the Province says that the Treaty does not protect the mode of life that existed at the time the Treaty was made. Rather, it was designed for the fundamental purpose of opening up land for settlement and development and the taking up of lands by the Crown from “time to time” could not be clearer in foreshadowing change. The Province says the Treaty was centred on an understanding that settlers were coming, and that this would have a profound effect. Relying on *Mikisew*, the Province says Treaty 8 did not promise “continuity” of nineteenth century pattern of land use but, rather, signalled the dawn of a period of transition – Treaty 8 foreshadowed change.

[186] The Province recognizes that the Treaty promises Indigenous signatories rights to continue to hunt, trap and fish and that this promise was essential. However, the Province says these rights are not absolute, and are limited by the government’s right to take up lands, and pass regulations for conservation purposes. The Province says the Indigenous signatories to the Treaty understood they would not be able to hunt, trap and fish on land that was taken up or was being used for incompatible purposes, and that those rights would be subject to certain government regulations.

[187] In addition, the Province says that Blueberry has failed to define the content of the mode of life protected by Treaty 8. The Province notes that Blueberry’s mode of life or means of livelihood, even at 1900, was based on a mixed economy. Through the mid 1900s to today, Blueberry members have relied on and embraced a mixed and modern economy – participating in hunting and gathering while also

engaging in opportunities in the forestry and oil and gas industries. While hunting, fishing and trapping were the primary means of livelihood at the time of Treaty 8 in 1900, they were not the sole ones.

[188] Furthermore, the Province says that Blueberry's argument ignores the "balance" established by the Treaty, and the fact that there were always "obstacles" to its mode of life.

## **2. Conclusion on the Evidence**

[189] As noted, the Province maintains that the evidence reflected in the historical documents demonstrates the overriding purpose of Treaty 8 was to open up lands and facilitate settlement. The Province relies on the historical documents including comments made by Mair that there was an expected "incoming tide of settlement" and hope for "millions of settlers." It refers to other comments in Mair's book to say the Indigenous signatories and adherents understood this would interfere with their freedom to move, as they referred to a "broken up" and fragmented country. The "free life" referred to, the Province says, was a free commercial life as Indigenous people did not want the pass system used in Treaty 6, which restricted their ability to undertake commercial operations.

[190] In addition, the Province relied on a number of post-Treaty events, including a post-Treaty letter, the origin of which is unclear, apparently from Chief Kinsoayo and Councillors of the Lesser Slave Lake Band, requesting assistance as to how "best to go to work..." and saying "[t]he reason we accepted Treaty was that we saw we had to change our way of living, that furs were getting scarce and also moose, and that if we had cattle and had [po]tatoes & barley to eat we would be better off."

[191] Dealing with this latter document first, I note as Dr. Irwin candidly said "we don't know who the scribe is." This letter was sent to the Superintendent General of Indian Affairs in 1900 (the year after the Treaty was entered into) and very little is otherwise known about it. The letter appears to be associated with a request for reserve lands. In cross-examination, Dr. Irwin agreed that the language used in the letter did not sound like the phrases Chief Kinsoayo would have used. Dr. Irwin also agreed the scribe could have been a missionary who possibly added this rationale as to why a reserve should be granted on a more rapid basis. As a result, very little weight can be placed on this document.

[192] As for the Province's reliance on Mair's views of incoming settlement, while the Crown may have wished to open the land to settlement, it is not accurate to say, as the Province argues, that a "tide of settlement" was expected. Numerous comments were made in letters, reports and records of the Treaty negotiations that significant settlement was not expected. While there are references to mining in a January 25, 1899 letter from Minister Sifton to the Commissioners, imminent settlement was not contemplated at that time.

[193] Furthermore, Mair's comments regarding "millions of settlers" referred to and relied on by the Province are remarks included in the preface to his book. These comments are considered Mair's own surmising and editorializing and were not consistent with the many other written records. They were also not a record of what was said at the Treaty meeting in June of 1899. This has been accepted as reliable as Mair was an observer reporting on the event.

[194] As Ms. Jones noted in cross – examination, comments about the "millions" or a "tide of settlement" were likely made "to make it exciting for his readers...it was a pretty common way for people to talk about unexplored territory at the time." As is evident, millions of people are not in the territory even 120 years later.

[195] Further, the promises of the Treaty cannot be viewed through only one lens (i.e., that of the Crown). Each of the parties' understandings must be considered when ascertaining the promises and obligations of the Treaty. The Court must therefore view the matter through the lens of each party. Given the numerous references to Indigenous people fearing changes to their way of life on the land, the reference to the promise of retaining a "free life" by both the Indigenous people and the Commissioners cannot be confined to a "free" commercial context.

[196] The Province also relies on certain documents that it maintains point to the "foreshadowing of change" in the Treaty negotiations. While some change was no doubt expected to occur, it is difficult to reconcile the Province's ultimate position with the many clear assurances made with respect to the continuation of hunting, trapping and fishing rights as is evident throughout the documented record of government communications. The documents relied upon by the Province are not consistent with these clear assurances made by the Crown in order to secure the Treaty.

[197] These documents (including in the Commissioners' report) made clear that without assurances that hunting and fishing rights would not be curtailed and the Indigenous peoples would not be confined to reserves, it was doubtful a treaty would have been concluded.

[198] The change foreshadowed by the Treaty cannot be understood as eviscerating the fundamental promise that Indigenous peoples' way of life would not be interfered with. To put this into perspective, the evidence has established that Indigenous peoples have lived on this land for thousands of years. It is not reasonable to conclude that the Dene – zaa agreed that their way of life would be “fundamentally altered” or eradicated by a Treaty that is now a little over 120 years old. They did not agree to adopt a settler's way of life. This conclusion would not be consistent with viewing the matter through the lens of both parties.

[199] The Indigenous people specifically confirmed that the Treaty would be forever. The Treaty was made to preserve and protect certain rights in the face of change; not to see those rights erased by a tide of change. While change was foreshadowed, these cannot be empty promises.

[200] Although the text of Treaty 8 does not refer to “mode of life,” the Commissioners' report makes clear that the Commissioners assured Indigenous people that their mode of life would not be interfered with.

[201] I accept the points that Ms. Jones emphasized in her reports and testimony to support the conclusion that Treaty 8 promised the Indigenous peoples that their way of life would not be interfered with. I will set those points out here.

[202] First, the area covered by Treaty 8 was in large part not considered suitable for farming, and it was anticipated that Indigenous people would continue with their traditional pursuits of hunting, fishing and trapping. This is in contrast to other treaties – in particular the earlier treaties covering the prairies – which sought to open up the prairies or “fertile land” to extensive settlement and farming.

[203] Second, while treaties generally promised an opening up of the land for settlement, Treaty 8 set out a number of options in terms of pursuits, which Ms. Jones indicated was unlike previous treaties. As part of the negotiations, the Indigenous people were provided with three choices: farming, ranching, or

continuing hunting and fishing, and were to be provided with necessary implements or supports consistent with their choice. Ms. Jones noted that, by offering Indigenous people these choices, Commissioner Laird was likely reflecting the views expressed during the negotiations of the Treaty that only a limited portion of the territory was suitable for extensive settlement and agricultural land development. Hunting and fishing would continue to be preferred and the principal means of support for many inhabitants of the country.

[204] Third, throughout their discussions, the Indigenous people consistently voiced their concern about the Treaty interfering with their rights to hunt and fish. The Crown consistently reassured the Indigenous people that their way of life would be free from interference.

[205] Fourth, the correspondence and reporting surrounding the negotiations of Treaty 8 consistently disclosed the view that limited reserve land would be needed as, by and large, Indigenous people in this area were more likely to hunt and fish rather than cultivate the land.

[206] Fifth, the text of Treaty 8 referred to the Indigenous people as having the “right to pursue their usual *vocations* of hunting, trapping and fishing throughout the tracts of land surrendered...subject to such regulations as may from time to time be made by the government of the country... and saving and excepting such tracts as may be required to be taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes...” Ms. Jones pointed out that previous treaties had referred to hunting, trapping and fishing as *avocations*, which is a hobby or minor occupation. Treaty 8 referred to these activities as *vocations*, which requires dedication (per *The Oxford English Dictionary*, 2nd ed., *sub verbo* “vocation”).

[207] Sixth, Ms. Jones noted in her report the importance of the circular prepared by Commissioner Laird to be distributed by the Police and Hudson’s Bay Company explaining the concept of the Treaty. As is noted above, this circular explicitly reassured the Indigenous people that they “will be allowed to hunt and fish all over the country as they do now, subject to such laws as may be made for the protection of game and fish in the breeding season.” Her report also noted the reassurances provided by Commissioner Laird in June 1899 that Indigenous people had the choice to take the Treaty or not, and that if they did take the Treaty they would be



just as free to hunt and fish after the Treaty as before. Ms. Jones also emphasized Chief Kinsoayo's response to this reassurance, reminding the Commissioners that the Indigenous people were "fond of a free life, and do not wish to interfere with it."

[208] As noted earlier, Ms. Jones filed a reply report to Dr. Irwin's report. This report dealt with, among other things, the nature of the change contemplated in the Treaty. Ms. Jones indicated the essential difference between the two experts as to the significance of the changes associated with the Treaty was in the emphasis of some of the assumptions regarding changes to the economy and Indigenous way of life.

[209] Dr. Irwin noted the choices Indigenous people were offered (such as agricultural implements) suggested their way of life in hunting and fishing was to be superseded by agriculture or stock raising. Ms. Jones said she did not see the support for this proposition.

[210] In her reply report Ms. Jones put it this way:

Dr. Irwin and I disagree in our interpretation of the historical documents that address the understanding and statements of Crown representatives as to the anticipated changes to the economy and the Indigenous way of life in the area to be covered by Treaty Eight, particularly on the question of whether other ways of life would replace or supersede a way of life based on harvesting fish, furs, wild meat and other products.

...

Dr. Irwin quotes from several documents in his report at pages 91 through 97. As he states, Indigenous peoples prior to Treaty were concerned about the possibility of major changes to their way of life following the signing of a Treaty, especially about restrictions on their mobility and their ability to support themselves by harvesting meat, furs and fish. He characterizes the expression of these concerns as an understanding among Indigenous peoples that their way of life was about to change. However, the passages he cites should be placed in their original context. Prior to the Treaty negotiations, the Treaty Commissioners and other Government representatives, such as the North West Mounted Police, repeatedly gave these peoples assurances that their way of life would not be interfered with as a result of the Treaty. *During the Treaty negotiations, the Treaty Commissioners explicitly addressed the concerns of the Indigenous peoples regarding economic changes by assuring them that their harvesting economy and their way of life would continue, and that whatever they obtained under a Treaty would be a "clear gain", not a replacement, for that way of life.* The Treaty Commissioners emphasized that without this promise, they would not have been able to obtain Indigenous consent to Treaty and scrip.

In their preparations for Treaty, the Treaty Commissioners and other Indian Department officials expressed the view that development in the future Treaty Eight area was likely to be different in character and scale than the rapid and massive conversion of Prairie Treaty lands to agricultural settlement and resource exploitation...

(emphasis added)

[211] Dr. Irwin characterized the expressions of these concerns as an *understanding* among Indigenous peoples that their way of life was about to change. Ms. Jones pointed out, and I agree, it is clear these were expressions of *concern and fear* about potential change rather than an understanding, acknowledgment or acceptance of change, especially a change as fundamental as one observes to date. Concerns were expressed and consistent statements were made by the Commissioners and other government representatives, assuring Indigenous people that their way of life would not be interfered with as a result of the Treaty.

[212] This has been reflected many times in the historical record referred to earlier. This is most evident in the September 22, 1899 Report of the Commissioners for Treaty 8 which refers to “fear,” and the chief difficulty being the apprehension that hunting and fishing privileges were to be curtailed. The report does not support the conclusion that Indigenous people accepted and understood great change was to come. Rather it reflects their fundamental desire to protect themselves from great change; without those assurances the signing of Treaty 8 would very likely not have occurred.

[213] The Province emphasizes that the promises in the Treaty were made for continuing hunting, trapping and fishing as an economic livelihood, not as a promise to protect a way of life. Ultimately this reflects a view that the Indigenous people were essentially agreeing to convert to a settler’s way of life.

[214] Even if “livelihood” was considered the sole basis of the promise (which I do not accept), the evidence in this case demonstrated that other activities underpinned the culture and enabled the opportunity to derive a livelihood from hunting, trapping and fishing. These activities included harvesting plants, skinning or cleaning fish and animals, smoking or drying the meat and hides, and preparing them for use or consumption. These aspects of the Indigenous peoples’ modes of life were in large part undertaken by women. Hunting, trapping and fishing were

easily identifiable signposts or indicators of a mode of life supported by other cultural practices, which may not have been overtly visible to the government's treaty negotiators. As a result, even if the Province says the Treaty promised only protection for "livelihood," that "livelihood" was built upon and survived by virtue of the Indigenous way of life, including the work of all peoples who were part of that society.

[215] Way of life is about means of survival, as well as socialization methods, legal systems, trading patterns, cultural and spiritual beliefs and practices, patterns of land use, and ways of generating and passing on knowledge. To the Indigenous people who entered into Treaty 8, the meaningful exercise of these rights reflects how they live their lives, in their way, on their lands. These rights must be considered in a broader, more contextual way. Based on the evidence in this case, they are rights that are exercised at particular places, at particular times, in relation to particular species, and that are connected to a larger way of life. For the exercise of these rights to be meaningful, protection must also include recognition that the rights to hunt, fish and trap are, in essence, rights to maintain a culture and identity.

[216] Ultimately, as noted earlier, the Province's fundamental argument leads to the view that the Indigenous people who entered into Treaty 8 essentially agreed to move to or convert to what is in effect a settler's way of life. The Treaty did not require the Indigenous peoples to agree to a settler's way of life. This is simply not consistent with the documentary and expert evidence in this case. While the Treaty foreshadowed change, in order to achieve the Treaty, the Crown provided protection to the Indigenous peoples' ability to hunt, fish and trap as part of their way of life.

[217] I have reached these findings on the promise of Treaty 8 on the basis of the evidence presented in this case. The jurisprudence, however, also supports this understanding that the rights protected in the Treaty are part of a way of life. I turn to that now.

### **3. Key Jurisprudence on Treaty 8 and the Promises Contained Therein**

[218] Treaty 8, and the promises contained therein, has been the subject of much judicial writing in this Court, the Court of Appeal, and the Supreme Court of

Canada. A brief review of the Supreme Court of Canada's decisions in *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901 [*Horseman*], *Badger* and *Mikisew*, and the British Columbia Court of Appeal's decisions in *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1999 BCCA 470 [*Halfway*] and *West Moberly 2011* helps to situate the arguments made in this case, and specifically those relating to the promises reflected in Treaty 8, in their jurisprudential context.

[219] It is important to note that none of the cases reviewed below were actions alleging a breach of the Treaty and infringement of treaty rights. Rather, they were either regulatory prosecutions where Treaty 8 beneficiaries were seeking to exercise their rights and were charged for violating provincial statutes, or were applications for judicial review brought by First Nations alleging government was making decisions that infringed their rights.

**a) *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901**

[220] The terms of Treaty 8 were first considered by the Supreme Court of Canada in *Horseman*. In that case, Mr. Horseman, a beneficiary of Treaty 8 living in Alberta, killed a grizzly bear in self – defence while hunting moose for food. At the time, he did not have a licence under the Alberta *Wildlife Act* to hunt grizzly bears or sell their hide. A year later, in need of money to support his family, he purchased a grizzly bear hunting licence and sold the hide. He was charged under s. 42 of the *Wildlife Act* with unlawful trafficking in wildlife. The issue before the Supreme Court of Canada was whether the hunting rights included in Treaty 8 included the right to hunt for commercial purposes, and whether the Alberta *Natural Resources Transfer Agreement* [NRTA] of 1930 (which does not apply in this case) modified Treaty 8, limiting the right to hunt for food only.

[221] Justice Cory, writing for the majority, held that the hunting rights included in Treaty 8 originally included rights to hunt for food and for commercial purposes, but these rights were subject to governmental regulation and had been modified and limited by the NRTA to a right to hunt for food only. The Supreme Court of Canada held that the courts below had correctly found that the sale of the bear hide was an act of commerce and not part of hunting for food. Because of the NRTA's limitation to the Treaty, the act of selling the bear hide was therefore no longer a right protected by Treaty 8. In the result, the majority held that the *Wildlife Act* applied, and Mr. Horseman had breached s. 42 of that Act in selling the bear hide.

[222] The reasons of Justice Wilson (in dissent) at pages 908 to 911 provide a careful examination of the context within which Treaty 8 was entered into. While Justice Wilson (writing for herself, Chief Justice Dickson, and Justice L'Heureux-Dubé) dissented on the interpretation and impact of the NRTA and on the application of the *Wildlife Act*, her examination of the history and context of Treaty 8 was not contentious. This portion of her reasons is also referred to by the majority of the Court of Appeal in *West Moberly 2020* at para. 482.

[223] Justice Wilson's reasons begin by referring to *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29 and *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387 [*Simon*] and the proper approach to the interpretation of treaties: construing them as they would have been understood by the Indigenous people; giving them a fair, large and liberal construction; and being sensitive to the broader historical context in which such treaties were negotiated.

[224] In her discussion of Treaty 8 and the hunting rights protected therein, Justice Wilson referred to the work of Professor Arthur Ray who had noted that Indigenous peoples in the Treaty 8 area had developed a way of life that centred on wildlife resources. They hunted beaver, moose, caribou and wood buffalo with a view to consuming some portions of their catch and exchanging other portions. She then referred to other commentary and analysis on the history of the negotiations leading up to Treaty 8, in particular that by Richard Daniel in "The Spirit and Terms of Treaty Eight" in *The Spirit of the Alberta Indian Treaties* (Richard Price, ed., Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1979), and René Fumoleau in *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939* (1973), and the report of the Treaty Commissioners:

Mr. Daniel's study of these negotiations reveals that the Indians were especially concerned that the most important aspect of their way of life, their ability to hunt and fish, not be interfered with. He points out that the Commissioners repeatedly sought to assure the Indians that they would continue to be free to pursue these activities as they always had. In the course of treaty negotiations at Lesser Slave Lake in June 1899 (negotiations that set the pattern for subsequent agreements with other Indian groups near Fort St. John, Fort Chipewyan, Fond du Lac, Fort Resolution and Wabasca), Commissioner Laird told the assembled Indians that "Indians have been told that if they make a treaty they will not be allowed to hunt and fish as they do now. This is not true. Indians who take treaty will be just as free to hunt and fish all over as they now are." (See: Daniel, op. cit., at p. 76). Similarly, Mr. Fumoleau has observed that "[o]nly when the Treaty Commissioners promised them that they would be free to

hunt and trap and fish for a living, and that their rights would be protected against the abuses of white hunters and trappers, did the Indians at each trading post of the Treaty 8 area consent to sign the treaty” (Fumoleau, op. cit., at p. 65).

The official report of the Commissioners who negotiated Treaty No. 8 (presented to the Minister of the Interior on September 22, 1899) confirms both that hunting and fishing rights were of particular concern to the Indians and that the Commissioners were at pains to make clear that the government of Canada did not wish to interfere with their traditional way of life. The Commissioners reported (at p. 6):

Our chief difficulty was the apprehension that the hunting and fishing privileges were to be curtailed. The provision in the treaty under which ammunition and twine is to be furnished went far in the direction of quieting the fears of the Indians, for they admitted that it would be unreasonable to furnish the means of hunting and fishing if laws were to be enacted which would make hunting and fishing so restricted as to render it impossible to make a livelihood by such pursuits. But over and above the provision, we had to solemnly assure them that only such laws as to hunting as were in the interest of the Indians and were found necessary in order to protect the fish and fur-bearing animals would be made, and that they would be free to hunt and fish after the treaty as they would be if they never entered into it.

(underline added by Wilson J.)

[225] Justice Wilson noted that interviews done with elders of the Lesser Slave Lake area confirmed the critical role played by the promise with respect to hunting and fishing rights.

[226] From her review of these studies and evidence, Justice Wilson concluded that the Crown’s promise that hunting, fishing and trapping rights would be protected forever was the “*sine qua non*” for obtaining the agreement of the Indigenous people to enter into Treaty 8 (at 911). She noted that: “hunting, fishing and trapping lay at the centre of their way of life” (at 911). As to the government’s power to pass regulations with respect to hunting, trapping and fishing, Justice Wilson reasoned that such regulations would need to be designed “so as to ensure that the Indians’ way of life would continue to be respected” (at 912). She goes on at 913:

In other words, while the treaty was obviously intended to enable the government of Canada to pass regulations with respect to hunting, fishing and trapping, it becomes clear when one places the treaty in its historical context that the government of Canada committed itself to regulate hunting in a manner that would respect the lifestyle of the Indians and the way in which they had traditionally pursued their livelihood. Because any

regulations concerning hunting and fishing were to be “in the interest” of the Indians, and because the Indians were promised that they would be as free to hunt, fish and trap “after the treaty as they would be if they never entered into it”, such regulations had to be designed to preserve an environment in which the Indians could continue to hunt, fish and trap as they had always done.

[227] The majority’s reasons briefly review the historical background to the negotiations of Treaty 8, with a focus on whether the rights contained in the treaty included a right to hunt for commercial purposes. The majority’s reasons, like those of Justice Wilson, refer to Professor Ray’s work and the difficulty in differentiating domestic hunting from commercial hunting, and to the report of the Treaty Commissioners. Justice Cory noted that in entering into Treaty 8, the Indigenous people sought to protect their pre-existing hunting rights and to continue their “usual vocations of hunting, trapping and fishing,” and that Canada sought to protect “the native economy” which was based on those hunting rights (at 928). Justice Cory recognized that at the time the Treaty was entered into, for the Indigenous population, hunting and fishing for commercial purposes was “an integral part of their way of life” (at 928).

**b) *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771**

[228] The nature of the promises contained in Treaty 8 was also a central issue in *Badger*. The purpose of reviewing *Badger* at this point in these reasons is to consider how the Court, building on *Horseman*, characterizes the promises and protections contained in Treaty 8.

[229] In *Badger*, three Cree beneficiaries of Treaty 8 were each hunting moose for food on privately owned lands within the area covered by Treaty 8 within Alberta. Mr. Badger was hunting on scrub land near a run-down but occupied house. Mr. Kiyawasew was hunting on a posted, snow covered field. And Mr. Ominayak was hunting on uncleared muskeg where there were no fences, signs or buildings. Each was charged under the Alberta *Wildlife Act* for hunting without a licence and outside the established hunting season. They challenged the constitutionality of the *Wildlife Act*, in so far as it affected their Treaty 8 rights.

[230] Justice Cory, again writing for the majority, discussed the context and history of Treaty 8 beginning at para. 39 of his reasons. He described the continuation of the

Indigenous peoples' rights to hunt, fish and trap as "the essential element" that led to their signing the treaty:

[39] Treaty No. 8 is one of eleven numbered treaties concluded between the federal government and various Indian bands between 1871 and 1923. Their objective was to facilitate the settlement of the West. Treaty No. 8, made on June 21, 1899, involved the surrender of vast tracts of land in what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and part of the Northwest Territories. In exchange for the land, the Crown made a number of commitments, for example, to provide the bands with reserves, education, annuities, farm equipment, ammunition, and relief in times of famine or pestilence. However, it is clear that for the Indians the guarantee that hunting, fishing and trapping rights would continue was the essential element which led to their signing the treaties. The report of the Commissioners who negotiated Treaty No. 8 on behalf of the government underscored the importance to the Indians of the right to hunt, fish and trap...

[231] Justice Cory emphasized certain aspects of the Treaty Commissioners' 1899 report showing how the federal government responded to the concerns raised by Indigenous people about the impact on their hunting and fishing rights from entering into the Treaty. The reasons, at para. 39, cite the following sections of the report, with emphasis:

There was expressed at every point the fear that the making of the treaty would be followed by the curtailment of the hunting and fishing privileges...

We pointed out...that the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to make use of them...

Our chief difficulty was the apprehension that the hunting and fishing privileges were to be curtailed. The provision in the treaty under which ammunition and twine is to be furnished went far in the direction of quieting the fears of the Indians, for they admitted that it would be unreasonable to furnish the means of hunting and fishing if laws were to be enacted which would make hunting and fishing so restricted as to render it impossible to make a livelihood by such pursuits. But over and above the provision, we had to solemnly assure them that only such laws as to hunting and fishing as were in the interest of the Indians and were found necessary in order to protect the fish and fur-bearing animals would be made, and that they would be as free to hunt and fish after the treaty as they would be if they never entered into it.

(underline added by Cory J.)

[232] Justice Cory then considered the text of Treaty 8. He noted that Treaty 8 guaranteed that Indigenous people "shall have the right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing" subject to two limitations (at para. 40).



The first is a geographic limitation; the right to hunt could be exercised “throughout the tract surrendered...saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining lumbering, trading or other purposes.” The second provided that the right to hunt could be limited by government regulations passed for conservation purposes.

[233] At paras. 53 and 54, Cory J. considered how the Indigenous people would have understood the taking up provision of the Treaty. He concluded that the geographical limitation on the right to hunt should be based upon a concept of visible, incompatible land use (at paras. 54 and 58). Whether or not land has been taken up is a question of fact to be assessed on a case-by-case basis (at para. 58).

[234] In considering the negotiation of Treaty 8, Justice Cory noted that the Crown’s verbal promises were of great significance and refers again to the work of René Fumoleau and Richard Daniel (earlier cited in *Horseman*) (at para. 55). He emphasized again that the “primary fear” expressed by Indigenous people was that the treaty would curtail their ability to pursue their livelihood as hunters, trappers and fishers (at para. 55). The Commissioners offered reassurances that they would be just as free to hunt and fish after the Treaty as before, and anticipated little impacts from settlement or mining. Justice Cory included a portion of Mr. Daniel’s work citing reassurances made by the Commissioners and providing insight into the kind of change anticipated in 1899:

[55] ... The Indians’ primary fear was that the treaty would curtail their ability to pursue their livelihood as hunters, trappers and fishers. Commissioner David Laird, as cited in Daniel, “The Spirit and Terms of Treaty Eight”, at p. 76, told the Lesser Slave Lake Indians in 1899:

Indians have been told that if they make a treaty they will not be allowed to hunt and fish as they do now. This is not true. Indians who take treaty will be just as free to hunt and fish all over as they now are.

In return for this the Government expects that the Indians will not interfere with or molest any miner, traveller or settler. [Emphasis added]

Since the Treaty No. 8 lands were not well suited to agriculture, the government expected little settlement in the area. The Commissioners, cited in Daniel, at p. 81, indicated that “it is safe to say that so long as the fur-bearing animals remain, the great bulk of the Indians will continue to hunt and to trap”. The promise that this livelihood would not be affected was repeated to all the bands who signed the Treaty. Although it was expected that some white prospectors might stake claims in the north, this was not expected to have an impact on the Indians’ hunting rights. For example, one

commissioner, cited in René Fumoleau, O.M.I., *As Long as this Land Shall Last*, at p. 90, stated:

We are just making peace between Whites and Indians – for them to treat each other well. And we do not want to change your hunting. If Whites should prospect, stake claims, that will not harm anyone.

[235] Just as the Commissioners did not expect that settlement or mining would have an impact on the rights protected in Treaty 8, neither did the Indigenous people. Referring to the oral history of Treaty 8, Justice Cory noted at para. 57, that “[t]he Indians understood that land would be taken up for homesteads, farming, prospecting and mining and that they would not be able to hunt in these areas or to shoot at the settlers’ farm animals or buildings. No doubt the Indians believed that most of the Treaty No. 8 land would remain unoccupied and so would be available to them for hunting, fishing and trapping.”

[236] Justice Cory interpreted the understanding regarding the rights to hunt, fish and trap as protecting Indigenous peoples’ ability to pursue their livelihood. As will be discussed further, in the Court’s view, the hunting, fishing and trapping rights in the Treaty protect a way of life based on hunting, fishing, and trapping rights. This is more than a livelihood if that concept is understood as solely physical and economic survival.

**c) *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1999 BCCA 470**

[237] The context within which Treaty 8 was entered into at Fort St John in 1900 was discussed by the Court of Appeal in *Halfway*. In this case, the First Nation commenced a judicial review, seeking to quash the issuance of a logging permit on the basis that it infringed their hunting right under Treaty 8.

[238] The chambers judge took a contextual approach to understanding the right to hunt protected by Treaty 8. In applying the *Sparrow* test for determining whether there is an infringement of an Aboriginal or treaty right, the chambers judge noted that Halfway River’s preferred means of exercising its treaty rights to hunt, trap and fish was to do so in an unspoiled wilderness in close proximity to its reserve lands. After considering Justice Cory’s statements in *Badger*, she determined that *any* interference with the rights to hunt, fish or trap constitutes a *prima facie*

infringement of Treaty 8 rights. Accordingly, she quashed the decision approving the logging permit. The Province and forestry company appealed.

[239] In his reasons at para. 15, Justice Finch considered how Halfway River's ancestors lived at the time they adhered to Treaty 8 (at para. 9). As to the area occupied by Halfway River and its ancestors, Justice Finch noted as follows:

[15] The lands to the south and west of the Halfway River reserve were, in 1900 and 1914, unsettled and undeveloped wilderness. The Halfway River Nation referred to this area as the Tuszuh. It is an area that the petitioners and their ancestors have used for hunting, fishing, trapping and the gathering of food and medicinal plants. The area was plentiful with game, and conveniently located for the purposes of the Halfway Nation. The petitioners or their forebears built cabins, corrals and meat drying racks in the area for use in conjunction with their hunting activities. The time of building, and the precise location of these structures, is not disclosed in the evidence.

[240] At para. 21, Justice Finch described the Tuszuh as "vast areas in which, until fairly recent times, there has been limited industrial use or development."

[241] The Province argued on appeal that it had an "independent" right under the Treaty to take up lands. Justice Finch rejected this argument, reasoning the Indigenous peoples' rights to hunt, fish and trap and the Crown's right to take up lands and to regulate were "competing, or conflicting rights" that had to be balanced (at paras. 134, 137). Justice Finch noted that, just as the right to hunt is subject to the geographical limitation (as set out in *Badger*), the Crown's right to take up land is also subject to limitations: "...the Crown's right to take up land cannot be read as absolute or unrestricted for to do so (as even the Crown concedes) would render the right to hunt meaningless" (at para. 134). He reasoned that the Crown's right "qualifies the Indians' rights and cannot therefore be exercised without affecting those rights" (at para. 136).

[242] As to how to understand Halfway River's rights under Treaty 8, Justice Finch rejected the chambers judge's approach as being an overstatement. In his view, Halfway River was not entitled to exercise their "preferred means of hunting" in an "unspoiled wilderness." The area was not unspoiled, even in 1982 when treaty rights received constitutional protection (at para. 140). In *obiter*, Justice Finch observed that "preferred means" should be understood as referring to the methods

or modes of hunting or fishing, and not to a preferred area or the nature of the area, where the rights might be exercised (at para. 141).

[243] Ultimately Justice Finch held that the chambers judge did not err in concluding that the approval of the logging permit constituted a *prima facie* infringement of the Treaty 8 right to hunt; the logging would limit or impair in some degree the exercise of that right (at para. 142). He agreed with her that any interference with the right to hunt is a *prima facie* infringement (at para. 144). He also upheld her finding that the infringement was not justified as the Crown denied the First Nation reasonable opportunities to consult (at paras. 165-167) and he dismissed the appeal.

[244] Justice Huddart, concurring in the result, departed from Justice Finch on the application of the *Sparrow* test for infringement and justification to this case. For her, the District Manager's failure to consult adequately was, in and of itself, a breach of the Crown's fiduciary obligations, making application of the *Sparrow* analysis premature (at para. 179). Justice Huddart's reasons emphasized that it is the First Nation who will have information about the scope of their use of the land, and the importance of the use of the land to their culture and identity (at para. 180).

[245] Justice Huddart disagreed with the chambers judge's approach to "any interference" (at para. 186). In her view, the infringement analysis necessarily imports a judgment as to the degree and significance of the interference. On the issue of preferred means, Justice Huddart, in *obiter*, took a different view on the significance of particular land to Indigenous culture and identity:

[187] Incidentally, as an aside, given the significance of particular land to aboriginal culture and identity, I would not preclude "preferred means" from being extended to include a preferred tract of land. Proof may be available that use of a particular tract of land is fundamental to a first nation's collective identity, as it is to many indigenous cultures. While it may be that "preferred area" for hunting is not relevant, "preferred area" for religious and spiritual purposes is likely to be. Such rights do not appear to have been included in the treaty-making one way or the other.

[246] The scope of the rights contained in Treaty 8, and how connected they are to particular places or species was discussed again in *West Moberly 2011*.

d) ***Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69**

[247] The Supreme Court of Canada's decision in *Mikisew* is of undoubted importance to this case. While now over 15 years old, it is the Supreme Court of Canada's most recent case dealing with the substantive content of Treaty 8. Justice Binnie, writing for the Court, reviewed and summarized the principles of treaty interpretation, interpreted the terms of the Treaty and how they interact with each other, and set out the Crown's obligations when it is exercising its rights to take up land under the Treaty. Although Justice Binnie considered what might constitute an infringement of a treaty right, the case was not decided on the basis of the infringement analysis. Instead, the Court applied the duty to consult to treaty situations.

[248] The facts underlying the *Mikisew* decision are as follows. The Mikisew Cree are signatories to Treaty 8 and their reserve is located in Wood Buffalo National Park in Alberta. In 2000, the federal government approved a 118-kilometre long winter road, which was to run through Mikisew's reserve, without consulting them. The total road corridor would take up approximately 23 square kilometres.

[249] Mikisew applied for judicial review arguing that their treaty rights to hunt and trap would be impacted by the construction of the road, and that the decision to approve the road was made without adequate consultation. Mikisew also argued the road would result in, among other things, fragmentation of habitat, loss of vegetation, erosion, poaching and increased wildlife mortality. The Federal Court, Trial Division held that the Minister's decision to approve the road constituted an infringement of the Mikisew's rights to hunt and trap, and that the infringement was not justified. Canada appealed.

[250] Justice Rothstein (as he then was, writing for the majority of the Federal Court of Appeal) held that the approval of the winter road constituted a taking up within the meaning of Treaty 8. As such, Mikisew had no continued right to hunt on these lands, there was no violation of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and therefore no need to apply the *Sparrow* analysis. He reasoned that Canada, as a matter of "good practice" ought to have consulted more extensively with Mikisew before approving the road, but was not constitutionally obliged to do so.

[251] By the time the case came before the Supreme Court of Canada, the issue was essentially whether, in taking up the land for the road, Canada had an

obligation to consult. However, the context of this issue was whether the taking up of land for the road amounted to an infringement that triggers the need for a *Sparrow* justification, or whether Canada was just taking up lands as entitled to within the bounds of the Treaty. It is in this context that Justice Binnie discussed the content of Treaty 8.

[252] Justice Binnie began by noting that Treaty 8 is “one of the most important of the post-Confederation treaties” and covers 840,000 square kilometres (at para. 2). It recognizes that in exchange for the surrender of these lands, Indigenous people were promised reserves and other benefits including “most importantly to them” the rights of hunting, trapping and fishing (para. 2).

[253] Justice Binnie framed the right to hunt, trap and fish within the overall context of the numbered treaties, and within the context of Treaty 8. He viewed the guarantee of such rights and the limitations on them as reflecting an “uneasy tension” that would need to be managed as part of an “ongoing relationship” that would transition and evolve into the future. At paras. 24-27, he stated:

[24] The post-Confederation numbered treaties were designed to open up the Canadian west and northwest to settlement and development. Treaty 8 itself recites that “the said Indians have been notified and informed by Her Majesty’s said Commission that it is Her desire to open for settlement, immigration, trade, travel, mining, lumbering and such other purposes as to Her Majesty may seem meet”. This stated purpose is reflected in a corresponding limitation on the Treaty 8 hunting, fishing and trapping rights to exclude such “tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes”. The “other purposes” would be at least as broad as the purposes listed in the recital, mentioned above, including “travel”.

[25] There was thus from the outset an uneasy tension between the First Nations’ essential demand that they continue to be as free to live off the land after the treaty as before and the Crown’s expectation of increasing numbers of non-aboriginal people moving into the surrendered territory. It was seen from the beginning as an ongoing relationship that would be difficult to manage, as the Commissioners acknowledged at an early Treaty 8 negotiation at Lesser Slave Lake in June 1899:

The white man is bound to come in and open up the country, and we come before him to explain the relations that must exist between you, and thus prevent any trouble.

(C. Mair, *Through the Mackenzie Basin: A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*, at p. 61)

As Cory J. explained in *Badger*, at para. 57 “[t]he Indians understood that land would be taken up for homesteads, farming, prospecting and mining

and that they would not be able to hunt in these areas or to shoot at the settlers' farm animals or buildings".

[26] The hunting, fishing and trapping rights were not solely for the benefit of First Nations people. It was in the Crown's interest to keep the aboriginal people living off the land, as the Commissioners themselves acknowledged in their Report on Treaty 8 dated September 22, 1899:

We pointed out that the Government could not undertake to maintain Indians in idleness; that the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to make use of them. [p. 5]

[27] Thus none of the parties in 1899 expected that Treaty 8 constituted a finished land use blueprint. Treaty 8 signalled the advancing dawn of a period of transition. The key, as the Commissioners pointed out, was to "explain the relations" that would govern future interaction "and thus prevent any trouble" (Mair, at p. 61).

[254] Justice Binnie's focus in *Mikisew* was largely on interpreting the taking up provision. He considered what it means for the Crown to have the right to take up land "from time to time" and the kinds of uses to which these taken up lands could then be put. As noted in the quote above, Justice Binnie contextualized the power to take up land within the changing relationship (i.e., settlers coming in) and anticipated the relationship would be difficult to manage. Accordingly, he reasoned that the treaty "could not be clearer in foreshadowing change" (at para. 31). However, as set out earlier, Mair's account of the negotiations of Treaty 8 is more nuanced and detailed than just describing it as being about the Crown informing Indigenous people about how to behave in the face of increasing settlement.

[255] Justice Binnie agreed with the Federal Court of Appeal that not every taking up of land will constitute an infringement of the Treaty (at para. 31). He distinguished *Halfway* and reasoned that "to the extent the *Mikisew* interpret *Halfway River* as fixing in 1899 the geographic boundaries of the Treaty 8 hunting right, and holding that any post-1899 encroachment on these geographic limits requires a *Sparrow*-type justification, I cannot agree" (at para. 32). He found that Treaty 8 does not promise continuity of nineteenth century patterns of land use, but foreshadowed a period of transition.

[256] At the same time, the Court in *Mikisew* recognized that a First Nation's rights to hunt, fish and trap arise and are exercised in a specific place, namely *its* traditional territories. At para. 47, Justice Binnie noted that "for aboriginal people, as for non-aboriginal people, location is important." While 23 square kilometres of land

taken up for road purposes may not be significant when considered within the context of all 840,000 square kilometres of land encompassed by Treaty 8, it is significant if included within those 23 square kilometres are the Mikisew's hunting grounds or trapline areas. Referring to *Badger*, Justice Binnie noted that "a large element" of the negotiations of Treaty 8 were the "assurances of *continuity* in traditional patterns of economic activity" (at para. 47). Continuity, noted Justice Binnie, "respects traditional patterns of activity and occupation" (at para. 47). Accordingly, the Crown's promise that the same means of earning a livelihood would continue after the Treaty as before could not be honoured by dispatching the Mikisew to territories far from their traditional hunting grounds and traplines to exercise their rights.

[257] Justice Binnie went on to consider the "meaningful right to hunt." He wrote at para. 48 that "the 'meaningful right to hunt' is not ascertained on a treaty-wide basis...but in relation to the territories over which a First Nation traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today."

[258] This passage can be understood as needing to respect the traditional territories of each signatory First Nation and not suggesting one nation is "entitled to invade" the territory of another. This passage is also capable of another interpretation, and one that aligns more closely with Indigenous peoples' sense of place. Here Justice Binnie was acknowledging that rights must be ascertained (that is understood, found out, discovered with certainty) with regard to the places in which they are exercised. Learning about the places where rights are exercised is more than a mapping exercise; it reveals the conditions that make the exercise of the rights possible and meaningful. For example, a right to hunt may be exercised in particular habitats that support specific kinds of wildlife.

**e)      *West Moberly First Nations v. British Columbia*  
            (*Chief Inspector of Mines*), 2011 BCCA 247**

[259] The issue of the specificity of the rights contained in Treaty 8 was discussed in *West Moberly First Nations v British Columbia*, 2011 BCCA 247. In this case, the West Moberly First Nation brought a judicial review of the provincial government's decision to allow a mining company to engage in a bulk coal sampling and advanced exploration program. The First Nation argued the Province's decision was made without proper consideration of their right to hunt caribou in the area as part



of their traditional seasonal round. The chambers judge allowed the judicial review, finding the Province failed to adequately and meaningfully consult.

[260] The Province appealed. Its main argument was that the chambers judge erred in interpreting the First Nation's Treaty 8 right to hunt as a "species specific right" and in holding the right could only be accommodated in one way. The mining company supported the Province's appeal, arguing the chambers judge also erred in holding that the scope of the Crown's duty to consult included consideration of the cumulative effect of past wrongs, and potential future developments, rather than focussing on the potential impact of the challenged permits. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal (Chief Justice Finch and Justice Hinkson, as he then was, concurring but writing separate reasons; Justice Garson dissenting), upholding the chambers judge's finding that the consultation provided was not meaningful.

[261] At paras. 22 to 25 of his reasons for judgment, Chief Justice Finch described West Moberly and its ancestors, and he contextualized the rights the First Nation was seeking to protect by describing their way of life, including details about the species hunted, when and where hunting would occur, how the animals were used, and the spiritual and cultural significance of these places, animals and practices:

[22] Historically, the Mountain Dunne-Za were hunters who followed game's seasonal migrations and redistributions based on their knowledge and understanding of animal behaviour. In their seasonal round, the Dunne-Za hunted ungulate species, including moose, deer, elk and caribou, in addition to birds and fish. Moose appears to have been the most important food source, but caribou hunting was important, especially in the spring. The animals were taken in large numbers when available, and the meat was preserved by drying. Dry meat was an important food source for the Mountain Dunne-Za year round.

[23] The Mountain Dunne-Za utilized all parts of the caribou, including the hide, internal organs, and bones. They used these materials to make clothing, bags, and a variety of tools and utensils.

...

[25] The Mountain Dunne-Za valued the existence of all species, including caribou, and treated them and their habitat with respect. They knew where the caribou's calving grounds were, and where the winter and summer feeding grounds were located. The people felt and feel a deep connection to the land and all its resources, a connection they describe as spiritual. They regard the depopulation of the species they hunt as a serious threat to their culture, their identity and their way of life.

[262] Chief Justice Finch also considered the text of Treaty 8 in context. At para. 54, he cited from the Treaty Commissioners' 1899 report to understand the nature of the rights protected in Treaty 8:

There was expressed [by the Indians] at every point the fear that the making of the treaty would be followed by the curtailment of the hunting and fishing privileges ...

We pointed out that the Government could not undertake to maintain Indians in idleness; that the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to make use of them ...

Our chief difficulty was the apprehension that the hunting and fishing privileges were to be curtailed. The provision in the treaty under which ammunition and twine is to be furnished went far in the direction of quieting the fears of the Indians, for they admitted that it would be unreasonable to furnish the means of hunting and fishing if laws were to be enacted which would make the hunting and fishing so restricted as to render it impossible to make a livelihood by such pursuits. But over and above the provision, we had to solemnly assure them that only such laws as to hunting and fishing as were in the interest of the Indians and were found necessary in order to protect the fish and fur-bearing animals would be made, and that they would be as free to hunt and fish after the treaty as they would be if they never entered into it.

We assured them that the treaty would not lead to any forced interference with their mode of life.

(emphasis added by C.J.B.C. Finch)

[263] Most of these aspects of the Commissioner's 1899 report had been cited and discussed in earlier jurisprudence including *Horseman* and *Badger*. Here, however, the Court of Appeal emphasized an aspect of the report that had otherwise been overlooked in the jurisprudence – the assurance that the Treaty would not lead to forced interference with the Indigenous peoples' mode(s) of life.

[264] In examining the nature and scope of the right to hunt at issue, Chief Justice Finch noted that this was an existing right, not an asserted but yet unproven one (para. 129). Consultation must begin from the premise that the First Nation is entitled to what has been granted in the Treaty. Chief Justice Finch described the scope of the right as follows at para. 130:

[130] The Treaty 8 right to hunt is not merely a right to hunt for food. The Crown's promises included representations that:

- (a) the same means of earning a livelihood would continue after the Treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to continue to make use of them;

(b) they would be as free to hunt and fish after the Treaty as they would be if they never entered into it; and

(c) the Treaty would not lead to “forced interference with their mode of life”

(see *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771 at para. 39)

[265] Chief Justice Finch noted that just as the right to hunt must be understood as the Treaty makers would have understood it, so too must the taking up provision and its reference to mining (at para. 134). Referring to *Badger* at para. 55, Chief Justice Finch noted that “although it was expected that some white prospectors might stake claims in the north, this was not expected to have an impact on the Indians’ hunting rights.” These prospectors would have been using pack animals and working with hand tools; these mining efforts would not have involved road building, excavations, tunnelling, and the use of large vehicles, equipment and structures (at para. 135).

[266] Chief Justice Finch then considered what the assurance of continuity (referred to in *Mikisew* at paras. 47-48), meant. He reasoned as follows:

[137] It is clear from the above passages that, while specific species and locations of hunting are not enumerated in Treaty 8, it guarantees a “continuity in traditional patterns of economic activity” and respect for “traditional patterns of activity and occupation”. The focus of the analysis then is those traditional patterns.

[267] Chief Justice Finch noted that the result in *Mikisew* – that the Crown has a duty to consult with a First Nation when it seeks to take up land pursuant to Treaty 8, and to inform itself about the impact its project will have on the exercise of the First Nation’s treaty rights to hunt, fish and trap – “is instructive on this point” (at para. 138). Consultation requires understanding a First Nation’s traditional patterns of activity and occupation in order to consider potential impacts to their rights. The draft environmental assessment report in *Mikisew* implicitly considered those patterns, as it acknowledged the road could diminish the quantity and quality of the wildlife harvested by Mikisew (including fisher, muskrat, marten, wolverine and lynx). It also acknowledged other potential impacts including: fragmentation of wildlife habitat, disruption of migration patterns, loss of vegetation, increased poaching because of easier motor vehicle access to the area, and increased wildlife mortality.

[268] In terms of whether the proposed mining activity would adversely affect West Moberly's rights, the evidence before the chambers judge was that the First Nation had historically hunted caribou in the area, had banned hunting in the 1970s to protect the species, and hoped to resume hunting caribou in the future. The evidence was that the proposed mining programs would have an adverse impact on caribou in the area. Chief Justice Finch concluded that the chambers judge did not err in considering the specific location and species when analysing the right to hunt at issue (at para. 140).

#### **f) Observations Regarding the Jurisprudence**

[269] This review of the jurisprudence shows that the Supreme Court of Canada has recognized that the guarantee that hunting, fishing and trapping would continue was the "essential element" that led Indigenous people to sign the treaty (*Badger*, at paras. 39, 82). For the Indigenous people, this was the most important of the promises made in Treaty 8 (*Mikisew*, at para. 2).

[270] The British Columbia Court of Appeal has also recognized that Treaty 8 is not merely about rights to hunt, fish or trap for food; the Crown's promises also included that: the same means of earning a livelihood would continue after the Treaty as existed before it; Indigenous people would be as free to hunt and fish after the Treaty as they had been before it; and the Treaty would not lead to forced interference with their mode of life (*West Moberly 2011* at para. 130).

[271] This recognition of the essential element of the Treaty reflects the common intentions of the parties, and best reconciles their interests at the time the Treaty was entered into. The Indigenous peoples were interested in continuing their way of life based on hunting, fishing and trapping, free from interference, as they had lived prior to Treaty; and the Crown was interested in securing a surrender of land, opening the area up for settlement, and ensuring the Indigenous people continued to live off the land and that the Crown would not be responsible for their support (i.e., "not undertake to maintain Indians in idleness" (*Mikisew*, para. 26 referring to the Commissioners' 1899 report)).

[272] While the Supreme Court of Canada in *Mikisew* indicated that Treaty 8 did not promise continuity of nineteenth century patterns of land use, this did not mean that both foundational and incidental elements of that way of life, including the

continued existence of healthy environments used for hunting, trapping and fishing and the continuation of other cultural and spiritual practices connected with those activities were not also promised and protected. Indeed the Commissioners pointed to an ability to regulate for conservation purposes, which supports this conclusion. The rights to hunt, fish and trap presupposes those elements, as will become evident later in my analysis.

[273] As noted, Treaty 8 also sets out the government's power to make regulations and to take up land for certain purposes. The jurisprudence is clear that to interpret the regulation making and taking up provisions of the Treaty, the Court must look at what the parties would have understood and contemplated at the time the treaty was signed.

[274] As to the lands that would be "required or taken up from time to time," as set out in *Badger*, the government of the day recognized that the lands covered by Treaty 8 were not well suited to agriculture and expected little settlement in the area (at para. 55). In addition, there was anticipation that some prospectors might stake claims, but it was not expected this would have an impact on or harm Indigenous peoples' hunting, fishing and trapping rights (at para. 55). This point is reinforced by Chief Justice Finch in *West Moberly 2011* at paras.134-135, where he noted that those prospectors would have been using pack animals and working with hand tools – activities that bear no resemblance to today's mining and oil and gas efforts. From the perspective of the Indigenous people, they anticipated that most of the area covered by the Treaty would remain unoccupied and be available for hunting, fishing and trapping.

[275] The courts have also clarified that the right to take up land is not an "independent" right, but rather one that exists in relation to or that is competing or conflicting with the protection of hunting, trapping and fishing rights (*Halfway*, at para. 136). In *Mikisew*, the Supreme Court of Canada referred to the "uneasy tension" presented by these opposing rights, and noted that this will need to be managed as part of an ongoing relationship (at para. 25). It is also clear that the right to take up lands is not absolute or unrestricted, and that it cannot be used to make the constitutional protection of Indigenous hunting, trapping and fishing rights meaningless. The Crown's power to take up lands must be exercised in a way that still honours the essential guarantee and promise to the Indigenous people.

[276] Similarly, in terms of the kinds of regulations the parties' anticipated the Crown would pass, these were intended to be laws that were "in the interests" of Indigenous people and were necessary to protect and conserve the wildlife on which they relied (*Badger*, at para. 39). Such regulations ought to ensure that the Indigenous way of life based on hunting, trapping and fishing is respected (*Horseman*).

### **C. The Concept of Way of Life**

[277] I move now to consider Blueberry's way of life.

[278] The concept of "way of life" – like that of culture – is a difficult one. In *Mitchell*, Chief Justice McLachlin, citing Russel Lawrence Barsh and James Youngblood Henderson, noted that "[c]ultural identity is a subjective matter and not easily discerned" (at para. 32). In *Sappier*, Justice Bastarache noted "[w]hat is meant by 'culture' is really an inquiry into the pre-contact way of life of a particular aboriginal community, including their means of survival, their socialization methods, their legal systems, and, potentially, their trading habits" (at para. 45).

[279] In terms of the specific way of life that was protected by Treaty 8, I accept the definition put forward by Dr. Ridington that mode of life involves looking at how a people make a living, group organization and the relationship between culture and ecology (as discussed below).

[280] Providing specificity to what is meant by guaranteeing the continuation of a *way of life* based on hunting, fishing and trapping requires a consideration of the evidence presented by Blueberry members themselves about their way of life and by the anthropologists on whose opinions the Plaintiffs have relied. This evidence is to be considered for what it reveals of the "traditional patterns of activity and occupation" and "traditional patterns of economic activity" (*Mikisew*, para. 47); that is, the conditions existing at the time the Crown promised Indigenous people they would be just as free to hunt, fish and trap after the treaty as before and that there would be no forced interference with their way of life.

[281] In looking at the traditional patterns, I am mindful that way of life, like culture, should not be about a fixed inventory of traits or characteristics. It is not about looking for a "traditional" way of life frozen in the late nineteenth or early twentieth century.

[282] These “traditional patterns” reflected in their way of life necessarily evolve. As Mr. Brody noted: “[h]uman social and economic systems are never static; curiosity, invention and adaptability are always at work... the idea of a fixed ‘tradition’ that is compromised or fractured by the ‘modern’ is misleading.” Nor did Treaty 8 promise unaltered or “fix[ed]” continuity of nineteenth century patterns of land use (*Mikisew*, at para. 32).

[283] Before moving on to discuss the particulars of Blueberry’s way of life, it is necessary to include some of the Nation’s history following its adhesion to Treaty 8. It should be noted that the history of the last 120 years since Blueberry’s ancestors entered into Treaty 8 cannot be recounted in a few paragraphs. That said, certain aspects of this history must be summarized to provide context for the evidence provided by Dr. Ridington, Mr. Brody and Blueberry members.

### **1. Brief History Since 1900**

[284] In 1914, the Fort St. John Beaver Band (composed of what is now Blueberry River and Doig River First Nations) selected a reserve. The reserve was set aside for the Band in 1916. That reserve (referred to as Indian Reserve (“IR”) 172, the Montney Reserve, and *Suu Na chii K’chi ge* in Dane-zaa) is known as the place where happiness dwells and was a very important place both ecologically and culturally to Blueberry’s ancestors and to its members today.

[285] In the 1940s, IR 172 was surrendered to the Crown, and in the following years the land was distributed to veterans for settlement. Blueberry and Doig River were provided with replacement reserves, including Blueberry’s main reserve, IR 205. Blueberry elders interviewed by Dr. Ridington in the 1960s and 1970s spoke about not understanding the transaction involving IR 172 and why this was no longer their land.

[286] In the late 1940s oil companies began exploring for oil and gas under the lands that were formerly IR 172. Oil and gas were discovered in 1976. Aspects of this history are discussed in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344 and *Doig River First Nation and Blueberry River First Nation v. Her Majesty the Queen in Right of Canada*, 2015 SCTC 6 and 2018 SCTC 5.

[287] In the late 1970s, a sour gas leak forced the evacuation of the Blueberry community from IR 205. The community was moved from beside the Blueberry River to a different location on IR 205. Community members who testified at trial referred to these locations as the “old reserve” and the “new reserve.”

[288] Two other changes in the first half of the twentieth century affected Blueberry’s land use: trapline registration and highway construction. In the mid-1920s, with non-Indigenous trappers moving into northern British Columbia, the provincial government first introduced a trapline registration system. As Mr. Brody noted, the introduction of the trapline system was an attempt to bring Indigenous practices in line with colonial ideas of ownership and exclusivity, and represented a “direct attack upon and restriction of Indian life.” Government officials, however, urged Indigenous people in northern BC to register traplines, and thus secure their right to harvest the furs of animals in those mapped and licenced areas. Elders informed Mr. Brody they did so believing this would secure their Treaty 8 rights. For Blueberry, eight traplines were registered. These traplines are understood to be group or extended family traplines.

[289] In the 1940s, the United States military completed construction of the Alaska Highway, running northwest from Fort St. John, providing overland access to Alaska. The highway opened up the Blueberry Claim Area to vehicles and settlement.

## **2. Particulars of the Way of Life Based on Hunting, Fishing, and Trapping**

[290] As reviewed, in the lead up to the Treaty and at the time the Treaty was signed, the Crown assured the Indigenous people that they would be able to continue their mode of life free from forced interference. The specifics of what that mode of life entailed, however, were not discussed or set out in depth, and the parties today bring different interpretations to what mode of life means and what it was.

[291] The Province argues that Blueberry has failed to define the content of the mode of life. This argument, however, fails to take into account Blueberry’s detailed June 9, 2017 responses to the Province’s demand for particulars; the evidence Blueberry led from Dr. Ridington, Mr. Brody and community members; as well as its



final arguments that shed further light on how it understands the concept of mode of life.

[292] On February 10, 2017, the Province issued Blueberry a demand for particulars. The demand and Blueberry's response were included in the Trial Record. The Province sought particulars on, among other things:

- a) the specific cultural and economic activities Blueberry alleges could no longer be meaningfully pursued;
- b) the specific locations where those cultural and economic activities were previously pursued; and,
- c) Blueberry's preferred means of exercising their claimed treaty rights.

[293] On June 9, 2017, Blueberry responded. In answer to question 1(a) about the cultural and economic activities Blueberry alleges can no longer be meaningfully pursued, Blueberry wrote as follows:

The primary cultural and economic activity that the Plaintiffs can no longer meaningfully pursue is the carrying on of a mode of life based on a fundamental reliance on lands and waters within the Territory and traditional patterns of land use while engaging in the meaningful pursuit of traditional activities including hunting, trapping, fishing, gathering plants and berries, camping, processing that which was harvested, spiritual practices, and family/educational practices, including the teaching and passing on of knowledge to younger generations of plaintiff members as to how this mode of life is or may be properly conducted and continued. The plaintiffs say that the holistic pursuit of this mode of life is a single cultural and economic activity, protected by Treaty 8 (the "Treaty"), that can no longer be meaningfully pursued.

For additional particulars on this mode of life, please see the answer to question 26 below concerning the plaintiffs' preferred means of exercising their right.

Further and in the alternative, other or included cultural and economic activities that can no longer be meaningfully pursued are hunting, trapping, fishing, gathering plants and berries, camping, processing what which was harvested, spiritual practices and family/educational practices.

[294] In answer to question 1 about the specific areas within the territory where Blueberry alleges it can no longer meaningfully pursue its cultural and economic activities, Blueberry listed the following places within the Blueberry Claim Area:

- Lower Beaton River watershed;
- Lower Halfway River watershed;

- Upper Beatton River watershed;
- Upper Halfway River, Upper Sikanni Chief River and Upper Prophet River watersheds;
- Lower Sikanni Chief, Kiskatinaw River and Milligan Creek watersheds;
- Upper Peace River and Peace Arm watersheds; and
- Upper Peace River, Lower Peace River, Kiskatinaw and Pine River watersheds.

[295] At 1(b), Blueberry added:

The cultural and economic activities were pursued throughout the Territory in the watersheds set out above, at times and places determined by personal or family preferences, personal or family knowledge of the Territory, the time of year, the seasonal availability of resources, the behaviour of wildlife, accessibility of specific regions within the Territory, the effort of pursuing these economic activities in a particular area versus the expected return or benefit of that effort, and the need to leave areas to fallow for rejuvenation.

[296] In answer to question 26, which sought particulars of Blueberry's preferred means of exercising treaty rights, Blueberry wrote as follows:

The plaintiffs' preferred means of exercising their treaty rights, including those cultural and economic activities identified in response to question 1(a) above, are:

- the freedom and ability to travel through the Territory for the purpose of going to and using places that the plaintiffs were taught by their families and ancestors to hunt, trap, fish, gather, camp, process that which was harvested, engage in spiritual practices, and family/educational practices, including the teaching and passing on of knowledge to younger generations of plaintiff members as to how this mode of life may be properly conducted and continued;; [sic]
- the ability to return in the future to those places because of the inherent value in those places including the value established by proximity to the plaintiffs' home community, unobstructed travel ways (including rivers and trails), fresh clean water, mineral licks, and natural continuity in mature forest cover and edge habitat;
- the ability to find those places in a sufficient state of ecological health that they can support the human and wildlife movement and habitation required for the uses described in response to question 1(a) above;
- the ability to leave places undisturbed for a period of time to allow them to fallow and rejuvenate and move to other places to pursue the cultural and economic activities;

- the ability to pursue this same pattern of land use in different places throughout the Territory so as not to exhaust the resources of a particular place;
- the ability for different plaintiff members or families to pursue this mode of life in different areas of the Territory, such that the entire plaintiff collectivity is not focussed on or confined to a specific area at any one time; and
- the ability to undertake these activities with the reasonable expectation that, with the reasonable exercise of skill and knowledge, the plaintiffs would be able to harvest wildlife and plants of a quantity and quality that the effort and expense of undertaking the activities was reasonably warranted.

[297] These responses identified specifics of a mode of life that was then testified to by Blueberry members, and their experts.

### **3. Crown Knowledge of Way of Life at the Time of Treaty**

[298] The Treaty Commissioners did not have an in-depth understanding of the lives of the Indigenous people who lived in the area to be covered by Treaty 8. Theirs was not akin to the knowledge and understanding of the people themselves, who understand their culture innately, who could describe its elements, and who could say what that culture or mode of life means to them.

[299] The Commissioners did, however, understand the Indigenous people who lived in the area that would be covered by Treaty 8 “lived a free life.” Their freedom was important to them and they spoke about it regularly. They were concerned that entering into the Treaty would lead to being confined to reserves, and unable to access the territory on which they depended. They were also concerned that the Treaty may result in enslavement. The Commissioners understood that the Indigenous people wanted to be free to “roam” over their territory as part of their use of the territory.

[300] The Commissioners also understood that the Indigenous people were hunters, fishers and trappers, and that these activities provided for their subsistence. Theirs was a “forest and river” life and they depended on the various environments found within the territory to be covered by the Treaty. They recognized that “they live by hunting,” that these activities constituted their “vocations,” and they reassured Indigenous people that they “would be as free to hunt and fish after the treaty as they would be if they never entered into it.”

[301] The Commissioners referred to protecting both the Indigenous peoples' "mode of life" and their "means of livelihood" (see, for example, the Commissioners' 1899 Report cited earlier in these reasons where both terms are used, and where reference to the Treaty not leading to any "forced interference with their mode of life" follows the discussion of being "free" to hunt and fish.) This suggests that the Commissioners recognized that mode of life and means of livelihood were related but distinct concepts. Part of the Indigenous peoples' mode of life was about how they made a living, but there was more to the idea of mode of life than economic and physical survival.

[302] In preparation for the Treaty, the Commissioners suggested advising settlers that the forests and game were to be protected (see, for example, McKenna's April 17, 1899 memorandum referred to earlier). They told the Indigenous people that they would be making laws and regulations to protect and conserve wildlife, and that the Indigenous people too would be subject to these laws. The government knew, from reports received from fur traders and the Police, that the Indigenous people living in and around Fort St. John were hunting people who relied on moose, deer, caribou, mountain sheep, and a variety of other resources including bear, rabbits and beaver. They knew that some years – particularly in the late 1880s and early 1890s – when game was not plentiful, starvation was not uncommon. In other years, such as 1899, hunting near Fort. St John along the Peace River was particularly good. Indeed, that year the Indigenous people who traded at Fort St. John decided to go hunting rather than wait for the Treaty Commissioners to visit. Fundamentally, the Commissioners understood that hunting and fishing was critical and was a key element of their mode of life.

[303] They also knew enough about their way of life to understand that it required freedom of movement throughout the land, a healthy environment, and ample wildlife upon which they could depend. It entailed all of the components that were well evident to the Treaty Commissioners who went out and who even sent word ahead to try and appease the First Nations and address their concerns about their way of life being curtailed. They didn't have any question about what this way of life was that they were promising would not be encroached upon or curtailed.

[304] There is no doubt that the documentary evidence and the expert testimony surveyed above supports the conclusion that the emphasis of the June 20, 1899

meeting at Lesser Slave Lake was on reassuring the Indigenous peoples that their freedom to carry on their mode of life as in the past, including through hunting, fishing and trapping, would be intact.

[305] While the Province has consistently maintained the Treaty foreshadows change and is about balance, this does not preclude a finding that the Treaty protects a way of life based on hunting, fishing and trapping. The Province's emphasis both that change was foreshadowed and that it is trying to achieve a balance must recognize and uphold that fundamental promise.

[306] This conclusion, as set out earlier, is also supported by the key jurisprudence on Treaty 8.

#### **4. Blueberry's Evidence and Perspective on its Way of Life**

[307] Seven Blueberry community members provided evidence in these proceedings. Some of that evidence related to their way of life, and some related to the difficulties they have experienced in exercising their treaty rights and the changes they have observed on the ground. As noted earlier, two anthropologists, Dr. Robin Ridington and Mr. Hugh Brody also testified. This section begins with the evidence provided by Dr. Ridington and Mr. Brody.

[308] I note at the outset that Blueberry is composed of descendants from both the Cree and Dane-zaa peoples. Many Blueberry members, including some who testified at trial, have both Cree and Dane-zaa ancestry, and identify as Dane-zaa. I accept Mr. Brody's evidence that, by and large, there is no difference in the way that Blueberry families with Cree ancestry or Dane-zaa ancestry use the land, or their patterns of seasonal movements. As the experts and witnesses referred to Blueberry's culture being a Dane-zaa culture, the Court will use similar terminology.

##### **a) Dr. Robin Ridington**

[309] Dr. Ridington was qualified as an anthropologist and ethnographer having particular expertise respecting the Dane-zaa people of northeastern BC. In 1964-1966, he spent 15 months living with the Dane-zaa communities of the Fort St. John Band (now Blueberry and Doig River First Nations), doing ethnographic research known as "participant observation." This work was the basis for his 1968 PhD thesis entitled "The Environmental Context of Beaver Indian Behaviour" which

describes Dane-zaa hunting strategies, seasonal rounds, group formation, social organization and oral tradition.

[310] Dr. Ridington was a compelling witness who provided evidence, which I accept, based both on his studies and his direct experience.

[311] Dr. Ridington has maintained a connection with the Dane-zaa ever since his work in the mid 1960s. He has regularly participated in Blueberry and Doig First Nations culture camps. Dr. Ridington has had the opportunity to interview and record numerous Dane-zaa elders including Ray Acko (who was also known as Aku and who lived from 1879 to 1973), Charlie Yahey (who was Blueberry's last known prophet or dreamer, who lived from 1887 to 1976, and from whom many of the Blueberry witnesses who testified in this proceeding are descended), Mary Pouce Coupe (who lived from 1890 to 1977), Augustine Jumbie (who lived from 1895 to 1988), Marguerite Yahey Davis (who lived from 1924 to 2003), Tommy Attachie (who lived from 1943 to 2017), Billy Attachie, and William Davis.

[312] He has also written several books and articles about the Dane-zaa people including: *Trail to Heaven: Knowledge and Narrative in Northern Native Community* (1992) and *Where Happiness Dwells: A History of the Dane-zaa First Nations* (2013, with Jillian Ridington). He has been qualified as an expert anthropologist and ethnographer specializing in the Dane-zaa people in the BC Supreme Court in *West Moberly 2017* and in the Specific Claims Tribunal.

[313] Dr. Ridington's opinion on the Dane-zaa way of life in the 1900s was based on 50 years of fieldwork.

[314] Dr. Ridington described the concept of mode of life as dealing with the relationship between culture and the natural ecology, and being about how culture enables a people to make a living. He testified as follows:

Q: ... What is the mode of life? What do you take to be the mode of life?

A: It's the economy that is how they make a living, being hunting and gathering people, and trapping as well. It's band organization, how groups come together and disburse. It's kinship. It's culture. But pretty much under the category of what I would call – an anthropologist would call cultural ecology, mode of life is the relation between culture and the natural ecology. So how people adapt to the limitations and opportunities provided by hunting and gathering economy. So mode of life is fundamentally how you make a living but also how your culture enables you to do that.

[315] In his report, Dr. Ridington noted that anthropologists who look at how humans interact with their natural environments do so through the perspective of “cultural ecology,” and that this perspective views culture in relation to the limitations and opportunities provided by the natural environment.

Q: And then you refer to cultural ecology...Dane-zaa cultural ecology. Could you explain what you mean by cultural —

A: Yeah, I cite Julian Steward here who coined the term. And cultural ecology is really how culture enables people to adapt to an environment. It is particularly applicable to hunting and gathering cultures...

[316] Dr. Ridington explained that one of the central themes of his work is the relationship between the culture of a hunting and gathering people and the environment on which they depend. He looks at how a people’s world view (or religion or spiritual traditions) help them relate to their environment and are part of their adaptive strategy.

[317] Dr. Ridington noted that the Dane-zaa and their ancestors have lived in the upper Peace River area for over 10,000 years, and that the upper Peace River environment has been remarkably stable during that time. Dr. Ridington referred to the Dane-zaa as Arctic Drainage peoples who did not “claim” certain resource places, but rather shared them. He described the Dane-zaa as a linguistic group within which there are kinship relationships and cultural connections. These kinship relationships are distinct and not necessarily based on blood relationships. He described the flexibility of group organization historically among Dane-zaa. Group organization was responsive to and adapted to resource abundance and use. Dr. Ridington noted that the Dane-zaa people travelled and made contact across a wide area, though had lesser kinship the further away they were from the areas they habitually used.

[318] Dr. Ridington noted that central to understanding how the Dane-zaa lived at the time they signed Treaty 8 in 1900 were the concepts of: seasonality, scheduling of resources, and adaptation to edge zone environments.

[319] Practicing seasonality means moving to areas where resources are found in particular seasons, and taking advantage of resources that are available in one season, but not necessarily in another. Scheduling of resources requires planning seasonal rounds to ensure a steady supply of fish, game and plant resources. Adapting to edge zone environments means using resources from a variety of

adjacent ecological zones (such as prairies, mountains, lakes and muskeg environments). Tying these concepts together, Dr. Ridington wrote: “[a]n important part of an edge zone strategy is the scheduling of resources to be harvested during a well-planned regime of seasonal rounds.”

[320] Central to these concepts is movement. The Dane-zaa people were constantly moving throughout the territory to access a wide diversity of resources from different environments. They would move from one ecological zone to another selectively harvesting game, fish and plants in a way that both maintained and maximized the potential availability of resources for current and future subsistence needs.

[321] Dr. Ridington’s evidence is that scheduling of resources was and continues to be integral to the way Dane-zaa think about their relationship to the environment. Hunters and elders maintain an awareness of an area’s resource potential and are careful not to overhunt, so as to maintain healthy breeding populations.

[322] Much of Dr. Ridington’s report focussed on what he had learned from the many elders he had interviewed over the years who shared their “wise stories” with him. He noted they eloquently described a way of life based entirely on hunting, fishing, gathering and trapping.

[323] In his report, Dr. Ridington included a lengthy transcript of an interview with Ray Acko (also known as Aku) who was a member of the Fort St. John Band and was living on the Doig River reserve in the 1960s. Aku, who was born in 1879, was a young adult at the time of the Treaty. He spoke about the Dane-zaa way of life at that time. Aku’s story provides a rich description of a way of life governed by the seasons. (For ease of reading, I have inserted paragraph breaks, though these are not included in the transcript included in Dr. Ridington’s report):

Early spring, when the leaves start growing and the sap is on the poplar trees, when the leaves are full grown and the sap is full, people all get together and move to Charlie Lake, where the creek joins the lake. Where the town is now. Just a little ways up the creek, that’s where they used to camp. People all get together, all the older people, they all get together. Lots of old ladies, lots of young boys. Lots of Dane-zaa there. Lots of people. ...

...In Charlie Lake, when the leaves are small, people used to camp there for the fish. They killed lots of fish there and then they fixed it up. They make fish drymeat. ...

When women make drymeat, they do the same thing with fish. They keep on making it and making it. When, after they make lots of fish drymeat, after the leaves are big, people all move up to wherever they are camping. There



were no groceries. That time, no flour, the groceries you buy from the store now. There was nothing that time. With no groceries, what are the people going to eat. They just live on the fish drymeat. Fish and meat were our groceries.

Then they moved way back in the bush. After they killed lots of moose and made lots of drymeat when the berries were all ripe, they went back to Dane-zaa nané?, Su Na chii k'chige [The Place Where Happiness Dwells, also the name for the Montney Reserve, former IR 172]. They picked berries on all those hills (east of the reserve). They crossed towards where there are lots of lakes, (*Megawontlonde*) towards Cecil Lake. All the women picked berries. All the days they just kept doing that and the men hunted bear. There were no white people that time. Some of the people hunted bears. There were lots of bears on the hills. Some of them were fat already. After the berries were over, then they made bear grease and drymeat.

Summertime when they moved camp, they brought all the drymeat and grease to where they would spend the winter. It was already winter.

In the wintertime they made log tipis for themselves, where they were going to stay in the winter. They had lots of grease and drymeat. The berries, too, they dried them and made them like flour. Sometimes they lay the berries on a tarp and they dry them like that. They boiled the berries and then dried them flat. Where it was cracked, they patched it with berry juice....They used birch bark to make panniers and baskets and they filled these up with berries. They fixed berries two different ways. One was dry and the other flat, like pemmican. Those berries and meat they put it in a cache where they are going to spend the winter. They are always doing these things and that's why they lived well in the wintertime. And they made pemmican too with the drymeat. Those women made the pemmican. Good pemmican. Drymeat pemmican. They made it with grease and dried berries mixed... Even a small piece of pemmican, you carry it when you go hunt. There were no groceries in the wintertime.

That is how the people used to live. If a person doesn't do that, then he's hungry. Then we'd have to move out to the mountains to make drymeat. That's where we made drymeat. We'd eat the fish drymeat when we were traveling and then we got moose far away, the other side of Grande Prairie at *Tl'ok'ih Saahgii* river. The women picked berries and dried them for winter. We mixed it with bear grease. There were lots of bears in the saskatoon berries. It was around August time. We killed lots of bears and cached the berries and drymeat and we made log tipis for the wintertime.

[324] From Dane-zaa elders Dr. Ridington learned how access to fish, game and plant resources was important not only for subsistence, but also for cultural and spiritual reasons. Dr. Ridington referenced an interview with Charlie Yahey, Blueberry's last prophet or dreamer, making the connection between hunting and communal activities of singing and dancing. He said, in part, "...just like white people feed chickens, that's how God [*Yagesatiin* – Sky Keeper] feeds us moose. That's why we have to keep singing and dancing, so he will give us moose. If we

don't, it will be hard to get moose. You will miss them, or they will run away, or it will be hard to see any."

[325] Dr. Ridington also noted the relationship between hunters and the spirits of the animals they hunt is an important part of Dane-zaa identity. Before going on a hunt, the hunter dreams of contact with the spirit of the animal – where their two trails meet. In order to succeed on a hunt, the hunter negotiates a relationship with the spirit of the animal to be encountered. Animals willingly give themselves to hunters who have treated the animals they have killed with respect and been generous in distributing meat.

[326] An important part of the Dane-zaa's cultural way of life included the summer gatherings where Dane-zaa people come together to camp, share stories, dance, drum and sing led by songkeepers or Dreamers.

[327] Dreamers are an important part of the culture. Charles Yahey was the last known Dreamer. As Dr. Ridington explained, these gatherings were and are of fundamental importance to maintaining Dane-zaa social and cultural identity. It was here that they developed, maintained and shared the language, culture, spiritual and other values that identified them as a people.

[328] He described how in the 1960s, Dane-zaa people held summer hunting camps which they would travel to by horseback, since few, if any, had drivers' licences. He noted that these camps were maintained today, but access was now by vehicle, rather than horse. He also noted how in winter, families maintained winter trapping areas and trapping cabins at various locations in the boreal forest.

[329] Dr. Ridington provided evidence about important Dane-zaa hunting, fishing and gathering locations. He referred to the Peace River, Beatton River (earlier called the Pine River) and tributaries such as the Doig and Blueberry rivers, Charlie Lake, Stoddard Creek (where there are weirs), Fish Creek (where there are weirs), the Many Lakes area (in the Beaver language, *Megawontlonde*), Cecil Lake and Boundary Lake as being important fishing areas. He noted that the Upper Beatton watershed, in particular, was an area used for hunting and trapping.

[330] As for species harvested, Dr. Ridington noted that in the mid to late 1960s and early 1970s, moose, deer, caribou, beaver, rabbits, and grouse were all regular parts of the Dane-zaa diet, along with berries picked in season. At this time, he

estimated that more than half their food came from game (or “country food”), making it a substantial part of food supply and culturally important beyond its calories. By the 1960s and 1970s, farmers had begun to clear the land, but sufficient habitat remained within a day’s travel from the reserve to sustain a regular supply of moose, fish, grouse, beavers, and rabbits. Dr. Ridington’s report also sets out some of the plant species gathered by Dane-zaa, such as the inner bark of poplar trees (*k’anih or kinne*), cow parsnip (*tsuntle*), and a variety of berries (Saskatoon, blueberries).

**b) Mr. Hugh Brody**

[331] Mr. Brody was qualified as having expertise in anthropology with particular experience of observing and recording aspects of Dane-zaa First Nations in the North Peace of British Columbia.

[332] Like Dr. Ridington, Mr. Brody engaged in participant observation. In particular, Mr. Brody’s experience with the Dane-zaa dates back to 1978, when he spent three years living and working in northeastern BC coordinating land use occupancy mapping for certain Treaty 8 communities, including Blueberry.

[333] Mr. Brody’s work in Indigenous communities in northeastern BC arose in the aftermath of the Berger Report into the proposed Mackenzie Valley Pipeline, for which he had been a consultant.

[334] In particular, in the mid 1970s, consideration was being given to routing an energy corridor along the Alaska Highway, through the territory covered by Treaty 8 in northeastern BC. At the time, there was very little anthropological literature about the Indigenous peoples of that area. The Union of BC Indian Chiefs advocated for gathering baseline data about the Indigenous communities who stood to be affected by such a large-scale development. Mr. Brody was hired to research this and conduct a study, and funding was provided by the federal department of Indian and Northern Affairs.

[335] He produced a report on his research for the Vancouver office of the Department of Indian and Northern Affairs in 1980. This research also formed the basis for his book, *Maps and Dreams: Indians and the British Columbia Frontier* (Vancouver: Douglas & McIntyre, 1981). Mr. Brody noted that at the time of his

study both governments and anthropologists were aware that northern hunting communities' connections with and reliance on their land and resources was hard to represent. Unlike farmers who seek to transform and control the landscape, Indigenous hunting people are committed to keeping everything the same and predictable. In addition, hunting people leave very little indication of having been on the land, and Mr. Brody's challenge with in the study was to make the invisible visible. The report and maps produced during the 1978-1981 time period sought to reveal the extent and nature of the Dane-zaa land based economy; and to "represent their relationship to their lands in some way that was visible."

[336] Mr. Brody lived with a family on the Halfway River reserve, and made visits to other communities, such as Blueberry where he also observed and participated in community life. As part of this work, Mr. Brody also conducted a household economic analysis to provide a profile of economic life within Treaty 8 families and communities.

[337] Mr. Brody provided direct evidence on a number of facts that are set out in his 1980 report and in *Maps and Dreams*. Mr. Brody's expert report filed in these proceedings provides his opinion on "the carrying on of the mode of life referenced in the terms of Treaty 8" and includes several of the maps included in *Maps and Dreams*.

[338] Mr. Brody also provided testimony from his studies and direct experience. He was a thoughtful and measured witness, whose testimony was helpful to this court.

[339] Mr. Brody's evidence countered the notion, expressed in some of the historical record, that the Indigenous people living in the territory covered by Treaty 8 "roamed" over the lands. Instead, according to Mr. Brody, the Dane-zaa seasonal round shows a planned and patterned movement on their territory, with certain activities occurring at certain places at certain times every year.

[340] In his report, Mr. Brody noted that the seasonal round is the starting point for understanding Dane-zaa's mixed economy. He testified as follows:

... I think I should begin by saying that one of the ways in which hunting peoples have often been misunderstood, and certainly you can see the Dane-zaa being misunderstood in the correspondence that we referred to earlier, in 1925 to '33, a misunderstanding that centres on the idea that they roam freely over a huge territory without – in a fully nomadic manner, and that they just go here or there where the spirit or mood takes them.

In fact, their movements in their territories are very patterned and there's a set of areas that they like to go to at particular times of year. And if you look at the times of year, you can see a seasonal round with a dry meat hunting camp – set of camps, dry meat being the central activity in the autumn. So there are camps and areas of land use that pertain to that activity at that time of year.

And then we move into winter, the tendency to shift to trapping for fine furs and hunting areas that are good in winter, the second phase of the year, in the middle of which there would usually be trading.

And then a spring hunt centred on beaver, the third phase of the year. And again there will be ideal locations, and that's cabins that pertain to the spring hunt.

And then a summer area which tends to be relatively slow in activity and often includes areas where people gather to meet in larger numbers on the gathering grounds.

So you can understand this as a seasonal round and a typical pattern of activities in which different parts of the territory are being used at different times...

[341] What Mr. Brody's research revealed with regard to the seasonal round, and what is depicted on the maps and diagrams produced as part of his research, was the growing importance of the reserve, over time. In particular, in the 1960s and 1970s, the Dane-zaa people spent more time away from the reserve engaging in different land-based activities. In the late 1970s, while the Dane-zaa still engaged in the land based activities, they returned to the reserve in between activities in higher frequency.

[342] Mr. Brody noted that Dane-zaa considered the land to be abundant and the wildlife plentiful and they practiced selective harvesting. In the 1970s and 1980s, the Dane-zaa hunted moose, deer and rabbits, and trapped primarily beaver, but also lynx, marten and otter. Mr. Brody was aware of the Dane-zaa also hunting caribou, but he did not participate in any such hunts.

[343] Mr. Brody's evidence on harvesting and abundance was:

... That was very much part of a pattern of harvesting. People decided how much they wanted to take, how much they needed, how much they could process and that's what they would take. Opportunities to kill when they met that need were passed up on....

And I think what's striking when I think back to these – to this experience I had of the Dane-zaa system were that they thought of themselves as living in a land that was pretty abundant of a – wild life was plentiful, the game

they wanted to hunt was plentiful, and that when they needed to, they could go and get what they needed. And if they needed a lot, they could do that, and if they didn't need a lot, they wouldn't take a lot, they'd leave it.

[344] As to knowing where to hunt, Mr. Brody noted this depended on a whole range of information about where people have been hunting, and where they've been successful and unsuccessful in the last days, weeks and months. It also depended on information about where the animals tend to be at any time of year, looking at much longer time depth. All of this kind of information was shared through stories and would build a picture of information that would guide decision-making as to where to hunt and set up camps.

[345] Mr. Brody emphasized the importance of stability and "ecological conservatism" to hunting people, such as Blueberry. He noted their conservatism is because their knowledge of their environment depends on that environment being relatively stable:

... Hunting societies are able to succeed because they know their territory. So the Dane-zaa have in their minds a whole web of information about where animals can be found, where fish might be lying at different times of year, where berries might be appearing. For this system to work, this body of information has to be predictable, so they have to be able to predict to some extent where the animals are, where the fish are. And for it to be predictable, it has to stay the same.

So they need an ecology. They need an environment that is, broadly speaking, stable so that when they go out into the land, they go into somewhere they know. So their knowledge system works, their trails are still there, the fish is where they should be, the moose are using the areas that they've always used. That means that they have a profound commitment to the environment staying the same. That's what I mean by the term "ecological conservatism."

... it's helpful to understand it by looking at the contrast of agriculture and farming. Farmers prosper by transforming the land. They come to a landscape, clear the trees, drain the marshes and the fields. They also bring with them the animals and crop that they're going to depend on. The farmer is ecologically radical and will only succeed through this radicalism by transforming the land. Hunter gatherers, and the Dane-zaa are a very good example of this, are committed to the land not being transformed. Now, they can accommodate some degree of transformation by others, as we saw when I was working in northeast BC. There were parts of the territory that had been transformed. *And the people might express unhappiness about some of that, but there was enough of their territory that was not transformed; there was enough of their territory where their knowledge system worked for them to be able to continue to rely on the resources that they regarded as in the heart of their well-being. So to that extent the ecological conservatism of the Dane-zaa was very striking in 1978 to '81.*

(emphasis added)

[346] While Mr. Brody emphasized the importance of a stable environment for Blueberry's knowledge to have relevance, he also noted that evolution and adaptation to new circumstances was constantly occurring. He testified about the concept of a "traditional" mode of life, if used to suggest a fixed or unchanging way of life, misrepresenting the nature of human life. No human societies are unchanging – they are in a constant state of evolution to cope with the changes they are facing:

In the case of the Dane-zaa, this is particularly relevant because there was a tendency when I first was working there for people to characterize the Dane-zaa as having been traditional in 1900 at the time of the treaty and by comparison with that they are now modern. *And in fact the literature shows and people themselves told me, that at the time of the treaty in 1900 and indeed long before that, they were already making use of many changes that Euro-Canadian society had brought. They had guns; they had metal knives; they were involved in the fur trade certainly from the 1820s onwards. So people are trading, which means that they are exchanging furs for European goods which means they are incorporating European and Canadian material into their society.* And that would include, as I've said, guns and knives but also things like sugar and tea, tobacco, fabric for making clothes, and in due course, certainly by 1900, debt or cash.

So the so-called traditional economy as often characterized wasn't an Indian economy outside the influences of Euro-Canadian life. It didn't exist apart from or in some kind of defiance of Euro-Canadian culture, but rather was incorporating many elements of it. *So the Dane-zaa in 1900 already had a mixed economy with a profound reliance on their territories, the resources from their territories, but also a profound reliance on trading, on trade goods, and the earning of money.*

(emphasis added)

[347] In this way, change was incorporated into the Dane-zaa way of life.

[348] Mr. Brody described the household economic analysis study that he completed. He indicated the Dane-zaa land-based economy was to some extent invisible, and previously misunderstood. Stereotypes and partial realities held by white observers at the time tended to view the Indigenous people living in northeastern BC as poor and unemployed. This was not the reality he found. The communities were busily employed on their land in their seasonal rounds. It was just that their economic life had long been either concealed or disregarded. The

study therefore provided an analysis of monetary value of the harvests from the land.

[349] This research on Dane-zaa social and economic life from the late 1970s and early 1980s revealed that Blueberry members earned nearly three times as much income from land-based activities (i.e., guiding, hunting, and selling furs and handicrafts) as they did from wages and transfer payments from government sources. Mr. Brody estimated that at this time period, hunting and trapping provided Blueberry with approximately 1.5 pounds of high quality meat per person per day.

[350] Mr. Brody noted a profound connection between land based activities and wellness among the Dane-zaa. Dane-zaa elders referred to being on the land as “good medicine.” In his report, Brody noted that “[e]veryone thought that to be on the land was to be healthy, have the greatest chance of happiness and, in the end, to be themselves.” In his view based on what he observed in the 1970s and early 1980s, engaging in a life based on the land and going on hunting trips contributed to community health and wellness.

### **c) Blueberry Members**

[351] As noted, several Blueberry members testified at trial. At the time of their testimony, these witnesses ranged in age from 15 to 74. The evidence from these community members provided a description of Blueberry’s way of life over the last 60 plus years. They spoke about the places they hunted, fished and trapped, and where their parents and grandparents had done so before them. They also provided their observations of changes to the landscape and the wildlife in the area. They voiced concerns about what these changes would mean for future generations and whether they would continue to be able to sustain themselves from the land, hunt for game, and participate in the activities their grandparents had done.

[352] In setting out some of this evidence, I have quoted directly from the testimony, which more directly and eloquently describes the tenets of the Blueberry members’ way of life. I found each of these witnesses compelling and sincere in their testimony.

### **i. Jerald Davis**



[353] Jerald (Jerry) Davis was born in 1945 at Aitken Creek (Mile 26 on the Beatton River Road). He is the son of Margaret and Pete Davis, and the grandson of Charlie Yahey, the last of the Blueberry Dreamers. He is married to Alvina Davis with five children, and he is an elder in the community. He has worked as a guide outfitter, a farmhand, and a trapper. He is one of the people in the community who teaches the younger generation how to hunt and trap today.

[354] Mr. Davis provided evidence about hunting moose, buffalo and caribou, trapping lynx and other animals in the vicinity of the Yahey trapline and the Davis and Wolfe trapline, and about camping in the bush. He shot his first moose near the Blueberry reserve when he was 10 years old.

[355] Mr. Davis testified about how he grew up living off the land. He referred to this time as “wagon days,” before many Blueberry members had cars. He recalled how they would saddle up the horses, and gather a team of horses for the wagon and head to Charlie Lake or other places in the territory to camp, picking different spots year to year.

[356] His testimony painted a picture of summers spent camping, hunting moose, and drying the meat for the winter. And he described how encroaching development, in particular oil and gas development and logging, has impacted that lifestyle. He noted the many busy radio-controlled roads built to service the development in the area. His testimony about the changes he has observed to the landscape and how this has affected the ability of Blueberry members to hunt and gather on the land, provided a sense of Blueberry’s mode of life prior to such developments, and of the loss they feel.

[357] Mr. Davis testified about hunting for moose, drying moose meat, and the changes he has observed in moose populations over time:

... People camp for the summer to make dry meat for the winter. After they make the dry meat they keep the dry meat. If they go travelling for a day they have to have that dry meat. But while on a site they kill moose, they keep killing moose to for fresh meat like all the time. That’s why this – and those days are easy, easy to hunt. Moose, they don’t scare the horses. And there’s a lot of them.

... nowadays it’s a little tough getting moose. The traffic, and moose have disappeared, of all the noise and all the clear cuts. They – the forestry cleared an area where no animals will stay. If there’s a timber in there, that’s where they stay in the wintertime to be warm in the timber. After they clear

the timber they can't stay in the open. They have to move somewhere elsewhere it's – where they can stay in the winter.

[358] Mr. Davis testified that, in his view, Blueberry's territory has been "destroyed," leaving little to sustain the younger generation:

... But in this area, northeastern Peace River. That's why this – that's why this whole land itself is so important to us. Until today it's destroyed. What right now I have to say is it's destroyed. It's just like we have nothing left. I don't know what's – the next generation, I don't know what they are going to live on. They have to move – not move, but they have to go farther out to get something to eat. And after all the oil company stop drilling or – he shut everything down, everything went quiet, I don't know whether the animal is going to come back. How long it takes, nobody know.

Right now as I'm speaking I have to say it's just like we are just living by the day or by the – not by the year, but by the day how our country is destroyed. They polluted our country so bad we cannot go out there by the creek and make tea. We cannot drink water anywhere in northeastern Peace River. We have to buy our own water from Fort St. John. So that's what we're – what's happening right now with our – in where we live. ...

[359] He also testified about how certain parts of Blueberry's territory, especially mineral licks and berry patches are no longer accessible because of the pollution from oil and gas development:

... Moose comes in there, everything come to the lick. That's where close by we kill moose. We call that our fridge.

So and today I cannot ride around anywhere. If I want to ride around I got to take horses up close to the mountain to go ride around down there because of the oil company. They have gates which say poison gas, do not enter. When you ride around by horse they only go 3 or 4 miles an hour. They walk. You can smell that poison gas steady until you go to another one. Keep smelling. And right now we do drive – we drive through those but no, we don't smell. And we cannot camp anywhere because of the polluted the area, there's no water.

And another important thing is too the berries have all disappeared. There's no berries around. The Blueberry River, they call it Blueberry River because of blueberries. So today there's nothing.

[360] He went on to describe the hurt of remembering how things were in the past, and seeing the current reality:

It is very sad for me to say this now. What will – that's why my kids, I have taught them how to hunt and trap, but what will they trap? What would they hunt for the future? Until oil and gas, what will they do? They cannot regrow nothing. Maybe they will but I don't know how. Nothing will be the same like years back.

I – sometimes I drive around. Some places I can't remember because it's all flat, no trees. What happens if it's all clear cut? I was just hoping if our grandparents sees this today, they wouldn't be happy. Just like me today. I'm not happy what have happened to my country where we live for years. Even before me, my parents and their parents, they have chosen this place northeastern Peace River to survive, the Beaver Indian have picked this place to live...

[361] Mr. Davis also described the importance of the Dancing Grounds:

A: Dancing Grounds is the place where all the dreamers meet at one time. And from in there Halfway, from Halfway too a bunch of people went in. From Prophet River a bunch of people went in there. From Doig. They all have a big gathering one time for the summer. That's why they have it. They call it Dancing Grounds. When they are singing, people dance. They – just from dancing they dug the ground that deep just from dancing. That's why they call it Dancing Ground. And it's – it's very important for us to save that place. I don't know how far around oil company is not supposed to go near. The chief probably know how far the oil company not supposed to go in there. It's important that we have to save that. Even if we go in there we have to be like – I don't know how to explain it, but it's like you go in court you got to be quiet, you know, it's how it is to us.

Q: Is that a place where Charlie Yahey, the dreamer, had been?

A: Yeah. I mean all the dreamers. They gather. My Grandpa Charlie Yahey, him and all those dreamers. But the last time he put up that he was the last one... (Day 20, p. 45-46)

[362] Despite the changes to the land, Mr. Davis continues to teach younger generations how to hunt and trap and camp in the bush.

## **ii. Raymond Appaw**

[363] Raymond Appaw was born in 1960 and grew up at Blueberry's old reserve. He has spent time hunting on the land every year since he was young. He was taught how to live on the land, how to hunt, and where to look for game by his elders, Charlie Yahey, John Yahey, Tom Appaw and Angus Davis.

[364] As a young child, Mr. Appaw grew up speaking the Dane-zaa language, but when he went to Indian day school speaking his language was forbidden. At the age of five he spoke little English but was beaten for speaking his own language. He was deeply affected by this experience. Mr. Appaw worked as a hunting guide for many years, starting in the mid-1970s, and in the mid-1990s was awarded a prize for his guiding skills. He has also worked in the oil and gas industry.

[365] Mr. Appaw described Blueberry's way of life as one where members supplied food for their families by hunting moose, and could do so by horseback from close proximity to the reserve. Mr. Appaw testified about how Blueberry members depend on the land – not only for what they can harvest from it, but also for the opportunity to teach younger generations:

That land is how we raise our kids. What the elders taught us you cannot take that away from us, what we were taught. We depend on wildlife. We depend on everything. That's even the plants. Then if that land is destroyed where do we go? How are we going to teach our young, our generation, our youngest one? How do we teach our grandchildren? Where do you take them? There's clear cut, there's road all over the place.

[366] Mr. Appaw, like several other witnesses, described Blueberry's hunting areas as their grocery store. He referred, in particular, to hunting on the Beaton River. He testified that moose meat is Blueberry's "main diet" and emphasized that they use all parts of the animal: flesh for eating, hide for making clothing, and bones for scraping. He testified about the abundance of moose in the 1960s and 70s and how scarce they are today. In the 1960s and 1970s, he said, a large family with 15 kids would go through 10 moose a year. These days, he said, large families have to make do with two moose.

[367] Mr. Appaw testified that in 2017, 2018 and 2019 he went out hunting at several different locations, but did not get a single moose. He described a decline in moose populations starting in the mid-1990s. He expressed concerns about the loss of moose habitat. He opined that the animals were ingesting chemicals from oil and gas development and pesticides from forestry and that this was making them sick.

[368] Mr. Appaw also noted how caribou had once been a main source of food and was one of the first animals they would hunt during the year since they were the first to gain weight in the spring. He testified that when he was young, they would hunt caribou around Pink Mountain.

[369] Mr. Appaw testified about how, in the past, he would go hunting on day trips from the reserve. He could also hunt two or three kilometres from the reserve, which is no longer possible. It's now more difficult and expensive to go hunting, as one must travel by car further from the reserve to get to hunting areas.

### **iii. Sherry Dominic**

[370] Sherry Dominic was born in 1970 and at the time she testified was one of Blueberry's elected councillors. Her mother is Louise Cardinal and her father is Tommy Dominic. Her maternal grandparents are Margaret and Pete Davis, and Charlie Yahey is her great-grandfather. Jerald Davis is her uncle. She has two sons, Austin and Kayden Pyle.

[371] Ms. Dominic testified about the various places she went with her family and later with her former partner (Stanley Pyle) to hunt and fish throughout the territory.

[372] Ms. Dominic testified that when she was younger she went out on the land on a daily basis, mostly with her maternal grandparents. She spoke about going to Mile 38 in the Upper Beaton area to camp, hunt moose and pick berries with her family, and about spending summers in the vicinity of the Wolfe/Davis trapline, near Prespatou. She also spoke about spending time on the land near the reserve and near Wonowon. She testified that these areas are now very different from how they were 30 to 40 years ago. There are now more roads, forestry, oil and gas development, and work camps.

[373] From 1985 onwards, she and Stan Pyle would hunt north of the Beaton River around Mile 43. She described this area as a good place for moose hunting. Like many other places in the territory, there are now more clearcuts near Mile 43. She said the last time they got a moose there was 10 years ago. She also testified about hunting in the Tommy Lakes Road area, but noted she was last there about 10 years ago. She doesn't hunt in that area now because there are too many roads and vehicles, and with that much traffic she doesn't expect to find game.

[374] She also testified how, in the last few years, she has been hunting and fishing at locations further away from the Beaton watershed, at places such as Pink Mountain, Halfway River, Robb Lake, Butler Ridge, and Dunlevy Inlet.

[375] Ms. Dominic spoke of the changes she has seen in the territory from the 1970s and 80s to today. She noted: more well sites, pipelines, compressor plants, clearcuts, and borrow pits.

[376] Ms. Dominic recalled how moose was the main meat growing up, and they would have one to three per year. Twenty years ago they would usually get two

moose a year (one to freeze and one to dry). Over the last ten years that changed to one moose every second year.

[377] Ms. Dominic testified about how she would bring her sons with her to hunt, camp and prepare the meat. They would learn by being present, watching, and helping:

... we show them – like, when we kill moose they would be right in there, they would be skinning, helping. They know what to do now. Because that's just something we passed down from generation to generations, which is important for my kids. So that way when they have kids they can be able to pass that knowledge down to their children. Just like I was brought up knowing that. And so it is important for my kids to be able to know how to do that as well.

[378] She also spoke about how it's getting harder to teach those skills to the next generation:

Q:...And is it something that you hope he can continue to do in the future?

A: I'm hoping when he [Kayden] has children his children will be able to go out there and hunt – hunt and whatever they need to do, you know, in order to carry on our tradition way of life.

And that's my hope that his kids can be able to do that because like it's been passed on to me and then so I'm passing it on to my child, and then I'm hoping my child can be able to pass it on to his children and so forth going forward.

Because we're always going to be here. I mean, the First Nations we've always been here and it's something that has always been passed on to us from the generations from my great grandparents.

Q: And is it as easy to teach those things today as it was when you were younger?

A: No, it's not because it's less moose.

Q: And are there as many places to go as when you were younger?

A: No, there's not.

#### **iv. Georgina Yahey**

[379] Georgina Yahey was born in 1971 and has always lived on the Blueberry reserve, first at the old site, then relocating to the new site in the mid-1970s. Her parents are Mary Yahey and Harry Chipesia. She has four siblings, including Wayne Yahey. She is the great-granddaughter of Charlie Yahey, and had the opportunity to spend time with him as well as with other grandparents, her own

parents, and aunts and uncles when she was young. She recalled her grandparents using a wagon and building a teepee whenever they went hunting.

[380] The evidence provided by Ms. Yahey described her early childhood in the 1970s and Blueberry's way of life at that time as a "good life" where community members were fed and sustained by the land. She was taught to respect the land, and described the connection to the land as fundamental to Blueberry's identity.

[381] Ms. Yahey said they used rivers and creeks for water and the woods for heat and were connected to the land and the wildlife. They picked berries and hunted and it was a natural life.

[382] Ms. Yahey described how when she was growing up in the 1970s and 1980s in the summer, hunting parties consisting of several families would head out by horse to hunt, fish, harvest and camp at different locations throughout the territory, including at spots along the Blueberry River, Upper Beatton River, and Aitken Creek. The hunting parties moved around, camping at different locations throughout the territory from year to year. They moved to allow wildlife to repopulate in an area, and because not everything they harvested would grow in one spot. Whole families were involved in these camps, each with duties: hunting, fishing, smoking and drying the meat, and berry picking. At night, they would tell stories of their people and there would be drumming and singing.

[383] Blueberry members hunted primarily moose, and selected camping places with access to water, forest cover, and mineral licks which would attract moose. moose was the main source of meat, and Blueberry members used moose hide to make clothing and crafts.

[384] Ms. Yahey identified and described a moose hide frame and the process for drying and using all parts of the moose. She also described the use of horses for hunting and berry picking. Ms. Yahey said she regularly went off reserve after school to pick berries and dig for roots. In the winter the family would use dog sleds to check the traps "all over the place."

[385] Blueberry members fished in the lakes and rivers that are found in and flow through their territory, including Charlie Lake, Inga Lakes, Blueberry River, and the Beatton River. Ms. Yahey testified that, since the late 1980s no one fishes in Charlie

Lake as the water quality is too poor. In addition, people no longer fish at Inga Lake as it is surrounded by too much development.

[386] Ms. Yahey testified that Blueberry members have cabins near Aitken Creek, which they used when trapping lynx, marten, wolverine, wolves and mink. She noted that Blueberry members no longer trap near Aitken Creek because of the oil and gas development in the area.

[387] Ms. Yahey testified about culture camps the Dane-zaa communities of Blueberry and Doig River have been holding at Pink Mountain since 2000, where community members gather to drum, tell stories, relay oral history, and talk about their hunting experiences. She testified that the communities hold culture camps: “to remind others too that we need to preserve our culture and our traditions, our way of life.” This included the process of drying and using all parts of the moose.

[388] She also testified about the importance of the Dancing Grounds. This was a place that Dane-zaa communities, their Prophets and Dreamers would gather as one, to have pow-wows, trade, and do their planning. She recalled as a child listening to Charlie Yahey sing, drum and tell stories. She testified that the Dancing Grounds are now private land, and cannot be accessed.

[389] Ms. Yahey’s evidence was that over the last 10 to 15 years, the land on which Blueberry relies has been heavily impacted by development. Forests are being logged, water quality is poor or water sources are drying up, lakes are polluted, there are fewer mineral licks, and they are finding increased developments. She noted that it has become harder to find berries and traditional medicines, and that the moose have moved on from certain places.

[390] She said that she would not hunt near pipelines or gas wells as the air quality is poor and it is dangerous to do so, since a stray bullet could hit critical oil and gas infrastructure, such as compressor stations.

[391] She commented that there was increased heavy industrial traffic on roads, requiring members to have two-way radios to ensure their safety. Not all members can afford to purchase such radios. She noted it was dangerous as huge logging or other trucks have the potential to run drivers off the road if not aware.



[392] She gave an example of a Blueberry hunting party meeting early in the morning to plan and head out on a hunt, but it taking several hours to determine where they could go, since there was uncertainty as to what areas would be accessible, or were now under development, or, in her words “wiped out.”

**v. Norma Pyle**

[393] Norma Pyle was born in 1972, and grew up at Buick Creek, where she lived until she was 14. Her mother, Alice Pyle, was born at Horse Track on the Sikanni River, and her father, Amos Pyle, was born in Castor, Alberta, but his family moved to the Buick Creek area in the 1930s. Her maternal grandmother, Julian Oldman was Dane-zaa from Halfway River, and her maternal grandfather, Daniel Apsassin, was Cree from Grouard, Alberta, but was raised by a Dane-zaa woman in the North Peace area. Ms. Pyle is one of 11 children. Stanley (Guy) Pyle is her older brother, and Kayden Pyle is her nephew.

[394] Ms. Pyle moved away from Blueberry’s territory for a period to finish high school and work in the forest industry in Alberta. In 2006, she completed a degree in forestry at Lakehead University in Thunder Bay. She received her designation as a registered professional forester two years later. Over the years Ms. Pyle returned to the North Peace area to visit family and to take summer contracting positions. She returned to the Blueberry area permanently in 2006.

[395] Between 2007 and 2018, Ms. Pyle has worked in various capacities including, as Blueberry’s Lands Manager (2007 to 2010, and January 2016 to December 2018), for Canfor (from 2010 to 2013), and as a Blueberry councilor with responsibility for the Lands Portfolio (December 2013 to December 2015, and January 2018 to October 2018). At the time she testified in the summer of 2019, she was employed with Triple J Pipelines as Indigenous and local community relations coordinator.

[396] Much of Ms. Pyle’s evidence focused on her work as Blueberry’s Lands Manager and as an elected councilor. This section focuses on her evidence relating to the way of life she experienced when growing up at Buick Creek in the 1970s and 80s, and her experience of “relearning” how to hunt and prepare meat in the mid-2000s with her brother Stanley Pyle.

[397] Ms. Pyle recalled her father and brothers hunting moose a short horse ride away from her childhood home. That is no longer possible as farmers' fences prevent much of the access. She recalled how the children in her family starting learning around 5- or 6-years-old to hunt "chickens" (this is a reference to hunting certain birds) with a single-shot .22 rifle and to snare rabbits, weasles and martens. By the time the boys were 11- or 12-years-old they joined their father and grandfather on one or two day hunts for moose. They would head out northwest of Buick Creek by horseback. These were "purpose-driven" trips, as the family needed meat to survive.

[398] Ms. Pyle grew up eating moose, and, if times were tough, deer. The children all helped her mother to make dry meat. Her mother would also flesh the moose hide and make moccasins from it.

[399] Ms. Pyle testified that her family hunted up the Beatton River Road near Miles 21, 28 and 43. She noted "it used to be a prime hunting area for many families, not just ours." She noted that there was an old burn through Mile 43 during the late 1970s or early 1980s and that after the burn there was lots of moose that would come to the area for the new fresh browse, which made for good hunting. The area around Mile 21 was a "go-to area" for families to camp, but cannot be accessed today, as it's private agricultural lands.

[400] She referred to another major moose hunting area being the Umbach Creek area due north of their family farm: "that area was very, very good moose country in there. There was – the habitat was prime. So hunting was relatively easy at that time." She described prime habitat as having creeks, mineral licks, and intact old growth forest which provided thermal cover or protection for the animals during the winter. Much of this area has also since been clearcut.

[401] Ms. Pyle noted that her family would also trap lynx and set snares for wolves in these same areas. In addition, Ms. Pyle also picked cranberries and Saskatoon berries with her family, and her mother would can them.

[402] Ms. Pyle described her experience being away from the territory, and then coming back for visits, and the changes she noticed:

... I left kind of as a young teenager and coming back as an adult, the changes in that country was very, very stark. Very – like really harsh to me.

I just remember kind of maybe '96 or 7, somewhere around there, I came back and my brother and I went out and he said let's go hunting. I said okay. So we headed up the Beaton Airport Road, and he said well, let's go down Mile 31. I said okay. So I'm driving and I ended up, I drove right past the road. And he said what is a matter with you, you drove past the road. And I said oh really.

But the problem was for me was that there were so many new roads and clear cuts along that area and pipelines I couldn't recognize Mile 31 road, because it had changed too. Back in my day it was just a small like one-land road. Now it could accommodate two logging trucks passing each other. It was a very different road. And was hard for me to recognize. It was – there were so many roads, it's just they were not recognizable. The whole country was just changed.

[403] In the mid 2000s, having returned to the territory, Ms. Pyle got into hunting again and sought to relearn the skills. She described hunting in that time period as not being hard: "if we wanted to go get a moose we could go get a moose." They would either go into the "really hard country" to get a "clean animal" that had not been around industrial development, or they would go to the mineral licks around Mile 31 or 43 or 81 and could get a moose there.

[404] Ms. Pyle testified that starting in approximately 2006, she and her brother started paying closer attention to the availability of moose. She testified that into the 2010-2012 period there was a noticeable decline in the availability of moose. In particular, she saw fewer signs of moose. Their trails were not being used anymore and it was harder to find moose browses. In search for moose, they started heading further north to Pink Mountain, the Sikanni River, and the Tommy Lakes area to hunt. Still, they saw very few moose, or signs of moose.

[405] In cross-examination, she testified about how much of the "core" of Blueberry's territory has been destroyed and how members cannot use their "preferred areas" for hunting and trapping as they used to. Instead, in search of wildlife, she testified that members are seeking out opportunities further and further from the core of their territory.

[406] Ms. Pyle testified with much sadness about finding mineral licks in the territory, and particularly the one near Addick Creek, destroyed by people driving through it. She also expressed concern and anger when she recalled visiting the Blueberry River, downstream from the reserve, in 2017 only to find the water had stopped flowing. Ms. Pyle testified that no one in the Blueberry community was

aware of that having ever occurred. She said she later learned the water was being piped to a water storage facility associated with oil and gas development several miles away.

[407] Ms. Pyle testified about the 2-day culture camp Blueberry holds at Pink Mountain every year. She described it as an opportunity for young children to be exposed to some of the important cultural traditions such as singing, drumming and tea dances. But she noted that attending a culture camp is not the same as learning culture as part of an everyday life based on growing up on the land. Looking at a photo of four elders drumming, Ms. Pyle said:

So these individuals were able to learn the skill, these songs, the meanings of them, I guess the rights of them, they were able to learn those because it was part of their life. It wasn't a thing that happened twice a year or two days of a year at a culture camp. It is something that was their everyday life. It was part of them.

And they were taught those on this land in the places that they grew up on the land. And they were taught all the teachings that go along with living on the land. It was their life.

Today it's very different. It's very complicated. The opportunities to go out to the land are very limited. The places to go to the land is very limited. The timings, you're really constricted to a very small window of opportunity.

And now, I mean, today, this day and age, for me to go and take my daughter out to go and live on the land for even five days is a challenge. Number one, where are we going to go. Number two, what activity is going to be there to influence my activities and the whole point of being there to hunt.

So these opportunities are very different from when these individuals were young to today. Those teachings were – I mean, it wasn't just something that you, okay, we're going to go to culture camp and learn to drum. These were part of their life. They lived it. That's the difference.

[408] Ms. Pyle contrasted the culture camp experience with the teaching and learning that happens naturally when families camp and hunt together; learning that happens while choosing a place to camp, or when getting water, or making wood, or scouting.

## **vi. Wayne Yahey**

[409] Wayne Yahey was born 1976 and grew up on the Blueberry reserve. At the time he testified he was one of Blueberry's elected councillors. He is Georgina Yahey's brother and shares her lineage. Mr. Yahey described growing up in the

1970s and 1980s living what he called “a really traditional lifestyle.” This involved hunting by horseback to provide meat to the community.

[410] Mr. Yahey comes from a long line of hunters, and is teaching his children to hunt as well. He testified as follows:

... I come from a long line of successful hunters. My blood, that's my bloodline. And I inherited that so my children inherited that. So that's just the way of life. That's just something I do. It's a lifestyle. It's something that I'm really passionate about, so my kids live that lifestyle too.

Q: So you've been working to teach them how to hunt?

A: I pass on the knowledge that's been taught to me from a lot of skilled bushmen over the years, like my father, my uncles, my grandpa. So a combination of all their skills I inherited, so I teach that to my kids.

Q: And in doing that why do you take them to areas that you don't hunt anymore? Some of the areas that we've been talking about this morning?

A: Well, I want them to understand and have knowledge of where I went or where I used to frequent. So, I mean, they could – they could have a sense when they're older this is where their dad took them, and this is where it used to be a good hunting area but now it ain't. So I want them to have that, I guess to have that knowledge. They got to know.

[411] Mr. Yahey stated that certain areas in Blueberry's territory have been “devastated,” leading to changes in the lives of the Dane-zaa people, including: needing to go further west (and by vehicle) to hunt, which takes more time and money; needing to find new hunting areas and not having access to the “prime habitat” (or what his grandfather called his “freezer”); and losing access to trails Dane-zaa people have used for generations because of more privatization of property.

[412] Mr. Yahey referred to some of the traditional ecological knowledge he had received from his elders, including knowing when to hunt moose based on the presence of a certain leaf that grows and blossoms in mid-July.

[413] He testified about the importance of sharing moose meat, providing moose meat for elders, and of ensuring the meat is “clean.” He spoke about the changes he observed in the health of the moose he has hunted and how he needs to hunt in areas further west, but that there is no guarantee of success:

Around our areas – a few years back I was successful at a moose, but inside the moose the lungs and the liver there were spots; there were block spots

and white spots. So I asked my mother, but she said no, we can't – you can't take that meat.

So now every time I hunt for the elders they told me you got to go in the mountains, that's only where they have clean water. That's where they're clean. So that's the direction I've been given. So around the – close by, because of that very reason, the elders tell me I got to go farther west. So to go further west where there's no access by vehicle, by anything, you got to use horses. So you got to go further back in.

Today, and I'm not successful at a moose too, there is no guarantee the further west you go. You see, moose have a lot of challenges today. They have – they have predators. Predators are one of the biggest I guess contributors to their – to their decline in moose. Grizzly bear. Wolf. And then you have – on top of that you have resident hunters. They go back there with horses. So you got – they got a lot of challenges for their existence just to live. So going back there, I don't – back in the day there were a lot of moose.

[414] Mr. Yahey spoke about the importance of particular places, and how it's not always possible to simply take up hunting, trapping or gathering in another area if the one previously used is disturbed by development:

... [indicating a homestead referred to by Mr. Yahey... where he used to camp in the summer as a child] used to be, like what I mentioned earlier, a prime habitat for the pine marten. Today no more.

I asked my uncle is there another area that you think they moved to. He told me, you know, before how long did it take our ancestors to find that area. He said it's going to – it's going to take just as long for us to find another area to find a pine marten. Because he mentioned to me about a marten. He said when they are clearcutting that area, marten, their safety net is climb a tree. He said when that feller buncher grabs that tree the marten climbs it, what do you think is going to happen to that marten. So that's – that's his way of explaining to me about – because I told him could you just find another area. He kind of – he told me no. And he explained to me about that assessment, his – about his history, what his dad told him.

So this area in particular when – it used to be a prime area where we get our necessities, food. It provided – we call it midnitsu. It's a certain wood that we gather for tanning a moose hide. Only – it only exists in big timber. Where my mother used to learn from her mother to harvest this wood, it's all logged. Nothing. I asked my mother let's go back to that place and she said no, it's logged. And I asked her could we find another place? She told me well, you know, I'm getting old. I can't walk. She said when I was a little girl my grandma showed me that place.

*So the thing that people outside our culture don't understand, they say okay, why don't you just look somewhere else. That's what I asked my mother. That's what I asked my uncle. It's not like that. It's not the case what we do. Because it's a simple answer. I say well, can't you just look somewhere else. It took 100 years in evolution just for us to find it, and then another place, it's – it wouldn't happen. Not going to happen.*

So just to give you a sense of how they explain it to me, how they conveyed their teachings to me, and when I asked them those questions could we just find another place, it's not as easy as it sound. All these areas have a significant value. Buick Creek, not far from our community there's a lake, there's a lake that produces certain – it's a certain plant, an herb. Throughout our whole territory there's the only lake in the northeast that produces that herb, and that herb is for cancer. It's for high blood pressure. It's our herb for everything we use. And that's only one lake. And it's what they – what happened in the last ten years they logged around it so that lake is going smaller. It's drying out. So that's the only – that's the only place in this whole northeast that grow that plant, and that's what we use as a medicine plant to cure our sickness. So that's – when I explain to these areas that's what I'm talking about. There's no other place. They say okay, go find another lake.

(emphasis added)

[415] Mr. Yahey added that the question of selecting another location to hunt or gather is not as straightforward as looking at a map and choosing another place. The important places within Blueberry's territory are ones that have been located over generations:

... Just like I said, when I always tell my father, my grandpa, is there another place we could look at. It's just not like that. Within my culture it's not an easy answer. It's something I can't really give you answer. Okay, well, we'll go over here and pick a place on the map and we'll go over here, that look good. It's not like that. Over years – over the years when there were no settlers, when there were no people involved, these were the areas that were found. And I inherited that. And there's – I just can't go tomorrow go look for a new place. Say oh, okay, well, this is where they – this is a new place. I'm going to start a new – a new area. It doesn't work that way within my culture. I have – it's generations after generations. It's a place that is shown from me – I don't know how old is that area; probably since we're – God created us.

[416] Mr. Yahey spoke about the importance of trails, such as the one from the Dancing Grounds (at Mile 115) back to the reserve. These trails have been used and maintained by Dane-zaa people for hundreds of years and were the "gateway" to the hunting, trapping and harvesting areas. Mr. Yahey described these trails as being imbued with history and being the gateways to "all facets of the Dane-zaa life." But increasingly access is being blocked. Mr Yahey said:

Q: And Blueberry River itself, if you follow it from here, does it lead to the Dancing Grounds and other areas?

A: The Blueberry River, where it comes down at the Dancing Grounds, right up the river there's a main path or a horse trail or wagon trail, dog team

trail, and the Blueberry River is the main river. From there all the creeks that come in north Aitken, Aitken, that's where – that's where all the trails lead to.

Q: Is that a trail that you still use today?

A: I went there this fall because every couple of years – every couple of years I recut that trail from Blueberry to this area and from this area further up. I could go from 115, there's a trail that goes all the way down on Blueberry River past the Dancing Grounds. But now it's blocked off because of landowners buying land and no more trespassing, so I can't really go by there unless I ask for permission but a lot of times they don't want anybody on their land.

Q: And could you turn, please, to tab Exhibit 58, tab C11. This is the 2016 image of the area. Does this reflect what the area looked like at least in the last few years?

A: Yes, it sure does.

Q: Is the pack trail – is it visible on the map?

A: No, you can't see a pack trail on a map.

Q: Too small?

A: No.

Q: Is it on the north side of the river or the south side of the river?

A: It's on the north side. As you can see, it hits some fields and those are the fields that you can't cross. You can't cross because of landowners and they fence it off.

Q: Now, looking at the image it looks like there were some fields there in the mid-80s as well?

A: They are further up. In the mid-80s all that trail was open. We used to – I mean in the 90s we used to ride horses from 115 from the Dancing Grounds all the way down to Blueberry. We used to always make that pack trip.

Because we always – there's a lot of history involved in there, that pack trail, because it's really important to my family. It's, I don't know, hundreds of years old. And my uncles always – they always maintain it. They always have – there's always a connection to it.

And he's always – he's always expressing to us, he said we always got to have that trail open. And in his view he said one day you might have to use it. So we always have to maintain that trail but you can't really maintain it when people are blocking you. So ... it's really – I mean it's important for us. It's a lot of history to it. I mean generations before me, they use that trail. They set foot on that trail. They made that trail. Then again for my existence, that's how – that's how I'm here standing here today is that trail.

Q: What do you mean by that?

A: That trail has a lot of history. It's before even settlers here, before – my dad – my father said that trail is a gateway to all the areas we trap, where we hunt, where we gather berries, where we – at all facets of the Dane-zaa life, that's that trail is. It goes all over. That's how he explained it to me. Just like the horse, when I talk about horse, how important horse is to my nation, to my – to my tribe. When I talked to him he explained to me about how



important a horse is to us. He said if it wasn't for a horse he said you won't be around. I won't be around. He said that's how important the horse is to us. Horses do all the work. That's our mode of transportation. That's how we get from A to B. Or else everything would be by walk. So a horse, I mean, that's how he explained to me – that's how he explained to me in terms of that trail.

Q: And does the horse remain important today now that you use vehicles as well?

A: It's the only way I – it's the only way I go to areas where people can go is by horseback. I go where – remote areas where I don't see nobody.

Nonetheless, somebody else is with horseback in that area too. So, you know, it's – when it's – when the hunting season open then you will see a lot of – a lot of people with horses in the back country. So.

Q: Where do you mean by the back country?

A: Back country I mean by past Pink Mountain.

Q: Further west?

A: Further west in remote areas. It's only – you know, it's only area that's accessible by horseback or by plane.

Q: Do you ever any more use your horse in the Yahey family trapline?

A: We go for rides and I show my children where important places. And I take them up the river, I take them up the trail, and I tell them this is the trail, like, what I'm talking about, up that Blueberry trail. The horseback trail. It's a wagon trail. It's a dog team trail. It's a trail that leads to hunting grounds. To sacred areas.

That trail was kind of like the Alaska Highway to us. Where it's the Alaska Highway to somebody that's living in the Yukon, that's a main trail. It's sort of like that if you wanted to do comparison. So that's a really important trail.

[417] He described the Dancing Grounds as a spiritual spot where, for ten days and nights Dane-zaa people would gather, and the Prophets would drum, and the people would dance. He testified as follows: "A prophet means a dreamer. A dreamer is someone that has the ability to tell the future, someone that's connected with the creator. And it's not anybody is a prophet. It's the creator choses who is the prophet. And he tells the future for his nation, the Dane-zaa people." Dane-zaa people lead their lives based on the principles and guidance provided by their prophets. Following the Prophets is part of Blueberry's heritage and culture, and is "how we live our life."

[418] Mr. Yahey described the Dancing Grounds as a place Dane-zaa people gather to pray to the Creator. He noted it is a place identified by the Creator and communicated to the Dreamers. He recalled how his father had described the

Dancing Grounds of his youth: “as far as your eye could see was teepees and there was smoke coming out of those teepees down that Blueberry River valley.”

[419] Mr. Yahey also referred to hunting Caribou when “there was lots.” He said “there’s something unique about their hide. They make the best drum for the singers, the traditional singers we have... [t]hey will make a different sound. So that’s – they will use the hide for the drums.”

## **vii. Kayden Pyle**

[420] Kayden Pyle was born in 2003, and was the youngest of the Blueberry members who testified. His parents are Sherry Dominic and Stanley Pyle. Mr. Pyle testified about how he learned to hunt and fish from his father who, along with his mother and other relatives, has been taking him camping and fishing since he was a baby.

[421] While growing up, Mr. Pyle spent most weekends moose hunting with his dad and he grew up relying on and eating wild game meat. He shot his first moose at a young age between IR 204 and IR 205. He spoke about some of the places he has hunted and been taught to hunt since he was young, including Pink Mountain, Beatton Airport Road, Aitken Creek, Graham River (past the Halfway Reserve), Blueberry River, Mile 98 Road, Mile 86 Road, and Gundy Road.

[422] Mr. Pyle testified that he feels grateful to get to learn how to hunt, fish, trap and skin animals, and generally to learn how to live off the land. He said:

... every time I go out with my father I always learn something new. He’s taught me how to navigate from the trees, he showed me how to live off the land. What to eat, what not to eat. How to live off the land. And where to sleep, what to sleep with if I’m ever stuck in there, where to go. And just those things I have always learned and carried on with me ever since, he’s taught me. And every time I always go out with him, we go hunting, I always learn something new.

[423] Mr. Pyle now attends school in Fort St. John, but on weekends he returns to Blueberry and he goes out on his quad early in the mornings to do his “loop” through the territory, scouting for animals, looking for tracks, and hunting. He said he does this to ensure the animals are still alive as there is no one to protect the animals.

[424] Mr. Pyle spoke of feeling free and feeling himself when he's out on the land:

Well, it gets me out of the house and I love just being outside. When I am outside I feel like I don't have anything stopping me. Like I have no limits. Like there's no one or anything to say of what I can and cannot do or who I have to be. I can be me. And it's all about the land, because when you're out there is nothing and no one to judge you or like – I don't know how to word this.

[425] In answer to why hunting is important to him and why he hopes to continue hunting, he stated:

Because hunting is a very sacred thing to me. It's been in my family generation throughout years and it's something that I will always carry with me and it will always be a part of me. It's me, who I am. And it's just a way that I've been taught of how to make a living of how to live. So it's just the way that I'm always going to carry on with me.

[426] Mr. Pyle noted that he has had less success hunting moose over the last two years (2019 and 2018) than before, which he attributed to there being a very low moose count. This was the case even though he estimated spending over 50 hours hunting in 2018. He compared going hunting five to ten years ago with how it is now, and noted there are more large trucks hauling condensate on the roads now and noted this was the case at Gundy Road, north of Wonowon and at the Beaton Airport road.

[427] He spoke about some of the limitations he faces to hunting now. In particular, he worries about encounters with farmers and avoids shooting on private land. He also avoids hunting near oil and gas wells, as one wrong shot could wreck the lands and cause millions of dollars in damage. He also described how it was "heartbreaking" to go out on the land to places he used to hunt, only to find it turned into a cutblock.

#### **D. Conclusions Regarding Blueberry's Way of Life**

[428] The evidence provided by Dr. Ridington and Mr. Brody and the Blueberry community members who testified in this case establishes that Blueberry's ancestors are the Dane-zaa who have lived in the Upper Peace River area for 10,000 years.

[429] As was discussed earlier, the features of Blueberry's Dane-zaa way of life include: travelling as family groups throughout their territory to access resources

from a variety of environments; practicing seasonality and scheduling their resource use (such as by not returning to the same places every year, but letting areas rejuvenate); hunting, trapping and fishing for the wildlife species that have sustained them for generations; passing down knowledge generation to generation while on the land engaged in various activities; and engaging in spiritual practices that reflect the connection to the land and wildlife.

[430] The evidence was that for thousands of years, this way of life has involved moving throughout their territory to take advantage of the resources available in each season. They planned and scheduled where within the various ecological zones of their territory (the prairies, lakes, mountains and muskeg regions) they would go to ensure a steady supply of fish, game and plant resources.

[431] This way of life requires intimate knowledge of the areas within the territory and of their resource potential, so that care can be taken not to overharvest. This learning used to happen while out camping or hunting so that they could learn the essential knowledge (such as where to camp or get water and scout for animals) as part of everyday living on the land. These days, culture camps often take the place of everyday transmission of culture.

[432] For generations, Blueberry members have hunted moose, deer and, until the 1960s or 1970s, caribou, as well as beaver, rabbits and grouse. moose, in particular, is their primary diet. They hunt selectively, based on how much is needed and how much harvesting wildlife populations can sustain. They also trap beavers, martens, otters, wolves, wolverines and lynx. They fish suckers. They harvest berries and traditional medicines at various locations within their territory. Hunting traditionally took place at locations within close proximity to their homes. They use all parts of the animals, drying or freezing the meat, using the hides and furs for clothing and crafts, and bones for scraping.

[433] I accept that Blueberry's knowledge and its ability to successfully hunt, trap, fish and gather depends on the health and relative stability of the environment. If forests are cuts, or critical habitat destroyed, it is not as simple as finding another place to hunt. The Dane-zaa have located these places over generations.

[434] Elders spoke of the bush being their store, and the wildlife their groceries. But the connection between Blueberry and the animals they harvest runs deeper

than sustenance. One of the most important aspects of Dane-zaa identity is the maintenance of a relationship between hunters and the spirits of the animals they hunt. Hunters “dream” their prey, and animals willingly give themselves to hunters who uphold their responsibilities.

[435] The Dane-zaa communities gather in the summer to sing, drum, dance, share stories and do their planning. In years gone by, their Prophets or Dreamers would tell of the future of the nation and provide guidance to live by.

[436] Theirs is a way of life that is connected to, dependent on, and respectful of the land and wildlife. It is seen as a “good life,” embodying a sense of freedom, health and wellness. Hunting, fishing and trapping is not a hobby, interest or pastime. It is a core aspect of Blueberry’s identity and impairing it significantly harms their well-being.

[437] While some changes may occur, this way of life is dependent on the existence of healthy mature forests, wildlife habitats (such as mineral licks), fresh clean water, and access to these places. There must be healthy populations of moose and other wildlife so that Blueberry members have a chance of being successful on their hunts, and do not need to travel far from or outside of their territory to find game. In addition, this way of life depends on a relatively stable environment, so that the knowledge held by Blueberry members about the places to hunt, fish and trap is relevant and applicable.

[438] Now that I have concluded the Treaty promise included protecting Blueberry’s way of life from interference and have set out the elements of that way of life, I turn to whether Blueberry’s treaty rights have been infringed. While change was foreshadowed, this was only to the extent it did not interfere with Blueberry’s ability to maintain this mode of life and meaningfully exercise rights protected by the Treaty.

[439] I must now resolve the question of the test to determine an infringement of treaty rights.

## **VII. HAVE BLUEBERRY’S TREATY RIGHTS BEEN INFRINGED?**

### **A. Introduction**

[440] In support of its claim that its treaty rights have been infringed and that it cannot meaningfully exercise rights in its territory, Blueberry has appended to its Notice of Civil Claim, a map of its traditional territory, which I have referred to here as the Blueberry Claim Area. I will review the evidence of the area relied on by Blueberry for the exercise of its rights historically and today, and will deal with the Province's position that the Court does not need to determine the location or extent of Blueberry's traditional territory in this case.

[441] I will then review the question of whether the Blueberry Claim Area is, as argued by Blueberry, disturbed by extensive industrial development such that Blueberry's members are unable to meaningfully exercise their treaty rights in their traditional territory. This will be a two-part process because, as the Province points out, even if disturbance is established, Blueberry members may still be able to exercise their treaty rights within a disturbed area. First, I must assess the level of disturbances in the Blueberry Claim Area and the status of wildlife, and then I must examine the claim that Blueberry members can no longer meaningfully exercise their treaty rights in the Blueberry Claim Area. This involves a conclusion as to whether there are sufficient and appropriate lands in Blueberry's traditional territories to permit the meaningful exercise of their Treaty 8 rights.

[442] The Province defends itself in this case largely on this latter issue. It says not all disturbances have equal effect and, on a factual basis, Blueberry has not established that its members cannot exercise their treaty rights. Rather, the Province says the facts, including Blueberry members' own evidence, establish otherwise.

[443] As I noted in the overview and will expand on below, I do not accept that proposition. I will therefore then turn to whether the Province's actions, largely relating to authorizing activities that create these disturbances, have contributed to this situation. As part of this, I will examine the Province's various regulatory regimes at issue in this case, and will ultimately decide whether the Crown has diligently and honourably implemented the Treaty.

[444] I will then deal with whether the Province has justified the infringement of Blueberry's treaty rights, and set out the relief.

## **B. What is the Test for Infringement of Treaty Rights?**

[445] The parties fundamentally disagree as to what is the applicable test for considering alleged infringements of treaty rights.

[446] Blueberry maintains the framework for considering an alleged infringement of treaty rights remains that set out by the Supreme Court of Canada in *Sparrow*. The Province says that in *Mikisew*, at para. 48, the Supreme Court of Canada moved away from and modified the *Sparrow* test when it comes to the infringement of treaty rights, and the test is now whether “no meaningful right” to hunt, fish or trap remains.

[447] While the parties agree that *Mikisew* applies and that Blueberry has the onus of proving infringement, the dispute is how the test of infringement is interpreted and applied in this case. As I understand their arguments, Blueberry’s application of the test focuses on the meaningfulness of the exercise of rights, and the Province’s application focuses on whether rights remain. While the Province says its position is not that “no meaningful right” to hunt, fish or trap must be established to find an infringement, the effect of its argument will be examined as part of the Court’s analysis.

[448] This fundamental difference first warrants a review of the evolution of jurisprudence in this area. The Supreme Court of Canada has sought to set out a framework for infringement, and the jurisprudence has evolved based on the facts of the cases that have come before the courts.

## **1. Jurisprudence**

[449] In the section below, I review key cases discussing infringements of Aboriginal and treaty rights. Some of these authorities, including *Badger*, *Marshall*, *Halfway* and *Mikisew* and have already been discussed in the context of the approach to treaty interpretation, generally, and the interpretation of the rights contained in Treaty 8, specifically. The emphasis below is on the aspects of these decisions and others that discuss infringement.

[450] The infringement test was first developed in *Sparrow*. There, the Supreme Court of Canada considered the recognition and affirmation of Aboriginal and treaty rights contained in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. It reasoned that s. 35(1) – and the recognition and protection of rights therein – reflected a solemn commitment that must be given meaningful content.

[451] Aboriginal and treaty rights protected by s. 35(1) are, however, not absolute. While the *Constitution Act, 1982* protects against the infringement of Aboriginal and treaty rights, such rights may be infringed in certain circumstances, when justified.

[452] *Sparrow* dealt with the question of whether the net length restriction contained in Musqueam's food fishing license infringed their Aboriginal rights to fish for food, social and ceremonial purposes. To determine if Musqueam's Aboriginal rights had been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), Chief Justice Dickson at 1112 posed three questions:

First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right?

[453] Chief Justice Dickson went on to note that the test, in the context of the *Sparrow* case, involved asking: whether either the purpose or effect of the restriction on net length unnecessarily infringed the interests protected by the fishing right; whether Musqueam members had to spend undue time and money per fish caught; and whether the net length restriction resulted in a hardship to Musqueam in catching fish (at 1112-1113). If so, this would constitute a *prima facie* infringement.

[454] The onus to prove the infringement is on the party alleging the infringement. If a *prima facie* interference is found, the analysis moves to the issue of justification, where the onus is on the Crown to justify the infringing measures or actions.

[455] The Supreme Court of Canada in *Badger* confirmed that the *Sparrow* test for *prima facie* infringement also applied in the context of alleged infringements of treaty rights. Justice Cory noted that both Aboriginal rights and treaty rights are *sui generis* and both engage the honour of the Crown. The wording of s. 35(1) supports taking a common approach to infringements of Aboriginal and treaty rights (at para. 79). Justice Cory at para. 82 noted it was "equally if not more important to justify *prima facie* infringements of treaty rights."

[456] The alleged infringement in *Badger* arose from the licensing provisions contained in s. 26(1) of the *Alberta Wildlife Act*. Justice Cory noted that, at first blush, it appeared that the provisions were directed to questions of conservation, which would be within the government's regulatory powers and consistent with Treaty 8 (at para. 71). He went on to note, however, that "the routine imposition



upon Indians... may not be permissible if they erode an important aspect of the Indian hunting rights” (at para. 90). Justice Cory observed that there can be no limitation on the method, timing and extent of Indian hunting under a treaty (at para. 90).

[457] Justice Cory considered whether the provisions were “clearly unreasonable” in their application to Aboriginal people (at para. 91), looking closely at the impact of the licensing scheme on beneficiaries of Treaty 8 seeking to exercise their rights to hunt for food (i.e., the treaty right modified by the NRTA):

*Prima Facie* Infringement of the Treaty Right to hunt as modified by the NRTA

...

[92] Under the present licensing scheme, an Indian who has successfully passed the approved gun safety and hunting competency courses would not be able to exercise the right to hunt without being in breach of the conservation restrictions imposed with respect to the hunting method, the kind and numbers of game, the season and the permissible hunting area, all of which appear on the face of the licence. Moreover, while the Minister may determine how many licences will be made available and what class of licence these will be, no provisions currently exist for “hunting for food” licences.

[93] At present, only sport and commercial hunting are licensed. It is true that the regulations do provide for a subsistence hunting licence...However, its provisions are so minimal and so restricted that it could never be considered a licence to hunt for food as that term is used in Treaty No. 8 and as it is understood by the Indians. Accordingly, there is no provision for a licence which does not contain the facial restrictions set out earlier. Finally, there is no provision which would guarantee to Indians preferential access to the limited number of licences, nor is there a provision that would exempt them from the licence fee. As a result, Indians, like all other Albertans, would have to apply for a hunting licence from the same limited pool of licences. Further, if they were fortunate enough to be issued a licence, they would have to pay a licensing fee, effectively paying for the privilege of exercising a treaty right. This is clearly in conflict with both the Treaty and *NRTA* provisions.

[458] Justice Cory concluded that since the licensing system denied holders of treaty rights the very means of exercising those rights, s. 26(1) of the *Wildlife Act* conflicted with the hunting right set out in Treaty 8, as modified by the NRTA (at para. 94). Accordingly, Mr. Ominayak had established the existence of a *prima facie* breach of his treaty right, and it fell to the Crown to justify the infringement (at para. 95).

[459] In *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723 [*Gladstone*] (a case dealing with Aboriginal rights to fish for commercial purposes), Chief Justice Lamer “clarif[ied]” the *Sparrow* framework so that it could apply to the different circumstances of that case (para. 21).

[460] In *Gladstone*, while the appellants were challenging s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, the Supreme Court of Canada recognized that the scope of the challenge was much broader, and effectively impugned the entire approach taken by the federal government to the management of the herring spawn on kelp fishery (at para. 40).

[461] Chief Justice Lamer noted that the questions suggested in *Sparrow* must be applied not only to s. 20(3) of the regulation, but also to other aspects of the regulatory scheme of which s. 20(3) was a part. Chief Justice Lamer also noted that the questions set out in *Sparrow* are just “factors” that may indicate if an infringement has taken place. While the questions assist in the analysis, there is no requirement that they all be answered affirmatively to make out an infringement. At para. 43 Chief Justice Lamer said:

[43] The *Sparrow* test for infringement might seem at first glance, to be internally contradictory. On the one hand, the test states that the appellants need simply show that there has been a *prima facie* interference with their rights in order to demonstrate that those rights have been infringed, suggesting thereby that any meaningful diminution of the appellants’ rights will constitute an infringement for the purpose of this analysis. On the other hand, the questions the test directs courts to answer in determining whether an infringement has taken place incorporate ideas such as unreasonableness and “undue” hardship, ideas which suggest that something more than meaningful diminution is required to demonstrate infringement. This internal contradiction is, however, more apparent than real. The questions asked by the Court in *Sparrow* do not define the concept of *prima facie* infringement; they only point to factors which will indicate that such an infringement has taken place. Simply because one of those questions is answered in the negative will not prohibit a finding by a court that a *prima facie* infringement has taken place; it will just be one factor for a court to consider in its determination of whether there has been a *prima facie* infringement.

[462] Chief Justice Lamer reasoned at paras. 51 and 52 that the various parts of the government’s scheme for regulating the herring spawn on kelp fishery (determining the amount of herring stock to be harvested in a given year; allotting the stock to the different herring fisheries including roe, spawn on kelp and other herring fisheries; allotting the herring spawn on kelp fishery to various user groups;

and allotting the commercial herring spawn on kelp fishery) could be considered as a whole for the purposes of the infringement analysis. The reason for this was that: “at the infringement stage it is the cumulative effect on the appellants’ rights from the operation of the regulatory scheme that the court is concerned with.” Here, the cumulative effect of the regulatory scheme was that the total amount of herring spawn on kelp the Heiltsuk could harvest for commercial purposes was limited.

[463] Chief Justice Lamer found the Heiltsuk had discharged their burden of demonstrating a *prima facie* interference with their Aboriginal rights. Prior to the arrival of Europeans, they could harvest to the extent they desired; once Canada started regulating the fishery, the Heiltsuk could only harvest herring spawn on kelp for commercial purposes to the limited extent allowed by the government (at para. 53). The rest of the decision turned on whether Canada had justified its infringing actions, again using the test set out in *Sparrow*, with modifications given that the right at issue was a commercial one, not subject to “an inherent limitation” (at para. 57).

[464] The *Sparrow/Badger* approach to the infringement and justification of treaty rights was applied in *Marshall* at paras. 64 and 65. In this case, the Supreme Court of Canada considered whether certain prohibitions in the federal fishery regulations infringed Mr. Marshall’s treaty rights in the peace and friendship treaties entered into between the Crown and the Mi’kmaq in 1760 and 1761. Justice Binnie, writing for the majority, concluded that the treaties protected the right to sell fish to secure “necessaries” (the modern equivalent of a moderate livelihood) and that Mr. Marshall was engaged in this activity when he was charged with three offences: selling eels without a licence, fishing without a licence, and fishing during the close season with illegal nets.

[465] At paras. 62-65, Justice Binnie analyzed the discretionary licencing regime at issue to consider whether it represented a *prima facie* infringement of the treaty right. Justice Binnie referred to the test for infringement set out in *Sparrow*, and to how the test had been applied to licensing schemes in *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101 [*Adams*]. In *Adams*, Chief Justice Lamer had reasoned that, in light of the Crown’s unique fiduciary obligations towards Indigenous people, Parliament could not simply adopt an unstructured discretionary administrative regime which risked infringing Aboriginal rights. Instead, the statute or regulations had to provide

specific guidance regarding the exercise of discretion which sought to accommodate the existence of the rights. The various fishery regulations at issue in that case placed the issuance of licences within the absolute discretion of the Minister, and there was nothing in the regulations which gave directions to government officials to explain how to exercise this discretionary authority in a manner that would respect treaty rights (at para. 64).

[466] In *Marshall*, Justice Binnie, applying *Adams*, held that the regulatory prohibitions at issue infringed Mr. Marshall's treaty rights (at para. 64). In addition, referring to *Badger*, Justice Binnie noted that there can be no limitation on the method, timing and extent of Indian hunting under a treaty, apart from a treaty limitation to that effect (at para. 65).

[467] In the absence of any justification by Canada of the regulatory prohibitions, Mr. Marshall was entitled to an acquittal.

[468] In a subsequent decision (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533 [*Marshall #2*]), the Court noted that it is always open to the Minister to seek to justify the limitation on a treaty right because of the need to conserve the resources in question or for other compelling and substantial public objectives (at para. 19).

[469] In *Halfway*, as previously discussed earlier in these reasons, one of the issues before the British Columbia Court of Appeal was what constitutes an infringement of Treaty 8 rights. The First Nation argued, among other things, that the decision to allow logging in a particular area infringed its hunting rights under Treaty 8. While *Halfway* is discussed quite extensively earlier, given its complexity, its discussion and application of *Sparrow*, and the fact it is commented on in *Mikisew* I will discuss it further here.

[470] The chambers judge in *Halfway* applied the test in *Sparrow* and reasoned that "any interference with the right to hunt, fish or trap constitutes a *prima facie* infringement of Treaty 8 rights." Accordingly, she found that the cutting permit constituted an infringement of Halfway's treaty rights, and that this infringement had not been justified.

[471] The Province and the logging company appealed. They argued that issuing the cutting permit was a permissible exercise of the Crown's right to take up land

under the Treaty and that there was no infringement. The majority of the Court of Appeal (per Finch J.A., and Huddart J.A. concurring) dismissed the appeal.

[472] Justice Finch held that the chambers judge did not err in holding that *any* interference with the right to hunt was a *prima facie* infringement of the petitioners' Treaty 8 right to hunt (at paras. 138-144).

[473] Justice Huddart issued concurring reasons dismissing the appeal but parted company with Justice Finch on the application of *Sparrow*. Justice Huddart held that consideration of whether consultation was adequate must precede any infringement or justification analysis under *Sparrow* (at paras. 180, 191-193). She noted, however, that common sense suggested the effects of the logging might be sufficiently meaningful to require the government to justify its decision, depending on the nature of the hunting right. Had the District Manager understood the extent of his obligation to consult, he might have concluded the logging activities would result in a meaningful diminution of the Treaty 8 right to hunt. At para. 186, Justice Huddart reasoned as follows:

[186] My difference with the reasoning of Mr. Justice Finch flows from my view that the chambers judge was wrong when she found that "any interference" with the right to hunt constituted an "infringement" of the treaty right requiring justification. I cannot read either *Sparrow* or *Badger* to support that view. As my colleague notes at para. 124, in *Sparrow* the court stated the question as "whether either the purpose or effect of the statutory regulation unnecessarily infringes the aboriginal interest." In *Badger*, at 818, in his discussion as to whether conservation regulations infringed the treaty right to hunt, Cory J. indicated the impugned provisions might not be permissible "if they erode an important aspect of the Indian hunting rights." In *Gladstone, supra*, Lamer C.J.C. indicated that a "meaningful diminution" of an aboriginal right would be required to constitute an infringement. Each of these expressions of the test for an "infringement" imports a judgment as to the degree and significance of the interference. To make that judgment requires information from which the scope of the existing treaty or aboriginal right can be determined, as well as information about the precise nature of the interference.

(emphasis in original)

[474] Justice Southin, dissenting, would have allowed the appeal on the basis that the case ought to have been dealt with in an action supported by proper evidence, not a petition for judicial review. On the application of *Sparrow*, Justice Southin reasoned as follows at paras. 224-225:

[224] In my opinion the issue is not whether there is an infringement and justification within the *Sparrow* test, but whether the Crown has so conducted itself since 1900 as to be in breach of the Treaty...

[225] The question in such an action would be whether what the Crown has done throughout the Halfway River First Nation's traditional lands by taking up land for oil and gas production, forestry, and other activities has so affected the population of game animals as to make the right of hunting illusory. "To make the right of hunting illusory" may be the wrong test. Perhaps the right test is "to impair substantially the right of hunting" or some other formulation of words.

[475] As noted, this case ultimately was commented upon in *Mikisew*, in the decisions of the Federal Court, Federal Court of Appeal, and Supreme Court of Canada.

[476] In *Canada (Canadian Heritage) v. Mikisew Cree First Nation*, 2004 FCA 66, Rothstein J.A. (as he then was, and for the majority of the Federal Court of Appeal) allowed Canada's appeal. The majority held that the approval of the winter road through Mikisew's reserve constituted a taking up within the meaning of Treaty 8 and, as Mikisew did not have rights to hunt on lands that had been taken up, there was no violation of s. 35 and no need to apply *Sparrow* (at para. 2).

[477] Justice Rothstein noted that in order to determine whether there had been a *prima facie* infringement of a constitutionally protected treaty right, it was necessary to determine the scope of the treaty right (at para. 14). He then reasoned as follows at para. 18:

[18] With the exceptions of cases where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose express or necessarily implied in the treaty itself cannot be considered an infringement of the treaty right to hunt. Neither of these exceptions apply here. This is not a case where the Minister has acted in bad faith; nor, as the land required for the road corridor comprises approximately 23 square kilometres out of the 44,807 square kilometres of Wood Buffalo National Park or the approximately 840,000 square kilometres encompassed by Treaty 8, is this a case where no meaningful right to hunt remain.

[478] At paras. 21-23, Justice Rothstein reasoned that whether or not there was an infringement would fall to be determined on the basis of the limitations provided in the Treaty:

[21] Where a limitation expressly provided for by a treaty applies, there is no infringement of the Treaty and thus no infringement of section 35. This is to

be contrasted with the case where the limitations provided by the Treaty do not apply but the government nevertheless seeks to limit the Treaty right. In such a case, the *Sparrow* test must be satisfied in order for the infringement to be constitutionally permissible.

[22] Sharlow J.A. relies on the reasons of Finch J.A. in *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 64 B.C.L.R. (3d) 206, 1999 BCCA 470 as support for the proposition that a “taking up” could itself be a *prima facie* infringement of the Mikisew’s treaty rights. However, I find that I am bound by the analysis of Cory J. in *Badger* which is directly applicable to the facts of this case.

[23] As the approval of the road constituted a taking up within the meaning of Treaty 8, the Mikisew’s treaty right to hunt on the road corridor is suspended for as long as it is being used for a purpose visibly incompatible with hunting. There therefore has been no infringement of Treaty 8, as constitutionalized by section 35, that requires the application of the *Sparrow* test.

[479] Mikisew appealed.

[480] By the time the case came before the Supreme Court of Canada, the issue was essentially whether, in taking up the land for the road, Canada had an obligation to consult. That obligation had been established by *Haida*, which was issued after the decision of the Federal Court of Appeal. However, the context of this issue was, as noted above, whether the taking up of land for the road amounted to an infringement that triggered the need for a *Sparrow* justification, or whether Canada was just taking up lands as entitled to under the Treaty.

[481] Justice Binnie considered the taking up clause in Treaty 8 and the relevance of the infringement and justification tests set out in *Sparrow*. He reasoned as follows at paras. 30-32:

[30] In the case of Treaty 8, it was contemplated by all parties that “from time to time” portions of the surrendered land would be “taken up” and transferred from the inventory of lands over which the First Nations had treaty rights to hunt, fish and trap, and placed in the inventory of lands where they did not. Treaty 8 lands lie to the north of Canada and are largely unsuitable for agriculture. The Commissioners who negotiated Treaty 8 could therefore express confidence to the First Nations that, as previously mentioned, “the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it” (p. 5).

[31] I agree with Rothstein J.A. that not every subsequent “taking up” by the Crown constituted an infringement of Treaty 8 that must be justified according to the test set out in *Sparrow*. In *Sparrow*, it will be remembered, the federal government’s fisheries regulations infringed the aboriginal fishing right, and had to be strictly justified. This is not the same situation as we have here, where the aboriginal rights have been surrendered and extinguished, and the Treaty 8 rights are expressly limited to lands not

“required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes” (emphasis added). The language of the Treaty could not be clearer in foreshadowing change. Nevertheless the Crown was and is expected to manage the change honourably.

[32] It follows that I do not accept the *Sparrow*-oriented approach adopted in this case by the trial judge, who relied in this respect on *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*(1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470. In that case, a majority of the British Columbia Court of Appeal held that the government’s right to take up land was “by its very nature limited” (para. 138) and “that *any* interference with the right to hunt is a *prima facie* infringement of the Indians’ treaty right as protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*” (para. 144 (emphasis in original)) which must be justified under the *Sparrow* test. The Mikisew strongly support the *Halfway River First Nation* test but, with respect, to the extent the Mikisew interpret *Halfway River* as fixing in 1899 the geographic boundaries of the Treaty 8 hunting right, and holding that any post-1899 encroachment on these geographic limits requires a *Sparrow*-type justification, I cannot agree. The Mikisew argument presupposes that Treaty 8 promised continuity of nineteenth century patterns of land use. It did not, as is made clear both by the historical context in which Treaty 8 was concluded and the period of transition it foreshadowed.

(emphasis added)

[482] Justice Binnie went on to discuss the content of Treaty 8 and, specifically, where the hunting, trapping and fishing rights were to be exercised. In the appeal, the federal Minister was arguing that the test for infringement of treaty rights ought to be “whether, after the taking up, it still remains reasonably practicable, within the Province as a whole, for the Indians to hunt, fish and trap for food [to] the extent that they choose to do so” (emphasis in original). The Attorney General for Alberta, an intervenor, suggested adding a *de minimus* element, arguing that the winter road would take up only 23 square kilometres out of the 840,000 square kilometres encompassed by Treaty 8. Binnie J. firmly rejected these territory-wide approaches to understanding the exercise of treaty rights. At paras. 47-48:

[47] The arguments of the federal and Alberta Crowns simply ignore the significance and practicalities of a First Nation’s traditional territory. Alberta’s 23 square kilometre argument flies in the face of the injurious affection of surrounding lands as found by the trial judge. More significantly for aboriginal people, as for non-aboriginal people, location is important. Twenty-three square kilometres alone is serious if it includes the claimants’ hunting ground or trapline. While the Mikisew may have rights under Treaty 8 to hunt, fish and trap throughout the Treaty 8 area, it makes no sense from a practical point of view to tell the Mikisew hunters and trappers that, while their own hunting territory and traplines would now be compromised, they are entitled to invade the traditional territories of other First Nations distant from their home turf (a suggestion that would have been all the more impractical in 1899)...



...

*Badger* recorded that a large element of the Treaty 8 negotiations were the assurances of *continuity* in traditional patterns of economic activity. Continuity respects traditional patterns of activity and occupation. The Crown promised that the Indians' rights to hunt, fish and trap would continue "after the treaty as existed before it" (p. 5). This promise is not honoured by dispatching the Mikisew to territories far from their traditional hunting grounds and traplines.

[48] What Rothstein J.A. actually said at para. 18 is as follows:

With the exceptions of cases where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose express or necessarily implied in the treaty itself cannot be considered an infringement of the treaty right to hunt.  
[Emphasis added.]

The "meaningful right to hunt" is not ascertained on a treaty-wide basis (all 840,000 square kilometres of it) but in relation to the territories over which a First Nation traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today. If the time comes that in the case of a particular Treaty 8 First Nation "no meaningful right to hunt" remains over *its* traditional territories, the significance of the oral promise that "the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it" would clearly be in question, and a potential action for treaty infringement, including the demand for a *Sparrow* justification, would be a legitimate First Nation response.

(emphasis in original)

[483] The Supreme Court of Canada's decision in *Mikisew* was that while the Crown had a right under the Treaty to take up lands, the government must nevertheless engage in a meaningful process of consultation and accommodation when a proposed taking up may adversely affect the exercise of a First Nation's treaty right.

[484] Where a proposed taking up is challenged, the Court should consider the process by which the taking up is planned to go ahead, and ought not to move directly to a *Sparrow* infringement analysis (at para. 59). The Supreme Court of Canada upheld the trial judge's findings of fact that the Crown failed to show any intention of substantially addressing Mikisew's concerns (at paras. 67-68). The consultation process never got off the ground (at para. 65). In the result, the Supreme Court of Canada allowed Mikisew's appeal, quashed the Minister's approval order, and remitted the winter road project to the Minister to be dealt with in accordance with its reasons.

[485] In *Morris*, the Supreme Court of Canada considered the meaning of the concept of *prima facie* infringement in the context of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. The majority of the Supreme Court of Canada reasoned at para. 53 that a *prima facie* infringement requires a “meaningful diminution” of a treaty right, which includes “anything but an insignificant interference with that right.” The other aspects of the Court’s decision in *Morris* are not relevant to this case.

[486] In *Grassy Narrows* the issues were whether Ontario could, under Treaty 3, take up lands in the Keewatin area so as to limit the harvesting rights under that treaty, and whether it needed federal authorization to do so.

[487] On the issue of the Crown’s power to take up lands, Chief Justice McLachlin applied *Mikisew* and held that the Crown’s right to take up lands under Treaty 3 was subject to its duty to consult and, if appropriate, accommodate First Nations’ interests beforehand. On the question of infringement, Chief Justice McLachlin stated as follows at para. 52:

[52]...Not every taking up will constitute an infringement of the harvesting rights set out in Treaty 3. This said, if the taking up leaves the Ojibway with no meaningful right to hunt, fish or trap in relation to the territories over which they traditionally hunted, fished, and trapped, a potential action for Treaty infringement will arise (*Mikisew*, at para. 48).

[488] As is evident from the foregoing, the *Sparrow* framework for infringement can and has been modified to fit the circumstances of given cases. It has been broadened to consider the effects caused by a regulatory regime (*Gladstone*, see also *Ahousaht*), as opposed to a specific provision. The regulatory and legislative context is relevant to understanding how the infringement arises. Context can also be relevant to understanding the effect and significance on the exercise of Aboriginal or treaty rights of a specific regulatory regime or proposed development. While the Province argues that challenges to specific aspects of a regulatory regime can and should have been addressed by way of judicial review and not in a trial, the Supreme Court of Canada has indicated that a treaty infringement claim should be dealt with in an action.

[489] I turn now to a brief summary of the parties’ positions on the test for infringement of treaty rights.

## **2. Test for Infringement**

### a) Parties' Positions

[490] Blueberry maintains that the *Sparrow/Badger* test for infringement applies, and that *Mikisew* must be considered in its jurisprudential context, with an eye to the purpose of the protection of Aboriginal and treaty rights in s. 35 and to the nature of the promise contained in the Treaty.

[491] It says the way to interpret and apply the Court's statement at para. 48 of *Mikisew* that a potential action for treaty infringement arises if "no meaningful right" remains, is to focus on whether there is no *meaningful* right left, not on whether the rights can be exercised *at all*.

[492] To be meaningful, Blueberry says, its members must be able to exercise their rights as part of a mode of life that has not been significantly diminished. Focussing on whether its mode of life has been significantly diminished, says Blueberry, is important in a case such as this, where the allegation of infringement isn't made with respect to one specific interference with the right to hunt, fish or trap, but rather with the cumulative effects of hundreds or thousands of interferences with Blueberry's exercise of rights.

[493] The Province says the identification of the proper test for the infringement of treaty rights is a key part of this case. It maintains the legal test for a claim of infringement of Treaty 8 rights is now expressly set out by the Supreme Court of Canada in *Mikisew*, and takes into account the Province's right to take up lands from time to time.

[494] The test, says the Province, is not to look for "anything more than an insignificant infringement" or a "*prima facie* infringement" with rights as argued by Blueberry. Rather, the Province says that the Supreme Court of Canada in *Mikisew* modified and rejected the *Sparrow* approach, and that the test for infringement is: whether the Crown has taken up so much land that "no meaningful right" to hunt, fish or trap remains.

[495] In other words, the Province says an alleged infringement of treaty rights must be measured against lands taken up, i.e., transferred from the inventory of lands over which rights to hunt, fish and trap are retained, into the inventory of lands over which no rights exist. It is only when so much land has been taken up

that no meaningful right to hunt, fish or trap remains within a First Nation's traditional territory that an infringement will be made out.

[496] Blueberry is critical of the Province's approach to infringement and submitted in oral argument that the Province is essentially starting at nothing (i.e., no rights) and is "counting up from nothing" to find specific instances of Blueberry members exercising their treaty rights, thereby confirming the Province's position that rights remain. Blueberry argues the Court should start from the premise that their way of life was not to be interfered with and that their rights were to be protected by the Treaty and, weighing the evidence of loss and conducting a qualitative assessment, determine whether there has been a significant diminution or significant diminishment in Blueberry's way of life.

[497] The Province points out, as noted in *Prophet River First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 15 [*Prophet River (FCA)*] at para. 34, that the Supreme Court of Canada has moved away from the *Sparrow*-based infringement approach and imposed on the Crown a duty to consult and accommodate prior to taking up lands. The duty to consult is triggered at a low threshold, where a taking has the potential to impact the exercise of rights. The obligation to consult is imposed as a serious and substantive restraint on Crown action, and was developed and applied to avoid infringements.

[498] The Province adds that *Sparrow* recognized that context was important and that modifications of the infringement test would occur, depending on the context.

**b) No Rights Remaining is Not the Test**

[499] I agree with the Province that an important reason for triggering the duty to consult and accommodate at a low threshold is to avoid infringement situations. As noted by Justice Greckol of the Alberta Court of Appeal in concurring reasons in *Fort McKay First Nation v. Prosper Petroleum Ltd*, 2020 ABCA 163 [*Fort McKay*] at para. 81:

[81] ...the Crown's obligation to ensure the meaningful right to hunt under Treaty 8 is an *ongoing* one. Proper land use management remains a perennial concern for the Crown, as "none of the parties in 1899 expected that Treaty 8 constituted a finished land use blueprint": *Mikisew 2005* as [sic] para. 27. Reconciling this "inevitable tension" (para 33) between Aboriginal rights and development in Treaty 8 territory has, first and foremost, been a matter of the Crown adhering to its duty to consult on individual projects, as mandated in *Mikisew 2005*. Acting honourably in this fashion has promoted

reconciliation, in part, by “encouraging negotiation and just settlements as an alternative to the cost, delay and acrimony of litigating s. 35 infringement claims” (*Mikisew* 2018 at para 26), much as *Haida Nation* had counselled with respect of unproven Aboriginal rights claims. And yet, as this record itself attests, the long-term protection of Aboriginal treaty rights, including the right to hunt under Treaty 8, is increasingly thought to require negotiation and just settlement of disputes outside the context of individual projects in order to address the *cumulative effects* of land development on First Nation treaty rights.

(emphasis in original)

[500] The Province’s reliance on the duty to consult to prevent an infringement here, however, presupposes both the ability of those consultation processes to consider and address concerns about cumulative effects as opposed to simply single projects or authorizations, as well as the success of those consultations.

[501] As myriad cases have shown, consultation is often marred by both procedural and substantive defects. While the obligation to consult is important, it does not erase the right of a First Nation to bring an infringement claim when it believes the promises made in Treaty 8 are now in question and that it is reaching the point where it can no longer meaningfully exercise rights in its territory. It cannot be that the consultation duty outlined in *Mikisew* precludes a First Nation from bringing an infringement claim in appropriate circumstances, or that it has to wait until it has no ability to exercise rights to do so.

[502] The Province’s reliance on the duty to consult, and its insistence that an action for infringement requires proof of no meaningful right to hunt, fish or trap, does not address circumstances where impacts are at a “‘tipping point’ beyond which the right to meaningfully exercise treaty rights is lost” (Smith J. in *Yahey v. British Columbia*, 2015 BCSC 1302 at para. 59, and *Yahey* 2017 at paras. 114 and 122).

[503] While the Province says it does not take the position that the Treaty is not infringed until “no” meaningful right to hunt, fish or trap remains, the effect of its argument and reliance on the phrase noted, easily leads to that conclusion.

[504] While *Mikisew* is of undoubted importance to this case, it is difficult to rely on it as a guide to the infringement analysis, since it was not decided on that point. *Mikisew* did not *apply* the *Sparrow* infringement and justification tests, as was done

in *Badger*, *Marshall* and *Halfway* (which are treaty rights cases) or *modify* these tests, as was done in *Gladstone* (with respect to justifying the infringement of Aboriginal rights that are not subject to internal limitations). While there was evidence that, if executed, the road would have impacts on Mikisew's exercise of hunting and trapping rights (at paras. 44 and 55), the Court specifically did not decide whether this road if constructed would have breached Mikisew's substantive rights and constituted an infringement (at paras. 57 and 59).

[505] *Mikisew* was decided on the basis of the Crown's procedural obligations. The Court concluded that even where a treaty gives the Crown the right to take up land, the Crown has a duty to consult prior to taking up lands where the taking could adversely affect the exercise of rights. As this had not been done, the Crown failed to discharge its obligation.

[506] The Province says *Mikisew* expressly rejected the *Sparrow* test at para. 32 where Justice Binnie said he did not accept the *Sparrow*-oriented approach adopted by the chambers judge who relied on *Halfway*. Justice Binnie, citing the reasons of Justice Finch, referred to the holding of the majority of the Court of Appeal as finding "that *any* interference with the right to hunt is a *prima facie* infringement of the Indians' treaty right as protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*'...which must be justified under the *Sparrow* test." In rejecting this, Justice Binnie noted to the extent this interpretation presupposes the promised continuity of nineteenth century patterns of land use, he could not agree. It therefore seems that Justice Binnie was being mindful that Treaty 8 allows for the taking up of land by the Crown, and was recognizing that viewing "any interference" with a First Nation's treaty right as a *prima facie* infringement would not work in that context, given the limitation in the treaty.

[507] Justice Binnie made a similar comment at para. 65 of *Marshall* where he added his own gloss to Justice Cory's reasoning in *Badger*:

[65] ...as noted by Cory J. in *Badger*, *supra*, at para. 90: "This Court has held on numerous occasions that there can be no limitation on the method, timing and extent of Indian hunting under a Treaty", *apart, I would add, from a treaty limitation to that effect.*

(emphasis added)

[508] In my view, in paras. 32 and 48 of *Mikisew* Justice Binnie was not ruling that because the “any interference” test was inappropriate, the test for infringement of treaty rights would shift to the other end of the spectrum, namely proof that no rights remain. Had that been the intended result, the Supreme Court of Canada would have been explicit that neither the infringement test nor the justification test developed in *Sparrow* and applied in *Badger* applied. I find that *Mikisew* left the door open for holders of treaty rights to bring actions alleging their rights have been infringed, but did not set the threshold for such infringement claims as requiring proof that no rights remain. -

[509] To a great extent, the Province’s argument on the test for infringement isolates portions of *Mikisew* from the body of case law developed by the Supreme Court of Canada on s. 35, the principles of treaty interpretation, and the honour of the Crown. These principles matter in this case, and must be woven into and guide the answer to the question of what constitutes the proper test for considering alleged infringements of treaty rights resulting from cumulative impacts.

[510] The jurisprudence on Treaty 8 which was developed over the years has recognized that this treaty provides an essential promise to its First Nation signatories and adherents – a promise that their way of life based on hunting, fishing and trapping would not be interfered with.

[511] The Province puts forward an approach to infringement that essentially relies on an unfettered taking up clause and disregards the essential element of Treaty 8. I agree that, unchecked, this interpretation could leave Blueberry with no ability to meaningfully exercise treaty rights in their traditional territory. Such an interpretation would not uphold the promise of Treaty 8 or the honour of the Crown.

[512] An interpretation that accepts ‘no rights remaining’ as the sole standard to establish an infringement of treaty rights, runs afoul of numerous principles established in the jurisprudence on treaty rights, including the protection afforded in s. 35, the requirement for strict proof of fact of extinguishment and a clear and plain intention on the part of government to extinguish rights, and condemnation of approaches or interpretations that result in a “disappearing treaty right” or an “empty shell of a treaty promise” (*Badger* at para. 41; *Marshall* at paras. 40 and 52).

[513] Furthermore, while *Mikisew* notes a difference between treaty rights and Aboriginal rights, the effect of the Province's argument is to establish a fundamental difference between the treatment of these two kinds of rights. Using the standard of no rights remaining would be inconsistent with the standard for infringement that applies to Aboriginal rights cases. This is not supported by the jurisprudence and is not consistent with s. 35 and the principles of reconciliation. As noted by Justice Cory in *Badger*, the wording of s. 35 supports a common approach to infringement of Aboriginal and treaty rights, and it is equally if not more important to justify *prima facie* infringements of treaty rights.

[514] If I were to accept that the test for infringement of Treaty 8 requires proof that no meaningful rights remain (i.e., that rights have effectively been extinguished), this would upend the terms of the Treaty and prioritize the Crown's right to take up lands over the promise made to Indigenous people that their rights to hunt, fish and trap would continue. This could not have been the intent or effect of *Mikisew*. It is illogical and, ultimately, dishonourable to conclude that the Treaty is only infringed if the right to hunt, fish and trap in a meaningful way no longer exists. Courts should not be limited to adjudicating treaty right infringement claims once a First Nation has already lost its ability to exercise its rights and carry on its way of life. If such was the case, the courts would have limited ability to issue an effective remedy.

[515] Accordingly, I do not accept that to make out an infringement, Blueberry would need to show that it has *no* ability to exercise its treaty rights. A more nuanced and contextual understanding of what the Supreme Court of Canada meant when it said the search was to see if "no meaningful right ...remains" is appropriate.

### **c) Cumulative Effects and Infringements**

[516] The Supreme Court of Canada in *Mikisew* said two things which, together, suggest that courts should consider the context within which an infringement claim is made and should take into account the cumulative effects of previous developments. First, Justice Binnie noted that not every taking up will constitute an infringement (at para. 31); and second, he recognized that "if the time comes" when a First Nation can no longer meaningfully exercise its rights, a potential action for infringement would be a legitimate response (at para. 48).



[517] The reference to “if the time comes” suggests the existence of a tipping point after which the exercise of treaty rights either becomes less meaningful or impossible. It also suggests that the promise made to Indigenous signatories and adherents over 120 years ago that they would be just as free to hunt, trap and fish after the Treaty as before will be more difficult to honour as time goes on. These points have been recognized by the Alberta Court of Appeal in litigation involving the Fort McKay First Nation.

[518] In *Fort McKay First Nation v. Prosper Petroleum Ltd.*, 2019 ABCA 14 (a decision on application for permission to appeal) Justice Khullar commented on the test for infringement of treaty rights, and reasoned that the adjudicator is implicitly required to take into account the cumulative effects of previous developments and assess if a certain threshold is met or exceeded:

[56] *Mikisew* considered, at para. 48, when a particular “taking up” of Treaty 8 land would infringe a particular Treaty 8 right. It held that there will be an infringement if the “taking up” deprives the First Nation of “meaningful” rights to hunt, trap and fish over its traditional territories. *This test of infringement implicitly requires the adjudicator to take into account the cumulative effect of previous development on the traditional territories of Treaty 8 First Nations. The test sets a threshold (are meaningful rights left?) and asks whether a current “taking up” or use will exceed that threshold (no meaningful rights left).* That inevitably requires an adjudicator to take into account previous development activity. But it still requires the adjudicator to ask whether a current project will have the effect of leaving no meaningful opportunities for exercise of treaty rights over traditional territory.

(underline in original, italics added)

[519] In *Fort McKay* – the appeal decision – Justice Greckol (in concurring reasons) noted that individual takings will rarely constitute infringements, but that the “extinguishment” of rights will be brought about through cumulative effects:

[79] As later clarified in *Mikisew 2005*, however, not every “taking up” by the Crown constitutes an infringement of Treaty 8: para. 31. Instead, an action for Treaty infringement will only arise once, as a result of the Crown’s power to take up land, “no meaningful right to hunt” remains over the Aboriginal group’s traditional territories: *Mikisew 2005* at para. 48; *Grassy Narrows First Nation v. Ontario (Natural Resources)*, 2014 SCC 48 at para 52, [2014] 2 SCR 447. This raises the prospect that the effects of any one “taking up” of land will rarely, if ever, itself violate an Aboriginal group’s Treaty 8 right to hunt; instead, the extinguishment of the right will be brought about through the *cumulative effects* of numerous developments over time. In other words, no one project on FMFN’s territory may prevent it from the meaningful right to hunt – however, if too much development is allowed to proceed, then,

taken together, the effect will be to preclude FMFN from being able to exercise their treaty rights.

[80] The right to hunt (in a meaningful way) in Treaty 8 is a “solemn promise” (*Badger* at para. 41) made by the Crown, just as the promise of land in *Manitoba Metis* was a solemn constitutional obligation. And yet it is clear that, given the nature of the respective rights, their implementation will necessarily look very different. The obligation in *Manitoba Metis* was met at the point in which the Crown distributed the 1.4 million acres of land to Metis children (and would have accorded with the honour of the Crown had it been done diligently). Conversely, the “promise” of hunting – given the reality of large-scale oil and gas developments in Treaty 8 territory, which is incompatible with Aboriginal hunting – is not fulfilled definitively. Rather, the promise is easy to fulfill initially but difficult to *keep* as time goes on and development increases.

(italics in original)

[520] I agree with the reasoning of the Alberta Court of Appeal that *Mikisew* implicitly requires that the Court take into account the effects of past development on the exercise of a First Nation’s rights. This context is critical. I also agree that with more and more takings and development it becomes harder and harder for the Crown to fulfill its promise to Indigenous people that their modes of life would not be interfered with. However, I do not agree that the Court, when considering a claim for infringement, is searching to see if the First Nation is “preclude[d]” from being able to exercise its rights, or is considering whether “extinguishment” has been brought about. (Nor do I think that is the thrust of Greckol J.A.’s judgment.)

[521] In addition, it is clear from the jurisprudence that infringement can be brought about from the whole of a regulatory regime (*Gladstone* and *Ahousaht*). In *Ahousaht*, (an Aboriginal rights case) which dealt with the federal fisheries regime on the west coast as it applied to Indigenous food, social and ceremonial fisheries as well as commercial fisheries, it was the “cumulative effect of the scheme” on the exercise of rights that was significant for the purposes of the infringement analysis (at paras. 518 and 689). In other words, when looking at infringement, the governmental scheme can be considered as a whole, as can the history of development on the lands and the historical use and allocation of the resources and the impacts this has caused.

**d) The Degree of Interference Necessary to Establish Infringement**

[522] The Supreme Court of Canada in *Mikisew* did not precisely define the degree of interference that would amount to an infringement of a treaty right within the *Sparrow* framework. Although some direction can be taken from the words and passages referenced therein, these cannot be characterized as a clear standard. Rather these words were commentary in the context of the Supreme Court of Canada further refining the development of the duty to consult a year after the release of *Haida*.

[523] While having “no meaningful right” left would no doubt constitute a *prima facie* infringement of treaty rights, the question is what level of interference *less than* extinguishment would constitute an infringement. The concept of a spectrum within the *Sparrow* framework may be helpful as a way to conceive of degrees of infringement, from *prima facie* interference, to significant interference, to no rights remaining.

[524] Having reviewed much of the jurisprudence that has considered the *Sparrow* infringement test as applied to both Aboriginal and treaty rights situations, the Court makes the following observations.

[525] The idea of rights being subject to potential infringements arises from the reality that rights, even rights recognized by the *Constitution Act, 1982*, are not absolute (*Sparrow*). The power of governments to infringe rights, however, is reconciled with their duty to prove that any infringement is justified.

[526] The concept of infringement exists in the middle ground between no interference with an Aboriginal or treaty right and extinguishment of the right. At the lower end of the infringement spectrum lies the idea that “*any* interference” constitutes a *prima facie* infringement or *prima facie* interference (both phrases are used in *Sparrow*) of Aboriginal or treaty rights. This was the standard applied by the chambers judge and accepted by Justice Finch in *Halfway*. Given the Crown’s power to take up lands under Treaty 8 (i.e., a “limitation” in the Treaty), Justice Binnie in *Mikisew* held that the “any interference” standard was inappropriate.

[527] At the upper end of the infringement spectrum lies the idea expressed in *Mikisew* and repeated in *Grassy Narrows* that treaty rights are infringed when “no meaningful right” – be it to hunt, fish or trap – remains within a First Nation’s traditional territories.

[528] In the middle ground between these two poles lie various articulations of the degree and significance that may be required to find an infringement, including: a “meaningful diminution” of the right (*Gladstone*, *Morris*, and Justice Huddart in *Halfway*), “more than an insignificant interference” with the right (*Morris*), an “unnecessar[y] infringement” of the interests protected by the right (*Sparrow*, and Justice Huddart in *Halfway*), a “detrimental effect” on the exercise of a right (*Ahousaht*), a “limitation on the method, timing and extent” of a right under a treaty except to the extent the treaty has limited that right (*Badger* modified in *Marshall*), an “ero[sion] [of] an important aspect of” the right (*Badger*), a “substantial” impairment of the right (Justice Southin in *Halfway River*), or even (potentially) making the rights “illusory” (Justice Southin in *Halfway River*). Although these cases precede *Mikisew*, notably, these articulations of the standard for finding infringement arise in cases where courts have had to apply the law and determine whether there is an infringement, which did not occur in *Mikisew*.

[529] While different language is used to describe this ‘middle ground,’ in my view all of the phrases above are trying to get at the idea of rights being diminished in a meaningful or significant way. I find it appropriate to consider whether there has been an infringement of Blueberry’s treaty rights by considering if there has been a significant or meaningful diminishment of the rights. I will say more on this below.

#### **e) Looking at Meaningfulness in Context**

[530] *Sparrow* and *Gladstone* anticipated that the contours of the standards for infringement and justification would be defined in the “specific factual context of each case.” This is the first case to look at infringements from cumulative effects arising from a variety of provincially authorized projects, developments and decisions as well as the regulatory regimes themselves, as opposed to an infringement resulting from a specific restriction contained in legislation or regulations or from one specific project or authorization.

[531] This is also a case that must consider infringement in the context of Treaty 8 which, as noted, contains rights for the Indigenous signatories and adherents that might be in conflict with the rights and powers of governments to take up lands and pass regulation. Blueberry’s rights under the Treaty are not absolute, and neither are the Crown’s. There is, as Justice Binnie observed in *Mikisew*, an “uneasy tension” (at para. 25).

[532] It cannot be that the Crown's right to take up lands can eclipse Blueberry's meaningful rights to hunt, fish and trap as part of its way of life. As Chief Justice Finch recognized in *West Moberly 2011*, the rights of Indigenous people under Treaty 8 are not "subject to, or inferior to" the Crown's right to take up land (at para. 150).

[533] No case has yet had to determine on evidence of cumulative impacts, where the limit on the Crown's power to take up land under Treaty 8 falls in relation to its encroachment on Indigenous peoples' ways of life. The test for infringement must take this context into account. Unless this is done, the development of the jurisprudence in a singular context may result in an artificial construct that does not fit with the reality of cumulative impacts resulting from industrial or other types of development today.

[534] I agree with the Province that the Treaty reflects some balance. However, I do not agree that the balance is struck by allowing the Province, in essence, an infinite power to take up lands, since (as the Province argues) the intention of the Treaty was that the area be "thrown open to development." As I have already concluded, that is not an accurate reflection of the intent of the Treaty. An assessment of infringement that seeks to ensure Blueberry's exercise of rights remains meaningful in the face of the Province's ability to take up lands, is the way of striking the balance. This ensures Blueberry is not left with "an empty shell of a treaty promise."

[535] The focus of infringement analyses to date has been on the reasonableness (or unreasonableness) of various aspects of the Crown's regulatory regimes. Indeed, many of the questions, factors or criteria articulated in *Sparrow* and the cases that have followed are, in essence, ways to look at the reasonableness of a government regime in light of the significance of its impact on Indigenous people. For example: Is the First Nation facing undue hardship, or being denied the very means (or preferred means) of exercising its right? Other factors focus on the level of guidance provided within the regime to decision-makers in exercising their discretion. For example: Is there a direction to guide how to exercise discretionary authority in a manner that would respect treaty rights? In my view, considering the significance of the alleged infringement requires greater emphasis on the

Indigenous perspective, especially as it relates to understanding what it means to still have a “meaningful” right.

[536] The Province points out that the *Oxford English Dictionary* defines meaningful as “having a recognizable purpose or function.” Using this definition, the Province argues that the purpose of the exercise of treaty rights to hunt has changed over time. In the 1960s and 1970s, hunting was a serious pursuit, purpose-driven and necessary for survival. Today, argues the Province, treaty rights are exercised for cultural survival, not physical survival, and only as time permits.

[537] In pointing out these differences, the Province seems to be suggesting that it may be more acceptable to infringe a right that is being exercised for cultural, as opposed to physical, survival. This way of looking at rights appears to be formulated from the perspective of one party (i.e., the Crown). It fails to take into account, as Blueberry’s witnesses and expert anthropologists testified, that these rights are exercised as part of a way of life.

[538] The dictionary definition of meaningful, which refers to the purpose or function of an activity, suggests looking at the infringement of rights in a broader way – not just at whether and how specific rights may have been limited or diminished, but at how this has affected their purpose or function within a culture.

[539] Blueberry notes that its rights are exercised as part of and “in service of a way of life.” For the exercise of rights to be meaningful, Blueberry says, its members must be able to exercise their rights “as part of a mode of life that has not been significantly diminished.”

[540] As I noted earlier, I agree with Blueberry that, in this case, the focus of the infringement analysis – and consideration of whether “no meaningful right remains” – should be on whether the treaty rights can be *meaningfully* exercised, not on whether the rights can be exercised *at all*. I also agree that the Court should consider the question of infringement by looking not only at the impacts on the exercise of rights to hunt, trap and fish, but also at impacts on the way of life, since these activities are grounded in a way of life.

[541] I conclude that the appropriate standard through which to consider the question of infringement in this case is: whether Blueberry’s treaty rights (in

particular their ability to hunt, fish and trap within their territories) have been significantly or meaningfully diminished when viewed within the way of life from which they arise and are grounded. In other words, can Blueberry members hunt, fish and trap as part of a way of life that has not been meaningfully diminished? This is consistent with how infringement was viewed in *Badger*, where the Court looked and whether an important element of the right had been eroded.

[542] As noted earlier, Blueberry alleges that it is the Province's express actions as well as its nonfeasance that has caused this infringement. Specifically, Blueberry says it is the cumulative impact of forestry, oil and gas, hydro-electric infrastructure and agricultural development authorized (and at times promoted) by the Province, while failing to prioritize or respect treaty rights, that Blueberry says has caused the infringement.

[543] In the context of this claim, the infringement analysis also requires inquiries into:

- a) whether the provincial regimes for managing natural resources and taking up lands in northeastern BC, and in particular in the Blueberry Claim Area, give decision-makers unstructured discretion that risks significantly or meaningfully diminishing and therefore infringing treaty rights;
- b) whether the regulatory regimes operate in such a way that they significantly diminishes the Plaintiffs' treaty rights. As noted in *Ahousaht* at para. 757, this question incorporates the three *Sparrow* questions: is the limitation unreasonable; does it impose undue hardship; and does it deny the holders their preferred means of exercising their rights;
- c) whether existing policies and decision-making frameworks for managing natural resources and taking up lands in the Blueberry Claim Area recognize and seek to implement the rights contained in Treaty 8 and guide the exercise of discretion; and,
- d) whether the regulatory regimes for managing natural resources and taking up lands in the Blueberry Claim Area, have mechanisms to assess cumulative impacts, take into account cumulative impacts on the exercise of Treaty 8 rights, and manage in a way to avoid infringements resulting

from cumulative impacts that could significantly diminish rights to hunt, trap and fish within a way of life protected by Treaty 8.

### **C. Blueberry's Traditional Territories**

[544] Treaty rights are not ascertained on a treaty-wide basis, but in relation to the territories over which a First Nation traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today (*Mikisew* at paras. 47-48). To assess whether Blueberry can meaningfully exercise treaty rights as this Court has been called on to do, the Court must delineate Blueberry's traditional territory and the areas that it continues to use today.

[545] Attached as Schedule 1 to Blueberry's Notice of Civil Claim is a map of its "Traditional Territory." The term "Traditional Territory" is defined as (and the map at Schedule 1 shows) a "portion" of the area in which Blueberry traditionally hunted, trapped, fished and gathered. Paragraph 24 of the Notice of Civil Claim states:

24. The portion of their traditional territory within which the Plaintiffs traditionally exercised their Treaty Rights, including the rights to hunt, trap, fish and gather, is outlined on the map attached as Schedule 1 to this claim. This area is hereinafter referred to as the "Traditional Territory".

[546] As previously noted, I am referring in these reasons to the area outlined on Schedule 1 of the Notice of Civil Claim as the "Blueberry Claim Area." The Blueberry Claim Area constitutes approximately 38,000 square kilometres (i.e., 3.8 million hectares) (For reference, a map of the Blueberry Claim Area is included in the "Background" section of these reasons.)

[547] At para. 35 of the Notice of Civil Claim, Blueberry alleges that the cumulative effects of industrial development have, *inter alia*, significantly curtailed their ability to exercise their treaty rights, such that they have been left with "no meaningful right to exercise some or all of their Treaty Rights within their Traditional Territory" (i.e., within the Blueberry Claim Area).

#### **1. Parties' Positions**

##### **a) Blueberry**

[548] Blueberry makes a number of points with regard to the area that can be considered its traditional territory or traditional territories. First, it is candid that the



Blueberry Claim Area does not represent the entire area its ancestors traditionally used or where its members exercise their treaty rights today. Blueberry relies on and uses a larger area, and has sought to be consulted about potential impacts to areas that extend beyond the Blueberry Claim Area. Blueberry says that as development encroaches on key hunting, trapping, fishing and gathering areas, families have been forced to go further and further from their homes to exercise their rights, and now try to exercise their rights in other areas beyond the Blueberry Claim Area.

[549] Second, Blueberry says that the evidence, and in particular that from Dr. Ridington and Mr. Brody, supports the notion that the Blueberry Claim Area reflects Blueberry's traditional patterns of land use. Those patterns of land use, says Blueberry, reflect a shift from a semi-nomadic way of life to in effect a semi-settled one.

[550] Blueberry uses what it refers to as the "core" of its traditional territory north of the Peace River, with seasonal activities (hunting, trapping, fishing and gathering) radiating out from that core. What, *exactly*, constitutes the "core" is not set out with precision. At times Blueberry refers to the Blueberry Landscape Unit as constituting the core of its territory and including the areas used by community members today and by their ancestors in times before. That Landscape Unit, Blueberry says has been subject to intensive development, both forestry and oil and gas. Blueberry has also referred to the Fort St. John Land and Resource Management Plan as zoning the "core" of its territory as an "enhanced resource development" zone available for high intensity development. The enhanced resource development zone covers much, but not all of the Blueberry Landscape Unit, as well as the southern portion of the Tommy Lakes Landscape Unit, and the northern portion of the Kobes Landscape Unit.

[551] Blueberry's experts and witnesses have also referred to the "core" of the territory. As discussed below, Dr. Ridington expressed a view that the core of the territory used by Blueberry's ancestors at the time of the Treaty and thereafter was north of the Peace, and centred around Charlie Lake and the Beatton River watershed. This characterization roughly accords with the Blueberry, Kobes and Tommy Lakes Landscape Units. Norma Pyle also testified about the core of the territory, at times aligning it with what the Province has demarcated as consultation

Area A, and at times situating it more generally, as the area in the middle of the Blueberry Claim Area, and within close proximity to where members live.

[552] Blueberry emphasizes that their way of life is focused on their core territory. The fact that they have been pushed out of the areas of most concentrated use and cultural importance, to the margins of the areas they traditionally used in order to find areas that remain relatively intact, Blueberry says, represents a meaningful diminution of their way of life and a breach of the Treaty promise that they would be “just as free to hunt and fish all over as they are now.” Blueberry says it ought to be able to rely on areas outside the Blueberry Claim Area, but should not be relegated to those areas.

[553] Third, Blueberry notes that the Blueberry Claim Area is largely consistent with the Province’s consultation Area A, which the Province has accepted demonstrates the strongest evidence of historical use by Blueberry’s ancestors based on traditional patterns of activity. I will discuss this in some detail below. Blueberry says it is hypocritical for the Province, for the purposes of consultation, to only recognize Area A as the area over which Blueberry traditionally exercised treaty rights and then, in this case, say that Blueberry exercises its rights over a larger territory, in order to argue that an infringement has not been made out. The portion of the Blueberry Claim Area outside consultation Area A is also an area of use as established by the evidence.

#### **b) Province**

[554] The Province’s primary position is that the Court does not need to determine the location and extent of Blueberry’s traditional territory, because it says Blueberry members still have a meaningful ability to exercise their rights in the Blueberry Claim Area.

[555] Alternatively, the Province argues that even if Blueberry members can no longer exercise their treaty rights within the Blueberry Claim Area, they maintain the ability to meaningful exercise treaty rights in a broader asserted traditional territory.

[556] The Province points out that the Blueberry Claim Area is approximately 38,000 square kilometres, and it notes that the traditional territory of the Beaver Indians at the time Treaty 8 was entered into was approximately 194,000 square

kilometres. This, in addition to the evidence that establishes Blueberry members hunt outside the Blueberry Claim Area, the Province says, would establish there are sufficient lands within Blueberry's "traditional territory" for members to meaningfully exercise their treaty rights.

[557] The Province says the precise extent of Blueberry's traditional territory is not clear on the evidence, and that over the years Blueberry has shifted its territorial boundaries. The Province notes the Blueberry Claim Area is smaller than the area Blueberry has asserted is its traditional territory at other times and in other settings. The Province says that, at best, the Blueberry Claim Area is an "arbitrarily defined portion of a larger historic traditional territory." It says the Blueberry Claim Area is more akin to Blueberry's "core or preferred areas," and that this is not what was contemplated in *Mikisew*.

## **2. Jurisprudence**

[558] The text of Treaty 8 provides that the Indigenous people with whom the Crown treated "shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described..."

[559] The issue of Treaty 8 and where the "usual vocations" are to be pursued came up in *Mikisew*. As previously noted, in that case, the governments of Canada and Alberta were arguing that Mikisew's rights were not infringed as the road at issue took up only a small area of land, and the Mikisew could still exercise their rights at other places within the larger Treaty 8 territory. Justice Binnie considered these arguments and, as noted earlier, at para. 48 stated:

[48]...The "meaningful right to hunt" is not ascertained on a treaty-wide basis (all 840,000 square kilometres of it) but in relation to the territories over which a First Nation traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today...

[560] Justice Binnie's reasoning in *Mikisew* has recognized, on the one hand, that signatories and adherents "may have rights under Treaty 8 to hunt, fish and trap throughout the Treaty 8 area" (at para. 47). On the other hand, it shows an appreciation that, from a practical point of view, location, "home turf" or traditional territory matters. In essence, Justice Binnie has reasoned that understanding the locations and territories traditionally used by an Indigenous group, and those that

continue to be used today, matters when courts are considering whether the rights protected by Treaty 8 have been infringed.

[561] Knowing the areas used for the exercise of rights is also important in a consultation setting, since the Crown's right to take up lands under Treaty 8 is subject to its duty to consult and, if appropriate, accommodate. The Crown must consult before reducing the area over which a First Nation's members may continue to pursue their hunting, trapping and fishing rights (*Mikisew* at para. 56). This consultation is premised on knowing the area used.

[562] Several cases have discussed how one part of advancing an infringement claim is determining the nature and extent of the First Nation's traditional territory. In *Prophet River v. British Columbia (Environment)*, 2015 BCSC 1682, the Prophet River and West Moberly First Nations brought a petition for judicial review challenging the Province's issuance of an environmental assessment certificate to allow for the construction of the Site C dam.

[563] One of the issues raised was whether the provincial ministers were obligated to determine whether the dam project infringed Treaty 8 rights. Justice Sewell held that the ministers' responsibility in considering an application for an environmental assessment certificate were set out in s. 10 of the *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43, and did not include the power to determine rights. The question of infringement would require, *inter alia*, a determination of the extent of each nation's traditional territory and a "rights-based resolution." The Court reasoned as follows at paras. 130-131:

[130] ...The [*Environmental Assessment Act*] *EAA* does not provide the Ministers with the powers necessary to determine the rights of the parties interested in the project under consideration. The Ministers have no power to compel testimony, hear legal submissions from the parties or require production of documents. The procedures set out in the *EAA* are simply inadequate to permit determination of the issues framed by the petitioners in this proceeding. In addition, it is obvious that the Ministers have no particular expertise with respect to those issues.

[131] The infringement issue as raised by the petitioners requires the resolution of the proper construction of Treaty 8, a determination of the nature and extent of each petitioner's traditional territory and a decision as to the effect of the jurisprudence to date on these issues. It is in every respect a rights-based issue and requires a rights-based resolution.

[564] The First Nations also argued that the Court could decide the question of infringement in the context of the judicial review. The Court disagreed, reasoning the proper route for the determination of the infringement issue was to file a notice of civil claim and hold a trial to resolve the factually complex issues. At para. 143, Justice Sewell added:

[143] ...The petitioners' claims of infringement would involve the petitioners establishing the boundaries of their traditional territory, the extent to which specific species were exploited within their traditional territory and the relative impact of the Project on the traditional rights of the petitioners. These matters would have to be proven by admissible evidence accepted by the court. They cannot appropriately be resolved on a summary hearing pursuant to the *Judicial Review Procedure Act*.

[565] The Court of Appeal in *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2017 BCCA 58, upheld this decision.

[566] The Prophet River First Nation and West Moberly First Nation also launched an application for judicial review in the Federal Court regarding the decision of the Governor in Council that the adverse environmental effects that would likely result from the construction of the Site C dam were justified in the circumstances. One of the issues was whether the Governor in Council had the jurisdiction under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52 to decide whether the project would infringe Treaty 8 rights. The Federal Court held that judicial review was not the appropriate course of action to determine whether treaty rights had been infringed (*Prophet River First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 1030 at paras. 49-52).

[567] The Federal Court of Appeal in *Prophet River (FCA)* dismissed the Treaty 8 First Nations' appeal. On the issue of the territorial scope of the rights guaranteed by Treaty 8, the Federal Court of Appeal noted at para. 36 that "[a]lthough treaty rights can be defined as established rights as opposed to claimed rights, and Aboriginal groups are entitled to what was confirmed in Treaty 8..., the scope of their use on Aboriginal peoples' traditional territories still needs to be delineated (*Mikisew* at para. 32)."

[568] At paras. 50-51, the Federal Court of Appeal added that when a First Nation alleges a project will infringe their treaty rights, as part of the consultation process

the First Nation must provide specificity regarding where the rights were historically exercised and where they are exercised today:

[50] Although it is uncontested that the appellants, as signatories of Treaty 8, have treaty rights in the area covered by Treaty 8, there is no evidence that their rights cover the entire area of 840,000 square kilometres, an area that exceeds the size of the province of Manitoba (*Mikisew* at paras. 2 and 48). Unless a treaty enumerates specific locations for hunting, treaty rights ascertained on a treaty wide-basis have to be specified as part of the consultation process. As such, it is insufficient for the appellants to assert treaty rights by merely alleging preferred areas without any specification with respect to the traditional land use area in which the rights were historically and are currently exercised.

[51] As part of the consultation process, the appellants therefore not only had the opportunity but the obligation to carry their end of the consultation process and provide information in support of their allegation that the Site C Project would infringe their specified treaty rights. Particularly, the appellants had the duty to provide information for the determination of their traditional territories and the scope of their treaty rights in order to demonstrate that the potential impact of the Site C Project was so severe so as to constitute infringement (*Haida Nation* at para. 48). ...

[569] The question of the territorial scope of treaty rights also arose, but was not decided, in *West Moberly 2020*. In that case, a number of First Nations who had adhered to Treaty 8 brought an action seeking a declaration that the western boundary of the tract of land covered by Treaty 8 was the height of land along the continental divide between the Arctic and Pacific watersheds. The First Nation plaintiffs were successful, the declaration was granted, and the Province appealed.

[570] In the appeal, the Treaty 8 First Nations argued that the trial judge's declaration allowed their members to "step outside and know with certainty where they can exercise their Treaty rights" (at paras. 76 and 95). Both Chief Justice Bauman (for the majority) and Justice Smith (dissenting) dismissed the idea that by virtue of the declaration of the western boundary there was clarity on the geographic scope of the rights.

[571] Justice Smith noted, at paras. 86-87, that there had been "no judicial finding as to the relationship between the tract boundary and the substantive rights under the Treaty" and that it was not clear from the record whether the rights were intended to be exercised on all the land encompassed by the metes and bounds clause.

[572] Considering the language of Treaty 8 and the confirmation of First Nations' rights to pursue their usual vocations throughout the tract surrendered, Chief Justice Bauman reasoned as follows at paras. 422-423:

[422] The question begged is whether this purports to grant a particular adhering nation harvesting rights throughout the entire area covered by Treaty 8. It raises the spectre of the Cree of Vermilion asserting rights over the Sekani's traditional lands in British Columbia.

[423] On the contrary, in future proceedings the Treaty may be interpreted as only affirming a particular adhering nation's rights that its members traditionally enjoyed within their traditional lands, their "usual vocations" throughout "the tract hereinbefore described" that is the tract that that nation surrendered...

(emphasis in original)

### **3. Analysis**

[573] The location and extent of Blueberry's traditional territories is important both for purposes of consultation and for purposes of adjudication. While the Province says Blueberry can still exercise its rights and continues to do so today, the Court must know the areas used by Blueberry for the exercise of its rights for the purposes "of the infringement analysis in this case, namely:" Have the Plaintiffs established a treaty infringement in that they are no longer able to 'meaningfully exercise' their Treaty 8 rights in their 'traditional territories,' having regard to the extent of industrial development?" (which is how the issue is framed in the parties' trial briefs).

[574] In determining traditional territories, the court must consider the nature of a First Nation's society. Delineating the traditional territories of a semi-nomadic society and assessing whether treaty rights have been infringed may well require different considerations than for non-nomadic groups. Looking at patterns of use may be more important than focussing on boundaries. That rights can no longer be meaningfully exercised within specified areas of a First Nation's traditional territories (for example, in areas of particular ecological, cultural or spiritual significance to the First Nation historically and today) might also be sufficient for finding an infringement. The areas may be insufficient in area and character to provide for the meaningful exercise of Treaty rights.

#### **a) Consultation Areas, Traditional Territories and the Problem with Boundaries**

[575] Before reviewing the evidence regarding the territories used by Blueberry historically and today, I will discuss “consultation areas,” and review the correspondence between the parties regarding Blueberry’s traditional territories and the area that should be used for consultation purposes. As part of this, I will consider the problem with demarcating boundaries.

[576] The Province’s Ministry of Indigenous Relations and Reconciliation (previously known as the Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation) develops procedures, guidelines and tools to assist government officials and industry proponents in meeting consultation obligations with First Nations. One such tool is the Consultative Areas Database which geographically identifies consultation areas for each First Nation based on information provided to the Province by the First Nation about the areas over which it has or asserts treaty or Aboriginal rights or title, or based on an area set out in an agreement.

[577] Geoff Recknell, the Ministry of Indigenous Relations and Reconciliation’s Regional Director for the North Region from 2010 to 2019 testified at trial and described the idea behind consultation areas as follows:

Q: ...What is meant by a “consultation area”?

A: Yeah, consultation area is an area – a geographic area, so a map area, in which it is understood that a First Nation has Aboriginal rights or interests or treaty rights depending on the circumstance of the situation, and the consultation area is the area within which the Province’s duty to consult is triggered.

Q: You described the consultation area database earlier in your evidence. Who determines what consultation areas get placed in the consultation area database?

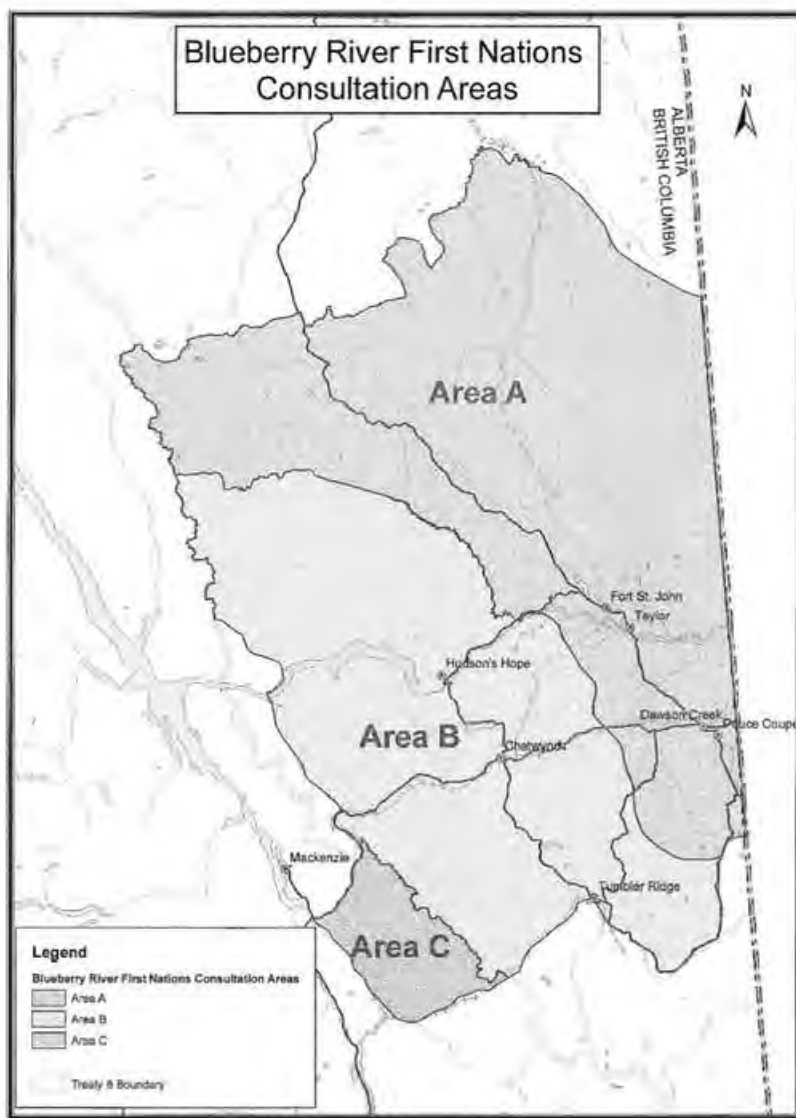
A: There are a number of different ways that information may be brought forward into the consultation areas database...The consultative areas may be provided by the First Nation to the Province. In some instances the consultation areas are the outcome from a negotiation such as the consultative areas that were described earlier and included with each of the resource management agreements that we went through.

So the processes may be different and they are changed – the maps may change over time as new information comes forward. The First Nation or BC may conclude or undertake ethnohistoric research or studies to establish or refine where the traditional territories which determine a consultative area lie, and that information from time to time is used to update the information in the consultative areas database.



[578] On October 17, 2012, Blueberry wrote to the Province regarding its traditional territory and the area to be used for consultation purposes. Blueberry attached a map, which it said more accurately reflected its documented historical land use and occupancy, and which it said was generated as a result of a study prepared by Dr. Dorothy Kennedy and Randy Bouchard (“Kennedy and Bouchard Report”), which it also enclosed. The map attached to this letter (which I will refer to as the “2012 Map”) showed Blueberry’s traditional territory outlined in blue. Blueberry asked that the 2012 Map be recognized as the area where the Province is required to consult with Blueberry.

[579] On May 26, 2014, Mr. Recknell responded to Blueberry’s October 17, 2012 letter. He noted the Province would implement a three-zoned consultation area approach that was based on Blueberry’s asserted traditional territory shown on the 2012 Map, and that its approach would divide the consultation area into “Area A,” “Area B” and “Area C.”



**Exhibit 103, Tab 8: May 26, 2014 letter from Geoff Recknell to Chief Marvin Yahey with enclosed map titled “Blueberry River First Nations Consultation Areas.”**

[580] He noted the Province had reviewed and considered the Kennedy and Bouchard Report, and that the Province agreed it provided “a credible analysis of known historical sources.” He noted that consultation Area A “largely corresponds with the boundary in the Report delineating the approximate overall area that was reported to have been used by the ancestral family groups associated with the contemporary BRFN peoples.” Mr. Recknell noted: “The Province agrees with the Report findings that the sources of historical documented use by BRFN are strong in some areas and weaker in others, and is of the view that Area A represents the area historically used by BRFN ancestors, as described in the Report.”

[581] I note that Area A covers much, but not all, of the area that would come to be represented on Schedule 1 of the Notice of Civil Claim, and which I have referred to here as the Blueberry Claim Area. In particular, Area A includes the Beaton River Watershed, Pink Mountain, and Tommy Lakes areas, but excludes the area around the lower Halfway River, Farrell Creek and Butler Ridge.

[582] The Province noted that the scope of consultation in Area A will vary according to the proposed activity and the assessed nature and scope of the treaty rights that may be impacted. It noted it would consider information regarding traditional patterns of activity within Area A (i.e., where Blueberry's ancestors undertook their hunting, fishing, and trapping around the time of entering into Treaty 8) as relevant to considering the appropriate scope of consultation. Information about current use, including frequency of use, and whether there are any unique or special characteristics of the area, would also inform the Province's scope of the duty to consult in Area A.

[583] The Province went on to note that historical and current use of Areas B and C was not substantiated by the Kennedy and Bouchard Report or by any other information it has been provided, and it would therefore consult with Blueberry on a notification basis for those areas, pending the provision of further information.

[584] On March 3, 2015, Blueberry filed its Notice of Civil Claim, which attached Schedule 1 showing the Blueberry Claim Area, representing a "portion" of its traditional territory.

[585] On November 19, 2015, the Province wrote to Blueberry noting the territory asserted in the Notice of Civil Claim was reduced in scope compared to the territory asserted in the October 17, 2012 letter and 2012 Map. The Province proposed implementing a new consultation area based on the Blueberry Claim Area reflected in the pleadings filed in court.

[586] On December 18, 2015, Blueberry responded to the Province objecting to its proposal to reduce the consultation area. In a follow up letter on March 21, 2016, referring to its pleadings, Blueberry noted that the Blueberry Claim Area was not its "entire traditional territory," but rather the portion of its territory within which Blueberry traditionally exercised their treaty rights. Blueberry noted that due to ongoing development in its territory, members had been forced to travel further from

parts of the territory they traditionally used to try to exercise their rights in other areas.

[587] On May 2, 2016, the Province confirmed it would not amend the existing consultation area map boundaries, and would continue to follow the three-zoned approach outlined in Mr. Recknell's May 26, 2014 letter. The Province noted it remained interested in receiving additional information regarding the areas Blueberry members traditionally or currently practiced their treaty rights.

[588] Consultation between the Province and Blueberry has generally proceeded on the basis of the May 26, 2014 letter. The Province has in correspondence to Chief Yahey admitted that Area A is the area Blueberry's ancestors historically used.

[589] In these proceedings, Blueberry has focused its attention on the Blueberry Claim Area, which, as noted earlier, outlines a portion or specific parts of the territory their ancestors used and relied on. The map of the Blueberry Claim Area (i.e., Schedule 1) is appended to the Notice of Civil Claim because at the time the claim is filed, the parties and the court need a clear outline of the claim.

[590] While the Treaty 8 jurisprudence notes the importance of having reference to a particular nation's traditional territories (i.e., "*its* traditional territories") when considering whether an action for treaty infringement has been made out, there is little guidance on how to approach the task of identifying and delineating a nation's traditional territories in the treaty context, as opposed to the Aboriginal title context. What is clear is that the court is to consider the nation's "traditional patterns of activity and occupation," and when looking at lands taken up and considering the question of infringement, is to consider whether the nation can meaningfully exercise its rights in relation to the "territories over which [it] traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today" (*Mikisew*, paras. 47-48).

[591] *Mikisew* does not set the scale at which an infringement claim can be pursued. I do not interpret *Mikisew* and the cases that have followed as requiring a First Nation, when bringing an infringement claim, to do so in relation to the whole of the territories it traditionally used and continues to use today. A First Nation may be entitled to bring a claim in relation to one or more significant portions (whether

culturally, spiritually or ecologically) of its traditional territories, including its “core” areas.

[592] It may be that an area within its traditional territory (for example a particular watershed) is an important location for the exercise of certain rights, and that development activities planned for that location risk infringing those rights. The First Nation would be entitled to bring an infringement claim, in relation to that portion of its traditional territories. Nothing in para. 48 of *Mikisew* precludes a First Nation from bringing a claim in relation to a specific area within the territories over which it traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today. Moreover, in my view, this approach gives meaning to the Supreme Court of Canada’s insistence that patterns of activity and occupation matter, as it recognizes the importance to First Nations of specific locations.

[593] In this case, the Court heard specifically how particular locations are important. Wayne Yahey testified about how certain places where Blueberry members exercise their rights to harvest are not easily replaced.

I asked my uncle is there another area that you think they [pine marten] moved to. He told me, you know, before, how long did it take our ancestors to find that area. He said it’s going to – it’s going to take just as long for us to find another area to find a pine marten... He said when they are clearcutting that area, marten, their safety net is climb a tree. He said when that feller buncher grabs that tree the marten climbs it, what do you think is going to happen to that marten.

So that’s – that’s his way of explaining to me about – because I told him could you just find another area. He kind of – he told me no. And he explained to me about that assessment, his – about his history, what his dad told him.

So this area in particular when – it used to be a prime area where we get our necessities, food. It provided – we call it midnitsu. It’s a certain wood that we gather for tanning a moose hide. Only – it only exists in big timber. Where my mother used to learn from her mother to harvest this wood, it’s all logged. Nothing. I asked my mother let’s go back to that place and she said no, it’s logged.

And I asked her could we find another place? She told me well, you know, I’m getting old. I can’t walk. She said when I was a little girl my grandma showed me that place.

So the thing that people outside our culture don’t understand, they say okay, why don’t you just look somewhere else. That’s what I asked my mother. That’s what I asked my uncle. It’s not like that. It’s not the case what we do. Because it’s a simple answer. I say well, can’t you just look somewhere else. It took 100 years in evolution just for us to find it, and then another place, it’s – it wouldn’t happen. Not going to happen.

So just to give you a sense of how they explain it to me, how they conveyed their teachings to me, and when I asked them those questions, could we just find another place, it's not as easy as it sounds. All these areas have a significant value.

[594] I therefore do not accept the Province's argument that, in accordance with *Mikisew*, a First Nation cannot bring a claim to a core or preferred area of its territory. Specific areas have significant value.

[595] When faced with allegations that important or core areas within a nation's traditional territory are being impacted or destroyed, it is no answer to say: go elsewhere, you have a large territory. The Supreme Court of Canada recognized this, noting it did not make sense from a practical point of view to suggest to the *Mikisew* that while their own hunting and trapping territories were compromised, they could effectively move into or invade the territories of other distant First Nations.

[596] The same reasoning applies when considering infringement claims involving specific areas of a First Nation's territory. It is no answer to Blueberry to recognize that its core territory in and around the Beatton River is being compromised, but to deny any infringement because members can still exercise their rights in other outlying areas, which may or may not be shared with other First Nations, and which may or may not hold the same cultural, ecological or spiritual values. This approach disregards the nation's attachment to specific places, its patterns of use and occupation, its way of life, and the Indigenous laws and protocols that govern use of shared or neighbouring areas.

[597] Nor do I accept that the Blueberry Claim Area is an "arbitrary" portion of Blueberry's larger traditional territory. As is discussed in greater detail below, I find that the Blueberry Claim Area generally accords with the area Blueberry used at the time its ancestors adhered to the Treaty, and that members continue to use today. For greater clarity, I find that the area delineated as Area A is the area Blueberry historically used at the time of the Treaty. The Province accepted this in its correspondence to Blueberry. In so finding, I also recognize there is evidence that Blueberry's ancestors knew and travelled through a larger area extending from the Rocky Mountains into Alberta. The remaining Blueberry Claim Area (consisting of an area just north of the Peace River and west of Halfway River), as will become

evident, is part of Area B and consistent with evidence of use given by Blueberry members at trial.

[598] In so ruling, the Court is mindful that the process of delineating boundaries on a map can be fraught. It must be recognized, especially in the case of nomadic and semi-nomadic societies, that boundaries may be difficult to draw. I note, as Justice Vickers said in *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2007 BCSC 1700 (a case dealing with Aboriginal title, not treaty rights), territorial boundaries can be artificial – members do not stop their harvesting activities based on lines on a map, and there may be a difference of opinion about such boundaries even amongst the people who live in the territory (at paras. 641 and 642).

[599] Yet there is a societal (and in this case legal) demand for boundaries, or at least for a way of knowing the locations of territories. The Province must know where Blueberry exercises its rights in order to consult in a meaningful way, and the Court must know where Blueberry exercises its rights in order to ascertain whether they can still be meaningfully exercised within their traditional territories in the context of its infringement claim.

[600] Although I have used the term boundaries, I recognize this idea could be considered inconsistent with the way in which Blueberry knows and uses its territories. The Court heard evidence from Mr. Brody about how in the 1970s and 1980s when resources were still abundant, Blueberry members were not overly concerned about precise boundaries between the territory of one group of Dane-zaa people and another, and there was an openness towards the members of other nations using parts of the territory. At the same time, however, the members of one nation did not tend to go “deep” into the territories of other nations to harvest. Mr. Brody suspected this was because at the time of his research in the late 1970s to early 1980s, there was considerable abundance of resources, and individuals did not need to travel large distances from their homes to harvest.

[601] Norma Pyle’s testimony on this point is especially instructive. At several points during cross-examination Ms. Pyle emphasized that, for Blueberry, there were no boundaries, and that boundaries were made at the insistence of government. On August 30, 2019 she testified as follows:

...I mean, boundaries – you know, boundaries are only as a result of government. There were no boundaries. I mean, even, you know, when my

mom and her family are travelling back and forth from Horse Track to Halfway there are no boundaries. The travel is free.

By the time the Alaska Highway come, Beatton Airport River Road, provincial government getting involved, then there's boundaries. As soon as provincial government determine there's resources, lucrative resource in the area, then they start putting these boundaries.

[602] Again on September 3, 2019 she testified:

...There were no boundaries, even, you know, in the 70s. That's not that long ago. Boundaries happened because of your clients [the Province] put boundaries on us. Make us have boundaries. That's where the boundaries come from.

...

So talk about a boundary. We never used to have a boundary. This boundary business is by your clients, both your oil and gas clients and your government client. That's who makes boundary. And they play one nation against the other because now there's a boundary.

[603] Other witnesses, including Sherri Dominic, Wayne Yahey and Jerry Davis, referred to certain areas on what I will call the edges of the Blueberry Claim Area as being the areas or territories of other First Nations, and of the need to show respect when using those areas. For example, Doig River First Nation's territory is at the east side of the Blueberry Claim Area, and Halfway River First Nation's is on the west side.

[604] Ms. Dominic testified that Blueberry members "respect other First Nations and their areas. And if we are given permission or if we go with some of the members then we actually go to those areas and go hunt, but it's just being respectful of other First Nations, their areas." As to boundaries, she testified as follows:

Q: So is there something of a boundary on here that you would think of as – to the east of it as Doig and Doig territory?

A: No boundary.

Q: No. Just this general area?

A: Just a general area.

[605] Mr. Yahey testified that Blueberry elders had told him there is no "line" that separates Blueberry from the Halfway River First Nation. Part of their culture,



practice and tradition is to await an invitation to hunt in a neighbouring nation's "backyard."

[606] Maps of the asserted traditional territories of other Treaty 8 First Nations, as reflected in the Province's Consultative Areas Database, have been entered into evidence in these proceedings. It is clear that the Blueberry Claim Area overlaps, to varying degrees, with the information the Province has about the asserted territories of several other First Nations, including Doig River (who together with Blueberry were once the Fort St. John Indian Band), Halfway River, Prophet River, West Moberly and Saulteau First Nations, and the McLeod Lake Indian Band.

[607] These First Nations were not parties to these proceedings, and they did not speak to those maps. Nor is there evidence about the Indigenous laws and protocols in place to deal with issues of shared or overlapping territories, though as noted above some witnesses spoke of the importance of respecting the territories of other First Nations and obtaining their invitation or permission before hunting or fishing in those areas.

[608] The Court's findings set out below deal with the territories traditionally used by Blueberry's ancestors and currently used by members today, and are made in the context of this claim that alleges breach of the Treaty and infringement of Blueberry's treaty rights. It is evident there is overlapping use by First Nations in some of these areas. The Court makes no findings as to whether those territories were exclusively used by Blueberry, or whether other Indigenous people also used and accessed these lands and what laws and customs governed such use.

[609] In addition, it must be recalled that Blueberry is not, in this action, seeking to prove Aboriginal title to its traditional territories. It need not meet the test for proof of title set out in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 [*Delgamuukw*] and *Tsilhqot'in*, based on occupation prior to the assertion of European sovereignty, nor need it show sufficiency, continuity and exclusivity of occupation over the whole of its territory. Its task here is to bring forward evidence of the areas its ancestors traditionally used, including information about the specific activities undertaken and relevant patterns of use, for the purpose of their infringement claim.

[610] Some of the approaches used in the Aboriginal title context, however, have some relevance here. In the Aboriginal title context, the Supreme Court of Canada

has stated that the concept of occupation must be approached from both the common law perspective and the Aboriginal perspective (*Delgamuukw* at para. 147 and *Tsilhqot'in* at para. 34). The Aboriginal perspective focuses on the laws, practices, customs and traditions of the specific Indigenous group, and the court must take into account the group's size, manner of life, material resources, technological abilities, and the character of the lands claimed (*Tsilhqot'in* at para. 35). It is a context-specific inquiry, and the nature of the use of the land (including intensity and frequency of use) will vary based on the characteristics of the Indigenous group asserting title and the character of the lands (*Tsilhqot'in* at para. 37). The approach is to be "culturally sensitive" (*Tsilhqot'in* at para. 42). In *Tsilhqot'in*, the Supreme Court of Canada confirmed that nomadic and semi-nomadic groups can establish Aboriginal title to lands (at para. 44). The Court noted that regular use of territories for hunting, fishing, trapping and harvesting is sufficient use to ground title (at para. 42).

[611] The idea of approaching the question of territory from both the common law and Indigenous perspective is reminiscent of one of the principles of treaty interpretation, which aims to find the interpretation that reconciles the interests of both parties at the time the treaty was signed. Looking at what areas of the territory were used for hunting, fishing, trapping and gathering necessarily requires greater emphasis on the Indigenous perspective. It is the members of the nation themselves who know the places they rely on and that are important to them.

[612] The evidence showed that at the time the Treaty was entered into, the Crown did not have any special knowledge of the territories Blueberry's ancestors used and relied on. The Treaty Commissioners did not survey the traditional territories of each signatory and adhering nation, setting out the proper metes and bounds before making the solemn promises reflected in the Treaty. Nor did they seek further information from the Indigenous people regarding how their mode of life was practiced within those territories. Similarly, in the modern context, when the Province is seeking to consult with Blueberry about certain decisions or projects that have the potential to impact the exercise of their treaty rights, it turns to the nation itself to provide information about the specific areas where they hunt, fish, trap and gather and that are important to them.

[613] Specificity is needed and can only come from the Indigenous people. They can tell the Province and the courts which are their preferred or core areas and why. They can provide insight into the important features that allow for the meaningful exercise of rights in these locations. They can explain the values the lands and waters contain. Here, in bringing a claim focused on the Blueberry Claim Area, as opposed to the area on the 2012 Map or some other larger asserted area, I take this to represent the significant portions of Blueberry's traditional territories for the exercise of their rights.

## **b) Findings Regarding Traditional Territories**

[614] The evidence in this case regarding the territories Blueberry used in the past for hunting, fishing, trapping and gathering purposes can be grouped into three time periods: (1) prior to and at the time Blueberry's ancestors entered into Treaty 8 in 1900; (2) early 1900s to early 1970s; and (3) 1970s to 1980s. Evidence regarding areas of current use came from Blueberry members who testified at trial. As noted by Blueberry, the names members use in talking about areas they know and rely on derive from various sources: mile markers, roads or highways, streams and rivers, and Dane-zaa names. The Court will also refer the locations referred to in the evidence using the terms used by the witnesses.

### **i. Territories Used Prior to and at the Time of the Treaty**

[615] The evidence about the territories used by Blueberry's ancestors from the time of contact in the late 1700s through to the 1930s is included in the Kennedy and Bouchard Report). The Kennedy and Bouchard Report is dense. It is based on a review and analysis of the known and available ethnographic, ethnohistoric and linguistic materials. The authors refer to a voluminous amount of historical records, including trading post, fur traders' and explorers' journals; the work of anthropologists and ethnographers (including Dr. Ridington and Mr. Brody), as well as historians and scholars. The Kennedy and Bouchard Report is based exclusively on archival and library research and does not include contemporary Blueberry oral history.

[616] Both parties referenced the Kennedy and Bouchard Report as part of their respective arguments. The report is one of only a few pieces of evidence in these

proceedings that provides insight into the territories used by Blueberry's ancestors prior to entering into treaty.

[617] The Kennedy and Bouchard Report shows that, with regard to the period from contact to 1870, there is a wide range of views about which Indigenous peoples used and occupied the lands in and around the Peace River towards the Rocky Mountains, and the relationships between them.

[618] There is more agreement regarding the territory used by Blueberry's ancestors from 1870 onward. The historical evidence from the late 1800s and early 1900s reviewed in the Kennedy and Bouchard report shows that family groups who comprised Blueberry's ancestors often hunted in and around the Peace River and the Beatton River, northwest to the Sikanni Chief River, as well as west to the foothills of the Rocky Mountains, east into Clear Hills, Alberta, and southeast to Grand Prairie.

[619] For example, journals kept at Fort St. John in the late 1800s and early 1900s provide evidence of Blueberry's ancestors living in the Fort St. John region, particularly the Beatton River area, and hunting and trapping over an expansive area both north and south of the Peace River and east into Alberta (p. 15). The journals also provide information about the composition of hunting groups and the range of territories they were reported to have used prior to and after Treaty 8. The Kennedy and Bouchard Report notes at 57: "[i]t is obvious from the journals that the Beatton River watershed was highly significant to the *Dane-zaa* people of the late 19<sup>th</sup> century." The area on, around and across from the Beatton River was noted as being a favoured hunting ground of the Dane-zaa or Beaver Indians.

[620] Dr. Ridington also identified many of the hunting groups as members or ancestors of the Beaton (North Pine) River Band, later the Fort St. John Band, and later still the Blueberry River and Doig River First Nations. The journals record these groups, while not being fixed territorial or political units, travelling farther in range than the studies of the 1960s and 1970s show.

[621] These journals refer to Blueberry's ancestors hunting and camping in and around Montney Prairie, Blueberry River, Aitken Creek, Halfway River, Nig Creek, and Charlie Lake, north and south of the Peace River including as far south as the

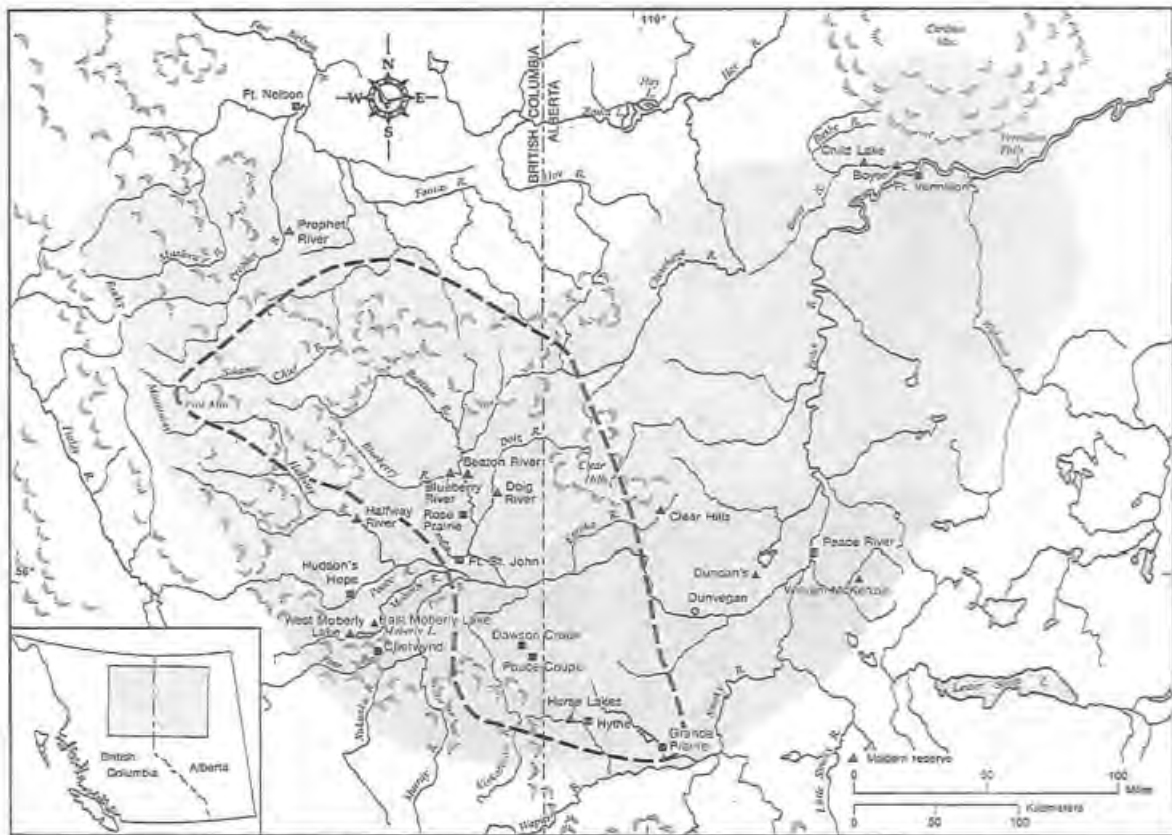
Kiskatinaw River, and as far east as Clear Hills, Grand Prairie and Clearwater River in Alberta.

[622] Similarly, in his expert report, Dr. Ridington noted there were relationships between people living over territories that extended from the Rocky Mountains to east of the Alberta border, and from the Prophet River area to south of the Peace River. Dr. Ridington concluded at pages 11-12: “At the time of treaty, people identified as the Fort St. John Band knew and used this extensive territorial range through their seasonal rounds and the scheduling of resources.”

[623] At page 14 of his report, Dr. Ridington provided more specificity regarding what he called the “core territories” used and relied on by Blueberry’s ancestors in and around 1900. He stated:

The Dane-zaa fished in rivers including the Peace, Beatton (earlier called the Pine) and various tributaries like the Doig and Blueberry, as well as a variety of lakes. Charlie Lake together with Stoddart Creek and Fish Creek which flow in and out flow Fish Creek [sic] provided large numbers of suckers during their spring spawning run. East of the Beatton is an area of small lakes known in the Beaver language as *Megawontlonde*, Many Lakes. A little farther to the east are the Beatton River, Cecil Lake, and Boundary Lake. The upper Beatton watershed including the Blueberry River provided important hunting and trapping opportunities. The Dane-zaa name for the people whose core territories were Charlie Lake and northern areas to the east as well as west into the foothills of the mountains, is Lhuuge Lęa (*Tluge La* or sucker fish there people). They shared these territories with relatives known as Ts’ibii Dané? (Tsipidanne, Muskeg People). These names are still used to identify the Blueberry River and Doig River First Nations respectively. Hunting and trapping were important within the taiga zone beyond the edge zone habitats of their core territories, but could not sustain larger gatherings of people.

[624] The Kennedy and Bouchard Report includes a map that delineates the approximate area used by Blueberry’s ancestral family groups from the 1850s to the 1930s, based on the documentary sources reviewed. The dotted line indicating the area used spans from Clear Hills, Alberta in the east, to Grand Prairie, Alberta in the southeast, roughly follows the Halfway River to Pink Mountain in the northwest, and stretches nearly as far north as Prophet River. At the centre of the territory is the Beatton River watershed. This dotted line is placed over a larger shaded territory that Dr. Ridington had described in the section entitled “Beaver” included in the *Handbook of North American Indians, Vol. 6, Subarctic* (Washington D.C.: Smithsonian Institution, 1981) at 351.



The added line delineates the approximate overall area used 1850s-1930s by the ancestral family groups comprising the contemporary Blueberry River First Nations, based on documentary sources.  
Overall map of Beaver Territory adapted from Ridington (1981:351).

**Exhibit 103, Tab 4: October 12, 2012 Letter from Chief Joe Apsassin to Minister Ida Chong, enclosing Bouchard and Kennedy Report dated August 31, 2011. This map is found on the last page of the Bouchard and Kennedy Report.**



[625] While recognizing that Blueberry's ancestors had relationships with people living across an expansive area from the Rocky Mountains into Alberta, and that Blueberry's ancestors likely knew and used this wide area, the Court finds that the territory most consistently used and relied upon by Blueberry's ancestors around the time they adhered to Treaty 8 in 1900 roughly accords with the area demarked by the dotted line on the map attached to the Kennedy and Bouchard Report.

[626] As noted earlier, the Province accepted this information contained in the Kennedy and Bouchard Report, as reflected in Mr. Recknell's May 26, 2014 letter to Chief Yahey. In that letter, Mr. Recknell noted: "The Province agrees that the Report provides a credible analysis of known historical sources...."

## **ii. Territories Used from 1900s to Early 1970s**

[627] Evidence of the territories used and relied on by Blueberry from the early 1900s through to the early 1970s was provided, primarily, by Dr. Ridington. He described their mode of life using the concepts of seasonality, scheduling of resources, and adaptation to edge zone environments. These concepts were discussed earlier in these reasons.

[628] Dr. Ridington noted that during the time he lived with various Dane-zaa communities in the 1960s and early 1970s, few people had drivers' licences or vehicles; as such, hunting and trapping was done by foot or on horseback within close proximity to their home reserve community or summer camp. He noted there was sufficient habitat within a day's travel from the community to sustain a regular supply of moose, fish, grouse, beaver, rabbits, and suckers. In particular, he described the lands and waters adjacent to Charlie Lake and in the lower Beatton River watershed as being a "base" for Blueberry's hunting, trapping and gathering activities.

[629] In a few places in his report and in his testimony, Dr. Ridington also referred to the "core" territory or territories used by Blueberry. He identified the core of the territories used by Blueberry's ancestors at the time of the Treaty and thereafter as being north of the Peace, and centred around Charlie Lake and the Beatton River watershed.



[630] Dr. Ridington referred to the Montney area, known to Blueberry as *Suu Na chii K'chi ge* (which translates to The Place Where Happiness Dwells) as being where the Dane-zaa historically held their summer gatherings. After these gatherings, the Dane-zaa people would disperse into smaller groups to hunt and trap over an extensive area within the boreal forest taiga biome. While Dr. Ridington referred to these “extensive territories” he did not, in his report, provide further details on specific locations used through to the early 1970s.

[631] The Court finds that in the mid 20<sup>th</sup> century, Blueberry’s patterns of use and occupation shifted somewhat, such that they were using and relying on territories closer to where they were then living, which centred in an area stretching roughly from Charlie Lake to the Beatton River. This became their “base” or “core” area. This shift has been referred to as a transition from a semi-nomadic way of life to a semi-sedentary one. They did, however, continue to hunt and trap in the boreal forests beyond this area.

### **iii. Territories Used from 1970s to 1980s**

[632] Mr. Brody also described Blueberry’s activities in the 1970s to early 1980s as radiating out from a core area, and following a seasonal round. The maps and figures included in and appended to his expert report – in particular those showing Blueberry’s berry picking areas (Map 2), trapping areas (Map 4), and hunting areas (Map 5), as well as the Dane-zaa year, some of which were also included in his book *Maps and Dreams*, which is also an exhibit in these proceedings – illustrate this radiating notion. These maps were compiled by asking as many individuals as possible to make a map to show where they had hunted, trapped, fished, and picked berries. Mr. Brody and his research team then combined these individual maps to show a community’s collective use of the land, and reliance on different resources on the land. Maps were created for each of the seven Dane-zaa communities, as well as a combined map showing the overall Dane-zaa hunting, trapping, fishing and gathering areas.

[633] The lines on Blueberry’s hunting areas map are concentrated in and around the Beatton area, with the majority of the lines extending from approximately Montney in the south, to the Beatton River on the east and north, and to Wonowon on the west. Some lines extend north beyond the Beatton River to Black Creek and

the southern part of Conroy Creek, west to Pink Mountain, and east towards the Alberta border.

[634] The lines on the trapping areas map are also concentrated in and around the Beatton area, and a bit further east in the vicinity of the Doig reserve. While this map does not show the traplines in and around the Tommy Lakes area, the evidence provided by Blueberry members confirms that trapping north of the Beatton River and into the Tommy Lakes area (in the northern part of the Blueberry Claim Area) was part of the pattern of activity in the 1970s and 1980s.

[635] Mr. Brody described the mapped areas as representing Blueberry's "heartlands," noting these were the areas interviewees identified as the places they relied on. The maps do not necessarily reflect boundaries, and individuals may have travelled, hunted, trapped and gathered beyond those areas:

Q: When you say "extent," does it also mean that that was the outer limit of where people went? Could any members of any of the communities [have] gone beyond the lines that are drawn on those maps?

A: Those were the lines they drew for me. And when I was hunting with people – I should say drew for us – when I went hunting with people, I didn't go beyond those lines.

And so my evidence is that's where they went, that's where they were going at that time. Those were the areas they established as their heartlands, as the places they relied on, and the extent of the area they relied on. I wouldn't – it's quite possible people did go beyond there but they didn't tell me

[636] Mr. Brody also testified that Blueberry's seasonal round showed a planned and patterned movement on their territory. He testified as follows:

...I think I should begin by saying that one of the ways in which hunting peoples have often been misunderstood, and certainly you can see the Dane-zaa being misunderstood in the correspondence that we referred to earlier, in 1925 to '33, a misunderstanding that centres on the idea that they roam freely over a huge territory without – in a fully nomadic manner, and that they just go here or there where the spirit or mood takes them.

In fact, their movements in their territories are very patterned and there's a set of areas that they like to go to at particular times of year. And if you look at the times of year, you can see a seasonal round with a dry meat hunting camp – set of camps, dry meat being the central activity in the autumn. So there are camps and areas of land use that pertain to that activity at that time of year.

And then we move into winter, the tendency to shift to trapping for fine furs and hunting areas that are good in winter, the second phase of the year, in the middle of which there would usually be trading.

And then a spring hunt centred on beaver, the third phase of the year. And again there will be ideal locations, and that's cabins that pertain to the spring hunt.

And then a summer area which tends to be relatively slow in activity and often includes areas where people gather to meet in larger numbers on the gathering grounds.

So you can understand this as a seasonal round and a typical pattern of activities in which different parts of the territory are being used at different times.

[637] Mr. Brody's research regarding the Dane-zaa seasonal round shows the growing importance of the reserve, over time. In particular, in the 1960s and 1970s, the Dane-zaa people spent more time away from the reserve engaging in different land-based activities. In the late 1970s, while the Dane-zaa still engaged in land-based activities, they returned to the reserve in between activities in higher frequency.

[638] I accept this evidence regarding Blueberry's patterns of use in the 1970s and early 1980s. During this time period, Blueberry was using and relying on territories north of the Peace River in the vicinity of the Beatton River with the most frequency and intensity, with some hunting and trapping activities extending northwest towards Pink Mountain and north to the Tommy Lakes area.

#### **iv. Territories Used from 1980s to Present**

[639] Seven Blueberry members, ranging in age from teenage to mid-70s, provided evidence about the territories Blueberry currently uses, and areas used within the last approximately 40 years. Most of this evidence was focussed on the time period from the 1980s through to the time they testified in 2019, but some of it, especially from elders Raymond Appaw and Jerry Davis, went back to the 1960s and 1970s and also included recollections of the areas used by older generations.

[640] These witnesses recalled the period from the 1960s through to the 1980s being a time when members hunted, trapped and gathered berries and other resources close to the reserve community of IR 205, or within a day's trip from the reserve.

[641] Many of these witnesses referred to important places up and down the Beatton River, along the Blueberry River, and around Aitken Creek where they

camped, hunted for moose, and trapped. Additional harvesting places in this general area that were frequently mentioned by these witnesses include: Beaton River Road, Beaton Airport Road, Mile 43, Buick, Mile 27, Attick Creek, Snyder Creek, Prespatou, Mile 98, Wonowon, Mile 38, Mile 132, Mile 115, Mile 34, Mile 28, Mile 21, and the Dancing Grounds. These locations are all in the central or core part of the Blueberry Claim Area.

[642] Witnesses noted a theme of movement – that families would move around and not always camp or harvest in the same spots, so as to allow for regeneration and regrowth.

[643] The Court heard repeatedly how areas within this core, including Mile 98 and Aitken Creek in particular where members had cabins and trapping areas, are now logged, access is restricted, and hunting is prohibited.

[644] Witnesses also spoke of longer trips to the west and north to Pink Mountain, Lily Lake, Sikanni Chief River, and the Tommy Lakes area. Witnesses referred to Pink Mountain and the surrounding area (in the northwest part of the Blueberry Claim Area), as being an important place and where many members hunted for moose, and in the past for caribou. Witnesses spoke about elders encouraging them to travel to Pink Mountain and areas further west into the mountains to find “clean” water and therefore “clean” moose. In or around 1999, Blueberry purchased land at Pink Mountain and it has since become the location of their annual summer culture camp.

[645] Witnesses also referred to other locations further from the core, including fishing places along the Halfway River and Cypress Creek. Mr. Appaw noted that the area in and around Fort St. John (in the southern part of the Blueberry Claim Area) had been an important area for previous generations, but that due to development that was less true for his generation. In particular, witnesses referred to Charlie Lake and Inga Lake – places that older generations had fished for suckers – but noted these places were now surrounded by too much development and were too polluted to be suitable fishing places.

[646] Blueberry members spoke about the Dancing Grounds near Mile 115 Road, and its cultural significance as the place where Dane-zaa would camp and gather in the summer, share stories, sing, dance and hear from their prophets or dreamers.

They also noted that access to the Dancing Grounds was impeded, and that it is now surrounded by private land and clearing.

[647] While the Province said evidence other than that of Ms. Pyle makes clear this is not so, I do not agree. The reality is that access to the Dancing Grounds is difficult as reflected by the testimony of Ms. Pyle, Wayne Yahey and others who referred to following the river and regularly re-cutting the trail in order to access this important place. While not all members may have specifically noted it was now surrounded by private land and clearing, they were not asked whether that was the case.

[648] A predominant theme from the evidence given by the seven Blueberry members was that many of the places within the core of their territory centred on the Beatton River are now developed to such a degree that hunting, trapping and camping is difficult. Instead, members are moving further and further to get game and practice their cultural and sustenance activities. Wayne Yahey noted this shift had been “life-changing” and that many of the more remote locations his father had shown him in his youth were gaining importance now.

[649] There was some evidence of Blueberry members, over the last approximately five to ten years, using the area around Hudson’s Hope, Farrell Creek and Butler Ridge and even further south to Chetwynd. For example, Mr. Davis and his nephew hunted with members of Halfway River First Nation in and around Butler Ridge; and Wayne Yahey and Sherri Dominic fished up and down the Peace River around Hudson’s Hope. These places were referred to with less frequency and were most often mentioned in the context of studies done over the last several years in relation to projects south of the Peace River or passing through the southern portion of the Blueberry Claim Area. In addition, Blueberry members noted the need to show respect and obtain permission from the neighbouring First Nations in some of these areas.

#### **v. Summary Regarding Territories Used**

[650] The way that Blueberry used its territories historically and today is for families to travel to different areas for hunting, trapping, fishing and gathering purposes on a seasonal basis, moving throughout the territories so as to access a

variety of environments (prairies, mountains, muskeg, boreal forests) and to allow habitat and wildlife to rejuvenate and replenish.

[651] Several witnesses and experts spoke about how, especially in the second half of the 20<sup>th</sup> century, activities radiated out from the core of the territory. In particular, when resources were abundant, Blueberry members could hunt in and around the Beatton watershed, within a day's trip from their homes. However, as development increased in the Beatton area, Blueberry members found themselves needing to travel further from their core area to places they had traditionally visited on a less frequent basis. One such place, is the Butler Ridge and Farrell Creek area. The Court heard little evidence about Blueberry using this area in the early to mid part of the 20<sup>th</sup> century; however, several Blueberry members spoke about hunting and fishing in this area within the last ten years or so.

[652] I find that from the time they entered into Treaty 8 in 1900 to today, there has been a shift in the pattern of Blueberry's use of its territories. At the time they entered into Treaty 8, Blueberry's ancestors consistently used and relied on an area that stretched east to Alberta, south to the Kiskatinaw River, roughly followed the Halfway River northwest to Pink Mountain, and stretched nearly as far north as Prophet River. This area roughly accords with the area demarcated by the dotted line on the map attached to the Kennedy and Bouchard report and with the Province's consultation Area A. At the centre of this territory is the Beatton River watershed – which was a favoured hunting ground. In so finding, I am mindful that Blueberry's ancestors knew and travelled throughout a more expansive area.

[653] During the second half of the 20<sup>th</sup> century, there was a growing importance on the reserve. During this time hunting and gathering activities, in particular, tended to be undertaken within closer proximity to where Blueberry members were living. This meant that Blueberry began to rely more on its "core" territory north of the Peace River, in and around the Beatton River, with the most frequency and intensity, though members still made longer trips to hunt and trap at areas in the west and north such as Pink Mountain, Lily Lake and the Tommy Lakes areas.

[654] Based on the evidence provided by the Blueberry members who testified in these proceedings, I find there has been yet another shift in frequency in Blueberry's pattern of use of its territories. As development has encroached on the

core of Blueberry's territory – fragmenting and affecting wildlife habitat, and impeding access – Blueberry members are travelling more often to areas beyond the core, to places like Pink Mountain and further north and west, which have now gained greater importance. While previously used by Blueberry members, the area around Pink Mountain is seen by community members as a place to find peace and tranquility, and with that, healthy and clean animals. Other places, in the southwest portion of the Blueberry Claim Area are now being accessed with greater frequency. Areas such as Butler Ridge and Farrell Creek were referred to by several witnesses as places they are now going to exercise their rights.

[655] The Province, relying in part on Blueberry's 2014 "Knowledge and Use Study Final Report for the Coastal GasLink Pipeline Project," has pointed to the areas around Chetwynd and the Sukunka River Valley as reflecting areas where Blueberry members continue to maintain the ability to meaningfully exercise their treaty rights outside the Blueberry Claim Area. The Province also notes that these areas are in relatively close proximity to the Blueberry Reserve. It is clear, however, as noted at page iii of that study that "this is an area they now prefer to use due to disturbance and contamination caused by industry closer to the Blueberry River reserve."

[656] As noted earlier, Blueberry has been candid that the Blueberry Claim Area does not represent all the territories its ancestors traditionally used or all the places its members exercise their treaty rights today. There are areas outside the Blueberry Claim Area where Blueberry members are exercising rights, such as in the Sukunka area. However, in my view, even if Blueberry members are exercising their rights in these limited areas, this does not mean they can still meaningfully exercise their treaty rights. This will become evident further in my analysis.

[657] In conclusion, on this point, the Court does not accept the Province's argument that there is no infringement because Blueberry members can continue to exercise their treaty rights within a broader traditional territory, outside the bounds of the Blueberry Claim Area. This approach disregards Blueberry's perspective and the evidence relating to Blueberry's patterns of use and occupation. It also disregards traditional cultural and spiritual areas of significance; in essence telling Blueberry to use the further edges of its territory. While traditional territory is relevant in both consultation and legal proceedings, if the Province truly believed

that Blueberry can exercise its treaty rights within a larger area, it would also be consulting with Blueberry about projects and developments in Areas B and C beyond a notification level. It cannot have it both ways.

[658] I reiterate that I find that the Blueberry Claim Area generally accords with the area Blueberry used at the time they adhered to the Treaty, and that they continue to use today. For greater clarity, I find that the area delineated as consultation Area A is the area Blueberry historically used at the time of the Treaty. The Province accepted this in its correspondence to Blueberry. The remaining Blueberry Claim Area (which includes the area west of the Halfway River in and around Farrell Creek and Butler Ridge), which appears to correspond with part of consultation Area B has, as discussed above, been established as an area of more frequent recent use on the basis of evidence given by Blueberry members.

[659] Accordingly, I conclude that the Blueberry Claim Area represents the significant portions of the territory Blueberry used historically and which it seeks to continue to use today. It is the area I will refer to when considering if Blueberry's treaty rights have been infringed.

[660] I will now discuss the status of various wildlife populations in the Blueberry Claim Area which have been identified as being important to Blueberry, and will then move to consider the data regarding disturbance in the Blueberry Claim Area.

#### **D. Status of Wildlife in the Blueberry Claim Area**

##### **1. Lay Witness Evidence and Expert Opinion Evidence**

[661] Given the number of lay and expert witnesses who testified at trial, I will briefly comment on the use of lay witness evidence versus expert opinion evidence as relevant to this and other sections of this judgment.

[662] In *Yahey v. British Columbia*, 2019 BCSC 1934, I noted that “[e]xpert opinion evidence has been characterized as an expert interpreting a set of facts and providing the finder of fact with a readymade inference”: at para. 10, citing *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24 at para. 44. Expert opinion evidence is an exception to the generally-held rule that witnesses should testify only to facts. As stated in *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23 [*White Burgess*]:



[14] To the modern general rule that all relevant evidence is admissible there are many qualifications. One of them relates to opinion evidence, which is the subject of a complicated exclusionary rule. Witnesses are to testify as to the facts which they perceived, not as to the inferences — that is, the opinions — that they drew from them. As one great evidence scholar put it long ago, it is “for the jury to form opinions, and draw inferences and conclusions, and not for the witness”: J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898; reprinted 1969), at p. 524; see also C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence* (12th ed. 2010), at p. 530. While various rationales have been offered for this exclusionary rule, the most convincing is probably that these ready-formed inferences are not helpful to the trier of fact and might even be misleading: see, e.g., *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, at p. 836; *Halsbury’s Laws of Canada: Evidence* (2014 Reissue), at para. HEV-137 “General rule against opinion evidence”.

[15] Not all opinion evidence is excluded, however. Most relevant for this case is the exception for expert opinion evidence on matters requiring specialized knowledge. As Prof. Tapper put it, “the law recognizes that, so far as matters calling for special knowledge or skill are concerned, judges and jurors are not necessarily equipped to draw true inferences from facts stated by witnesses. A witness is therefore allowed to state his opinion about such matters, provided he is expert in them”: p. 530; see also *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42.

[663] In this case, for example, Dr. Christopher Johnson, Dr. Scott McNay, and Mr. Keith Simpson appeared as expert witnesses with specialized knowledge of certain wildlife species. They testified to their opinions regarding the state of various species in the Blueberry Claim Area, and drew inferences on the cause of population changes. Because of their qualification as experts, I am entitled to admit their opinions and to use them when making my findings on causation with respect to wildlife populations.

[664] The Province objected to the admission of some lay evidence as impermissible opinion evidence. The Province voiced particular concerns regarding Dr. Holt, who testified as a lay witness, though she has been retained as an expert consultant in the past by both Blueberry and the Province. Certain documents were admitted through her testimony that contain inferences and opinions which are inadmissible from a lay witness, for most purposes.

[665] At trial, counsel for Blueberry noted that similar issues – about lay witnesses who are professionally trained giving evidence that may cross the line from fact into opinion – arose in both the *Ahousaht*, 2009 BCSC 1494, and *Lax Kw’alaams* proceedings. Counsel provided the Court with transcripts from the *Ahousaht*

proceedings where such objections were made, and where Justice Garson ruled to allow the evidence, with directions to the parties to be careful that the testimony is grounded in fact. Justice Garson noted “there is no such thing as expert evidence. It’s expert opinion evidence” (emphasis added). Where a witness is simply recounting facts or their understanding of facts, such evidence should be admitted (subject to general evidentiary rules).

[666] With respect to Dr. Holt, she appeared only as a lay witness, or fact-based witness, in her capacity as one of Blueberry’s consultants and as a prior consultant of the Province. To the extent that Dr. Holt’s evidence includes her opinion on, for example, the efficacy of the Province’s regulatory tools, that evidence is inadmissible except to show that Dr. Holt presented such an opinion to the Province in the course of her work. I have not relied upon the opinions or inferences contained in any of her evidence. However, I agree with counsel for both sides that, subject to other evidentiary rules, I may use the facts to which she testified. For example, when she was retained by the Province in 2017 to critique their regulatory tools, Dr. Holt found that the Province had authorized some degree of development inside every type of designated/protected area. As another example, in her work for Blueberry, she calculated the amount of the Blueberry Claim Area that fell within a protected/designated area and conveyed that information to the Province. This is not opinion evidence, and the Province did not dispute its accuracy.

[667] In each case, including Dr. Holt’s, I have reviewed and used the evidence with this distinction carefully in mind.

## **2. Overview**

[668] I now turn to the evidence dealing with the status of wildlife in the Blueberry Claim Area.

[669] Although Blueberry members harvest a wide variety of species, only a few are principally at issue in this case.

[670] The Plaintiffs submit that a number of key species are in decline within the Claim Area, most notably caribou, moose, and furbearers, including marten and fisher. They submit that industrial development within the Blueberry Claim Area has either caused or contributed to these declines.

[671] They rely on their own direct evidence, the evidence of two expert witnesses – Dr. Johnson and Dr. McNay – and various publicly available reports and data accepted as authoritative by one or more of the expert witnesses.

[672] The Province denies some of the subject species are actually in decline in the Blueberry Claim Area. The Province contends that, where species are in decline, causation cannot be made out. The Province points to non-industrial factors, which vary between species, but that broadly include increased predation, natural forest fires, climate change, and more.

[673] With respect to moose and caribou, the Province highlights increased predation by wolves in particular. The Province notes that active “predator management” has fallen out of favour, and the practice has largely ended in northeastern BC. Predator management essentially consists of culling predators (by hunting, poisoning or trapping) to control their population. In the Province’s view, the uncontrolled increase in the wolf population has put pressure on caribou populations, and, to some extent, moose populations as well.

[674] The Province relies on the evidence of Mr. Keith Simpson, detailed below, and to some degree on contrary interpretations of the evidence provided by the plaintiffs.

### **3. Causation and Standards of Proof**

[675] Before delving into the evidence on impacts, it is also useful to review the standard of proof the Plaintiffs must meet, and what, exactly, they are trying to prove.

[676] As part of its case, Blueberry seeks to establish that the decline of various species within the Blueberry Claim Area, chiefly moose and caribou, are the result of industrial development. The Province argues that while wildlife decline in the Plaintiffs’ territory may be *correlated* with industrial development, the evidence does not show a *causal* relationship, i.e., that wildlife decline is actually the result of extensive industrial development.

[677] Blueberry has tendered a substantial volume of evidence in support of a causal connection and/or correlation between industrial development and species decline in the Blueberry Claim Area. Much of that evidence is scientific – it comes

either via expert witnesses or authoritative provincial documents authored by non-witness scientists. At various times, the Province sought to refute this evidence by attempting to undermine the absolute certainty of the expert witnesses on their theories of causation.

[678] Scientists, however, work to a different standard of proof than the court. The court does not require proof to a standard of scientific precision or certainty (*Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311 [*Snell*]; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32; *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18 at para. 36 [*Ediger*]). As this is a civil case, neither does the court require proof to the criminal law standard of beyond a reasonable doubt. The civil standard of proof requires the plaintiff to prove causation only on a balance of probabilities.

[679] Causation in the context of a cumulative effects claim is something of a novel or currently developing issue at law, and one which was not fully litigated at trial. It is not necessary for me to fully explore it here. For now, it is enough to note that I am not tasked with determining whether industrial development is the *only* cause of wildlife decline, nor with resolving debates amongst the scientific community. I am tasked only with determining whether, based on the evidence before me and on a balance of probabilities, the Province's actions have caused, contributed to or resulted in an infringement of the Plaintiffs' rights which include the Province's actions in permitting the industrial development.

[680] In the context of treaty litigation and s. 35, it is open to the court to take a robust common sense approach to cause and contribution. In Sopinka J.'s unanimous decision in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, he noted at 327:

If I were convinced that defendants who have a substantial connection to the injury were escaping liability because plaintiffs cannot prove causation under currently applied principles, I would not hesitate to adopt one of these alternatives.

[681] Given the specialized nature of the subject matter, I am entitled to rely on expert testimony for inferences and opinions on causation: *White Burgess* at para. 15. That said, the presence or absence of evidence from an expert positing or refuting a causal link is not determinative of causation: *British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal) v. Fraser Health Authority*, 2016 SCC 25 at para. 38 [*Fraser Health*]. Causation can be inferred – even in the face of inconclusive or

contrary expert evidence – from other evidence, including merely circumstantial evidence: *Fraser Health* at para. 38.

[682] Finally, I note from *Ediger* that the trier of fact may, upon weighing the evidence, draw an inference against a defendant who does not introduce sufficient evidence contrary to that which supports the plaintiff's theory of causation (at para. 36). In this case, the Province has significant informational power differential as it holds much of the data distinctly applicable to the issues in this case.

#### **4. Wildlife Management Units**

[683] Much of the available evidence, including the expert testimony tendered at trial, refers to units of land called Wildlife Management Units (sometimes referred to in the evidence as "WMUs"). The witnesses referred to these units in assessing the health and number of wildlife in certain areas. These units are provincially defined management areas, on which much of the caribou and moose survey data is based. A number of maps overlaying the Blueberry Claim Area with Wildlife Management Units and various other datasets were presented at trial. A basic map of the Blueberry Claim Area and associated Wildlife Management Units can be found at Exhibit 92, Tab 22.

[684] As outlined by Blueberry, the main Wildlife Management Units overlapping the Blueberry Claim Area can generally be placed into three categories:

- a) The Central Wildlife Management Units: 7-45, 7-34, and 7-44 (and perhaps the northern part of 7-33). These are located in the core of the Blueberry Claim Area, and overlap with many of Blueberry's primary hunting and trapping territories.
- b) The Outer Wildlife Management Units: 7-46, 7-47, 7-57, and 7-58. These include the mountains in the west, while the eastern areas are mostly scrub bog forest (black spruce). These are primarily caribou territory.
- c) The Southern Wildlife Management Units: 7-32 and 7-20 (and perhaps the southern portion of 7-33). These encompass the southern agricultural and urban areas, which are heavily settled.

[685] Wildlife Management Unit 7-35, in the west of the Blueberry Claim Area, has portions that overlap each of these categories, and cannot be placed easily as a

whole primarily in any one of them; the western portion is primarily mountain or remote less-developed forests, while the eastern portion is more developed and has a different habitat.

## **5. Expert Witnesses**

### **a) Dr. Johnson**

[686] Dr. Christopher Johnson was qualified as an expert in wildlife ecology, with a specialty in cumulative impacts from resource development. He produced one report, dated July 2017 (“Johnson Report”), and two addendums, dated February 2018 (“Johnson Addendum 1”) and May 2019 (“Johnson Addendum 2”). He used publicly available reports and data to opine on health, population trends, and the cumulative effects of industrial development in the Blueberry Claim Area on caribou, moose, marten, fisher, beaver, and porcupine.

[687] Generally, Dr. Johnson stated that there is “considerable evidence demonstrating that the cumulative effects of large scale and rapid industrial development result in a decrease in natural levels of biodiversity.” He noted that industrial development does not affect all species negatively, but what species it does help, it helps at the expense of others. He acknowledged at trial that predator control measures would likely increase ungulate populations.

### **b) Dr. McNay**

[688] Dr. Scott McNay was also qualified as an expert in wildlife ecology, with a focus on caribou and other ungulate populations in BC. His evidence focused on the status of caribou herds within the Blueberry Claim Area. He produced one report, dated July 17, 2017 (“McNay Report”), in which he estimated population trends and assessed the habitat condition of the three caribou herds whose ranges overlap with the Blueberry Claim Area. He then used two previously-developed models to predict herd population growth based on the calculated habitat disturbances.

### **c) Mr. Simpson**

[689] Mr. Keith Simpson was qualified as an expert in wildlife ecology, with a focus on the effects of development on wildlife. He produced one report, dated September 2017 (“Simpson Report”). He gave evidence on habitat requirements, population

trends, and the effects of various types of development on a variety of species in the Blueberry Claim Area, including caribou, moose, and furbearers.

#### **d) Expert Credibility**

[690] I found Dr. Johnson and Dr. McNay to be competent, credible expert witnesses. Their testimony was measured and thoughtful. In cross-examination, each was candid as to what they could or could not agree with and where applicable noted any errors and made corrections. While the Province at one point said Dr. McNay resiled from his opinion, I find his comments were no more than a correction when a mathematical and labelling error was identified. Dr. McNay's correction added to his credibility.

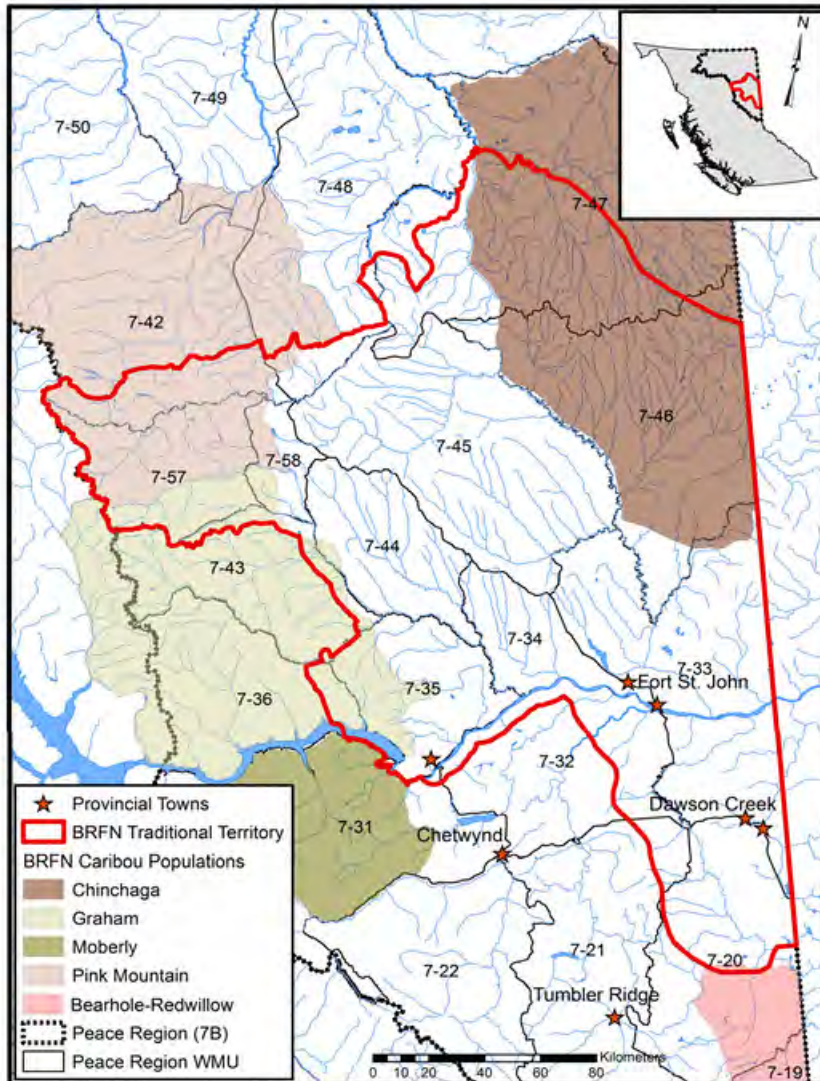
[691] I note the Province's characterization of Dr. Johnson's evidence as being "inextricably linked to the Atlas" – referring to the *Atlas of Cumulative Landscape Disturbance in the Traditional Territory of Blueberry River First Nations, 2016* ("2016 Atlas") – is not accurate. Dr. Johnson referred throughout to other surveys and reports, including Environment Canada reports and scholarly literature. I have no trouble relying on Dr. Johnson's and Dr. McNay's opinions in making my findings regarding the state of key species in the Blueberry Claim Area.

[692] I do, however, have some reservations about Mr. Simpson's evidence. Compared to Dr. Johnson and Dr. McNay, Mr. Simpson is less experienced in the areas on which he was asked to opine. Further, his testimony was inconsistent and, at times, somewhat argumentative. On several issues, his opinion varied between his expert report, direct examination, and cross-examination. In one instance, he changed his opinion mid-trial on the relationship between wolf predation and linear disturbances based on a single study he read. In another, he did not include certain pertinent moose survey information he received that was contrary to his opinion. He was unable to adequately explain this omission. Overall, I did not have the same confidence in Mr. Simpson's testimony as that of Dr. Johnson and Dr. McNay. Accordingly, where there are differences between these experts, I assign Mr. Simpson's evidence less weight.

### **6. Caribou**

#### **a) Overview on Caribou and their Habitat**

[693] There are three woodland caribou herds whose ranges overlap with the Blueberry Claim Area: the Chinchaga, Graham, and Pink Mountain herds. The Chinchaga are part of the Boreal Caribou subspecies, while the Graham and Pink Mountain herds are classified as Northern Mountain Caribou. A map of the Blueberry Claim Area, overlaid with each herd's territory and the corresponding Wildlife Management Units, can be found in the Johnson Report:



**Johnson Report (Exhibit 15, p. 5): Location of caribou populations and corresponding Wildlife Management Units (WMU) within the traditional territory of the BRFN (referred to in these reasons as the Blueberry Claim Area).**



[694] Although there are differences between the Northern Mountain and Boreal Caribou ecotypes, Dr. McNay summarized a variety of general conclusions applicable to both types:

- a) both types require large areas of contiguous habitat with minimal anthropogenic disturbances;
- b) they have a naturally low reproductive rate;
- c) they require undisturbed habitat for calving (birthing and nursing their calves), where they can separate themselves from predators;
- d) high calf mortality rates across BC suggest cows do not have access to sufficient undisturbed calving grounds;
- e) historically, herds with insufficient access to high-elevation rutting and calving grounds have become extirpated; and,
- f) both rely on terrestrial and arboreal lichens, which occur in old-growth subalpine forests and some low-elevation forests (arboreal lichens) and alpine areas (terrestrial lichens).

[695] Dr. McNay noted that Boreal Caribou occur in relatively flatter boreal forests in northeastern BC. They live in smaller groups and are mostly sedentary, as opposed to migratory. He noted that year-round, they select for areas abundant in terrestrial lichens; he explained that they generally avoid deciduous swamps and upland habitat, which tend to be home to predators and alternate prey, such as moose.

[696] Dr. McNay noted that Northern Mountain Caribou seasonally vary their habitat. They spend much of their time at high elevations, where predation risk is low; when they do descend into lower elevations, they are generally found in old stands of lodgepole pine or mixed stands of white spruce and lodgepole pine. He noted: they require year-round contiguous mature forests for secure cover and foraging; that lichen forage is associated with mature to old forests; and, that predation rates are lowest in areas with low anthropogenic disturbance.

[697] Mr. Simpson gave evidence that caribou require large areas of contiguous, undisturbed habitat. His report detailed a need for habitat that is rich in mature to old-growth coniferous forests, lichens, muskegs, peat lands, and upland or hilly

areas. He noted caribou require large areas of quality habitat to allow them to disperse in the face of predators and other disturbances, whether natural or anthropogenic. He also noted they require access to high-quality, undisturbed calving areas.

**b) Status of Caribou in the Blueberry Claim Area**

[698] All three wildlife experts (Dr. Johnson, Dr. McNay, and Mr. Simpson) opined on the status of caribou within the Claim Area and the cause of their decline. Direct evidence was also provided by Blueberry members.

**i. Dr. Johnson**

[699] Dr. Johnson noted that all populations of Boreal Caribou in BC, including the Chinchaga, are unlikely to maintain a self-sustaining population over time. They are provincially red-listed as “imperiled.” Dr. Johnson noted there is no strong scientific link between Boreal Caribou decline and diseases or parasites.

[700] In his report, Dr. Johnson noted at page 4:

... The populations in BC are located in the northeastern portion of the province and are found across landscapes that have been degraded by decades of forestry and oil and gas development. Although the total footprint of disturbance varies across that area, these caribou are some of the most threatened populations in Canada. Environment Canada (2011) has assessed all populations of boreal Caribou in BC as unlikely or very unlikely to maintain a self-sustaining population over time.

[701] Dr. Johnson also cited a science review for Boreal Caribou by Culling and Cichowski (2017), which he said reported a decline in the number of caribou found across the Chinchaga Range. In 2004, there were an estimated 483 caribou in that range, which declined to 250 in 2010. A minimum count survey (only those caribou observed, not estimated) located 194 Caribou in 2016.

[702] Regarding Northern Mountain Caribou, which includes the Graham and Pink Mountain herds, Dr. Johnson noted they are provincially listed as imperiled/special concern. He found no available data on the health of these herds (as opposed to simply their abundance or population size). Dr. Johnson noted that low calf recruitment (meaning that few calves survive to adulthood) has been cited as a cause of the Graham herd decline.

[703] Dr. Johnson noted that Environment Canada has set a 35% habitat disturbance threshold for caribou management, which has been formally incorporated into their Boreal Caribou recovery plan. A disturbance management threshold is the point below which range conditions are likely to meet a recovery goal. If the level of disturbance is above that – i.e., if more than 35% of the habitat is disturbed – the outcome is highly uncertain or unacceptable. Based on Environment Canada studies, this threshold or limit of 35% of habitat being disturbed is thought to result in a 60% probability of a caribou population being self-sustaining.

[704] Dr. Johnson stated that the effect of industrialization on caribou is a very well-documented area of research. He cited evidence that:

- a) depending on location, caribou decline can be attributed to a number of factors including direct habitat loss, displacement caused by anthropogenic disturbances, and unsustainable predation resulting from human-caused alteration in the distribution and abundance of predators;
- b) 70% or more of the variation in Boreal Caribou recruitment across Canada was attributable to range condition/habitat, most of which was the result of anthropogenic activities;
- c) there has been a demonstrated loss of habitat for the Graham herd (he found no estimates for habitat disturbance for the Pink Mountain herd); and,
- d) studies have estimated the anthropogenic habitat disturbance for the Chinchaga herd to be between 74–78.8%.

[705] Dr. Johnson also cited evidence from Doig River First Nation that their knowledge holders have observed a negative link between oil and gas activities and caribou, which they attributed to poor health from ingesting oil and gas–related contaminants.

## **ii. Dr. McNay**

[706] Dr. McNay noted in his expert report at pages 12–13:

The relationship between anthropogenic disturbance and caribou population declines has been well documented (Wittmer et al. 2007, Environment Canada 2008, 2011a, Sorensen et al. 2008, Bowman et al. 2010, Johnson et

al. 2015). Adult female caribou have a greater chance of surviving with greater amounts of old, undisturbed forests within their home ranges (Wittmer et al. 2007). Johnson et al. (2015) found that caribou population declines were highly correlated with habitat disturbance, particularly disturbance in caribou calving – summer ranges...

[707] He went on to note:

The negative relationship between habitat disturbance and caribou declines is likely related to the multiple adverse effects of habitat disturbance and caribou: increase predation, habitat alteration, habitat fragmentation, loss of habitat and forage, and displacement of individual caribou from their preferred habitats (British Columbia Ministry of Environment 2014). Of these effects increased predation has the largest negative effect on caribou. While habitat disturbance is the ultimate reason for caribou population declines, increases in predation is often considered the proximate cause...

[708] Overall, Dr. McNay found that all three herds within the Blueberry Claim Area – Chinchaga, Graham, and Pink Mountain – were in decline, with populations unlikely to become self-sustaining. He specifically noted that “[d]eclines in the Chinchaga and Graham herds are most likely due to habitat disturbance.” He opined that the primary proximate cause is wolf predation, the ultimate cause of which is anthropogenic habitat disturbances.

[709] Habitat disturbance in this context refers to a place where the habitat has been disturbed or altered, causing changes to the natural landscape.

Anthropogenic (human-caused) disturbances include seismic lines, roads, forestry cutblocks, oil well pads, and farms – essentially any area where humans have interfered with the landscape. Natural disturbances include forest fires and landslides.

[710] Dr. McNay cited two proposed mechanisms for the increase in wolf predation:

- a) an increase in the predator population brought on by increases in seral-associated prey (like moose and deer), which are drawn to the increase in early seral vegetation for forage caused by industrial disturbances; and,
- b) ease of predator access to caribou habitat because of anthropogenic disturbances, like linear corridors (e.g., roads and seismic lines).

[711] “Early seral” habitat is essentially young forest, characterized by a greater amount of low-level vegetation, which may provide forage for various animals like moose and deer. This can be contrasted with more mature forest, which has less underbrush and denser canopy cover.

[712] Dr. McNay noted the relationship between anthropogenic disturbance and caribou population declines is “well documented,” and is likely related to multiple adverse effects from disturbance, including increased predation, change or loss of habitat and forage, fragmentation, and displacement of individual caribou from their preferred habitats. For example, Dr. McNay noted that linear features (roads, seismic lines, etc.) fragment caribou habitat, cause direct habitat loss along the feature line, and facilitate vehicle collisions.

[713] Dr. McNay also cited evidence that caribou tend to avoid the area surrounding development features, which creates habitat loss greater than the footprint of the feature itself. For example, they may avoid cutblocks by up to 5.5 kilometres, and seismic lines or pipelines by up to 2.5 kilometres. Further, forest harvesting decreases the availability of arboreal lichen for winter forage.

[714] Dr. McNay, citing a BC Ministry of Environment report from 2014, opined that industrial disturbances from the forestry and energy sector are the biggest threat to Northern Mountain and Boreal Caribou in BC. He noted that natural disturbances, including fire and pine beetle outbreaks, may contribute to habitat loss, however, their overall impact seems to be less than that of anthropogenic disturbance. Dr. McNay also noted that the impact is “additive,” as several studies have found caribou population growth and recruitment are best explained by the percent area disturbed by anthropogenic disturbance and fire, versus either individually. For example, across 24 Canadian boreal caribou ranges, percent area disturbed by anthropogenic disturbances and fire explained 61% of the variation in caribou recruitment.

#### Boreal Caribou: The Chinchaga Herd

[715] Dr. McNay testified that, based on his own modelling, the cause of the Chinchaga herd decline is likely habitat disturbance, which is largely anthropogenic. He found that the Chinchaga range demonstrates a level of habitat disturbance that clearly exceeds any recommended limit. His model (which uses a 250 metre

anthropogenic disturbance buffer) showed an 87.25% anthropogenic disturbance in this range.

[716] Further, he noted the level of habitat disturbance in the Blueberry Claim Area was disproportionately higher compared to elsewhere in the Chinchaga range – 92.62% within the Blueberry Claim Area versus 79.14% outside of it. He concluded this would limit their growth in the Blueberry Claim Area and was likely causing the Chinchaga herd to be displaced to other portions of their range.

[717] Dr. McNay opined that habitat disturbance levels are too high for a self-sustaining Chinchaga population; he stated that the herd was likely to continue declining unless multiple management actions are taken.

#### Northern Mountain Caribou: The Graham and Pink Mountain Herds

[718] Over their entire range, Dr. McNay found that the disturbance levels for both Northern Mountain herd ranges were only slightly above recommended disturbance limits. His calculations showed a 38.28% disturbance for the Graham herd range, and a 36.77% disturbance for the Pink Mountain herd range (compared to the 35% management threshold specified by Environment Canada). These calculations were done using a 500 metre anthropogenic disturbance buffer.

[719] However, for the portion of the Graham range that exists within the Blueberry Claim Area, he found that disturbance levels were higher than for the total range. Like the Chinchaga herd, he opined that the Graham herd was probably experiencing greater pressure within the Blueberry Claim Area and that their distribution was likely displaced from there.

[720] Dr. McNay noted that the models he used tended to overestimate population growth when compared to demographic data for the Northern Mountain herds. Given the models he used did not align as closely with the observed population trends, Dr. McNay noted that results were less clear for the Northern Mountain Caribou populations. He opined that disturbances within these herd areas were “likely to be more detrimental than the preliminary model results suggest,” but that further refinement of the model was necessary to draw clearer conclusions.

### **iii. Mr. Simpson**

[721] On cross-examination, Mr. Simpson acknowledged that all three herds in the Blueberry Claim Area are declining, and are unlikely to reach sustainable populations.

[722] Mr. Simpson's evidence on the cause of that decline was somewhat conflicted. In his report, Mr. Simpson wrote, without qualification, that "[h]abitat fragmentation, increases in seral associated prey (deer, elk and moose) and corresponding increases in predators, particularly wolves, is generally accepted as the main cause of declines in many caribou populations," citing Committee on the Status of Endangered Wildlife in Canada, "Assessment and Status Report on the Caribou Rangifer tarandus; Northern Mountain Population, Central Mountain Population, Southern Mountain Population in Canada" (2014, Ottawa): *Species at Risk Public Registry* [COSEWIC 2014 Report]. At one point in cross-examination, he agreed with this statement; at another, he cited the cause simply as "wolf predation," but noted that "there's some confusion over how that occurs," and stated that he had trouble making the linkage between habitat disturbances and increases in wolf predation.

[723] Regarding specific disturbance types, Mr. Simpson opined that road density and linear disturbances negatively impact caribou. He noted there is a strong negative correlation between linear disturbance density and a caribou population's success in a given area. In his report, he noted that standard forest management is "not compatible" with the needs of woodland caribou. Further, he noted agricultural land was not generally suitable caribou habitat.

[724] However, Mr. Simpson also stressed that other possible causes of decline should also be considered, including climate change, forest fires, pine beetles, and other natural disturbances, particularly since declines have occurred in areas where caribou enjoy relatively undisturbed habitat.

[725] Mr. Simpson noted that habitat protection measures alone have been insufficient to support herd recovery, and that consideration should be given to prey reduction and captive rearing strategies.

#### **iv. Blueberry Members' Evidence**

[726] Both Raymond Appaw and Jerald Davis testified to caribou declines beginning in the 1980s and 1990s. These Blueberry witnesses noted that caribou are almost never seen anymore, though rare sightings do occur. Blueberry members have stopped hunting caribou due to their declining populations.

[727] Some Blueberry witnesses testified that, in recent times, caribou had been seen in some of their former habitat. In its written submissions and appendices, the Province highlighted a number of specific sightings.

[728] Further, a 2018/19 Wildlife Sighting Survey conducted by the Blueberry River Lands Department recorded seven sightings of between one and nine caribou.

[729] The Province submits that the Plaintiffs' own specific evidence on this subject rebuts an assertion that caribou are "almost never seen anymore." However, this argument does not consider how frequently caribou were seen *before* the reported decline. The Blueberry members testified to diminishing numbers and increasingly infrequent sightings. That they still occasionally see *some* caribou does not negate their more general testimony on declining populations. Further, the overwhelming scientific evidence is in line with the witnesses' testimony: that caribou populations are in decline and are unsustainably low.

#### **v. Province's Theory on Caribou Decline**

[730] The Province submitted that increased predation – particularly by wolves – is the cause of caribou decline. The Province primarily cited the opinions of Dr. McNay and Mr. Simpson (detailed above), although they also pointed to comments made by Blueberry members at trial; for example, at one point, Raymond Appaw testified that wolves had kept ungulate populations down. The Province also referenced predator control measures a number of times, either directly or obliquely, including by asking each expert whether or not predator control measures would be likely to increase ungulate populations.

[731] Wolf control in the province dates back to the late 19<sup>th</sup> century, and at various times has included the use of bounties, poison, hired hunters, and shooting wolves from planes. However, such measures have become increasingly unpopular with the public, and the Province pointed out that predator control measures had largely ceased by the 1980s.



[732] The Province submits that, in the wake of this cessation, predator populations have increased and caused a corresponding decline in caribou populations. The Province notes it is implementing wolf control measures to protect the Chinchaga and Pink Mountain herds.

[733] The Province also suggested that increases in seral-associated ungulates (including moose and deer) may have allowed for an increase in the wolf population, with corresponding declines in caribou. The theory is that moose and deer populations have increased, and as they move into caribou territory, they bring their main predator (wolves) with them. Despite the fact that caribou are not their traditional prey, wolves will opportunistically or incidentally hunt caribou when they move into caribou territory. In sum, the Province suggests that increased moose and deer have led to increased wolves, which has caused a decline in caribou.

[734] As the Plaintiffs pointed out, the difficulty with the Defendant's argument here is that it stops at the immediate cause of death of various individual caribou. In Dr. McNay's evidence, he pointed out that increased predation is ultimately believed to be the result of human disturbance. Dr. Johnson's evidence was largely the same. I note that even Mr. Simpson, who originally declined to draw any conclusions on the relationship between industrial disturbance and wolf predation, changed his opinion at trial, and eventually agreed that linear disturbances could cause increased predation for caribou.

[735] The proposed mechanism is that anthropogenic disturbances cause an increase in moose- and deer-friendly early seral habitat. As such, moose and deer have moved into caribou territory, bringing wolves with them. Thus, human-caused habitat disturbance is widely theorized to be the ultimate cause of caribou decline.

### **c) Conclusions on Caribou**

[736] There was clear consensus among the experts and witnesses that the caribou populations in the Blueberry Claim Area are in serious decline, and are unlikely to reach self-sustaining levels.

[737] I accept the evidence of Dr. Johnson and Dr. McNay – and even Mr. Simpson to a certain extent, as explained above – that anthropogenic disturbance, including industrial disturbance, has largely caused or contributed to that decline. This is

further consistent with the direct evidence provided by Blueberry members, which has indicated limited to no sightings of caribou, unlike in times past.

## **7. Moose**

### **a) Overview on Moose and Their Habitat**

[738] Dr. Johnson described suitable moose habitat as containing a mix of forest ages and classes in close proximity, to provide a combination of cover (older forest) and forage (younger forest and shrubland).

[739] Mr. Simpson's evidence on moose habitat requirements largely aligned with Dr. Johnson's: moose require a "mosaic" of shrubland and young to mature forest within both their summer and winter ranges, which provides a mix of forage and cover. Mr. Simpson noted that the availability of suitable winter habitat is generally considered the most important factor for moose populations. He noted that high snow depths are bad for moose, and that in areas with greater snowfall, the best habitat is old forest (for cover) situated near seral shrubland (for forage).

[740] In his testimony, Mr. Simpson agreed that effective winter habitat is another critical factor for moose. He emphasized the importance of winter habitat that provides shelter and thermal cover close to forage in his report, at p. 7:

The availability of winter habitat is generally considered the most important factor required to sustain moose populations... Moose require a mix of forest age classes in close proximity to provide feeding habitat (<20 years old), thermal and snow interception cover (>60 years) as well as hiding cover (20-60 years)...

### **b) Moose Populations in the Blueberry Claim Area**

[741] Dr. Johnson and Mr. Simpson opined on moose populations within the Claim Area. Direct evidence was provided by Blueberry members. A variety of provincial studies, reports, and other documents were also adduced at trial.

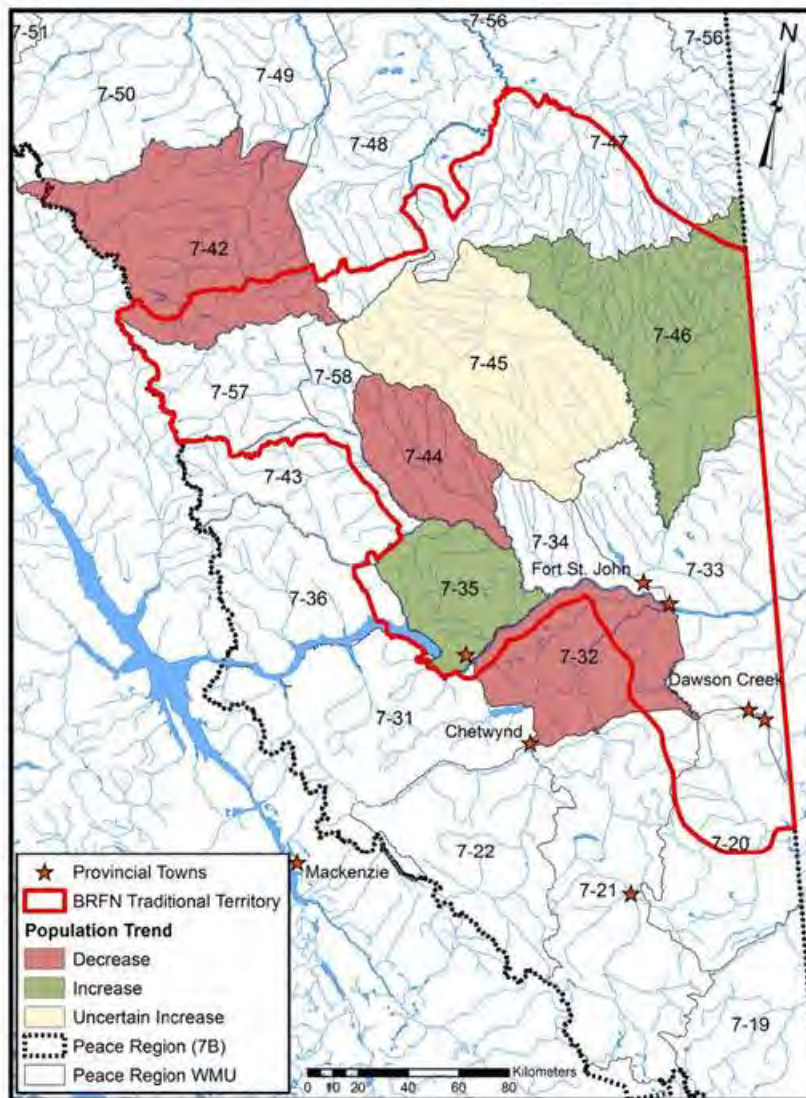
#### **i. Dr. Johnson**

[742] Dr. Johnson reviewed population data for moose in the Peace Region, which significantly overlaps with the Blueberry Claim Area. He noted that population trends are not available for all Wildlife Management Units within the Blueberry

Claim Area. At the time of the Johnson Report, for Wildlife Management Units with available data, Dr. Johnson found that surveys indicated moose populations had:

- a) likely increased in Wildlife Management Unit 7-35;
- b) likely decreased in Wildlife Management Units 7-32, 7-42 and 7-44 (though more recent data for 7-32 suggests an increase, as will be discussed below; furthermore, the data for 7-44 was out of date at the time of the Johnson Report, and numbers may have increased compared to earlier survey data from the 1980s); and,
- c) possibly increased in Wildlife Management Units 7-45 and 7-46, though the data on 7-45 was flawed and out of date, and there was only a single survey for 7-46. (As will be discussed below, more recent government data suggests moose are actually declining in Wildlife Management Unit 7-45.)

[743] The Johnson Report contains a map of the Blueberry Claim Area, overlaid with the Wildlife Management Units including data on areas of likely moose increase or decrease at p. 11.



**Johnson Report (Exhibit 15, p. 11): Location of Wildlife Management Units within the traditional territory of the BRFN (referred to in these reasons as the Blueberry Claim Area) with corresponding trend in population change of moose, where available.**

[744] In his report, Dr. Johnson noted that between the various regional segments, there was evidence of moose declining in some areas and increasing in others, though he was unclear on how some of the reports he reviewed had obtained population data. At the time, he found that “[i]ncomplete data...prevent a full description and evaluation of the population dynamics of moose across the traditional territory.” However, in Johnson Addendum 2, he points to data from a 2018 study by Kuzyk et al. (“Kuzyk 2018”) that concluded moose populations within

an area that includes the Blueberry Claim Area had actually declined between 5-12% annually from 2011 through 2015. He felt this new study was better than an older study by the same author (which had found moose populations to be stable), as it reflected improvements in data and study methods.

[745] Dr. Johnson noted it is often thought that landscape disturbance actually results in increased quality/size of habitat for moose, as it creates a convergence of early seral forage areas with older forest cover. However, he also noted that many populations have declined in the last decade despite increases in these disturbances. He stated that the causes of these regional declines are unclear, and are currently being studied. That said, he did summarize a number of empirical findings on the effects of industrialization on moose:

- a) there is evidence that moose frequently use cutblocks, however, preliminary results from one study showed that moose density in northeastern BC was positively correlated with wildfire-caused disturbances, but not with anthropogenic ones (like cutblocks, roads, and seismic lines);
- b) some evidence suggests moose avoid or are hesitant to cross roads or road-dense areas, although this appears to vary by season, gender, and scale of analysis;
- c) broad-scale use of herbicides reduces forage for moose, although moose may eventually return to or even favour previously-treated areas;
- d) studies suggest moose will strongly avoid very recent habitat disturbances; and,
- e) generally, large-scale forest change can have negative repercussions for moose populations.

[746] He noted that we cannot assume a continuous positive relationship between areas of successional plant communities (i.e., forage areas) and moose habitat quality, as moose require a range of stand ages to thrive. He could not find any guidance on the composition of foraging and cover habitats moose require to indicate at what threshold a lack of mature forest might start to limit moose. However, the Provincial Cumulative Effects Framework, which will be discussed later, considers moose habitat “disturbed” if it is within one kilometre of a road or

major industrial development. Dr. Johnson noted that, based on only a 500 metre buffer (i.e., half of the provincial disturbance buffer for moose), the 2016 Atlas found an 84% territory disturbance in the Blueberry Claim Area. Further, the BC Cumulative Effects Maps he considered in Johnson Addendum 1 showed that road disturbance was “very high” and mitigation was “very low” for moose across much of the Blueberry Claim Area.

[747] Dr. Johnson also noted that traditional knowledge-holders from some First Nations reported that moose, like caribou, are negatively affected by oil and gas developments via ingestion of contaminants.

## **ii. Mr. Simpson**

[748] Mr. Simpson noted that moose are provincially listed as a “secure” species; the province considers them widespread and abundant. In his opinion, based on the available data, moose populations in the Peace Region and the Peace River Corridor are stable. However, in the Northeast Rockies portion of the Blueberry Claim Area, he found that moose appear to be declining.

[749] Mr. Simpson also opined on the effects of various industrial development types with respect to moose.

[750] Regarding forestry, he noted that moose habitat shows less of a decline in the face of forestry activities than some other species, including caribou, fisher, and marten. That decline is generally based on the availability of winter habitat, i.e., old coniferous forests for cover. He also noted that agricultural land represents a “permanent loss of habitat” for moose.

[751] Mr. Simpson further noted that roads may have a negative effect on moose, by increasing access to moose by hunters and other predators. In his report, he cited studies concluding that linear corridors facilitate wolf predation on moose (as well as other ungulates). He noted other experts have indicated that, as a point of management, road networks in forestry areas should be minimized or deactivated for up to 10 years following cutblock harvesting, until the vegetation has grown high enough to obscure moose from road traffic.

[752] Mr. Simpson also noted that in the Peace River Corridor – an area with extensive development and also subject to extensive study – moose populations

appear stable. Further, he opined that based on his “limited review” of the literature and his own experience, predators may be less tolerant of human presence than some ungulates, including moose, which might account for his observations that moose are stable or increasing in parts of the Blueberry Claim Area subject to the most development.

### **iii. Blueberry Members’ Evidence**

[753] All Blueberry witnesses testified that they have experienced a decline in moose in the Blueberry Claim Area. They find moose hard to hunt, and their availability does not meet the community’s needs. Several members noted that moose are no longer found in areas they were once plentiful. They noted that moose generally avoid areas of industrial activity or clearcutting.

[754] Although various witnesses noticed a decline in moose at different times in different areas, they have all noticed a significant decline in the last 10 to 15 years.

[755] The Province has conceded that moose are a key species for Blueberry, although it does not concede there is any proven decline in moose population within the Blueberry Claim Area. The Province contrasts the general evidence provided by Blueberry community members (i.e., that moose are declining) with those members’ more specific evidence, which includes testimony from multiple members that they still see and are able to hunt moose in the Blueberry Claim Area. I will not review all of that specific evidence here, but it includes that:

- a) between the Blueberry witnesses, for example, 12 moose were harvested in a recent year;
- b) Norma Pyle testified to shooting six moose on five trips between 2009 and 2015;
- c) Jerald Davis testified that, although it was more difficult to hunt, he was still able to get enough to allow him to “eat [moose] every day,” and that he has heard from members of Blueberry and other nations that they see moose daily (although he did not necessarily believe them); and,
- d) Raymond Appaw testified to a number of active moose licks in close proximity to the Reserve.

[756] The Province also says evidence provided by Blueberry suggests that those members who do actively hunt or trap may spend less time on the land than before as a result of competing commitments. For example:

- a) Chief Yahey noted that he does not hunt on a daily basis because of his job, and noted that in 2012 specifically he was only able to hunt a small handful of times;
- b) Norma Pyle likewise testified she had limited time to hunt or fish due to her job; and,
- c) Georgina Yahey explained that it was harder for her family to travel long distances or take longer trips while she was in school.

[757] The Province contrasted this evidence with historical evidence of the effort and time spent hunting by Blueberry members, including testimony by Chief Yahey that, at the time of Treaty 8, the Fort St. John Beaver Band was semi-nomadic and had to travel long distances in pursuit of food resources. They also pointed to evidence from Dr. Ridington that even as far back as the 1970s, only one in four hunts was successful.

#### **iv. Province's Theory on Moose Populations**

[758] To the extent that any decline has occurred, the Province submits that such a decline "likely reflect[s] a return to a more natural level, prior to the extensive predator control measures in the mid-century." The Defendant argues that Blueberry members may have a distorted sense of the historical abundance of moose, based on a period of artificially high moose populations in the mid-20<sup>th</sup> century, which are now simply returning to more normal historical levels.

[759] In particular, they rely on a statement from the Plaintiffs' expert, Dr. McNay, who commented at trial that "with the amount of habitat disturbance that's happened in the last 50 years, the moose population has grown basically from 0 to 170,000 animals." The Province argued that a combination of intensive predator control between the 1950s to 1990s, increased forest harvesting (resulting in an increase in forage habitat), tighter hunting restrictions, and a greater history of prescribed burning increased moose populations beyond their natural equilibrium.



[760] As the Plaintiffs pointed out, however, Dr. McNay opined on caribou populations. His expert report and his testimony at trial focused on caribou. He was not asked to study moose generally, nor to opine on moose in the Blueberry Claim Area, except to the extent that moose populations have some relationship to or interaction with caribou populations. The comment quoted above was made rhetorically, in direct examination, while discussing increased predation on caribou *in caribou habitat*, i.e. that there has been an increase in moose in areas traditionally associated with caribou. It was not a general comment on moose populations within the Blueberry Claim Area, and, further, Dr. McNay cited no time period for this increase in moose.

[761] Blueberry highlighted several additional issues with the Province's theory that declining moose populations are simply returning to "natural" or historical levels. They pointed out the Province failed to adduce much, if any, evidence to support the theory. Where evidence was proffered, Blueberry argued it had been misinterpreted, and did not actually support the Province's propositions.

[762] Blueberry made compelling rebuttal arguments with respect to each of the factors cited by the Province as having increased moose populations from the 1950s to the 1990s (predator control, increased forestry, hunting restrictions, and prescribed burning). I am inclined to agree with Blueberry on the following points.

[763] Regarding predator control measures, which the Defendant implies would have decreased the wolf population and thus increased the moose population over the relevant period:

- a) the Defendant provided no evidence of the magnitude or effects of historical predator control measures within the relevant Wildlife Management Units in the Blueberry Claim Area;
- b) predator control was in decline, and ultimately ceased, well before the Plaintiffs began noticing a decline in moose. The Plaintiffs specifically pointed to evidence given by Mr. Simpson that populations "quickly recover" after the cessation of predator control measures; however, these measures were gradually discontinued beginning in the 1950s and had stopped altogether at least 10 years (in the mid-1990s) before the Plaintiffs began noticing a decline in moose (in the mid-2000s);

- c) much of the expert evidence relied upon by the Defendant in support of this point was given in relation to caribou habitat, not moose habitat; and,
- d) the Defendant mischaracterized some of the expert testimony on this point. For example, the Defendant relied on a quote by Dr. Johnson to support the proposition that wolves were the cause of moose decline in the territory. However, this was not Dr. Johnson's evidence, and in fact he specifically declined to draw this inference. Dr. Johnson simply agreed that, if all else were equal, wolves *could* cause a decline in moose populations.

[764] Regarding the effects of increased forestry, which the Defendant submits would have increased forage habitat for moose, resulting in an increased population:

- a) three of the Wildlife Management Units within the Claim Area (7-45, 7-44 and 7-34) have declining moose populations despite a high forestry harvest; and,
- b) forestry has not stalled or declined in these Wildlife Management Units since the 1990s, which calls into question the causal relationship between increasing forestry and increasing moose populations.

[765] Regarding hunting restrictions as a cause of increased moose population, the restrictions cited by the Defendant did not come into effect until 1996. This is notably *after* the 1950s to 1990s period proposed by the Defendant, and theoretically should have *increased* rather than decreased the moose population from the mid-1990s to present. The Plaintiffs pointed to a credible study which did show a 6% increase in provincial moose populations from 1996 (the year the restrictions were implemented) to 2005. However, the same study showed a subsequent decline in moose of 32%, resulting in a cumulative decline of 29% from 1996 to 2015.

[766] Regarding prescribed burning, which the Province submits would have increased moose forage habitat in a similar manner to forestry activities, the defendants adduced no evidence to suggest a change in prescribed burning over the proposed period that would account for the current decline in moose.

[767] Finally, this theory about artificially high moose populations followed by a return to “natural” levels was newly introduced during the Province’s closing argument. It was not introduced by, nor was it put to, any of the experts or Blueberry witnesses testifying in this case.

**v. Inconsistent Survey Data for Moose**

[768] The Province further highlighted the available Wildlife Management Unit survey data for moose. Surveys indicate that while moose may be declining in some areas, they are increasing in others, independent of the level of disturbance in each Wildlife Management Unit. For example, there is evidence that moose populations are stable to increasing in the Southern Wildlife Management Units (7-32 and 7-20) and Wildlife Management Unit 7-35. These Wildlife Management Units have a high level of disturbance. Conversely, declines have been recorded in Wildlife Management Unit 7-42, where there has been little industrial disturbance. The Province argues this variability – increasing moose populations in some Wildlife Management Units with high disturbance levels, and decline in others with relatively low disturbance levels – should prevent the inference that habitat disturbance is the cause of the alleged declines in Wildlife Management Units 7-45 and 7-34, which are at the core of Blueberry’s territory and thus at the core of their claim. I note that locations are detailed at the outset of this segment and the map is included earlier.

[769] The Plaintiffs provided compelling evidence to rebut this argument. The Southern Wildlife Management Units are largely disturbed by agriculture and urban settlements; evidence suggests this type of disturbance leads to lower predation and higher moose populations. A 2018 provincial survey for Wildlife Management Unit 7-32 concluded:

Given the close proximity of portions of [Wildlife Management Unit] 7-32 to urban, industrial, and agricultural areas, predation from species like wolves, grizzly bear, and black bear is likely much lower compared to more remote areas within the Peace Region [citations omitted].

[770] Increases were also found in Wildlife Management Unit 7-20 in a 2016-2017 survey, although there was insufficient information to opine on the cause. The Plaintiffs note that these Wildlife Management Units, in particular Wildlife Management Unit 7-20, where moose populations have increased, are far from

their core territory and largely comprised of private land, where they are unable to hunt.

[771] The Plaintiffs point out that the Outer Wildlife Management Units (7-46, 7-47, 7-57, and 7-58) are substantially different habitat than those in the core territory. Although they are less developed, they are also mountainous and primarily consist of caribou territory. They submit, and I accept, that they present a poor comparison to the “core” or Central Wildlife Management Units. I agree that moose population-to-disturbance trends in these Wildlife Management Units do not necessarily have any bearing on a finding of causation for the Central Wildlife Management Units.

[772] The Province also pointed to declines in Wildlife Management Unit 7-42 – a mountainous region, lying mostly outside of the Claim Area – as an example of an area where moose populations are declining despite very low disturbance levels. The Plaintiffs note that, like the Outer Wildlife Management Units, Wildlife Management Unit 7-42 is ecologically dissimilar to the Central Wildlife Management Units. Further, a provincial study conducted in Wildlife Management Unit 7-42 found the cause of moose decline was increased natural predation based on the cessation of active predator control programs.

[773] The Plaintiffs further note that they have not suggested moose had entirely disappeared from the Blueberry Claim Area, but rather that populations have meaningfully declined such that they are seen and harvested less frequently than before. The Plaintiffs highlighted evidence that Wildlife Management Unit 7-45 – a core management unit and historical moose habitat – is estimated as being able to support about 5,300 moose, but currently contains only 1,400 moose. A provincial government study, “Peace Region Technical Report-2019 Winter Moose Survey: WMU 7-45” (“2019 Winter Moose Survey”) cites habitat decline as the limiting factor for moose in that area, noting: “[c]hanges to the habitat have likely been the main factor explaining the decline in the moose population over the past 20 years.”

[774] Significantly, Blueberry points to a May 15, 2020 Moose Working Group Progress Report prepared in the context of the Regional Strategic Environmental Assessment project, which concludes that “linear disturbance and a lack of mature and old forests for winter shelter” are the “primary factors thought to influence habitat effectiveness [for moose].” The Regional Strategic Environmental

Assessment Moose Working Group contains both provincial experts and Blueberry members. The Moose Working Group, including provincial representatives, accepted the modelling this conclusion was based on.

[775] Further, the document included information that, with respect to moose populations, “based on available provincial data...[Wildlife Management Units] 7-45 and 7-34 both have significant decline (down 65% and 51% respectively...),” and that these Wildlife Management Units “overlap with a significant industrial footprint” which has resulted in “little effective shelter and effective forage where forestry and the disturbance footprint affect habitat use by moose, and predation and hunting pressures.”

[776] Although the Province argued these documents were in draft format, the plaintiff gave compelling evidence that they were, in fact, relatively final and that the conclusions contained therein had been accepted by the Moose Working Group, including its provincial representatives.

### **c) Conclusions on Moose**

[777] As a final note, the Province argued that it was unnecessary for me to make any conclusions as to the cause of any decline in moose. Blueberry submitted that it was critical I make such a finding, particularly for the core Wildlife Management Units 7-45 and 7-34. It points out that if I do not rule on causation for moose, the Crown will not be precluded from continuing to issue forestry cutting permits because, in the Province’s belief, harvesting is solely beneficial for the moose population. I agree with Blueberry.

[778] The evidence to make such a determination is already before me and the issue has been engaged between the parties in this case.

[779] As outlined above, there was some disagreement among the experts on the subject of moose populations. Given I place more weight on the evidence of Dr. Johnson and Dr. McNay, and further given the direct testimony of Blueberry members, I find that, on the whole, moose populations have declined within the Blueberry Claim Area, with the exception of the Southern Wildlife Management Units 7-32 and 7-20, as well as 7-35. The evidence suggests these have stable or increasing populations.

[780] Importantly, the Wildlife Management Units most central to the Blueberry Claim Area, and which Blueberry primarily uses for hunting – being units 7-45, 7-34 and likely 7-44 – have shown moose population declines. The results for 7-44 were less clear; they showed declines from the 1990s but possibly an increasing or stable population from the 1980s. As noted, the latest provincial government Moose Survey for unit 7-45 (i.e., the 2019 Winter Moose Survey) indicated a 65% decline in moose density since 2006. While some caution was expressed in the report as the 2006 survey used a mix of surveying methods, the Regional Wildlife Biologist who undertook the survey also noted that “[c]hanges to the habitat have likely been the main factor explaining the decline in the moose population over the past 20 years.” When compared to 1998 survey results, which the report noted used similar methods to the recent surveys, the moose population appeared to have declined by 35% in unit 7-45.

[781] Over the course of the trial, much evidence was presented on the complex relationship between industrial activity and moose populations. Though some industrial activity may help moose, the positive effects are not universal. There is evidence that agricultural development may allow for increased moose populations (as in Wildlife Management Units 7-32 and 7-20) by reducing the amount of predation. There is also evidence that limited forestry- and oil and gas-related disturbances may increase moose populations – particularly in areas where they otherwise may not find forage, such as caribou habitat. Conversely, large-scale, intensive development may harm the moose population. While the Province relies on the “early seral forage” created after logging to say that such disturbances benefit moose, they do not acknowledge the limiting factor created by a lack of effective winter habitat/old forest. The result is that moose populations may increase in some areas with high industrial activity (like the Southern Wildlife Management Units) while declining in other areas, which are disturbed by activities like forestry and oil and gas.

[782] I conclude the evidence establishes that the moose declines are the result of anthropogenic disturbances, including industrial development impacts upon habitat. Evidence points to the importance of old-growth coniferous forests to provide effective winter habitat for moose survival. Mr. Simpson agreed to this in cross-examination when he noted middle age forest provides habitat for hiding and security, but moose rely on the larger, contiguous canopy found in old forest for

thermal and snow interception protection. In his report (at p. 36), he also cited evidence that “[m]oose showed a small decline based on the proportion of old coniferous forest available for winter habitat.”

[783] More specific evidence was provided by Dr. Johnson, referencing the recent study from Mumma and Gillingham (2019), as follows:

- a) “Mortality of monitored moose was best explained by a series of variables related to human activity and landscape disturbance (i.e., road density and the proportion of new cutblocks of 1-8 years post-harvest)”;
- b) “They [Mumma and Gillingham] concluded that relative to snow conditions ‘...moose that used areas in winter with high proportions of new cutblocks, new burns, and pine were more likely to die from apparent starvation’”;
- c) “moose appear to be sensitive to rapid and broad-scale landscape change”;
- d) “...moose are quite sensitive to very early successional, very early seral cuts” and that “moose avoided clear cuts that were somewhere between the age of one to eight years old”;
- e) “...and what they [Mumma and Gillingham] found is that moose mortality was related to the amount of roads, so road density, as well as the amount of early seral forest. And that applied to harvest of moose. So if moose were in landscapes with early seral, lots of clear cuts and lots of roads, they were more likely to be harvested”; and,
- f) “...those moose that die from apparent starvation were more likely to be found in landscapes with a high density of roads and a large number of early, young clear cuts.”

[784] In Johnson Addendum 2, Dr. Johnson also referenced the Kuzyk 2018 report titled “Moose population dynamics during 20 years of declining harvest in British Columbia,” prepared for the Ministry of Forests. As Dr. Johnson noted, this report was a provincial effort by the “brain trust” of provincial experts and represents the most current, comprehensive, and best available evaluation of the population trends for moose across British Columbia. He said this is clear evidence by provincial

specialists who reported that "...the provincial moose population increased 6% from 1996-2005, subsequently declined 32% from 2006-2015, and declined 29% overall during the 20-year study period." Dr. Johnson also stated: "Of importance to my report...moose populations declined within all [Game Management Zones] found within the traditional territory of the Blueberry River First Nations."

[785] I note it is not necessary to determine the exact mechanism of declines in moose populations, which are a combination of factors resulting from industrial disturbance. The evidence discloses the following direct and indirect causes of loss of habitat consequent on industrial development, including forestry and oil and gas development:

- a) avoidance (movement to other areas);
- b) increased predation;
- c) loss of winter habitat, forage, starvation, increased stress; and,
- d) increased access by human hunters.

[786] Dr. Johnson testified in respect of Table 4 of the Mumma and Gillingham report, which shows that road disturbance, new cutblocks, and herbicide-sprayed cutblocks are associated with increased mortality to moose.

[787] In the Johnson Report, Dr. Johnson indicates that the density of moose can benefit from early successional vegetation resulting from wildfire, but not anthropogenic disturbance (cutblocks, density of roads, density of seismic lines). He refers to evidence that the application of herbicide reduced the forage availability for moose by 60% and 96% in summer and winter, respectively, four years after treatment. Dr. Johnson supports the use of a one-kilometre distance from road disturbance as an appropriate measure.

[788] Ultimately, the experts and the documentary evidence were in agreement that the availability of effective winter habitat is the most important limiting factor to sustain moose populations. As noted in the "Regional Strategic Environmental Assessment Moose Working Group: Habitat Effectiveness Model" (July 2019), prepared by Tania Tripp of Madrone Environmental Services Ltd. and Tony Button – who has been referred to by witnesses in this trial as the most knowledgeable



person in the Province on moose and who is presently working in the Ministry of Environment – at p. 11:

Winter forage, security, and shelter are the key life requisites of focus because they are considered the important limiting habitats for moose populations.

[789] Based on the evidence before me, including the experts, authoritative provincial documents, and testimony of Blueberry members, I accept there have been significant declines in the moose population in Wildlife Management Units 7-45 and 7-34, and likely some decline in Wildlife Management Unit 7-44. I accept the evidence that moose populations have declined on the whole across the Blueberry Claim Area, despite increases in some individual Wildlife Management Units. I further accept that the likely cause of this decline is anthropogenic habitat disturbance including substantial industrial development. These disturbances have created a loss of effective habitat for moose which, along with other factors, has led to the decline of moose in the Blueberry Claim Area.

## **8. Marten and Fisher**

### **a) Overview on Marten and Fisher and Their Habitat**

[790] Dr. Johnson noted that there are few studies available on the habitat ecology or population dynamics of marten and fisher in BC.

[791] Research suggests that marten are dependent on old coniferous forests with coarse, woody debris on the forest floor. Dr. Johnson noted there are a large number of studies supporting the conclusion that marten respond negatively to early successional plant communities and landscape fragmentation associated with large-scale forest harvesting. He did note there is some conflicting evidence on whether marten actually require a particular stand age or whether the structure was more important than age or type, i.e., that younger forest might also be suitable for them. In any event, the thrust of the Johnson Report was that logging, fragmentation, and clear-cuts have a negative impact on marten; they will avoid open areas; and, that they require tall, mature trees to thrive. He noted marten appear to be vulnerable to even a small loss of habitat.

[792] Dr. Johnson noted evidence that fisher have a larger prey base and will use a wider range of forest types than marten, but that they also require an old forest

structure for habitat. Habitat management strategies for fisher focus on retention of large natal trees, like cottonwood and spruce, near riparian areas. Dr. Johnson noted that landscape connectivity may be a limiting factor for fisher populations.

[793] Dr. Johnson noted that although marten have long been considered old-growth dependent, new research suggests that it may be a forest's "structure" rather than its age which is important. Mr. Simpson's evidence in this regard is consistent with Dr. Johnson's. Mr. Simpson cited research noting marten require coarse, woody debris, with sufficient overhead vegetation, including shrubs, saplings and trees to provide a mixture of cover and forage for both marten and their prey. This research noted marten are not normally found in open habitats, including clearcuts, and avoid non-forested types of cover.

[794] Mr. Simpson summarized quality fisher habitat as including riparian and associated habitats, with large trees for resting and denning and "natural" levels of coarse, woody debris to provide adequate rest areas and prey habitat. He noted they require areas with at least 30-45% mature or old forest with a productive understory; adequate shrub and canopy cover; and, landscape corridors between mature and old forests, ideally along riparian areas. He cited a study noting that tree patches should be at least two hectares in size.

**b) Status of Marten and Fisher in the Blueberry Claim Area**

**i. Dr. Johnson**

[795] Dr. Johnson noted that population and health data for these species is not widely tracked, and he found no reliable evidence on this subject.

[796] Regarding the effects of development, Dr. Johnson noted that most studies on marten and fisher have only considered the specific effects of forestry; there is little data available on cumulative effects. However, he cited evidence of the following:

- a) marten in northeastern BC may be disturbed by large or open seismic lines, but not by smaller ones (i.e., less than two metres in width) or those with recovering vegetation;

- b) an increased proportion of disturbance and cuts was an important predictor in harvest declines for one study in western Alberta (although harvest data is confounded by other variables, including trapper behaviour). This negative correlation between anthropogenic habitat disturbance and trapping success was supported by a newer study considered in his Addendum 2;
- c) logging causes a decrease in quality marten and fisher habitat; and,
- d) one can expect a considerable reduction (more than 50%) in the probability of marten occupying areas with a seismic line density exceeding 10 kilometres per kilometre square.

[797] At trial, Dr. Johnson opined that there is “strong evidence” to suggest that a loss of canopy cover is detrimental to marten, and that this loss is mainly related to forest harvesting.

[798] Dr. Johnson noted that, per the Atlas, there is very little intact forest (~14%) remaining in the Blueberry Claim Area. However, he found that because of the limited data on fisher, it was hard to say exactly what this meant for them. He did note that because of evidence suggesting they require large tracts of contiguous habitat, fisher are probably not doing well within the Blueberry Claim Area.

## **ii. Mr. Simpson**

[799] Mr. Simpson noted that marten are provincially listed as a “secure” species.

[800] Mr. Simpson noted the Province considers fisher a species of “special concern.” He opined that fisher populations within the Blueberry Claim Area are stable, though little is known about population trends and most information comes from harvest statistics, which contain many confounding variables (including the number of trappers in a given year and their skill level).

[801] On the effect of industrial development, Mr. Simpson noted a study showing “substantial” declines in modelled habitat for both fisher and marten in areas where forestry was the greatest change. He noted that agricultural land clearing is destructive of fisher and marten habitat.

[802] At trial, Mr. Simpson stated that he viewed his conclusions on fisher to be “based on the other ... information that’s contained in the report and from my experience in the area,” though admitted it was “not well documented.”

### **iii. Blueberry Members’ Evidence**

[803] Some Blueberry witnesses testified that they had observed declines in marten and fisher in harvested areas, and reported decreased trapping success.

[804] Wayne Yahey testified that his family’s trapline used to be “premier” marten habitat, which has now been destroyed by logging. Norma Pyle testified that although forestry proponents leave brush piles for marten and fisher after a clear cut, Blueberry does not support this strategy. Ms. Pyle had “little confidence” that such brush piles were equivalent to standing timber for marten and fisher.

### **c) Conclusions on Marten and Fisher**

[805] Based on the limited evidence, it is difficult to make substantive conclusions on the populations of marten and fisher in the Blueberry Claim Area. However, Dr. Johnson concluded that – irrespective of the actual populations of marten – the evidence shows a negative relationship between human-caused habitat change and trapping success, and that forestry activities result in fewer marten. In addition, Blueberry member evidence has corroborated this state of affairs.

[806] I find accordingly that it is likely industrial activity has a negative impact on populations of marten and fisher due to loss of canopy cover, therefore interfering with the exercise of Blueberry’s trapping rights.

## **9. Conclusions on Wildlife**

[807] I have reviewed the evidence in detail, including that of the expert witnesses. Dr. McNay and Dr. Johnson, whose testimony I accept, testified to their opinion that industrial development has caused the decline of certain species within the Blueberry Claim Area, as summarized below. In developing their opinions and in testimony, they relied in part on government documents, which espouse the same opinion, including Kuzyk 2018, and the Regional Strategic Environmental Assessment Moose Working Group reports.

[808] With respect to caribou, I find that caribou have declined in the Blueberry Claim Area, and that anthropogenic disturbance has largely caused or contributed to that decline.

[809] With respect to moose, I find that moose have declined on average across the Blueberry Claim Area, and particularly in the core Wildlife Management Units 7-45 and 7-34. I also find there was likely some decline in Wildlife Management Unit 7-44. I find that anthropogenic disturbance is the likely cause of that decline.

[810] With respect to marten and fisher, I find it likely that industrial activities, which lead to loss of canopy cover, have had negative impacts on marten and fisher in the Blueberry Claim Area.

[811] Overall, it is clear that wildlife populations that are important to Blueberry are in a reduced state that is likely to interfere with Blueberry's hunting and trapping rights. The evidence establishes that the declines are the result of anthropogenic disturbance, including industrial development impacts upon habitat.

## **E. Disturbance and Scale of Development in the Blueberry Claim Area**

### **1. Introduction**

[812] Evidence that industrial development is transforming the landscape, and that those transformations are affecting the exercise of rights, is important in this case. The evidence of disturbance and impact is, however, in dispute.

[813] Three major industries are conducted in northeastern BC: forestry, oil and gas, and agriculture. Forestry operations over the years have left cutblocks, and resulted in little intact forest remaining. Oil and gas development has left well sites, pipelines, cut lines or seismic lines, and other facilities. Agricultural activities have resulted in much of the land being fenced and cleared for crops. There is hydro-electricity development and infrastructure in the form of dams, such as Site C, and various mining operations. In addition, a growing network of roads, both paved and unpaved, have been built in order to provide access for these industries.

[814] The term disturbance, which is used a lot in this case, refers to anthropogenic developments (such as those noted above) that, together with

natural impacts like forest fires, landslides and pests, have changed the landscape: Caslys Consulting, Ltd., “Regional Strategic Environmental Assessment Disturbance Methodology” (September 2018). By combining and mapping the anthropogenic disturbance and the natural disturbance footprints, it is possible to see the comprehensive disturbance footprint.

[815] One of the reports in evidence in this case – entitled *Blueberry Cumulative Effects Case Study*, prepared for the Oil and Gas Commission by Salmo Consulting in January 2003 – defines disturbance as “a natural or human action that affects physical, chemical or biological conditions.” A disturbance feature is defined as “a corridor or patch created by natural random events (e.g., burn or flood) or human action (e.g., cutblock, facility, community, road).” These definitions are possible descriptions of what might be considered a disturbance.

[816] Blueberry has brought forward evidence – in the form of atlases, maps, and data – to show the disturbance footprint or scale of development in its territory. This includes: a document prepared by Ecotrust Canada entitled *Atlas of Cumulative Landscape Disturbance in the Traditional Territory of Blueberry River First Nations, 2016* (“2016 Atlas”); a review of the 2016 Atlas done by Dr. Brian Klinkenberg; and, disturbance data and a comprehensive disturbance layer prepared as part of the Regional Strategic Environmental Assessment process (also referred to occasionally in these reasons as “RSEA”), which are discussed in further detail below. It has also presented *viva voce* testimony from its members about the impact of changes to the landscape and environment, such as smells and sounds, on the exercise of their rights. Blueberry says this evidence, taken together (and considered alongside the evidence regarding the various regulatory regimes and their lack of enforceable mechanisms to take into account cumulative impacts), is proof the Treaty has been breached and its rights infringed.

[817] The Province challenges the reliability of the disturbance evidence relied upon by Blueberry. More fundamentally, the Province says the disturbance data and evidence presented by Blueberry does not establish that the lands have been “taken up” such that Blueberry members are unable to exercise their treaty rights in or around these places. The Province says that evidence showing proximity to a disturbance is not a proxy for lands that are not available for harvesting activities.

## **2. Admissibility of and Weight to be Given to Certain Documents**

[818] On the question of disturbance and other environmental issues, the Province has also objected during these proceedings to a number of documents. It reiterated its objection in its final written argument, in a footnote. In that footnote, the Province noted it had made objections to the admissibility of “many documents tendered by the Plaintiffs.” Without specifying the exhibits to which it objected, the Province referred to requirements for adoption of opinion by qualified experts, for putting documents to a witness, to the limits of lay opinion evidence, to witnesses not being called to speak to draft documents, to citing portions of documents for the truth of their contents, and it questioned whether certain documents were indeed “public documents.”

[819] The Province maintained the objections and observations it made at trial, and noted it would comment on specific documents in oral argument if necessary. Unfortunately, it did not do so.

[820] The Court will nevertheless deal with the points raised in the footnote and previously mentioned at trial at the time certain documents were admitted.

[821] The documents the Province has objected to are numerous; however, they share common characteristics. As such, I will deal with them as a group when I consider the purpose for which they were admitted and the reliance that may be placed on them. Where the Province has raised specific issues with individual documents, I will deal with them at the end of this section or as part of my analysis, as necessary.

[822] First, the Province says Blueberry cites portions of many such documents for the truth of their contents, purportedly under the “public documents” exception to hearsay evidence. The Province notes this exception is not intended to admit detailed opinions, or reports of public inquiries that have led to recommendations, and argues that the documents relied on by Blueberry do not meet the test for “public documents” (relying, in part, on *Rumley v. British Columbia*, 2003 BCSC 234 at para. 51 and *Radke v. M.S.*, 2005 BCSC 1355 at paras. 51-53). Examples include:

- a) a report by the Forest Practices Board, entitled *Cumulative Effects Assessment: A Case Study for the Kiskatinaw River Watershed Special Report* (March 2011);
- b) reports by British Columbia's Auditor General, including:
  - i. *An Audit of Biodiversity in B.C.: Assessing the Effectiveness of Key Tools* (February 2013);
  - ii. *Managing the Cumulative Effects of Natural Resource Development in B.C.* (May 2015);
- c) a report by Biodiversity BC's Technical Subcommittee, entitled *Taking Nature's Pulse: The Status of Biodiversity in British Columbia* (Victoria, BC: 2008);
- d) a report commissioned by the Oil and Gas Commission, Steven F. Wilson, "Managing zone-of-influence impacts of oil and gas activities on terrestrial wildlife populations and habitats in British Columbia" (Sean Curry and James O'Hanley, who testified at trial, reviewed the report and provided commentary on it prior to its completion); and,
- e) other documents produced as a result of collaboration in the Regional Strategic Environmental Assessment process, including but not limited to:
  - i. R.F. Holt and Dave Myers, *Old Forest Current Condition: A Cumulative Effects Analysis for the Northeast RSEA Study Area – Final Report* (June 2019);
  - ii. Tania Tripp, *Methods Documentation: Regional Strategic Environmental Assessment (RSEA) – Moose Working Group: Habitat Effectiveness Model* (16 July 2019); and,
  - iii. Three Regional Strategic Environmental Assessment Moose Working Group reports, all dated September 24, 2019, entitled "Potential Habitat Conditions for Moose in WMU 7-45," "Potential Habitat Conditions for Moose in WMU 7-31," and "Potential Habitat Conditions for Moose in WMU 7-28."

[823] The Province says the RSEA materials should not be admitted for the truth of their contents. The Province says the only admissible opinion evidence on the issue



of moose habitat is the testimony of Dr. Johnson and Mr. Simpson. The Province notes that work done through the RSEA Moose Working Group, on which Blueberry relies, is taking a conservative approach, assuming worst-case scenarios and making favourable assumptions for the protection of wildlife. Further, the Province also says certain reports were never put to Dr. Johnson to be commented on or adopted at trial.

#### **a) Analysis**

[824] As noted by Blueberry, out-of-court statements are admissible for the truth of their contents when they fall within the recognized exceptions to the hearsay rule or where they meet the criteria of necessity and reliability under the “principled approach”: *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41 at paras. 20-21. “Public documents” are a recognized categorical exception to the rule against hearsay: *R. v. A.P.*, [1996] O.J. No. 2986 (C.A.) at paras. 14-15 [*A.P.*].

[825] The authenticity of these disputed documents was not at issue, nor was their relevance.

##### **i. Public Documents Exception**

[826] The “public documents” exception allows evidence that would otherwise be considered inadmissible hearsay to be tendered for the truth of its contents. A public document is a document which is “made for the purpose of the public making use of it, and being able to refer to it”: *Sturla v. Freccia*, (1880) 5 A.C. 623 (U.K. H.L.) at 643. Public documents are admissible without proof because of their inherent reliability or trustworthiness, and because of the inconvenience of requiring public officials to be present in the court to prove them: *A.P.* at para. 14, citing *R. v. Finestone*, [1953] 2 S.C.R. 107.

[827] The test for admissibility under the “public documents” exception is laid out in *A.P.* at para. 15. To fall within this exception, it must be established that:

- i. the document must have been made by a public official, that is a person on whom a duty has been imposed by the public;
- ii. the public official must have made the document in the discharge of a public duty or function;

- iii. the document must have been made with the intention that it serve as a permanent record; and,
- iv. the document must be available for public inspection.

[828] The fourth criteria may not be strictly required, particularly if there are other guarantees of reliability besides full public scrutiny; see *A.P.* at para. 17.

[829] As noted by Blueberry, documents admissible under this exception include “governmental reports and surveys prepared by an official whose duty it was to investigate and record his or her findings,” public registers and records, official certificates, statutes, parliamentary journals and gazettes: see Sopinka, Lederman & Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. (Markham, ON: LexisNexis Canada, 2018) at s. 6.312. However, documents need not fall into a certain category of public document to meet the test; the focus should be on the reliability of the document: *A.P. v. L.K.*, 2021 ONSC 150 at paras. 153-154.

[830] Essentially, as described by Blueberry, the Province relies on cases where the results of commissions of inquiry have been held to not fall within the public documents exception. These cases rely on a different test for the admission of public documents as set out in *R. v. Kaipainen*, [1954] O.R. 43 (C.A.), which required the inquiry to be “judicial or semi-judicial” for such documents to be admissible. None of the documents that Blueberry relies upon, however, are the result of a judicial or semi-judicial inquiry. Concerns relating to evidence being given in a confidential or untested environment, then summarized in a report without identifying the individual complainants or evidence relied upon, do not arise here.

[831] I conclude that the documents meet the four criteria set out in *A.P.*. The documents that Blueberry seeks to rely on are public documents and fit within the established exception to the rule against hearsay.

[832] The documents were either produced or commissioned by government officials in furtherance of their public duties. As such, and as Blueberry says, the circumstances surrounding the creation of the documents provide guarantees of inherent reliability or trustworthiness. The records and reports of public officials are admissible for the truth of their contents because of their inherent reliability and

because of the inconvenience of requiring public officials to testify in court regarding these reports.

[833] Many of these documents were produced to guide the Province's decision-making with respect to industrial development and wildlife management. Much like the documents in *P.I.P.S.C. v. Canada (Attorney General)*, [2005] O.J. No. 5775 (S.C.J.) [*P.I.P.S.C.*], they were created "for the purpose of conveying information to Ministers and senior government officials or other departments of government," which means it is reasonable to expect that "a high premium would be placed on their accuracy" (at para. 70). Many have been reviewed and vetted by multiple contributors. I find they have significant circumstantial guarantees of trustworthiness.

[834] Moreover, as reflected in the evidence, the Province purports to rely on these documents, or will soon rely on them, when making management decisions in Blueberry's territory. This is particularly so with respect to the Regional Strategic Environmental Assessment documents, which the evidence demonstrates were subject to both collaboration and authentication as part of the production process, and which the Province has indicated will assist with management decisions.

[835] With respect to necessity, it was open to the Province to call the authors of the reports or other officials to explain the statements made in the documents, but they largely chose not to do so. When relying on documents produced by the government in a claim against the government, courts have recognized it is "unfair" to place the burden on the plaintiffs to call the authors of the documents, who may be adverse in interest: *P.I.P.S.C.* at para. 75.

[836] Further, although I have already found the documents admissible under the public documents exception, I would, in the alternative, find them admissible under the principled approach as documents that are both necessary and reliable: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57 at para. 49.

[837] Overall, I agree as argued by Blueberry that the Province is seeking to exclude relevant evidence whose reliability rests on the integrity of the provincial government's own processes. The Province called no evidence to refute the reliability of these reports. Their objections are primarily technical, on the grounds

that they fall outside the public documents exception to hearsay, rather than on the substantive grounds that they are irrelevant, unreliable or unnecessary.

[838] The purpose of the hearsay rule is not served by excluding the evidence: “As with the proper application of all rules of evidence, it is wise to always keep in mind the purpose of the rule...the basis of the hearsay rule-the adversary’s inability to cross examine the person with knowledge of the event”: Sopinka at s. 6.39, citing Ron Delisle, Don Stuart & David Tanovich, *Evidence: Principles and Problems*, 10th ed. (Toronto: Carswell, 2012) at 691. Here, many of the documents were actually produced by the adversary (i.e., the Province).

[839] Moreover, in some cases, documents were even adopted as authoritative works by one of the Defendant’s own expert witnesses. For example, Mr. Simpson cited as authoritative, and adopted, portions of the COSEWIC 2014 Report.

[840] I note that while Blueberry does not heavily rely on all of these reports, including the Auditor General reports, Blueberry would suffer significant prejudice if the Province’s argument concerning these reports were acceded to. The reports are part of the overall evidence. They do not necessarily stand alone, but are corroborative of various points made by Blueberry in this matter.

[841] In these circumstances, the probative value of the documents outweighs any prejudicial effect. The documents therefore pass the threshold for admissibility, and are admitted for the truth of their contents.

#### **b) “Examples” of Objections**

[842] While the Province was not specific with respect to the objected to documents, in the footnote it did set out “examples” of the kinds of documents at issue, which I will deal with now.

[843] I note first, Auditor Generals’ reports have been recognized as public documents that fall within the exception to the rule against hearsay: *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 53 O.R. (3d) 221 (S.C.J.) at para. 50, rev’d on other grounds 2003 SCC 39. These reports are the product of “an official whose duty it was to investigate and record his or her findings”: Sopinka at s. 6.312.

[844] The government is able to review and does respond to the Auditor Generals’ reports – with the response being incorporated into the reports – adding to the

trustworthiness of the document. The Province in this case did respond to both reports, setting out steps it would undertake to fulfill its duties; see BC Auditor General, *Managing the Cumulative Effects of Natural Resource Development in B.C.* (May 2015) at p. 9-14, and *An Audit of Biodiversity in B.C.: Assessing the Effectiveness of Key Tools* (February 2013) at pages 4-8. These reports must be released to the public and reports are available online, establishing them as a public record. These documents have also been included in the evidence.

[845] The Forest Practices Board is the Province's independent watchdog for sound forest practices, appointed under the *Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, c. 69. The *Forest and Range Practices Act* requires that the "Board members must faithfully, honestly and impartially perform their duties" (s. 136(7)). It conducts independent audits and investigates complaints relating to compliance and enforcement of forestry legislation.

[846] In the "Cumulative Effects Assessment: A Case Study for the Kiskatinaw River Watershed Special Report" (March 2011), the Forest Practices Board investigated and reported on "how activities regulated under the *Forest and Range Practices Act* (FRPA) and other natural resource developments interact to affect FRPA values" (at p. i). This report is a public document available as a permanent record online.

[847] Two other provincial reports referred to and apparently at issue deal with Biodiversity in BC. The first is *Taking Nature's Pulse: The Status of Biodiversity in British Columbia*, (Victoria: 2008), a report prepared by provincial officials, in partnership with conservation groups, as part of their "mandate to produce a biodiversity strategy for British Columbia" (at p. xiii). This report is a "companion document" of *The Biodiversity Atlas of British Columbia*. The public purpose of the report is to "assist British Columbians in making informed choices regarding biodiversity." The report is available online as a permanent, public record.

[848] A common author and editor of both reports is Matt Austin, a Ministry of Environment member of the Technical Subcommittee that prepared the document. Mr. Austin is presently an assistant deputy minister of the Ministry of Forests. The Province could have called Mr. Austin to testify, but did not. In view of the circumstances in which these documents were produced, and the inconvenience of

requiring Blueberry to call the public official to prove the documents, I agree that the requirements of necessity and reliability are met.

[849] There are a number of other reports developed through the Regional Strategic Environmental Assessment process, including in relation to Old Forest, Moose Habitat, Water, and Peaceful Enjoyment that support conclusions with respect to the disturbance in the Blueberry Claim Area. The Province has objected to these as well.

[850] These documents have been jointly commissioned and reviewed by provincial representatives and First Nations as part of the Regional Strategic Environmental Assessment process, and are based on the Regional Strategic Environmental Assessment disturbance data. Dr. Holt spoke about the Regional Strategic Environmental Assessment process, the documents, and their origins in her testimony.

[851] In addition, the evidence demonstrates the vetting process through the various project working groups provides assurances of reliability. The data gathered through the Regional Strategic Environmental Assessment process has been agreed by all witnesses, including provincial government witnesses, to be the best available data. The evidence demonstrates it is presently being used, or close to being used, and relied upon by the Province. I will deal with the specifics of the Province's objection to the Regional Strategic Environmental Assessment disturbance data later, as part of my analysis on disturbances.

[852] Another example of a report, the admissibility of which the Province apparently objects to, was commissioned by the Oil and Gas Commission and authored by Steven F. Wilson of Ecologic Research. Entitled "Managing zone-of-influence impacts of oil and gas activities on terrestrial wildlife populations and habitats in British Columbia," the Oil and Gas Commission described it as an assessment of the science and management literature surrounding the use of zone-of-influence buffers. This has been identified throughout this trial, as an issue in the management of disturbance and cumulative effects.

[853] The Oil and Gas Commission both commissioned and relied upon this report. This included in discussions and consultation with Blueberry, and in the Area Based

Analysis tool used by the Commission. Both Sean Curry and James O’Hanley of the Oil and Gas Commission commented on this report.

[854] The Province could have called Mr. Wilson to testify about the report, but it did not. Its own witnesses testified they had used and referred to this report. In these circumstances, it is not entirely clear why the Province would object to the contents of this report or require Mr. Wilson to testify.

[855] I will deal with objections to other documents as necessary throughout the remainder of the judgment.

### **3. 2016 Atlas and Dr. Klinkenberg’s Review**

[856] The 2016 Atlas is an assembly of maps and data tables that sets out the scale and nature of industrial development in Blueberry’s traditional territory. Dr. Brian Klinkenberg, who provided an expert report reviewing the soundness of the 2016 Atlas, described it as an “inventory” of industrial developments in Blueberry’s territory. The 2016 Atlas reports this information as of approximately 2016 and contextualizes the increase of development up to that date.

[857] The 2016 Atlas does not define what constitutes an industrial development, but under the broad heading “Industrial and Infrastructure Land Uses” includes data and maps relating to agriculture and private lands; roads; transmission lines; oil and gas projects including wells, facilities, pipelines, tenures and fields, geophysical exploration, unconventional natural gas fields and Montney basin, and water withdrawals and stream crossings; forestry; mining; hydropower; and, wind power tenure and towers. These types of industrial developments generally accord with how industrial developments are defined in the pleadings. Paragraph 30 of Blueberry’s Notice of Civil Claim states:

30. The Defendant has authorized activities, projects and developments within, and adjacent to, the Plaintiffs’ Traditional Territory, including but not limited to the following types of activities, projects and developments:

- a) oil and gas;
- b) forestry;
- c) mining;
- d) hydroelectric infrastructure;
- e) roads and other infrastructure;
- f) agricultural land clearing;

- g) land alienation and encumbrance; and
- h) other industrial development (collectively the “Industrial Developments”).

[858] My use of the term industrial development in these reasons reflects the types of activities, projects, and developments Blueberry refers to at para. 30 of its Notice of Civil Claim.

[859] The 2016 Atlas follows from the 2012 Atlas produced by Peter G. Lee and Matt Hanneman for Global Forest Watch Canada and the David Suzuki Foundation, entitled *Atlas of Land Cover, Industrial Land Uses and Industrial-Caused Land Changes in the Peace Region of British Columbia*, which is also referred to as the Lee and Hanneman Report.

[860] The authors of the 2016 Atlas describes it as a “necessary starting point,” noting that numbers and maps are tools that can assist in gaining an understanding of the nature and scale of cumulative effects in Blueberry’s territory, but that examining cumulative effects on a landscape is a “multi-layered endeavour and no single snapshot can tell the whole truth at once.” As is discussed later, Dr. Klinkenberg, who provided an expert report on the soundness of the 2016 Atlas, noted in cross-examination that he agreed with this description.

[861] Blueberry first tendered the 2016 Atlas in its August 9, 2016 injunction application that sought to enjoin the Province from allowing further industrial development in segments of its traditional territory pending trial of this action. One of the disputes before the Court in the injunction application was whether the 2016 Atlas contained expert evidence and opinion (as the Province argued) or whether it was simply a summary of publicly available data which was then assembled in the report (as Blueberry argued).

[862] In *Yahey* 2017, I reasoned that the selection and analysis of the data contained in the 2016 Atlas showed that expertise and opinion was involved in its preparation. I noted that doubts had been raised about the accuracy, objectivity and therefore reliability of the 2016 Atlas’ cartographic presentation (at para. 80), and that it had not benefited from proper qualification, *viva voce* testimony in direct- or cross-examination, or countering opinion (at para. 81). The same deficiencies were present in the evidence relied upon by the Province in that application to establish



the existence of healthy and sustainable wildlife populations (at para. 84). I concluded there was a conflict in the evidence that needed to be tested at trial.

[863] As a result of this ruling, Blueberry retained Dr. Klinkenberg to comment on the soundness of the 2016 Atlas. Dr. Klinkenberg provided his expert report on the 2016 Atlas, entitled “Expert Report on the Atlas of Cumulative Landscape Disturbance in the Traditional Territory of Blueberry River First Nations (2016)” (20 July 2017) (“Report on the Atlas”).

[864] In *Yahey v. British Columbia*, 2018 BCSC 829, I held that Dr. Klinkenberg had provided a detailed review of the data in question (the vast majority of which derives from government sources) and its validity (at para. 58). I concluded there was a “circumstantial guarantee of trustworthiness” such that those parts of the 2016 Atlas report that Dr. Klinkenberg had adopted within his area of expertise could be considered part of his opinion, as per *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223.

[865] Those parts of the 2016 Atlas adopted by Dr. Klinkenberg, and Dr. Klinkenberg’s own Report on the Atlas, were therefore deemed admissible. Commentary in the 2016 Atlas that was beyond Dr. Klinkenberg’s area of expertise, did not form part of his opinion evidence. Blueberry was directed to identify those parts that fell into that category and provide that information to the Province. It did so by shading the portions of the 2016 Atlas that Dr. Klinkenberg considered beyond his expertise.

[866] Dr. Klinkenberg testified at trial, and his Report on the Atlas was admitted as Exhibit 9. The shaded version of the 2016 Atlas is Exhibit 12 in these proceedings.

#### **4. RSEA Disturbance Data and Disturbance Layer**

[867] In addition to the 2016 Atlas and data associated with that document, Blueberry introduced into evidence and relies on a number of products from the Regional Strategic Environmental Assessment process, namely a disturbance layer and disturbance datasets. As is set out in greater detail below, the purpose of developing the disturbance datasets and disturbance layer was to create one layer that could be relied on to be a reasonable interpretation of what is actually on the ground, and that could be usable as the actual disturbance footprint. The best available provincial data regarding where and how the landscape has been

modified would be collected in one place, and, through the Regional Strategic Environmental Assessment process, that data would be made accessible to others to use in spatial analysis and to inform decision making.

**a) Background to the RSEA Process**

[868] This Regional Strategic Environmental Assessment process is a broad collaborative planning process involving seven Treaty 8 First Nations and the Province, and also includes representatives from industry (primarily from the forestry and oil and gas sectors) as observers. Blueberry joined the Regional Strategic Environmental Assessment process in 2016.

[869] Dr. Rachel Holt is Blueberry's technical representative for the Regional Strategic Environmental Assessment process and testified about it. Dr. Holt has extensive professional knowledge and experience with respect to forestry and management of lands and ecosystems and has worked for 20 years for the government of British Columbia.

[870] While in more recent years Dr. Holt has undertaken work for First Nations, Dr. Holt has also: done old forest analysis for the provincial government for land use planning, including work spanning 15 years on the Great Bear Rainforest Joint Solutions Project; was appointed to the Old Growth Technical Group in the development of the provincial Cumulative Effects Framework; served as a board member for the Forest Practices Board between 2008 and 2014; helped develop a Conservation Framework for the Province; and, advised on developing monitoring protocols used by the Forest and Range Evaluation Program.

[871] While the Province sought to characterize Dr. Holt as an advocate of Blueberry, her history includes working extensively for the government over many years, as well as working for First Nations. I found her evidence reliable and probative of a number of matters, including the Regional Strategic Environmental Assessment process.

[872] In 2015, Dr. Holt undertook work for the Fort Nelson First Nation with respect to forestry analysis; she also worked for Blueberry to develop a report on the state of old forest in the northeast of BC. In 2016, she drafted Blueberry's Land Stewardship Framework. In 2017, she assisted Blueberry in providing comments on

the Fort St. John Sustainable Forest Management Plan to the Province, and she also provided a review of the statutory tools available to protect southern mountain caribou, which was provided to the Province.

[873] As previously noted, Dr. Holt is a fact witness. She explained the regulatory context and the nature of processes undertaken with respect to the Regional Strategic Environmental Assessment and other matters. I consider Dr. Holt's testimony with respect to all these matters, and others, to be of assistance in resolving questions of fact. I have not considered her evidence as expert opinion evidence because, as the Province points out, she was not proffered as an expert in this case. I have therefore considered her evidence to ascertain certain factual aspects of this case.

[874] Dr. Holt recommended that Blueberry join the Regional Strategic Environmental Assessment process as the area under consideration included a core part of the Montney shale basin, which is part of the Blueberry Claim Area.

[875] Dr. Holt described the Regional Strategic Environmental Assessment process as being a collaborative environmental assessment and land management process that involves a series of Project Table meetings held approximately every six weeks. Participants come together and decide upon key pieces of work to undertake through the process. Dr. Holt emphasized the Regional Strategic Environmental Assessment process is one that continues to evolve over time.

[876] In 2019, the Regional Strategic Environmental Assessment initiative developed a sub-project focused on the Fort St. John Timber Supply Area, which covers an area similar to the Blueberry Claim Area. Dr. Holt testified this was done because the RSEA Project Table concluded this is the central area of development: it has extensive forestry and oil and gas development as it sits upon the Montney shale basin. It also has a large agricultural area.

[877] The Regional Strategic Environmental Assessment initiative is presently undertaking a cumulative effects analysis of this area, and that work is referred to as the Methods Pilot. The Methods Pilot has had some setbacks. Chris Pasztor of the Ministry of Energy and Mines, who was the provincial co-lead for the RSEA initiative, testified it was anticipated the Methods Pilot analysis and modelling work would be finalized by March 2021, but the pandemic and other issues have affected

that timing. The Province's written submissions, which were submitted in the fall of 2020, refer to this work as "ongoing."

[878] As part of the Regional Strategic Environmental Assessment process, the Project Table (after consulting with their respective principals and communities) identified four indicators representing core values in Northeastern BC: old forest, moose, water, and peaceful enjoyment. The Project Table then established working groups to look into and report back on these core values.

**b) RSEA Data Working Group, Methodology and Disturbance Layer**

[879] It was recognized that, in order to progress the work of RSEA, all parties would need one source of data they could use and trust. A data working group was constituted with representatives from both the Province and participating Treaty 8 First Nations.

[880] The data working group was cognizant that disturbance data associated with certain activities such as oil and gas development and forestry are held in separate government departments. The data are stored and updated differently, and departments do not reference each other's data in a comprehensive way. For example, if someone wanted to know how many roads there were in northeast BC, they would have to access and review all the datasets, but they would not necessarily know if they had retrieved all the available datasets, or whether they overlapped such that they were double counting.

[881] One of the primary tasks of the data working group was to establish a layer of disturbance information that gathered into one place all the relevant datasets stored and utilized by the Province. Therefore, it was decided that other RSEA work should be put on hold until this reliable disturbance data was generated.

[882] As a result, around 2017, the provincial government contracted Caslys Consulting Ltd. ("Caslys") to undertake this project and prepare the disturbance layer and disturbance datasets. The disturbance layer was prepared through a year-long process and presented on a number of occasions to the RSEA data working group. Caslys and the provincial representatives undertook quality assurance of the data and process. Ultimately, the data was distributed to all the

participants at the RSEA Project Table and entered as Exhibit 52 in these proceedings.

[883] Dr. Holt indicated the results of the project are a practical and consolidated dataset that combines best available data in a manner that is flexible enough to support a wide array of Geographic Information System (“GIS”) modelling and decision-support tasks. Through this approach, landscape and regional implications can be quantified and monitored into the future.

[884] The executive summary of Caslys’ “Regional Strategic Environmental Assessment (RSEA)-Disturbance Methodology Version 2.0” (September 2018) (“Methodology Document”), describes this work as follows at p. 2-3:

The RSEA Disturbance Methodology is a framework that brings together the best available landscape disturbance data into a consistent format for use in land and environmental management decisions. ... The procedures and derived [Geographic Information System] GIS datasets produced through this project have been developed through collaboration with stakeholders from both the RSEA Data Management Working Group and broader participation by the RSEA table, which includes representatives from the province, Treaty 8 First Nations and industry proponents. Together these groups have a diverse set of decision support requirements that benefit from the best available spatial data that characterizes where the landscape has been modified through development activities or selected natural factors. Having a comprehensive dataset to support all of these decisions will build continuity and improve validity into our on-going management tasks. The RSEA Disturbance Methodology provides a framework for periodic data updates, while also giving those that use spatial information a flexible and comprehensive product that has been designed to support all forms of spatial analysis and mapping initiatives that depict land disturbance impacts.

[...]

A conservative approach was followed throughout the development of the mapping product. ...

[885] The purpose of preparing the disturbance dataset and disturbance layer is succinctly set out in the Methodology Document, which states at p. 1 that “the objective of this project was to develop and test a documented, transparent disturbance methodology that is replicable by third parties and understandable to a wide ranging audience.” As noted by Dr. Holt, the dataset was prepared for use by those at the RSEA table. The data was intended for use by a GIS practitioner who would utilize the data to spatially represent the disturbances.

[886] The Methodology Document states at p. 77: “The consolidated dataset is a polygonal map layer that incorporates all human disturbance footprints into a single file.” This combined anthropogenic disturbance layer was referred to in the evidence as “Level C.” Levels A and B contained data relating to specific “themes” (i.e., files that delineate all disturbance footprint areas by theme i.e. individual layer files such as road, oil and gas development, mining seismic communities, agriculture). Level D is the comprehensive disturbance footprint that includes both anthropogenic and natural disturbance.

[887] The disturbance layer was available by September 2018 at which time the disturbance data itself was distributed for download to RSEA participants.

[888] Dr. Holt requested that Gregory Khem, a GIS technician, calculate the overall disturbance in Blueberry’s territory. In other words, take the shape file from the RSEA disturbance layer, “clip” the data from the 25 million hectare dataset included in the RSEA study area to focus on the approximately 4 million hectares that make up the Blueberry Claim Area, and run the calculations (i.e., map the disturbances) applying first a 250-metre, and then a 500-metre, buffer.

[889] The buffering process was described as simple math: the computer draws either a 250-metre line or a 500-metre line around everything in the data layer, and then it adds up how much area is within those areas and uses the total Blueberry Claim Area as the denominator. This shows how much of the Blueberry Claim Area is affected by disturbance. The results of these calculations indicated that 85% of the Blueberry Claim Area is within 250 metres of a disturbance, and 91% of the Blueberry Claim Area is within 500 metres of a disturbance.

[890] The inclusion of this information and the use of certain maps derived from the disturbance layer and datasets developed as part of the RSEA process became an issue at trial. The Province argued that the maps and summary calculation table derived from the RSEA disturbance layer and datasets were not admissible. The Province said the maps and table were expert evidence, lacked probative value in determining the issues in the case, and were unreliable.

[891] I dealt with these arguments in *Yahey v. British Columbia*, 2019 BCSC 1934, where I concluded the objected to documents were admissible, and that the

Province would be free to raise issues about weight in final argument. Some portions of that judgment bear repeating.

[892] I noted at para. 10 that while the RSEA disturbance layer and disturbance data is technical in nature and may require a specialist with knowledge to explain, this evidence does not constitute expert opinion, as it does not offer any interpretation or express any view or conclusion. At para. 20, I noted that the disturbance layer and disturbance data contained indicia of reliability: they were produced collaboratively at the RSEA table using provincial data, they were developed using an open and standardized methodology, they were shared by the Province with all members of the Regional Strategic Environmental Assessment process and were intended to be used by third parties, and the parties agreed these were the best available data for the purpose of determining landscape scale disturbance.

[893] In final argument, the Province reiterated its arguments that the maps and data tables derived from the RSEA disturbance layer and disturbance datasets lacked probative value and were unreliable. I will deal with these issues as part of my analysis on the disturbance data and the scale of development in the Blueberry Claim Area.

[894] A number of witnesses in addition to Dr. Holt testified about both the RSEA disturbance methodology and the use of the data. They included: Chris Pasztor of the Ministry of Energy and Mines, who was the provincial co-lead for the Regional Strategic Environmental Assessment initiative; Greg Van Dolah a representative for the Ministry of Forests; Dr. Jennifer Psyllakis, the provincial representative in charge of developing the Province's Cumulative Effects Framework; and, Sean Curry from the BC Oil and Gas Commission.

[895] While Dr. Holt agreed in cross-examination that Caslys took a conservative approach to developing the disturbance layer and disturbance data, erring on the side of being overly inclusive of potential disturbance, she also testified to it being "one of the, if not the, best compiled disturbance datasets in the province." She noted it has had more time and money put into it than any other project of this kind, and that she had never seen such a concerted effort by a team of experts on a data layer in a project of this scale.

[896] The Province's witnesses also attested to the reliability of the data. Mr. Van Dolah noted that one of the initial concerns of all participants in the RSEA process was that there was a need for "trusted data." He referred to the collaboration that has been occurring through the RSEA process. He testified that the products of the RSEA work, such as the disturbance layer information, were "what all parties within RSEA are agreeing to be as that trusted data." He went on to note that this data is the "best data that is currently available."

[897] Mr. Pasztor agreed that the data was built collaboratively and used an approach that "clearly applies methodologies and procedures how one would go about articulating disturbance on the land base." Mr. Curry of the Oil and Gas Commission confirmed that the 2016 Atlas used the right datasets and the data used was "reasonable."

[898] Dr. Psyllakis noted that to understand impacts on treaty rights one should look at both the RSEA disturbance data and information from Blueberry members.

[899] All of this demonstrates that the disturbance layer uses appropriate methodologies, is trusted by the parties to the Regional Strategic Environmental Assessment process, and can be relied upon and given weight by the Court. I therefore do not accept the Province's arguments that the disturbance layer and datasets are unreliable or lack probative value.

## **5. Analysis of Disturbance Data and Scale of Development in the Blueberry Claim Area**

### **a) Findings of Fact on the Level of Disturbance and Scale of Development in the Blueberry Claim Area**

[900] I note at the outset that the Province does not deny there has been extensive development since 1900 throughout BC, including in the northeast. It could not realistically say otherwise when considering the industrial development that has occurred in the northeast, in particular.

[901] That said, and as Blueberry has pointed out, the Province consistently seeks to raise doubt regarding the nature or quality of its own data concerning resource use and industrial development in this part of the province.



[902] The provincial natural resource ministries and agencies, including the provincial Chief Forester, rely on provincial data when undertaking the Timber Supply Review and Annual Allowable Cut determination; the Ministry of Forests in tracking forest inventory; the Ministry of Energy and Mines in tenuring; and, the Oil and Gas Commission in regulating oil and gas activities.

[903] Much of the data accessed and relied on in the 2016 Atlas and the RSEA disturbance layer and datasets is, by professional consensus, the best available data, and data that is to be trusted. Moreover, with respect to the RSEA disturbance layer and disturbance data, the provincial representatives have conceded this is the best available data. This is also data upon which the Province purports to manage the landscape and wildlife. It relies upon it to show the state of the landscape.

[904] Accordingly, with respect to the overall disturbance in Blueberry's territory, I accept the conclusions set out in the data relied upon by Blueberry, as reflected in the 2016 Atlas and the RSEA disturbance layer and datasets.

[905] I conclude, as the 2016 Atlas demonstrates, that based upon the data available as of January 2016:

- a) 73% of the Blueberry Claim Area is within 250 metres of an industrial disturbance; and,
- b) 84% of the Blueberry Claim Area is within 500 metres of an industrial disturbance.

[906] I also conclude, as the Regional Strategic Environmental Assessment's 2018 disturbance datasets demonstrate, that, by September 2018, the level of disturbance in the Blueberry Claim Area was as follows:

- a) 85% of the Blueberry Claim Area is disturbed when a 250-metre buffer is applied; and,
- b) 91% of the Blueberry Claim Area is disturbed when a 500-metre buffer is applied.

[907] The extent of any further disturbance in the Blueberry Claim Area since the close of evidence in the summer of 2020 is not known.

[908] These conclusions reflect the state of the landscape over which Blueberry is trying to exercise its rights. This is important contextual information that is further bolstered by the members' evidence regarding their attempts to continue to exercise their rights in a territory that is significantly impacted by development.

[909] As noted by Blueberry, further corroboration of the percentages relating to disturbance in the Blueberry Claim Area is provided by the fact that the RSEA Project Table ran the data for the Fort St. John Timber Supply Area (which makes up a substantial portion of the Blueberry Claim Area) and found as well that 85% was within 250 metres of a disturbance. In cross-examination on October 24, 2019, Dr. Holt testified "we just ran this in the RSEA pilot and got the exact same numbers...[a]n entirely other set of people did that work."

[910] Furthermore, other studies and reports corroborate the data and conclusions set out both in the 2016 Atlas and the RSEA disturbance layer.

[911] For example, the overall level of disturbance in the Blueberry Claim Area is further corroborated by the disturbance calculations in scientific reports on caribou habitat. As discussed in greater detail earlier, government reports from 2009 and 2010 suggest the area within the Blueberry Claim Area used by the Chinchaga herd is approximately 79% to 93% disturbed, when applying a 250-metre buffer. This information is found in Conrad Thiessen's 2009 report for the BC Ministry of Environment, "Peace Region Boreal Caribou Monitoring: Annual Report 2008-09" (May 2009) ("Thiessen 2009 Report") and the Chris Pasztor and Steven F. Wilson Report entitled "Projected Boreal Caribou Habitat Conditions and Range Populations for Future Management Options in British Columbia" (22 April 2010) ("Pasztor and Wilson Report"), the latter report being one for the Ministry of Environment and the Ministry of Energy and Mines.

[912] Furthermore, Environment Canada identifies the disturbance management threshold for Boreal Caribou as being 65% undisturbed habitat in a caribou range (i.e., not greater than 35% disturbance): Environment Canada, "Recovery Strategy for the Woodland Caribou (*Rangifer tarandus caribou*), Boreal Population in Canada" (2012). If this 65% intactness threshold is met it provides a 60% chance of a local population being self-sustaining.

[913] Finally on this point, while the Province continues to point to a variety of issues that it says renders the data “unreliable,” it is uncontroverted that the RSEA disturbance data has been developed jointly between these parties, along with other participants at the RSEA table. While the Province says management recommendations based on this data still need to be approved before it can be directly implemented in decision making processes, this does not affect the validity of the data, which through great effort has been developed and approved by the parties to this litigation, along with other Treaty 8 First Nations. The evidence is also clear that the parties are using some of this data in collaborative processes presently underway. As noted earlier, I find this data reliable and give it weight in my analysis regarding disturbance within the Blueberry Claim Area.

**b) Province’s Points of Contention Regarding the Disturbance Data**

[914] In coming to my conclusions set out above, I have considered the Province’s points of contention regarding the disturbance data and other data placed before the Court. I will now set out my analysis with respect to the Province’s specific points of contention.

[915] The Province essentially argues, first, that Blueberry relies on data which is known to overestimate the actual disturbance. Second, it maintains the data does not allow for any differentiation or determination of the effect of a particular disturbance. This, the Province argues, goes to its consistent point that this Court cannot rely on either the 2016 Atlas or the RSEA disturbance data as presented, as it does not reflect whether or not Blueberry members can exercise their treaty rights.

[916] In particular, the Province argues that the disturbance data does not establish that Blueberry members are unable to exercise their treaty rights. It emphasizes that not all disturbances impact wildlife or wildlife habitat, and not all are permanent. The Province says, for example, that Blueberry can still hunt in a clearcut or on lands under which there is subsurface development. It says despite development in the Blueberry Claim Area and surrounding areas, Blueberry members are able to exercise their treaty rights to hunt, fish, and trap.

[917] The Province also argues that not every disturbance is a “taking up” under the Treaty. The Province says instead of canvassing the community for evidence of the collective exercise of treaty rights, Blueberry emphasized evidence of the proximity of areas within their territory to disturbances, appearing to assume that all forms of landscape disturbance amount to “taking up.” The Province maintains this assumption is contrary to both the legal definition of taking up, and the expert evidence given by Blueberry’s wildlife ecologists.

[918] The Province therefore takes issue with Blueberry’s argument that the data regarding industrial development, and the presentation of that data via the 2016 Atlas and RSEA disturbance layer, presents an accurate reflection of the disturbance on the ground, or an accurate measurement of the cumulative effects of development in the Plaintiffs’ territory.

[919] I will deal with the specific points raised by the Province with respect to the disturbance data and what it illustrates about the scale of development and level of disturbance in the Blueberry Claim Area. In doing so, I will further comment on the 2016 Atlas, the RSEA disturbance data, and other points made by the Province.

[920] As part of my analysis, I will deal later with the question of whether a disturbance is a “taking up” and the resultant effect on Blueberry’s ability to exercise its treaty rights.

[921] Prior to dealing with the 2016 Atlas, I will briefly deal with the Province’s point that, in addition to the same limitations identified in the RSEA data, the disturbance layer Level C (which is the combined anthropogenic layer relied upon by Mr. Khem) includes additional types of disturbance not captured in the 2016 Atlas calculations, including recreational sites, trails, and communities. As such, the calculations are not comparable.

[922] In considering that point, however, I conclude that this may have led to the slightly larger conclusion of disturbance in the RSEA disturbance data of 85% disturbed based on a 250-metre buffer, and 91% disturbance based on a 500-metre buffer. This is contrasted with the corresponding numbers of 73% and 84% disturbance set out in the 2016 Atlas. In addition, this difference may well be attributed to additional development in the territory in the intervening two years.

Suffice it to say, either set of numbers is significant, and choosing one over the other does not fundamentally affect the conclusions in this case.

**c) 2016 Atlas and Dr. Klinkenberg's Review**

[923] Both the 2016 Atlas and Dr. Klinkenberg's Report on the Atlas refer to disturbances within Blueberry's "traditional territory." In the 2016 Atlas, the area demarcated as being Blueberry's "traditional territory" is that outlined in the Notice of Civil Claim that initiated these proceedings. For ease of reference, I will therefore refer to the area to which the 2016 Atlas pertains as the "Blueberry Claim Area."

[924] The 2016 Atlas was prepared almost entirely from provincial data. The data used reflects the scale and nature of industrial development in the Blueberry Claim Area up to mid-January 2016. As noted earlier, Blueberry provided the 2016 Atlas to the Province as a means of objectively demonstrating their concerns regarding impacts to the lands on which they rely for the exercise of their treaty rights. The Province did not respond to this document, other than to acknowledge its receipt and note the amount of work it must have involved.

[925] While the Province says it has responded to the 2016 Atlas in the context of this litigation, that is not consistent with the honour of the Crown. The Crown cannot ignore a legitimate request by a First Nation to address information and concerns relating to cumulative impacts by pointing to litigation which may take years to complete. There is an obligation on the Crown to deal with matters outside litigation. The honour of the Crown requires more than just an adversarial response in the context of this litigation. The courtroom is not an alternative to the negotiating table, and true reconciliation is rarely, if ever, achieved in courtrooms: *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17 at paras. 87, 91.

[926] Furthermore, while the Province says, in any event, that it has established the Regional Strategic Environmental Assessment process to address the cumulative impacts on treaty rights which the 2016 Atlas does not address, it then raises doubts about the products coming out of that process. As the evidence demonstrates however, it established the RSEA process for the express goal of collecting and coordinating trustworthy information about natural- and human-induced disturbance on the landbase in northeastern BC to inform decision-making

on cumulative impacts. It cannot now cast doubt or denigrate the soundness of the data assembled through the RSEA process in the context of this litigation.

[927] I now turn to Dr. Klinkenberg's assessment of the 2016 Atlas.

[928] Dr. Klinkenberg's testimony concerned the verification and validation of the data used in the 2016 Atlas.

[929] At p. 16 of his Report on the Atlas, Dr. Klinkenberg situated the Blueberry Claim Area (which he, like the authors of the 2016 Atlas, referred to as "Blueberry Traditional Territory") within a larger study area. He noted:

More than 99% of the Blueberry Traditional Territory is within the Peace River Regional District (RD). To the North, the Peace River RD shares a border with the Northern Rockies RD. Together they form the North East Development Region. Active oil and gas exploration and extraction has taken place in this region extensively. In order to look at a broader context and include a comparable (e.g. vegetation, resources, climate) area, this larger region will be used (the 'study area'). The study area is bounded by Alberta (East), the Fraser-Fort George RDs (South), the Buckley-Nechako and Stikine RDs (West) and the Northwest [T]erritories (North). The area is more than 200,000 Km<sup>2</sup> and represents approximately 21% of the BC territory. The study area and the BRFN traditional territory are represented in Figure 2.



**Exhibit 9: Expert Report on the Atlas of Cumulative Landscape Disturbance in the Traditional Territory of Blueberry River First Nations (2016) by Dr. Klinkenberg, page 16, Figure 2 showing the Blueberry Claim Area in relation to the Study Area.**

[930] The Court heard evidence of Dr. Klinkenberg's detailed review of the data contained in the 2016 Atlas and its validity, noting the vast majority of it came from provincial government sources. This included, as noted by Blueberry:

- a) examination of the maps, tables and data sources used;
- b) examination of the forestry data, including an analysis in Appendix 4 and 5 of the Ministry of Forests' cutblock dataset and comparison to the forest change dataset 1985-2011 (regional level and local level);
- c) analysis of the temporal change in the coal and mineral tenures data (Appendix 6);
- d) annotation and review of the 36 maps presented in the 2016 Atlas (Appendix 7); and,

- e) reproductions of Maps 32 and 34 to highlight scale-related issues (Appendix 9).

[931] Dr. Klinkenberg agreed that the scale chosen for the maps in the 2016 Atlas gave the impression the marked feature was larger than it actually was, and created a “cluttered” impression. He noted one could not distinguish individual features on a map when it is displayed at a scale of 1:1.8 million (meaning 1 millimetre on the map represents 1.8 kilometres on the ground), but the purpose of the density maps was to provide an overview perspective of what is going on.

[932] With respect to the cartographic representation in Maps 31-34 of cumulative effects in the Blueberry Claim Area, at page 48, Dr. Klinkenberg said the density of the features as displayed on these maps appear to be a cartographically-correct presentation, given the small scale of the maps. He noted the question of the appropriate size of the buffer around the disturbance i.e., 250 or 500 meters was not, however, a matter he could attest to.

[933] Dr. Klinkenberg noted the field of cartography has changed over the last 40 years. Maps are now more inherently a subjective account of the natural world. However, when it was put to Dr. Klinkenberg that one cannot rely on the maps in the 2016 Atlas for the “truth,” he disagreed. He noted that while all maps are a distortion of the earth, the fact that there are certain features in certain places, such as, for example, seismic lines, is not subjective criteria. This is an objective fact that the map now presents.

[934] Dr. Klinkenberg’s comments regarding subjectivity do not extend to the data underlying the maps in the 2016 Atlas and his Report on the Atlas, most of which were obtained from government sources. Those Dr. Klinkenberg downloaded and verified were the same datasets and sources, with a few minor exceptions. In Appendix 7 of his Report on the Atlas, Dr. Klinkenberg undertook an annotated and helpful review of the 36 maps presented in the Atlas that deal with any notable subjective features.

[935] With respect specifically to the completeness and accuracy of the 2016 Atlas data sources, at page 17 of his report, Dr. Klinkenberg noted:

Most of the data portrayed and analyzed in the Atlas is public data available through different open data portals from the BC government. It is evident



that oil and gas exploration and extraction as well as forest harvesting are the main potential sources of environmental impact in our study area. As a second step in the analysis, the focus was on evaluating the completeness and accuracy of the datasets used in the Atlas to portray disturbances associated with these two extractive industries.

[936] Dr. Klinkenberg noted that three main datasets were used in the 2016 Atlas for the visualization of disturbances associated with oil and gas exploration: one containing locations of oil and gas wells, one for pipelines, and one for exploration lines (seismic lines) from 1996 to 2015.

[937] In addition, the 2016 Atlas made use of two main datasets to portray environmental impacts associated with the forestry industry: one developed by Global Forest Watch, and one of consolidated forest cutblocks from the Ministry of Forests. While he was unable to validate the Global Forest Watch data, he noted as per pages 20-21 of the 2016 Atlas, 60% of B.C. has intact forest landscape, while only 13.78% of the Blueberry Claim Area had intact forest landscape.

[938] At page 41 of his Report on the Atlas, Dr. Klinkenberg noted that as the government continuously updates its online data he cannot say with 100% confidence that the data presented in the 2016 Atlas is a complete and accurate representation of the data the authors downloaded at the time, because, as he wrote, he is unable to “turn back time.” He noted, however, for some datasets, including those related to seismic lines and oil and gas wells, one can make an independent assessment of the accuracy and completeness of the dataset by overlaying the data on recent satellite imagery and doing visual comparisons. He can also assess the cutblock records by comparing the government records to an independently produced assessment of logging activity by year (citing White et al 2017, *A nationwide annual characterization of 25 years of forest disturbance and recovery for Canada using Landsat time series*).

[939] Dr. Klinkenberg noted he undertook a qualitative analysis – a rigorous quantitative statistical analysis would require considerable more time and effort – but the results nonetheless provide useful insight into the data completeness issue.

[940] The data itself is the more helpful evidence for the Court – especially in view of the changes in cartography over the last 40 years attested to by Dr. Klinkenberg.

Maps, however, are tools that can assist in presenting this data spatially and visually.

[941] Dr. Klinkenberg ultimately provided his expert opinion on the question posed: “Whether the Atlas, as an inventory of human induced and accumulated disturbance in BRFN traditional territory, is a sound document?” At page 28 of his report, he concluded it was sound:

**Yes.** Based upon reviewing all of the publicly-available downloadable datasets, performing validation on several of the maps either by reproducing the map or by conducting qualitative tests using independently-derived data, as well as by reviewing every map from a professional cartographer’s perspective, and reviewing other documents related to cumulative impact assessment in British Columbia, in my opinion the Atlas is a sound document. There are some minor faults, but nothing that would cast doubt on the accuracy, objectivity and therefore the reliability of the Atlas’ cartographic presentation.

(emphasis in original)

[942] Those “minor faults” related to some duplication and updates in the datasets between 2016 and his 2017 Report on the Atlas, but, as indicated, did not cast doubt on the accuracy, objectivity, and reliability of the maps in the Atlas. One area of duplication, for example, was with respect to some of the seismic lines in Map 22.

[943] The Province extensively cross-examined Dr. Klinkenberg. The Province pointed out that Dr. Klinkenberg agreed that the tables and maps in the 2016 Atlas “are not, nor should they be interpreted as an accurate reflection of the actual disturbance on the ground.” Rather he agreed they represent “a plotting of the data.” The Province says, as a result, it is clear that the 2016 Atlas over-represents the scale of disturbance and represents a “worst case scenario.”

[944] The Province also says Dr. Klinkenberg agreed that much of the data used by the authors of the 2016 Atlas reflects permitted or authorized activity or tenure, as opposed to actual development.

[945] In addition, the Province says given that Dr. Klinkenberg, in cross-examination, distanced himself from some of the commentary in the 2016 Atlas, it

became impossible to determine what Dr. Klinkenberg accepted as accurate and reliable in the 2016 Atlas.

[946] While Dr. Klinkenberg was not able to agree with a variety of written conclusions in the 2016 Atlas as being either subjective opinion, outside his expertise or knowledge, or referring to the 2012 Atlas which he did not review, he did verify the accuracy of the data, including and specifically the statistical information in Table 22 on page 73 of the 2016 Atlas with respect to the extent of cumulative effects in the Blueberry Claim Area.

[947] That table notes the industrial footprint in the Blueberry Claim Area (taking into account roads, transmission lines, seismic lines, pipeline tenures, consolidated cutblocks, and agricultural areas) affected 13% of the area; when buffered by 250 metres it was 73%; and, when buffered by 500 metres, 84% of the Blueberry Claim Area was affected by an industrial disturbance.

[948] Dr. Klinkenberg agreed with the essential portions of the 2016 Atlas, being the maps and tables from verified government data sources, that establish industrial disturbance in the Blueberry Claim Area.

[949] In addition, in cross-examination, Dr. Klinkenberg said that he agreed with the final conclusion in the 2016 Atlas, which he said was based on the data. This part of the 2016 Atlas should therefore not have been shaded as an area he could not verify. That conclusion, at page 85 reads as follows:

Examining cumulative effects upon a landscape is inherently a multi-layered endeavour and no single snapshot can tell the whole truth at once. Numbers and maps are only two of the tools that can assist in gaining an understanding of the nature and scale of cumulative effects upon the traditional territory of Blueberry River First Nations. This understanding can only be crude, but it is a necessary starting point. The analysis in this Atlas which is based upon government of British Columbia data, reveals that approximately 73% of the area inside Blueberry River First Nations traditional territory is within 250 metres of an industrial disturbance, and approximately 84% is within 500 metres of an industrial disturbance.

**d) Dr. Klinkenberg's Analysis of Oil and Gas Disturbances**

[950] At page 20 of his Report on the Atlas, Dr. Klinkenberg indicated that to verify the accuracy of the oil and gas disturbances noted in the 2016 Atlas he had

randomly selected a number of sites to visually inspect using aerial imagery. He concluded at page 20 that the Blueberry Claim Area had nearly twice as much disturbance associated with oil and gas development as the surrounding regional districts that made up the study area:

Although this in-depth analysis was not intended to specifically document the differences in the intensity of development between study region (i.e., Prince George RD and the Northern Rockies RD) and the Blueberry River FNTT [i.e., the Blueberry Claim Area], the differences in the number of 5 km x 5 km cells that intersected with at least one linear or point disturbance are dramatic. While almost 91% of the 5 km x 5 km cells that fall within the Blueberry River FNTT intersect with some form of disturbance, only 52% of the total study area cells do. If we exclude the Blueberry River FNTT cells from the overall study area and recalculate the percentage of cells affected (i.e.,  $(4456-1523) / (8600-1677)$ ), the number of affected cells drops to 42%. So, using a relatively crude measure of disturbance, it appears as if the spatial extent of the disturbance associated with oil and gas developments is more than double (90.8% of the cells) in the Blueberry River FNTT than that in the surrounding regional districts (42% of the cells).

*Table 2. Surveyed Areas*

<b>Feature</b>	<b>Count</b>
Number of 5 X 5 Km Cells in Study Area	8,600
Number of Cells Intersecting Oil and Gas Features (wells, seismic lines, or pipelines)	4,456 (51.8%)
Number of 5 X 5 Km cells within the Blueberry River FNTT	1,677
Number of cells intersecting Oil and Gas Features within the BRFNTT	1,523 (90.8%)

[951] The Province retained Ann Blyth to prepare an expert report responding to this aspect of Dr. Klinkenberg's work, namely the accuracy of his analysis of the oil and gas datasets used in the 2016 Atlas.

[952] Ms. Blyth provided an expert report dated February 2018. Ms. Blyth was qualified as an expert in GIS and remote sensing, including the accuracy of spatial data and interpreting aerial photographs and satellite imagery.

[953] Ms. Blyth was asked to re-create the disturbance analysis undertaken by Dr. Klinkenberg at page 20 of his report. In doing so she redefined the study area to be, in the Province's view, more representative of the Blueberry Claim Area, decreased

the size of the cells analysed to improve the spatial position, and increased the number of cells analysed to increase the confidence level.

[954] Ms. Blyth said her results indicated that 37.5% of the cells in the study area overlapped with oil and gas disturbances compared to 51.8% for Dr. Klinkenberg, and 56.4% of the cells within the Blueberry Claim Area overlapped with oil and gas disturbances compared to 90.8% for Dr. Klinkenberg. Ms. Blyth attributed the differences in outcome to the cell size, and the differences in the boundaries of the study areas.

[955] While conducting an accuracy assessment of her results by reviewing the imagery, Ms. Blyth indicated she erred on the side of determining a feature was present in a cell, rather than not. Ms. Blyth testified that in the 96 cells she sampled there was a tendency by Dr. Klinkenberg to over-represent the amount of oil and gas disturbance. She noted 41.7% of the cells over-represented disturbances, and 24% under-represented.

[956] Significantly, however, in cross-examination Ms. Blyth confirmed that if one of a number of features was not visible in the imagery associated with that cell (i.e., was missing in the cell) it would be marked as having been over-represented. As an example, if Dr. Klinkenberg had mapped 5 features in a cell, but only 4 were accounted for in the imagery, Ms. Blyth would have characterized this as having been an over-representation of the disturbance data. Notably, Ms. Blyth agreed, however, that a cell in the over-represented category did not mean that a disturbance or activity was not present in the cell.

[957] Ms. Blyth agreed that while her overall study area was different from Dr. Klinkenberg's, the Blueberry Claim Area was the same, and therefore comparable. She also agreed that both Dr. Klinkenberg's result (i.e., 90.8% of the cells in the Blueberry Claim Area intersecting oil and gas features) and her results (i.e., 56% of the cells in the Blueberry Claim Area intersecting oil and gas features) were correct. Her study still found a larger level of disturbance in the Blueberry Claim Area than in the study area.

[958] Regardless, as Blueberry points out, ultimately Ms. Blyth's report is of limited utility to the Court. Ms. Blyth did not review the 2016 Atlas, but only five pages of Dr. Klinkenberg's Report on the Atlas (pages 18-22), which dealt with the analysis

of oil and gas datasets, and she did not contradict his evidence. Her study still found a large level of disturbance in the Blueberry Claim Area and her concept of “over-representation of disturbance” did not assist as it did not reflect that an area was not disturbed. Rather, it may have only been “less disturbed” based on the criteria Ms. Blyth used to reach this conclusion.

[959] The evidence established that Blueberry, as part of its efforts to have the Province address what it described as devastating cumulative impacts in the Blueberry Claim Area, went to considerable efforts to commission and assemble the data and maps in the 2016 Atlas and present them to government. The 2016 Atlas provides a helpful visual of the area where Blueberry members are trying to exercise their treaty rights. Again, it is most striking that the Province never addressed this report – and has never presented any different data to counter this information.

[960] As indicated earlier, I agree with Blueberry that if the Province had different information, it was bound as a matter of honourable dealing to provide this information to Blueberry. It did not do so.

**e) Does the Data Over-represent Disturbance in the Blueberry Claim Area?**

[961] The Province made many of the same arguments with respect to the accuracy of the disturbance data in the 2016 Atlas that ultimately developed through the Regional Strategic Environmental Assessment process. I will therefore deal with these issues together.

[962] There are essentially three alleged categories of deficiencies in the data identified by the Province. The first is the over-representation of disturbance; the second is lack of differentiation of the effect of disturbances; and, the third is that Blueberry members can still exercise their rights to hunt, fish, and trap notwithstanding a disturbance, since particular disturbances such as cutblocks allow for early regrowth and can still support wildlife.

[963] The Province argues that the data in both the RSEA disturbance layer and the 2016 Atlas over-represent disturbance in the Blueberry Claim Area. This is

largely because the data includes activities that are authorized or permitted, but not yet built. Some of the specific issues identified by the Province are:

- a) the pipeline data may reflect tenured or authorized pipelines, as opposed to constructed pipelines;
- b) the well data includes both authorized wells that may not have been drilled, and cancelled wells; and,
- c) the forestry consolidated cutblocks data may reflect authorized as opposed to harvested cutblocks.

[964] Much of this argument covers the oil and gas industry, although some reflects forestry practices and authorization. I will deal first with the oil and gas disturbance data.

#### **i. Oil and Gas**

[965] The 2016 Atlas shows the number of well authorizations by year since 1918. Between 1918 and 1990, the number of authorizations held relatively steady, other than a spike in the 1960s and 1970s. The authorizations, however, significantly increased in the late 1990s, with a significant spike starting in 2003, and truly spiking from 2004 to 2006, and again in 2014. Figure 1 at page 38 of the 2016 Atlas notes that (as of January 2016) there were 19,974 oil and gas wells in the Blueberry Claim Area, 36% of which were active. Of those active wells, 74% were solely gas.

[966] The figure at page 38 of the 2016 Atlas demonstrates, whether or not all these wells have been built, both an accumulation of well authorizations, and an increased rate of development from the 1990s, with a significant increase since the early 2000s.

[967] At page 64, the 2016 Atlas notes that well sites in the Blueberry Claim Area encompass an area of 10,482 hectares.

[968] Table 13 on page 41 of the 2016 Atlas shows that within the Blueberry Claim Area there were 9,435 oil and gas facilities, the majority of which (65.82%) were test facilities, and just over 10% of which were battery sites, which means a gas or oil facility with product separation and multiphase delivery point measurement for one or more wells. Maps 14, 15, 16 and 20 of the 2016 Atlas show the spatial

distribution of these sites across the Blueberry Claim Area. Map 17 shows the density of new well authorizations in the Blueberry Claim Area, comparing the periods from 1950-1970, 1970-1990, 1990-2010 and 2006-2016. The 1990-2010 period shows the highest density of new well authorizations. All of this is corroborated by the evidence given by Blueberry members.

[969] Importantly, the Oil and Gas Commission's Comprehensive Liability Management Plan, published in May 2019, provides additional context. That plan indicates that, three years after the 2016 Atlas was published, there were 25,451 oil and gas wells in British Columbia, of which 40% were active.

[970] The area impacted by oil and gas is also set out in the Forest Operations Schedule 2017. This shows that the Total Crown Forest area impacted by oil and gas in the Fort St. John Timber Supply Area (which overlaps with much of the Blueberry Claim Area) is approximately 102,000 hectares. The 2019 RSEA Forestry Data Package shows an oil and gas imprint of 138,955 hectares within the Fort St. John Timber Supply Area.

[971] While the Province points out that wildfires since 1950 have accounted for almost three times as much disturbance as wells since 1918, this does not remove the reality that anthropogenic disturbances (and specifically those from oil and gas) have a significant and a different effect on the landscape. Furthermore, the lack of restoration of wells (until recently), and the nature of that restoration is fundamentally different from the natural restoration that occurs after wildfires. Unlike restoration techniques used in the past, natural restoration after a wildfire promotes the growth of natural forage and habitat for wildlife.

[972] The Province says that for both the 2016 Atlas and the RSEA disturbance layer, restored wells are included in the disturbance category and should not be. The evidence demonstrates, however, that a "restored" well does not mean the natural habitat is restored. While more recent efforts are underway by Petronas and others to restore a well to its natural habitat by using natural vegetation and engaging First Nations in these efforts, these efforts are new and restorations to date have not done so. Photos of a restored well that are in evidence in these proceedings show an area resembling a field rather than restored habitat. A restored well likely therefore maintains a disturbance footprint on the ground.



[973] In addition, with respect to oil and gas tenures granted, the 2016 Atlas sets out the extent of oil and gas tenuring in the Blueberry Claim Area as follows:

- a) of the total area of BC reserved for pipelines via tenures, 46% falls within the Blueberry Claim Area; and,
- b) active petroleum and natural gas tenures cover 69% of the Blueberry Claim Area.

[974] Chris Pasztor, the decision maker for issuance of tenure in the Ministry of Energy and Mines, confirmed that over the past ten years, most of the oil and gas industry within British Columbia has been targeting the Montney shale basin (also referred to as the Montney Play Trend). The Montney shale basin is part of the Western Canadian Sedimentary Basin that stretches across most of northeast British Columbia and into Alberta. The Western Canadian Sedimentary Basin is also made up of three other geological formations: the Cordova Embayment, the Horn River Basin, and the Liard Basin. Part of the Montney Play Trend, referred to as the North Montney (or the North Montney Field), overlaps with the Blueberry Claim Area.

[975] While the Province notes that tenures have a limited term and can be cancelled or withdrawn, as Blueberry points out, these areas can then be re-tenured. Furthermore, tenure is granted in multiple layers, so a withdrawal or cancellation of a tenure does not necessarily mean the area is free from development.

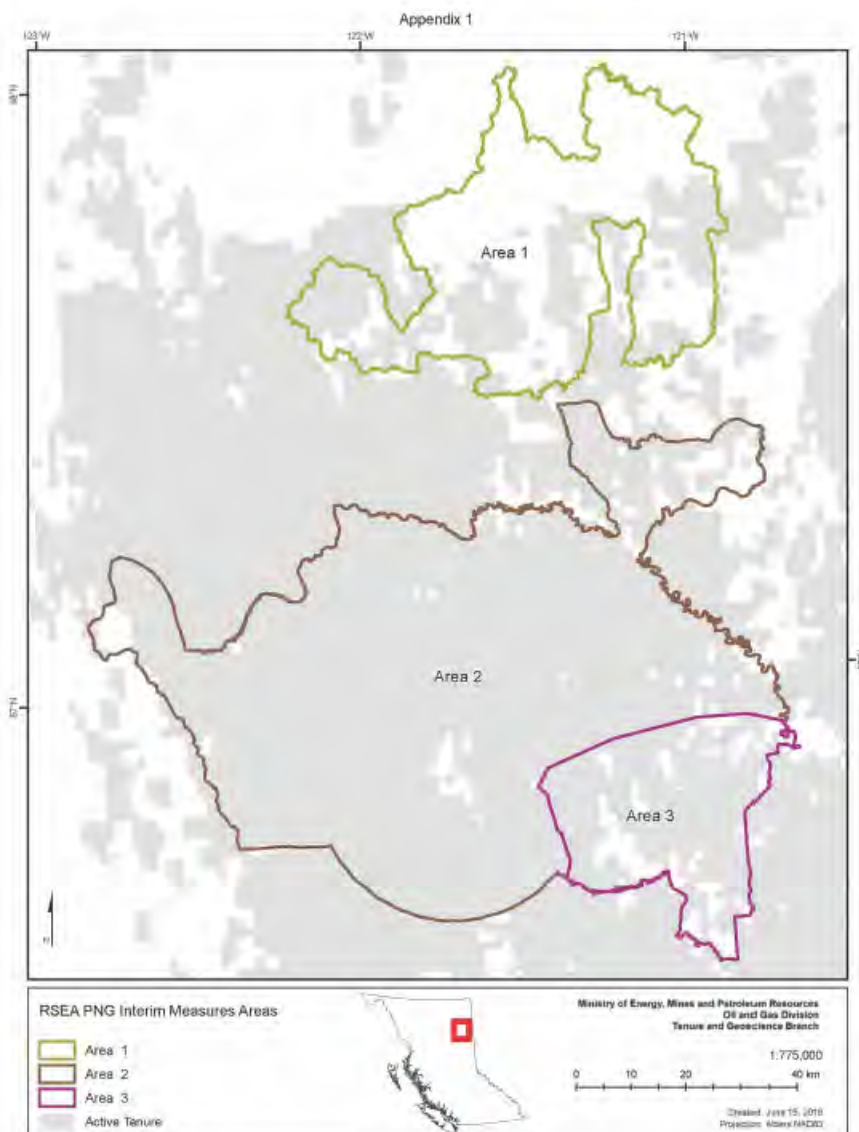
[976] In addition, the amount of existing ('active') tenures in the Blueberry Claim Area is extensive, as shown in a number of exhibits.

[977] Chris Pasztor also testified about a table titled "Oil and Gas Rights Sales" from 1978 to February 19, 2020, which shows the amount of hectares of tenures disposed (i.e., sold and re-sold) from 1978 to February 19, 2020. It notes that in this timeframe, 18,170,215 hectares have been disposed.

[978] A March 20, 2015 map prepared by the Ministry of Natural Gas Development, Upstream Development Division, Tenure and Geoscience Branch which is in evidence in these proceedings shows that "if all currently deferred parcels were disposed the increase in the BRFN Consultation Area A and current

active tenure would be 1%.” I take this to mean that, notwithstanding that some of the parcels within the Blueberry Claim Area have been deferred (meaning the tenure request has been held back from potential disposition for an indefinite period of time), this constitutes only a minute portion of the land base that is not already covered by active tenure.

[979] The “RSEA Interim Measures Agreement Related to Petroleum and Natural Gas Development” (15 June 2018), appends a map that helpfully illustrates in grey shading the amount of active tenure in three areas within the Blueberry Claim Area that Blueberry had previously identified as being “critical” areas. Area 2 and 3 are extensively tenured, while Area 1 is less so.



**Exhibit 108, Tab 28: Appendix 1 to RSEA Interim Measures Agreement Related to Petroleum and Natural Gas Development, showing the outlines of Areas 1, 2 and 3, and active tenure in grey.**

[980] I agree with Blueberry that the location of the active tenures on the maps illustrates how closely oil and gas activity overlays with the Blueberry Claim Area. While oil and gas tenures are not, as the Province points out, a direct measure of surface disturbance, the overwhelming scale of tenure sales is an indication of the extent and amount of potential activity.

[981] The Province maintains that even when an application is made to the Oil and Gas Commission for a permit associated with a tenure, this does not necessarily mean there will be surface disturbance or any corresponding impact on rights. This point was emphasized repeatedly by Mr. Pasztor.

[982] During his testimony on July 27, 2020, Mr. Pasztor stated several times that the decision to dispose tenure is “purely subsurface-related,” “doesn’t result in any immediate physical impacts to the land base,” and, as such, the Ministry takes the position that the disposition of tenures does not infringe treaty rights since the tenures will not authorize any activities. Mr. O’Hanley, from the Oil and Gas Commission testified, however, that the grant of tenure is a clear indication or “signal” from government that an area may be developed, and/or is a candidate for development.

[983] The difference between Mr. Pasztor’s and Mr. O’Hanley’s understandings of the implications of decisions to dispose tenure clearly illustrate that, as Blueberry says, government agencies operate in “silos,” and are like “two ships passing in the night.” One agency is of the view that the other will consider treaty rights and the other is of the view that treaty rights have already been considered, or that they need not be as the area is designated for development.

[984] Mr. Pasztor referred to “caveats” on the grant of tenure that protect treaty rights, but these are not given much, if any, significance in the Oil and Gas Commission’s application management system. The existence of the caveat appears to be to avoid potential claims for compensation from proponents as reflected in the *Risk Assessment to Support the Disposition of Petroleum and*

*Natural Gas Parcels* (November 13, 2019). The introduction to that document states:

The decision to dispose petroleum and natural gas (PNG) tenure, i.e., subsurface rights, does not authorize any physical impact to the land (i.e., surface). Rather it is considered strategic in nature and is the first step to an administrative process to support future activities to explore for and develop PNG resources. Exploring for and developing PNG resources is considered the second step and is a separate decision that can have physical impacts to stakeholders and First Nations [sic] rights and interests, as well as values, features and objectives that government has identified as requiring special management and protection (i.e., values, features and objectives identified in the *Environmental Protection and Management Regulation* under the *Oil and Gas Activities Act*.) Because these two administrative decisions are separate and tenure is issued without any exploration or development planning, there may be situations where compensation is triggered if the tenure cannot be accessed due to legal requirements and obligations.

[985] Furthermore, with respect to authorized but not yet built pipelines – such as the Prince Rupert Gas Transmission Project, the West Coast Transmission Project, and the northern portion of the North Montney Transmission line – the Province led no evidence to demonstrate to what extent this alleged “over-estimation” existed in the disturbance data. As noted by the Province, the total pipeline tenure is only 0.73% of the Blueberry Claim Area, so any over-estimation of disturbance based on authorized, but not yet built, pipelines affects less than 1% of the Blueberry Claim Area, in any event.

[986] Furthermore, pipelines that have been authorized but not yet built, may still be built. There is nothing to prevent that, and while it may not reflect an actual physical disturbance on the land, the reality is that it may yet occur without further input from Blueberry.

[987] I note, in addition, the RSEA disturbance layer also removed overlapping features like pipelines so that they only count once.

## **ii. Linear Features**

[988] The Province also argues the data over-estimates disturbance from linear features because it:

- a) includes old seismic lines, including Terrain Resource Information Management (“TRIM”) data which is primarily seismic lines from before 1992;

- b) assigns set widths for various linear features where no data was available (e.g., between 4 and 7 metres for seismic lines, 50 metres for all power lines, and 32 metres for all pipeline rights of way); and,
- c) includes authorized but not constructed developments.

[989] The Province also points out that in the overall RSEA disturbance data and in the 2016 Atlas, roads are not distinguished in terms of being decommissioned forest roads or active roads and the same buffers are applied. The point being that an active road has more disturbance than one not used, which may have recovering habitat. This distinction is acknowledged in the 2016 Atlas, which references “decommissioned/overgrown/unknown” roads as being 1,221 kilometres of the total 50,238 kilometres. Furthermore, a decommissioned road cannot simply be ignored as a disturbance. While it may have a lesser impact than an active industrial road or an urban road, it will still have an impact.

[990] Linear features such as roads, seismic lines, transmission lines, and pipelines are inherently disruptive disturbances on the landscape, as the government’s specialists recognize. I note the evidence establishes, and the Oil and Gas Commission’s own specialists acknowledge, that old seismic lines (such as those that were initially cleared using bulldozers prior to the 1990s) are very long term disturbances. Many old seismic lines can still be seen on satellite imagery.

[991] Furthermore, in their 2017 report on Boreal Caribou in British Columbia, Diane Culling and Deborah Cichowski noted that while industry has made important improvements in operational practices and methods with respect to seismic lines over the past few decades, this has been offset by a corresponding increase in the level and intensity of development.

[992] While the Province says it doesn’t accept the Culling and Cichowski report, this is a 2017 report directed by the provincial Ministry of Forests, with review comments provided by provincial representatives such as Mr. Pasztor and referenced by the three wildlife experts who testified in this case, including Mr. Simpson, the Province’s expert. In addition, the Province’s “Boreal Caribou Recovery Implementation Plan” (draft 30 March 2017) indicates provincial policy on the rates of recovery for linear features extends from 35 to 100 years:

The Province considers linear features in upland habitats restored  $\geq$  35 years from disturbance, while linear features in lowland habitats take at least

100 years to restore naturally (Appendix H).

[993] Mr. Pasztor agreed with this specific statement on cross-examination.

[994] I note that, in recognition that seismic features have an impact that varies, the Regional Strategic Environmental Assessment report entitled “Old Forest Current Condition: A Cumulative Effects Analysis for the Northeast RSEA Area” and the report produced by Madrone Environmental Service Ltd. on moose habitat did not include this data in calculating the disturbances. As Dr. Holt testified, in those areas it did not make much difference as there were so many disturbances everywhere.

[995] The effect of linear features with respect to predators is demonstrated in the same Boreal Caribou Recovery Implementation Plan, which states:

Dickie (2015) reported that vegetation taller than 1 m on linear features reduced wolf movement by 23% in summer, while vegetation needed to be taller than 5 m in winter to decrease wolf travelling speed (Dickie 2015).

[996] In addition, the Province’s *Taking Nature’s Pulse: The Status of Biodiversity in British Columbia* outlines how linear features and utility corridors (including roads, railways, seismic lines, transmission lines and pipelines) represent key pressures or threats to biodiversity and have impacts that extend far beyond their corridors.

[997] The Province produced *Taking Nature’s Pulse*, along with whom it referred to as “partners,” who are set out in the acknowledgements. These “partners” include Dr. Holt, who was noted as having peer reviewed the draft report, and having participated in a workshop associated with the draft report. Dr. Holt testified that the lead author of this report was Matt Austin, who was then with the Ministry of Environment and is now with the Ministry of Forests.

[998] *Taking Nature’s Pulse* states at pages 199-200:

...Even relatively narrow roads through forest can produce marked edge effects that may have negative consequences for the function and diversity of these ecosystems. There is also significant ecosystem degradation in the area beyond the actual feature. The construction of linear features alters hydrology in water courses and increases sedimentation, and can disconnect streams from floodplains and block aquatic species movement.

Roads and other linear features impede the movement of native species, facilitate invasion by alien species and alter predator-prey relationships. Specifically, roads can fragment ranges, populations, habitats and

ecosystems, and reduce gene flow, resulting in loss of genetic diversity. Roads can increase access to previously inaccessible areas, resulting in increased road kill of wildlife and increased access for legal and illegal fishing and hunting. Both on-road traffic and off-road vehicles create disturbance, which can alter species behaviour. Roads also facilitate ecosystem conversion, ecosystem degradation, and alien species invasion and environmental contamination.

The ecological impacts of roads can affect approximately 20 times the land area that the roads actually cover. Hence roads and other linear features are a useful index for the cumulative impact on biodiversity...

[999] As noted by certain maps in *Taking Nature's Pulse*:

- a) there is high and pervasive road density in northeast British Columbia, with what is essentially the core of the Blueberry Claim Area seeing some of the highest levels of density (Map 20, p. 202);
- b) the highest oil and gas site density in the province lies within the core of the Blueberry Claim Area, with up to 14.73 oil and gas sites per squared kilometre (Map 22, p. 208); and,
- c) the largest area and highest levels of terrestrial ecosystem conversion in the province lie at the core of the Blueberry Claim Area (Map 12, p. 161). Ecosystem conversion refers to the direct and complete conversion of natural ecosystems to landscapes for human uses.

[1000] Dr. Holt noted the RSEA table is using road indicators in their work on linear disturbances to understand the landscape condition. With reference to the map prepared by Caslys and included at p. 202 of *Taking Nature's Pulse* (which is also included in the Land Stewardship Framework that Dr. Holt prepared for Blueberry), Dr. Holt testified that in the area around Fort St. John, and indeed throughout the Blueberry Claim Area, there is very high and pervasive road density.

[1001] The 2016 Atlas indicates that more than 1,884 kilometres of petroleum access and permanent roads were authorized between 2013 and 2016. The Province points out that the 2013 Oil and Gas Regulation required a permit for any pre-existing roads used for oil and gas development, such as forest service roads. Regardless, roads exist, whether permitted or not, whether old or new.

[1002] The evidence of Dr. Klinkenberg shows that within the Blueberry Claim Area, there is an average of 4.79 kilometres of linear disturbance per square kilometre

(this includes roads, transmission lines, seismic lines, and pipelines) and that significant portions of the Blueberry Claim Area have a linear disturbance density that is much higher, ranging up to 15.8 kilometres per square kilometre.

### **iii. Forest Harvest**

[1003] The 2016 Atlas, relying on Ministry of Forests' 2015 consolidated cutblock dataset, states that 195,091 hectares of the Blueberry Claim Area has been logged since 1950.

[1004] Dr. Klinkenberg conducted an independent review of the cutblock dataset, validating its completeness by comparing it to a dataset recently published by the Canadian Forest Service and the University of British Columbia demonstrating the year of forest change and type of change (e.g., harvest or wildfire). He concluded there was a "reasonable areal match" between the two datasets.

[1005] While the Province says this is an overestimation, as the consolidated cutblock data may reflect authorized as opposed to harvested cutblocks, the RSEA disturbance layer, like the 2016 Atlas, relies on the provincial consolidated cutblock dataset. The Methodology Document states that this dataset is "...the best representation of cutblocks on the landscape..." with a "[h]igh" level of confidence due to the "quality of the input datasets."

[1006] In addition, while Mr. Van Tassel of the Ministry of Forests had not personally verified these 2016 Atlas numbers, he noted "looking at the results dataset, I would say that could very well be an accurate number of total area harvested."

[1007] The Province also says the 2016 Atlas does not put the landscape disturbances in the Blueberry Claim Area in context, and presents a one sided picture. It maintains that forest harvesting in the Blueberry Claim Area was less than in the province as a whole, in every year. The Province, relying on Dr. Klinkenberg's report, notes the total accumulated percentage of forest change in the Blueberry Claim Area was less than half what it was in the province as a whole – 3.63% for the Blueberry Claim Area, as opposed to 8.71% for the entire province – and that the 2016 Atlas failed to mention this.

[1008] In cross-examination in answer to this question, Dr. Klinkenberg noted, however, that the 2016 Atlas looked at intact forest landscape, and used this as the



denominator for assessing forest change, whereas he used the total land base as the denominator. If he too had used intact forest as the denominator that would have changed the percentages considerably in figures 4 and 5 of his Report on the Atlas, making them much higher.

[1009] As a more accurate comparison, Dr. Klinkenberg noted, as per the Global Forest Watch dataset, approximately 60% of BC is intact forest landscape, while the Blueberry Claim Area has less than 14% intact forest landscape (i.e., a quarter as much as within BC as a whole). As the land base of intact forest is far smaller within the Blueberry Claim Area than within the province as a whole, any logging that occurs within the Blueberry Claim Area would therefore have a relatively larger impact.

[1010] The rate of forest harvest is also useful to consider in assessing disturbance in the Blueberry Claim Area. The Blueberry Claim Area is in the Fort St. John Timber Supply Area. As set out in the Ministry of Forests' 2016 Timber Supply Analysis Discussion Paper for the Fort St. John Timber Supply Area, in Figures 10 and 11, the annual area harvested in the Fort St. John Timber Supply Area is approximately 7-8,000 hectares, and on average a volume of 300 cubic metres is harvested per hectare. The concentration of the harvest is set out in the Chief Forester's May 10, 2018 Rationale for Allowable Annual Cut Determination ("Chief Forester's Rationale") and the Fort St. John Timber Supply Area Timber Supply Review Data Package. I discuss this in further detail below when considering the regulatory regime for forestry management.

[1011] I note briefly here that 55.3% of the actual harvest in the Fort St. John Timber Supply Area has occurred in the Blueberry Landscape Unit (which is at the heart of the Blueberry Claim Area) – even though only 28.7% of all of the timber harvesting land base in the Fort St. John Timber Supply Area occurs in that landscape unit.

[1012] The Chief Forester's Rationale also corroborated the forestry-related disturbance data in the Blueberry Claim Area. At page 21 of that document, the Chief Forester says:

Input was received from BRFN and the public regarding concerns that the level of harvest is concentrated in the southern and central part of the TSA (the 'core'), with little likelihood of harvesting more remote parts of the TSA

(the 'periphery'). They have commented that the concentrated harvest activity in the core is not sustainable and it may have negative environmental and economic impacts while also impacting their treaty rights. *A supplementary analysis was conducted, verifying the concentration of harvesting in the core of the TSA.*

*The core encompasses approximately 56 percent of the THLB [timber harvesting land base] and accounts for approximately 87 percent of the historic harvesting. The periphery encompasses approximately 44 percent of the THLB and accounts for approximately 13 percent of the historic harvesting.* Appendix 4 shows a map of the Fort St. John TSA outlining the landscape units comprising the core and the periphery.

In recent years Ministry staff has made requests of the forest licensees to increase their level of harvest in the periphery, but these requests have not been followed. Forest licensees commented that they are meeting the objectives and requirements of the FSJPPR [*Fort St. John Pilot Project Regulations*] and will direct harvesting to the periphery as harvest opportunities in the core decline.

(emphasis added)

[1013] The Chief Forester's Rationale specifically noted the supplementary analysis was conducted verifying the concentration of harvest in the southern and central part of the Timber Supply Area, which is largely within the core of the Blueberry Claim Area. Of further note was that Ministry staff had made requests of forest licensees to increase harvest in the 'periphery' area and this request was not followed. The 'core' encompasses 56% of the timber harvesting land base, but accounted for 87% of the historic harvest. This once again is the Province's own information and further corroborates the data that reflects the high level of disturbance within the Blueberry Claim Area.

[1014] To understand the impact of this it is helpful to place this information in the context of the maps entered into evidence.

[1015] Appendix 4 of the Chief Forester's Rationale shows the Landscape Units, and indicates that the Blueberry, Lower Beatton, Kobes, Halfway and Tommy Lakes South Landscape Units (coloured in green on the map below) constitute the "core" of the Fort St. John Timber Supply Area.

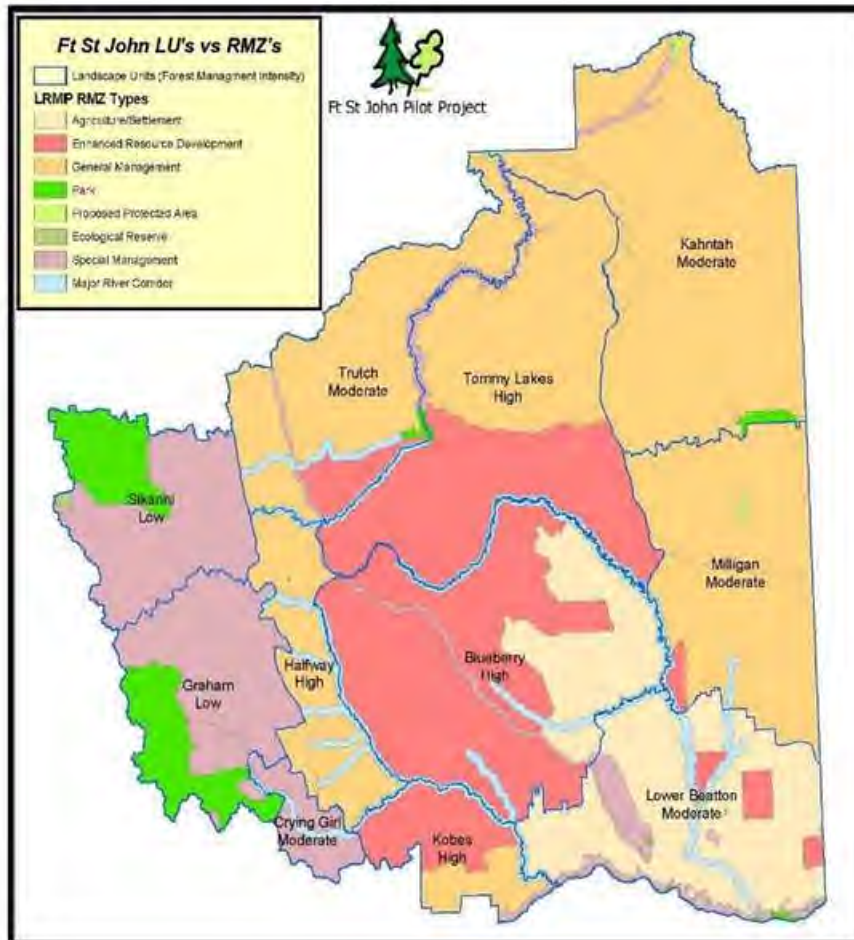


**Exhibit 42, Tab 2: Fort St. John Timber Supply Area Rationale for Allowable Annual Cut Determination, May 10 2018, Appendix 4. Map of the Fort St. John TSA showing the Landscape Units comprising the core and the periphery areas.**

[1016] The “enhanced resource development” zone, which was set in the Fort St. John Land and Resource Management Plan, is identified in pink on a map included in the Sustainable Forest Management Plan and set out below. The Fort St. John Land and Resource Management Plan notes that the “enhanced resource development” land use category includes lands:

- with existing or with future potential suitability, for intensive resource development with due consideration to the management of other resource values.
- where a high priority has been designated for a special or combined resource management emphasis (such as high intensity forest management regime or range management emphasis).
- where investments in resource development and enhancement are encouraged in full compliance with the existing regulatory regime.

[1017] This enhanced resource development zone takes up more than half of the Blueberry Landscape Unit, the northern half of the Kobes Landscape Unit, and the southern half of the Tommy Lakes Landscape Unit, and other areas.



**Exhibit 43: Fort St. John Pilot Project Sustainable Forest Management Plan #3, Figure 2 at page 23, showing Landscape Units and Resource Management Zones.**

[1018] The Sustainable Forest Management Plan at page 31 says the following with respect to "High Intensity Forest Management LU's [Landscape Units]":

The Blueberry, Halfway, Kobes and Tommy Lakes LU's are included in this zone. The LRMP's [Land and Resource Management Plan's] predominant timber objective in the RMZ's [Resource Management Zones] that make up the majority of these landscape units is to establish forest production targets consistent with high intensity forest management regimes. Similarly, the predominant biological diversity emphasis identified in the LRMP for these zones is low. To meet other non-timber objectives identified in the LRMP, some unique areas within these LU's will receive special management attention.

[1019] The Province maintains that over the last 40 years, only 11% of Blueberry's "core" area (i.e., the Blueberry, Kobes, Halfway, and Tommy Lakes South Landscape Units) has been harvested. This percentage is based on approximately 200,000 hectares, of a total 1.8 million hectares, having been harvested from the "core" area.

[1020] As pointed out by counsel for Blueberry, however, much of the land within the 1.8 million hectares relied on by the Province as constituting the total core area cannot be harvested, as it consists of lakes, rivers, wetlands, alpine, non-Crown land and the like. Blueberry says the correct way of determining the percentage of harvest from the "core" area (or, more specifically, from the Blueberry Landscape Unit) over time can be ascertained from figures contained in an August 23, 2016 letter from Mr. Atmo Prasad, a manager in the Forest Analysis and Inventory Branch of the Ministry of Forests.

[1021] Mr. Prasad notes that the Blueberry Landscape Unit contains 28.7% of the timber harvesting land base, which (according to Table 2 of the Ministry of Forests' 2016 Timber Supply Analysis Discussion Paper for the Fort St. John Timber Supply Area) is approximately 1,000,000 hectares. In other words, the Blueberry Landscape Unit contains 280,000 hectares of harvestable timber. Mr. Prasad then notes that approximately 55% of the total timber harvesting land base harvested in the Timber Supply Area has been harvested from the Blueberry Landscape Unit.

[1022] Blueberry therefore submits the amount harvested from the Blueberry Landscape Unit is 110,000 hectares (i.e., 55% of 200,000 hectares) divided by 280,000 hectares, which equals 39%.

[1023] In addition, relying on Table 2 in the 2016 Timber Supply Analysis Discussion Paper for the Fort St. John Timber Supply Area, Blueberry notes that within the Timber Supply Area approximately 102,000 hectares are recognized as having an "oil and gas imprint." If land available for forest harvesting is reduced by the oil and gas activity in the Timber Supply Area (which is largely within the Blueberry Landscape Unit, but Blueberry's calculations assumed that only 50% of that oil and gas imprint (i.e., 50,000 hectares) was within that Landscape Unit) the amount of disturbance can reach 75% of the "core" of the territory.

[1024] Blueberry's main point, and I agree, is that the Province's estimate of 11% of the "core" of the territory being harvested or affected is a gross under-estimation. That figure is based on a landbase that included not only forested areas, but also lakes, rivers and mountain tops. I conclude therefore that the lands within the "core" or the Blueberry Landscape Unit that have been harvested or otherwise imprinted with roads or oil and gas development is a much higher percentage, and likely between 50% and 75% of that area. The disproportionate harvest in this area is corroborated by the evidence of Blueberry members as to the impacts on their territory.

[1025] While Blueberry mainly pointed to the level of harvest to illustrate disturbance in the Blueberry Claim Area, this should be placed in context of the impact of a harvested cutblock. As noted by Blueberry, when a cutblock is harvested, the habitat is likely taken from a high habitat value (including winter habitat) to no winter habitat with perhaps some value as early seral forage for moose. While the Province characterized this as a positive effect of a disturbance, as new forage will grow, the negative impact of the loss of winter habitat is significant therefore precluding an overall characterization of a cutblock as being an example of a positive effect on wildlife.

[1026] Almost all of the cutblocks in the Blueberry Claim Area are 40 or 50 years old. "High or effective habitat" does not exist until trees are, at a minimum, 60 years old. Mr. Simpson suggested that a deciduous tree at 60 years might fulfill some of the high habitat criteria. Dr. Johnson's evidence, however, was that trees needed to be 100 to 140 years to fulfill this habitat function, and Mr. DeLong's work suggested 140 years. This is relevant to the existence and effectiveness of wildlife habitat, including for moose and caribou. The level of the harvest put into the context of its impact, is important to consider when evaluating disturbance.

#### **iv. Old Growth Forest**

[1027] With respect to disturbance on the Blueberry landscape and Old Growth Forest, Dr. Holt also referred to and testified about the Regional Strategic Environmental Assessment report entitled "Old Forest Current Condition: A Cumulative Effects Analysis for the Northeast RSEA Study Area" ("RSEA Old Forest Report"), which Dr. Holt and Dave Myers of Ecora Consulting Ltd. completed in June 2019.

[1028] Dr. Holt testified as follows:

And I will say that it [a robust cumulative effects analysis of current condition for old growth] was identified as a priority action item because all the nations at the table [referring to the Regional Strategic Environmental Assessment process] identified old forest as being very important to them also because the Province also uses old forest as their primary management tool to maintain diversity.

[1029] As noted by all three expert witnesses who testified about the status of wildlife populations in the Blueberry Claim Area, old growth forests provide habitat for a diversity of species, including unique species such as caribou and moose. They also contain cultural values important to Indigenous peoples. Old growth is an important indicator used to assess the conditions of forested ecosystems, and to evaluate the status of resource stewardship. The measurement of old growth forest is therefore a very relevant indicator of biodiversity and impacts on treaty rights.

[1030] The Chief Forester confirms this at page 15 in the Allowable Annual Cut Rationale:

I agree that in addition to contributing to conservation biodiversity at the landscape level, mature and old growth forests are also an important component of accommodating First Nations interests in wildlife for food and ceremonial purposes. The maintenance of landscape level biodiversity is an important component that supports First Nations in sustaining their traditional ways of life.

[1031] The Regional Strategic Environmental Assessment Old Forest Working Group, which has government representatives, including Mr. Van Tassel, and receives advice from the former regional ecologist from the northeast, Mr. Delong, was tasked with gathering the appropriate data and undertaking the cumulative effects analysis of old forest as a priority action item for the RSEA initiative.

[1032] Dr. Holt said the Regional Strategic Environmental Assessment project wanted to focus in and look at the landscape unit level to understand the status of old forest in the whole northeast RSEA area.

[1033] Fieldwork for the RSEA Old Forest Report was done in the summer of 2017. The drafting and completion of this report had to wait for the completion of the RSEA disturbance layer so that information, recognized as the best available

information on disturbance for the study area, could be used. Using that data, the authors undertook a “functional forest analysis.”

[1034] This analysis was predicated on the Province’s 1995 *Biodiversity Guidebook*. The *Biodiversity Guidebook* was the first attempt in BC to present guidance for forest management based on natural disturbance dynamics. The *Biodiversity Guidebook* provides specific guidance for seral stage distribution, patch size, wildlife tree patch amount, and spatial arrangement, and more general guidance on species composition and stand structure.

[1035] The RSEA Old Forest Report seeks to answer two key questions: (1) How much old forest is there? and (2) How much of it is in good condition, or can be considered “functional forest”?

[1036] Dr. Holt described the approach used in the RSEA Old Forest Report as assessing how much actual old forest there is in the northeast today, and comparing it with what there would have been under natural conditions.

[1037] The RSEA Old Forest Report analyzed the condition of old forest in the study area by buffering the RSEA disturbance layer by 20 metres, 50 metres, 100 metres, and 250 metres to compare results (see Ex. 47, Tab 7, p. 13). During her testimony, Dr. Holt provided the following explanation for the use of buffers of various distances, noting the effect of particular types of disturbances varies:

...we know that the effects of disturbances, be they roads or well sites or railways or pipelines, they have different types of effects on the surrounding forest. That’s not of dispute at all in the science literature. And what is discussed is how far those effects go into the forest.

And we know that they go different distances and that the distance – the importance of the distance really changes with respect to different values. So, for instance, dust landing on berries may go 30 metres. Noise, disturbance noise may go 50 metres. Temperature change may go 50 to 100 metres. Sedimentation into creeks and other kinds of disturbances like predators, for instance, being able to get into the middle of patches, those have very large distances.

[1038] The RSEA Old Forest Report provides analysis for two categories of old forests: forests greater than 140 years in age, and those greater than 250 years in age. The results show the Blueberry Landscape Unit has only 9% of old growth



forest greater than 140 years, when 17-33% would be expected; and, it has no forest older than 250 years, when between 6-12% would be expected.

[1039] With respect to how much of the old growth forest may be in good condition or “functional,” after factoring in the disturbances (i.e., overlaying all the roads, well sites, transmission lines, pipelines etc.), the RSEA Old Forest Report notes at pages 37 and 40 that there is almost no old forest greater than 140 years in the Blueberry Landscape Unit further than 250 metres from a disturbance.

[1040] While the Province quarrels with the estimate of old forest; particularly in the Blueberry Landscape Unit and has provided mathematical calculations to say it is “double” the amount referenced by the Plaintiffs, I prefer the above analysis which places the old forest within the context of effective functional forest, which is critical for wildlife habitat.

[1041] Dr. Holt indicated the RSEA Old Forest Report has been submitted to the Regional Strategic Environmental Assessment table and the indicators of old forest and functional forest are now being used in ongoing work referred to as the Methods Pilot.

**f) Do the Effects of Disturbance Vary?**

[1042] Despite the evidence on the amount of disturbance, the Province argues that another defect of the disturbance data which Blueberry relies upon is that it does not take into account the unequal effect of disturbances. The Province maintains that the impact of development varies depending on the type of development, its intensity, and its duration. It also says that the impact of industrial development on wildlife varies depending in the species, and even among populations of the same species. The Province adds that even when the effects are negative, they do not necessarily reduce or displace the species.

[1043] The Province pointed out Dr. Holt agreed and noted that the potential effects of a disturbance will vary based on:

- a) the type of disturbance (e.g., single lane road, highway, pipeline);
- b) the frequency of use (e.g., number of vehicles, speed);
- c) the type of impact (e.g., noise, light);

- d) the species of interest (e.g., moose, caribou, beetles); and,
- e) the nature of the surrounding area (e.g., cleared/treed, upslope/downslope).

[1044] The Province points out with respect to the level of disturbance associated with a specific activity, Dr. Johnson confirmed that while there would be a variance over any set distance it would decrease the further one moves away. This is referred to as the “decay function” – where an animal’s response to a disturbance decreases as the distance from a feature increases. For example, the disturbance associated with a road would be greater closer to the traffic and lesser further away.

[1045] As a result, the Province says that the impacts of development vary in their nature and timing and not all disturbances are “taking up” such that the land cannot be used for the exercise of treaty rights.

[1046] Blueberry does not disagree with this proposition. Blueberry says, however, that the law recognizes that, regardless of these variations, impacts *can* accumulate and converge so as to cause a breach of the substantive promise of Treaty 8. It points out the Province has led no evidence to refute the evidence before the Court that this accumulation and convergence *has* now occurred in the Blueberry Claim Area.

[1047] Much of what the Province says on this point relates to the use of zones of influence or buffers in the various reports, datasets, and disturbance layers that are in evidence. It says that for some disturbances, there will potentially be no effect immediately outside of the actual disturbance, and that in those situations, there would be no basis for applying any buffer. The Province criticizes the disturbance evidence relied on by Blueberry as it includes zones of influence (i.e., applies buffers) of varying distances.

[1048] The Province says that the use of zones of influence in measuring the impact from the immediate footprint of industrial development is not an established or well accepted method.

[1049] This position, however, is not supported on the evidence. The concept of and measurement of zones of influence objected to by the Province are now routinely

used by government and other experts in measuring and analysing the impacts of anthropogenic disturbance beyond their immediate footprints.

[1050] For example, Environment Canada's "Scientific Assessment to Inform the Identification of Critical Habitat for the Woodland Caribou (*Rangifer tarandus caribou*), Boreal Population, in Canada" (2011 update) applied a 500 metre zone of influence for anthropogenic disturbance, as did Environment Canada's "Recovery Strategy for the Woodland Caribou (*Rangifer tarandus caribou*), Boreal Population in Canada" (2012).

[1051] Similarly, the Province's Boreal Caribou Recovery Implementation Plan of 2017 adopted a 500 metre zone of influence and applied it to all forestry cutblocks and anthropogenic disturbances.

[1052] Further, reports applying a 250 metre zone of influence for a variety of types of industrial disturbance (cutblocks, roads, seismic lines, etc.) include Sorensen et al.'s 2008 Boreal Caribou study in the Journal of Wildlife Management entitled "Determining sustainable levels of cumulative effects for boreal caribou"; the Thiessen 2009 Report; and the Pasztor and Wilson Report.

[1053] Dr. Johnson noted in his expert report that the Environment Canada Boreal Caribou work has used a 500 metre buffer instead of the 250 metre buffer used by Sorensen et al.

[1054] The 2003 Salmo report entitled *Blueberry Cumulative Effects Case Study*, commissioned by the Oil and Gas Commission as part of a cumulative effects assessment and management framework for northeast British Columbia, used a 500 metre zone of influence for all potentially high use features such as roads, pipelines, railway lines, well sites, communities and clearings to represent the area where reduced habitat effectiveness to occur. Salmo noted that the use of a 500 metre zone of influence is considered conservative because avoidance is generally related to the level of activity rather than the features themselves.

[1055] In addition, the provincial Cumulative Effects Framework noted that high suitability habitat for moose is considered to be disturbed if it is within one kilometre of gravel or paved roads, or the footprint of a major industrial development. Numerous other reports say the same thing.

[1056] While I will not review all the scientific reports that supported use of buffer zones, I do conclude that use of 250- to 500-metre zones of influence with respect to disturbance features is a reasonable approach when assessing disturbance impact and is not an over-representation, as argued by the Province. It is the zone of influence that illustrates the level of potential disturbance.

[1057] While there is no doubt that applying different buffers will produce different results, and that maps applying 500 metre buffers around disturbances will show a more drastic effect than those with no buffers, the data and its spatial representation along with satellite photos, aerial photos, and on the ground photos, must be considered within the context of the evidence as a whole.

[1058] The disturbance datasets and disturbance layer have been created as part of a collaboration between the Province and Treaty 8 Nations, along with stakeholders. The data was intended to be accessed and used for the management of the land. It has been subject to quality assurance and cannot be so easily dismissed. The Province, which is the custodian of this data, has not shown any great magnitude to their criticisms. The evidence therefore must be given significant weight with awareness of the limitations expressed.

## **F. Do the Disturbances Constitute Lands Taken Up?**

### **1. Province's Position**

[1059] I will now deal with the Province's argument that not all disturbances constitute lands "taken up" as, despite the disturbances evident by the data, Blueberry members can still exercise their treaty rights. This has largely been dealt with in the section outlining the members' evidence on this point, but I reiterate a few points here.

[1060] It must be recalled that the text of Treaty 8 provides that the signatories and adherents to the Treaty have the right to hunt, trap and fish through the tract surrendered "saving and excepting such tracts as may be *required or taken up* from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes." This has been described by the Supreme Court of Canada in *Badger*, as the "geographic limitation" on the exercise of treaty rights (at para. 40).

[1061] In *Badger*, Justice Cory reasoned that the Indigenous signatories to Treaty 8 would have understood that land had been “required or taken up” when it was visibly being put to a use that was incompatible with the exercise of their rights (at paras. 53-54). This has become known as the “visible incompatible use” test. Whether or not land has been “taken up” or remains “unoccupied” (which is the language used in the NRTA, which does not apply in this case) is a question of fact to be resolved on a case-by-case basis (at paras. 57-58).

[1062] The Province says that certain disturbances such as clearcuts and subsurface development do not constitute lands that have been taken up, since Blueberry members can continue to exercise their rights in these places. The Province’s position seems to be contrary to the plain language of Treaty 8 which, on its face, suggests lands are “taken up” when required for, among other things, mining and lumbering purposes. I will, however, go on to consider whether lands that have been clearcut, or are the site of subsurface exploration or development, are being put to a use which is a “visible, incompatible use” with the exercise of treaty rights. This analysis will show that, in my view, there are sufficient indicia to suggest these lands, and the roads used to access them, are being put to a use which is incompatible with the exercise of treaty rights and thereby “taken up.”

## **2. Analysis and Conclusions**

[1063] In *Badger*, the Court referred to the following indicia that lands had been taken up: buildings or fences having been erected on the lands, the lands being put into crops, the presence of farms or domestic animals, and physical signs manifesting exclusionary land use (at paras. 23, 53, 67, 68). The presence of abandoned buildings, however, would not necessarily signify to Indigenous people that land was taken up in a way that precluded hunting (at para. 53).

[1064] Blueberry members including Jerry Davis, Georgina Yahey and Wayne Yahey testified that logging roads by their nature serve to exclude Blueberry members from accessing areas they used to hunt and trap. These roads were described as being heavily trafficked and very dangerous, as they are frequented by large logging trucks and other industrial vehicles. These tend to be radio-controlled and monitored roads, meaning those travelling on them are required to tune into particular radio channels and periodically report their locations. This poses a barrier and a risk for a lot of Blueberry members. Georgia Yahey testified as follows:

... it's radio controlled, so these radios cost from up – I don't know, \$500 dollars to \$1,000. So ... even when we go hunting I have to have a radio. And there is a lot of families that can't afford these radios and they just take a chance. And it's so scary out on those roads. Even I had a radio I almost got – this huge logging truck almost ran me over. It ran me literally off the road. If I didn't do that he probably would have hit me.

[1065] Wayne Yahey testified that the presence of road monitors deters members from accessing the places they used to harvest, and is understood as an exclusionary sign – that the lands are being used by others.

... the traffic will only increase... as there's more development there the traffic obviously increased a lot. ... where they had road monitors on these roads.

Road monitors are people from the industry that stop you if you're on that road, and they ask you if you have ... a truck radio and what are you doing on that road.

And based on those factors, a lot of people from my community, especially the elders that go back into their trapline, when the road monitors – they call them road cops from industry – stop them, and then they will have no radio and then they will tell them that they have to leave that area. And most of these elders don't understand that, that they have to call the kilometres because the road is so busy. So every 2 kilometres you would have to call on the radio, saying your whereabouts on that road.

So when they tell the elders that, and the elders, they come back to us and they are pretty frustrated and obviously mad and discouraged, they said that's my trapline area. That's where I grew up. That's where I was born. And these people tell me I can't go back there.

But we have to explain to them that's industry, they have their road monitors, and then they kind of monitor. But from there they don't go back. They say I'm not going back there.

That discourages them from going back because they get stopped and they told them you can't be on this road. So they kind of – they kind of get frustrated. And they said this is where I grew up, this is – this is my birthplace.

... when it's busy on the road that's what they have, they have road monitors. Every vehicle that comes in, wherever it be. And if they are a hunter without a road – without a radio, they would stop you and they said you have to leave because you don't have a radio.

[1066] Georgina Yahey also testified about the signs she has encountered throughout the Blueberry Claim Area, photographs of which were entered into evidence. These signs note: no shooting areas, poisonous gas areas, high vehicle traffic areas, that people are working in the area, hard hat areas, that use of radios is required and that drivers are advised to drive defensively. These kinds of signs

indicate that these areas have been taken up and are not available for harvesting, and, moreover, that it would be dangerous to do so. Ms. Yahey's evidence was that when she sees such signs at areas where she used to hunt, she does not continue to hunt there anymore. For her, the signs are warnings of how dangerous and busy these areas are.

[1067] While there may not be "no trespassing" signs or fences in a clearcut, it goes without saying that, when forests have been clearcut, the land is fundamentally altered – the forests are gone. This is the central sign to Blueberry that the land has been put to a use that is visibly incompatible with the exercise of its rights.

[1068] The habitat that supported wildlife is gone, and may take decades to return in terms of supporting the biodiversity it once did. Under the Province's current approach to forestry management and allowing for the harvesting of adjacent clearcuts, all that is left are "wildlife tree patches" or "little islands" of forests, surrounded by vast cleared areas of consecutive clearcuts. Moreover, as noted by Blueberry, with a focus on converting natural forests to managed plantations, forestry companies may actively suppress regrowth by applying herbicide treatments, undertaking manual thinning, replacing the natural mixed forests with limited species crop plantations, and engaging in other silviculture practices.

[1069] Quite aside from whether a disturbance such as a clearcut legally or factually constitute lands taken up, the Court is to consider whether these are places within Blueberry's territory where members can meaningfully exercise their rights. The Province's arguments overlook this point.

[1070] Blueberry members repeatedly referred to the "damage" done by clearcutting. They testified that clearcuts left to regenerate are, for many years, virtually impassable for moose, because the deciduous trees grow in so thick. As a result, moose are largely gone from clearcuts.

[1071] The members' evidence summarized in these reasons indicates that Blueberry members do not hunt in clearcuts. With both the forests and wildlife largely gone, this is not surprising. While a member may opportunistically shoot a moose by the side of the road, this was not part of their traditional way of life.

[1072] On this point, I do not agree that Blueberry did not canvass the community for evidence of the collective exercise of treaty rights. The Province appears to seek to draw an inference or imply that if Blueberry had done so, evidence of the regular exercise of treaty rights would have been present. This inference or implication is without foundation.

[1073] The Province did not pose the question of why more Blueberry members did not testify to any of the witnesses; several of the witnesses, on account of their leadership positions, could have answered that question. Members of Blueberry testified about their ability to exercise treaty rights in previous times and in the current context. Those members included skilled hunters and generally appeared to represent a broad section of the membership.

[1074] When members have returned to important hunting or trapping places only to find them clearcut, they experience a sense of loss. These are not places where they then continue to exercise their rights. As Wayne Yahey testified:

...Other areas were being developed heavy. So it's kind of like these other areas were being – there was major development in terms of logging. So that kind of – when there's areas like that to the Dane-zaa people, when there's heavy development in an area like that, we don't frequent those – we don't go there. It's like I said, it makes them angry, it makes them hurt.

They don't want to go see a place where they remember it was a special place at one time and when they go back there, it just bothers them. They don't want to go back there when there's that development.

[1075] From Blueberry's perspective these disturbances are areas where they cannot exercise their rights in a meaningful way. On closer examination, it is clear that overall while a minor disturbance may not have an impact and therefore be a taking up, it must be recalled that this is a cumulative impacts case, and the combination of these disturbances has created the adverse impact on treaty rights argued by Blueberry. The Province's argument that not all disturbances constitute a taking up as Blueberry members can still exercise their treaty rights in places such as clearcuts is without merit.

[1076] In view of all of this, I have concluded that, the landscape over which Blueberry is seeking to exercise its treaty rights has been significantly impacted by industrial development. As reflected in the 2016 Atlas and the Regional Strategic Environmental Assessment disturbance data from 2018, 73% to 85% of the



Blueberry Claim Area is within 250 metres of a disturbance, and between 84% to 91% of the Blueberry Claim area is within 500 metres of a disturbance.

[1077] That scale, even give or take a percent or more, is fundamentally not what was agreed to at Treaty. The promise was not to interfere with the exercise of treaty rights. As Blueberry has argued, that is both a freedom “from” and a freedom “to” and it requires a certain level of proactive protection. Blueberry needs places to exercise its rights and an opportunity to harvest healthy wildlife. These conditions are not being met in this landscape where, according to 2018 data, over 90% of the Blueberry Claim Area is within 500 metres of a disturbance.

## **G. Blueberry Members’ Ability to Exercise Treaty Rights**

### **1. Introduction**

[1078] As I have noted, this is a novel case. Aboriginal and treaty rights, and the infringement of these rights, have often been considered in the context of regulatory prosecutions (*Sparrow*; *Van der Peet*; *Badger*). The applicable tests have been developed in that setting. To date, the cases in which Indigenous people have alleged infringements of their Aboriginal and treaty rights have focussed on single authorizations or specific provisions in statutes and regulations.

[1079] In this case, Blueberry alleges that the cumulative impacts from a range of provincially authorized activities, projects and developments associated with oil and gas, forestry, mining, hydroelectric infrastructure, agricultural clearing and other activities (which I refer to here as industrial development), within and adjacent to their traditional territory have resulted in significant adverse impacts on the meaningful exercise of their treaty rights.

[1080] Despite these disturbances in their territory, the Province has argued that there is no infringement or breach of the Treaty because Blueberry members continue to exercise their treaty rights in a meaningful way both inside and outside the Blueberry Claim Area. In support of this proposition, the Province draws the Court’s attention to specific evidence given by Chief Marvin Yahey in examination for discovery and by Blueberry members in direct and cross-examination. This evidence, it says, confirms the members’ ability to continue to meaningfully hunt, trap, fish, and gather and to pass these skills and knowledge on to younger

generations. The Province argues strongly that this specific evidence counters Blueberry's overly broad statements that members are unable to hunt, trap and fish and that their rights have been infringed.

[1081] In addition, the Province points out that Blueberry decided not to call some of its most successful hunters and trappers as witnesses at trial. The Province says the Court, therefore, has only selective and individualistic evidence from seven members about the exercise of treaty rights. Nor did Blueberry survey its members or update the study done by Mr. Brody in the early 1980s to provide the Court with evidence of where and how treaty rights are being exercised today. The Province also argues that Blueberry has focussed on difficulties in hunting moose and caribou, while overlooking other species on which Blueberry continues to rely such as deer, elk, buffalo, sheep, lynx and beaver.

[1082] The Province also suggests that if Blueberry members are hunting, trapping or fishing less frequently or successfully than they used to, this is because of community dynamics and personal decisions or is a matter of perception, and is not an infringement. The Province suggests that many of Blueberry's most successful hunters are now too old to hunt or have died, that members don't have time to hunt, and that the younger generation is more interested in other activities. As for trapping, the Province suggests that members are trapping less as the market for furs has dropped.

[1083] The Province recognizes that hunting, trapping and fishing may be more difficult today, but it emphasizes that the Treaty does not guarantee that Blueberry members will have success in hunting, fishing or trapping. In any event, the Province says that members are still able to carry out what is important to them, and that their success rates (for example, an estimated 25% success rate in moose hunting) are the same as they were in the 1960s.

## **2. Province's Appendices 1 and 2**

[1084] The specific evidence relied on by the Province, which it says rebuts Blueberry's broad arguments about infringement and the inability to exercise treaty rights, is summarized in Appendices 1 and 2 of the Province's final written argument.

[1085] Appendix 1 is a compendium of some of the evidence given by Blueberry members in direct and cross-examination regarding their activities on the land. The Province's cross-examination of the Blueberry members who testified at trial was largely focussed on interviews that five of the witnesses had done for knowledge and use studies (also sometimes referred to as traditional use studies) relating to particular projects. In *Yahey v. British Columbia*, 2018 BCSC 123, I ruled that transcripts of these interviews should be disclosed, as they were pertinent and probative. Appendix 1 also includes information from the examination for discovery of Chief Marvin Yahey, who did not testify at trial. Certain portions of that examination of discovery were, however, read into the record.

[1086] The information included in Appendix 1 is organized on a year-by-year basis and indicates that Blueberry members participated in the following activities:

- a) 2019: picking berries; attending cultural events including culture camps; fishing at Billy's Hole at Pink Mountain and along the Peace River; hunting for moose in and around the Graham River, Sikanni River, Pink Mountain, Alaska Highway, Lily Lake, Carbon Lake, and Butler Ridge; hunting elk at Pink Mountain; eating moose every day; observing caribou near Marion Lake Pass; and, teaching skills to younger generations;
- b) 2018: picking berries around the Tommy Lakes and Fort St. John areas; observing moose at Inga Lake; hunting sheep; fishing at Billy's Fishing Hole; and, trapping at the Yahey family trapline;
- c) 2017: hunting moose and sheep, and trapping lynx and fisher at Pink Mountain; berry picking, hunting and trapping at Tommy Lakes; berry picking at Lily Lake and in and around Fort St. John; attending culture camp; and, carrying out spiritual practices at the Dancing Grounds;
- d) 2016: visiting popular fishing locations near Sikanni River falls; observing beaver dams on the Beatton River; noticing signs of moose, elk and buffalo at Pink Mountain; hunting deer at Pink Mountain and Farrell Creek; hunting deer and elk around Lily Lake and the Beatton River; hunting sheep at Rocky Creek Pass (west of Pink Mountain); collecting medicinal plants along the Beatton River; camping near the Graham River, Carbon Lake and Mile 5 of the Beatton Airport Road; cutting a trail

near Mile 5; drinking from a spring at the Dancing Grounds; attending culture camps; and, teaching skills to younger generations;

- e) 2015: camping and hunting moose in the Beaton area; hunting elk and deer along the Beaton River Road near Mile 73, Butler Ridge, Beryl Prairie, and Farrell Creek; hunting moose northeast of Chetwynd, west of Hudson's Hope, north of the Williston Reservoir, Addick Creek Road, and Umbach; hunting sheep and elk west of Pink Mountain; noticing mineral licks in the Umbach area; and, teaching skills to younger generations;
- f) 2014: hunting buffalo, elk, moose and sheep in the Pink Mountain area; observing caribou west of Pink Mountain Ranch; hunting deer southwest of Fort St John; hunting moose near Inga Lake, north of Fort St. John, towards the Beaton River, and south of Lily Lake; hunting deer near the Reserve; hunting sheep and moose at Butler Ridge; visiting the Dancing Grounds for spiritual sustenance and camping; fishing along Pink Mountain Road, the Halfway River, McQue Flats, and Dunlevy Inlet.
- g) 2013: camping and fishing at the Chowade River and Graham River; and, noticing good habitat for moose and other wildlife west of Chetwynd, around Beattie Peaks and Carbon Creek;
- h) 2012: picking berries near Carbon Lake and near Pink Mountain; camping in the Sukunka River area; fishing southeast of Chetwynd; hunting moose north of Lily Lake; hunting in the Halfway River Valley; hunting moose along a pipeline right of way of the Beaton River Road;
- i) 2011: hunting moose and elk in the Hudson's Hope and Halfway River areas up to Pink Mountain; hunting sheep and elk in the Sikanni River area; hunting elk near the Reserve; hunting elk at Pink Mountain; hunting moose at Tommy Lakes; teaching skills to younger generations; attending culture camp at Pink Mountain; and,
- j) 2008-2010: camping in the Addick Creek area and observing signs of moose and mineral licks; hunting moose in the Wolfe/Davis trapline area; fishing near Hudson's Hope and on the Halfway River; hunting and berry picking in cutblocks; camping, fishing and berry picking in the Monkman Park area; camping on the Sikanni River area and observing mineral licks in this area.

[1087] In addition, the Province has prepared Appendix 2, which it describes as a summary of the evidence given by members about their ongoing and continued use of areas inside and outside the Blueberry Claim Area. Appendix 2 is more detailed than Appendix 1. It categorizes the evidence regarding hunting, trapping, fishing, camping, gathering, and spiritual activities into the areas where these activities took place both within and outside the Blueberry Claim Area, and appends a map. Appendix 2 points to evidence of Blueberry members exercising their treaty rights in the following places:

- a) Central or core areas, including the Dancing Grounds, Beatton River, Aitken Creek, Inga Lake, Prespatou, Wonowon, Mile 5;
- b) Northwest areas, including Pink Mountain, Lily Lake, Sikanni Chief River, Upper Halfway River, McQue Flats;
- c) Northeast areas, including the Tommy Lakes area and various traplines;
- d) Southeast areas, including Fort St. John and Charlie Lake;
- e) Southwest areas, including the Peace River, Butler Ridge, Dunlevy Creek, Farrell Creek, and Cameron Lake; and,
- f) Areas outside the Blueberry Claim Area, mostly south and west of the Blueberry Claim Area.

[1088] Much of what is included in these appendices is information that was provided by Blueberry members for the purposes of preparing traditional use studies relating to various proposed pipeline projects. These studies are often completed as part of the consultation process, as a means of providing further information about a First Nation's use of an area within a project's footprint, including how frequently an area is used, and the importance of the area to the First Nation.

[1089] When consulting with Blueberry about projects that are proposed for a location within or adjacent to its traditional territory, the Province will often solicit such information and use it to inform the scope of the duty to consult. See, for example, Mr. Recknell's May 26, 2014 (discussed earlier in these reasons) regarding consultation area boundaries, where he noted that "[i]nformation about current use, including how frequently an area is used and whether there are any

unique or special characteristics of the area, will also inform the Province's scope of the duty to consult in Area A."

[1090] The purpose of putting forward evidence of First Nation's knowledge and use is to show the decision-maker the importance of the area to the First Nation, to attract a deeper level of consultation, to have meaningful discussions about the project and how to avoid impacts on the exercise of rights, and to potentially reach agreement or accommodation in relation to the proposed project.

[1091] It is therefore not surprising that Appendices 1 and 2 read as an inventory of activities undertaken by certain Blueberry members inside and outside the Blueberry Claim Area over the last approximately 10 years. The witnesses were responding to questions about when and where they had hunted, trapped, fished, camped and undertaken other cultural activities over the years.

[1092] Notably, neither Appendix 1 nor Appendix 2 refers to the multitude of evidence given by Blueberry members about the difficulties they have experienced in trying to exercise their rights to hunt, trap or fish; the observations they have made about impacts or changes to the landscape and wildlife; the significance of any of these changes on their way of life; their concerns about potential future impacts; and, their general sense of loss.

### **3. Analysis and Conclusions**

[1093] Blueberry has the burden of proving, on a balance of probabilities, the nature of its treaty rights, and that they have been infringed.

[1094] The civil standard of balance of probabilities has been described as proof by a preponderance of probability. The application of the standard will depend on the nature of the case. In *Mitchell*, Chief Justice McLachlin stated that "...[C]laims must be proven on the basis of cogent evidence establishing their validity on the balance of probabilities. Sparse, doubtful and equivocal evidence cannot serve as the foundation for a successful claim" (at para. 51). Chief Justice McLachlin went on to note that indisputable evidence is not required to establish an Aboriginal right, but neither should the claim be established on the basis of evidence that is inevitably scarce (at para. 52).

[1095] The Supreme Court of Canada has also recognized that, in Aboriginal and treaty rights cases, a sensitive application of evidentiary principles is needed, in order to take into account the difficulties of proof of historical facts (*Simon* at para 41). In *Sparrow*, the Court reasoned it was “crucial to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake” (at 1078). In *Delgamuukw*, Chief Justice Lamer emphasized that Aboriginal rights are *sui generis* and “demand a unique approach to the treatment of evidence which accords due weight to the perspective of aboriginal peoples” (at paras. 82, 84).

[1096] These statements about evidence, perspective, and weight relate primarily to the determination of the right, but are also relevant to the court’s determination of infringement. Giving appropriate weight to the evidence given by Blueberry members about the impacts to the exercise of their rights is part of being sensitive to Blueberry’s perspective on the “meaning of the rights at stake.”

[1097] I am cognizant that Blueberry members have provided evidence that they continue to hunt, fish and trap, and have spoken about where, when and how they do these activities. As dots on a map, these specific instances of Blueberry members hunting moose, trapping lynx, fishing or picking berries may seem to paint a picture that treaty rights can and are being exercised, and that by virtue of this, their exercise must be meaningful. But it is not the whole picture.

[1098] The Province has highlighted only one aspect of the evidence given by Blueberry members about the exercise of their rights. What it has chosen not to highlight is the evidence provided by those same members about the impacts and loss they are already experiencing.

[1099] I am mindful of the consistent themes echoing through each of the witnesses’ testimony. They are not able to exercise their rights as they used to. They cannot access the preferred hunting, trapping and fishing places within the core of their territory, and have to travel further from their homes and even to areas outside of the Blueberry Claim Area to find signs of wildlife. The habitat has been fragmented, polluted, and in some cases has disappeared. The wildlife are not as healthy or abundant. They do not have peaceful enjoyment on their traplines or in their hunting areas, as they smell the sour gas and hear the drones of oil and gas infrastructure. They do not feel safe or welcome in their territory. I am also

cognizant that the evidence given by Blueberry members is supported by and reflected in scientific and technical data and maps which indicates the level of disturbance within the Blueberry Claim Area.

[1100] The evidence on these points is not just of a general nature, as the Province argues. Witnesses, including Georgina Yahey and Wayne Yahey, provided specific examples of finding that areas where they used to collect medicinal or other plants had been cleared, and needing to look for other places where they could harvest these important items. They and other witnesses testified about difficulties in accessing hunting and trapping places in several areas, including near the Reserve, Aitken Creek, Mile 98 and the Beatton Airport Road, because of development, forestry, oil and gas infrastructure, and fenced private lands. Wayne Yahey spoke about returning to the Yahey trapline to find it almost entirely clearcut, and being able to see from one end of the trapline to the other, with no forests around it. Raymond Appaw spoke about not being able to fish for suckers in Charlie Lake, as it has essentially been turned into a sewer.

[1101] Kayden Pyle and Mr. Yahey testified about how they and Blueberry elders felt unwelcome in their territory. Witnesses testified about having difficulty finding safe places to hunt, and being concerned about the potential of hitting oil and gas infrastructure.

[1102] Jerry Davis and Ms. Yahey testified about no longer being able to drink the water from the creeks, or which they used to dig from muskeg. Witnesses, including Norma Pyle and Kayden Pyle, testified about seeing fewer moose tracks and more clearcuts. They spoke about the smell of sour gas and the drone of compressors and other oil and gas infrastructure which affects and their peaceful enjoyment. They spoke about moose licks being destroyed by vehicles or development, or drying up. While the Province maintains that one of the moose licks at issue is now restored, and brought evidence and photos to reflect that, its destruction had both an emotional and a direct and significant effect on hunting rights for some time.

[1103] All these specific incidences of impacts add depth to what Blueberry members are experiencing – it qualifies their loss – and supports Blueberry's allegations that their rights have been infringed.



[1104] Moreover, the inventory included in the Province's Appendices 1 and 2 also supports Blueberry's allegations of infringement, as it is clear that much of the hunting and fishing is occurring outside of the core territory, in and around Pink Mountain, and also beyond the Blueberry Claim Area.

[1105] Blueberry has not alleged that members no longer hunt, trap, fish or gather within their traditional territories; nor do they need to show that they have ceased exercising their treaty rights in order to make out their infringement claim. The allegation is that their treaty rights have been infringed because they can no longer meaningfully exercise their treaty rights as their way of life has been significantly diminished.

[1106] The evidence is that it is harder to hunt, trap, fish and gather as there are fewer places to do so, fewer animals, and more disturbances; and, yet Blueberry members do still hunt, trap, fish and gather. This does not mean that the impacts are not real or have not been proven. Rather, this shows that Blueberry members are trying, as best they can, to continue their way of life – to help elders get moose meat, to use the traplines that have been in their families for generations, and to show their children and grandchildren how to camp, hunt, trap and fish, even if they cannot do so at the same places where they were first taught.

[1107] The law does not require that Indigenous people stop trying to exercise their treaty rights. Rather, Blueberry members' ongoing efforts to exercise treaty rights shows just how important these rights are to them. Even though there are fewer opportunities to engage in these activities in the core of their territory, they continue to try to do so and are willing to go further afield to hunt and to search out the areas for peaceful enjoyment.

[1108] I do not accept the Province's argument that Blueberry's lack of success is due to personal circumstances, the fact that people are working as part of the wage economy and have less opportunities to hunt and trap, or that the younger generation is not interested in continuing this way of life. Mr. Brody's study in the late 1970s and 1980s indicated that members were participating in the wage economy then too, and were hunting on evenings, weekends and during breaks. The same is true now.

[1109] As for youth being less interested in these pursuits, Kayden Pyle, the youngest Blueberry member who testified, spoke eloquently about how he truly feels like himself when he is on the land, and about the importance to him of continuing to hunt and fish as his parents and grandparents did. If other youth are not inclined to take up these pursuits it is likely, as Jerry Davis testified, because the state of the landscape and wildlife is dissuading them. They watch their family members scout for wildlife and not find any, and are losing hope and interest.

[1110] While, as noted by the Province, Kayden Pyle and Jerry Davis each shot their first moose at around the same age and in the same approximate area, the similarities in their experiences on the land as young people – over 55 years apart – end there. Mr. Davis, in particular, testified at length about how the land he once knew has been “destroyed” and how he worries about the opportunities that will exist for younger generations.

[1111] It is not simply a quantitative analysis of the number of times members hunt, fish or trap, but about the quality and meaning of Blueberry’s experience on the lands. The Province’s arguments overlook this. For example, the Province points to Chief Yahey’s evidence in examination for discovery where he stated that there was no longer peaceful enjoyment on 80% of the Yahey trapline area because of forestry and oil and gas activities. The Province says this means that 20% of the Yahey trapline retains peaceful enjoyment.

[1112] Assessing and weighing the evidence to make a determination of whether there is a *prima facie* infringement is not a mathematical exercise. As Blueberry said in oral argument, it is not about starting at zero (i.e., no exercise of treaty rights) and counting up to find instances of the rights being exercised.

[1113] I must consider the evidence as a whole, and consider the Indigenous perspective. I do not accept that the only conclusion to be drawn from the specific instances of the exercise of rights referred to by the Province is that the rights have not been infringed. The members’ evidence of loss, together with the disturbance data and evidence about the status of wildlife populations in the Blueberry Claim Area, supports a finding that there has been a significant and meaningful diminishment in the Plaintiffs’ way of life, and that their treaty rights to hunt, trap and fish have been infringed.

[1114] The eloquent and persuasive evidence of the Blueberry members called in this case considered alongside the scientific and technical evidence, has provided more than a sufficient base from which the Court can rule on the scope of the rights and impacts to them.

## **H. Conclusions in Brief**

[1115] An important part of my task is to consider whether “the time [has come]” – that is, whether, for Blueberry, no meaningful rights to hunt, fish or trap remain over its traditional territories (*Mikisew* at para. 48).

[1116] On the basis of all this evidence and my findings, I conclude that the time has come, the tipping point has been reached, and that Blueberry’s treaty rights (in particular their rights to meaningfully hunt, fish and trap within the Blueberry Claim Area) have been significantly and meaningfully diminished when viewed within the way of life in which these rights are grounded.

[1117] I will not repeat my findings, which have been set out in detail earlier, but I have assessed meaningfulness, along with my findings in this context and with respect, particularly, to Blueberry’s way of life. In view of my findings with respect to the state of disturbance in the Blueberry Claim Area, the status of the wildlife, Blueberry members’ testimony and other evidence about their ability to exercise their treaty rights within a meaningful mode of life, I conclude that the Treaty’s promise has been infringed. I note in brief as follows:

### **1. Way of Life**

[1118] Blueberry’s Dane-zaa way of life is connected to and dependent on the land and wildlife. Blueberry members have, for centuries, moved throughout the territory on a seasonal basis to take advantage of the available resources. They continue this practice today. Blueberry members plan and schedule hunting, trapping, fishing and gathering activities to ensure a steady supply of game, fish and plant resources, and to allow areas to rejuvenate. Members have intimate knowledge of the areas within the territory and their resource potential.

[1119] While some change may be expected, this way of life depends on the existence of healthy mature forests, a variety of wildlife habitats, fresh clean water, and access to these places. It requires a relatively stable environment, so that the

knowledge held by Blueberry members about the places to hunt, fish and trap stays relevant and applicable.

## **2. Disturbance**

[1120] Over the last decade or more, Blueberry members have had to exercise their rights over a landscape that is becoming increasingly disturbed from a range of industrial development, including forestry, oil and gas, mining, hydro-electric infrastructure, land clearing, roads and other impacts.

[1121] The “core” of the Blueberry Claim Area has, since the late 1990s, been zoned as an enhanced resource development zone, available for high intensity development. The Province has, accordingly, been encouraging investments and enhancements in resource development in this area. Both forestry and oil and gas development has focussed on this core area.

[1122] By 2016, 73% of the Blueberry Claim Area was within 250 metres of an industrial disturbance. By 2018, disturbance had increased such that 85% of the Blueberry Claim Area was within 250 metres of an industrial disturbance. Disturbance has a direct impact on the sustainability of wildlife and quality of life for Blueberry members. This includes both the loss of habitat and the increasing anthropogenic presence which impacts on Blueberry’s ability to hunt, fish and trap.

[1123] As but one striking example, there is less than 14% intact forest landscape within the Blueberry Claim Area.

## **3. Wildlife**

[1124] The wildlife Blueberry hunts and traps including moose, caribou, and smaller furbearing species, depend on a mix of habitat – contiguous forested areas, old-growth forests as well as younger forests and shrublands. The wildlife are all affected by disturbances to the land.

[1125] Moose populations in the central part of the Blueberry Claim Area have declined, and habitat disturbance in the form of anthropogenic disturbance, including industrial development, is the likely cause of that decline.

[1126] Caribou populations in the Blueberry Claim Area have also declined with certain populations at risk of extirpation. Anthropogenic disturbance is a significant cause of that decline.

[1127] Populations of smaller fur bearing species such as marten and fisher have declined in the Blueberry Claim Area, likely due to forestry activities.

[1128] As members of Blueberry testified, the state of these wildlife populations, along with the state of the land, is significantly diminishing Blueberry's ability to exercise its hunting and trapping rights in its territory in a manner consistent with its way of life.

#### **4. Infringement**

[1129] The evidence from Blueberry members about the loss of their ability to exercise their rights as part of their way of life, together with the evidence about the disturbance of the land and the status of wildlife populations in the Blueberry Claim Area, leads me to conclude that the time has come that Blueberry can no longer meaningfully exercise its treaty rights in the Blueberry Claim Area. Their rights to hunt, fish and trap within the Blueberry Claim Area have been significantly and meaningfully diminished when viewed within the context of the way of life in which these rights are grounded.

[1130] Their way of life which is dependant on healthy mature forests, a variety of wildlife habitats, fresh clean water and access to these places are threatened by the level of disturbance from industrial development in the Blueberry Claim Area. Their ability to hunt, fish and trap in this context is also threatened.

[1131] I conclude due to the level of "taking up" caused by Provincially authorized activities, including resulting disturbance, the impact on the wildlife, and the evidence of Blueberry members that there are not sufficient and appropriate lands in Blueberry's traditional territories to permit the meaningful exercise of their Treaty rights.

[1132] I conclude therefore that Blueberry members' rights to hunt, fish and trap as part of their way of life have been significantly and meaningfully diminished. Blueberry's rights under Treaty 8 have therefore been infringed.

[1133] I now turn to the Crown's obligations with respect to Treaty 8, and whether the Province has fulfilled those obligations. I will briefly reiterate the jurisprudence and then deal with the specifics of the allegations concerning the Province's land management and natural resources regulatory framework.

## **VIII. HAS THE PROVINCE DILIGENTLY IMPLEMENTED THE TREATY?**

### **A. Overview**

[1134] In addition to seeking a declaration that the Province has infringed some or all of its treaty rights, Blueberry is seeking declarations that the Province:

- a) breached its obligations to Blueberry under the Treaty; and
- b) breached its fiduciary obligations to Blueberry.

[1135] In particular, Blueberry argues that the Province breached its obligations under the Treaty by failing to diligently implement the Treaty's promise to protect Blueberry's rights and way of life from the encroaching cumulative impacts of industrial development. These arguments are based on the honour of the Crown and (to a lesser extent) the Crown's fiduciary duty.

[1136] As I discussed earlier, the honour of the Crown is a foundational principle of Aboriginal law and governs the relationship between the Crown and Indigenous peoples (*Mikisew* 2018, at paras. 21-22). The principle of the honour of the Crown is understood as arising from the Crown's assertion of sovereignty and *de facto* control over lands and resources in the face of pre-existing Aboriginal sovereignty. This tension of conflicting sovereignties has created a special relationship between the Crown and Indigenous peoples that requires the Crown to act honourably in all its dealings.

[1137] The principle of the honour of the Crown was referred to in jurisprudence dealing with the relationship between the Crown and Indigenous peoples as far back as 1895. In *Province of Ontario v. The Dominion of Canada and Province of Quebec*, [1895] 25 S.C.R. 434 – a case concerning the Robinson Huron Treaty and the Robinson Superior Treaty – Justice Gwynne of the Supreme Court of Canada (writing in dissent) evoked the concept of the honour of the Crown to explain the Crown's approach to treaty making and interpretation. He noted that when entering

into treaties with Indigenous peoples dealing with the surrender of their lands, the terms to be performed by the Crown “have always been regarded as involving a trust graciously assumed by the Crown to the fulfillment of which with the Indians the faith and honour of the Crown is pledged, and which trust has always been most faithfully fulfilled as a treaty obligation of the Crown.” The idea that the honour of the Crown is pledged to the fulfillment of its obligations to Indigenous peoples has been repeated and accepted by the Supreme Court of Canada, including in *Mikisew*.

[1138] The principle of the honour of the Crown underpins and is relevant to all aspects of the Crown’s relationship with Indigenous peoples including: the discharge of its fiduciary duty when the Crown assumes discretionary control over specific or cognizable Aboriginal interests; the negotiation, interpretation and implementation of treaties; the duty to consult and accommodate; and the justification of infringements of Aboriginal and treaty rights and title.

## **1. Review of Jurisprudence**

[1139] In the paragraphs below, I review some of the key jurisprudence on both the honour of the Crown and the Crown’s fiduciary obligations. This is important backdrop for Blueberry’s arguments that evoke these concepts.

[1140] In *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335 [*Guerin*], the Supreme Court of Canada recognized that while the Crown is not normally viewed as a fiduciary, there are ways the Crown can become a fiduciary in its *sui generis* relationship with Indigenous peoples. *Guerin* involved the surrender of a portion of Musqueam’s reserve lands. There, the Court found that Musqueam had a pre-existing independent legal interest in its reserve lands, and that s. 18 of the *Indian Act* conferred on the Crown a broad discretion to deal with surrendered reserve lands. Therefore, when the Band surrendered its interest in the reserve to the Crown, this gave rise to fiduciary obligations on the Crown in its dealing with the land on the Band’s behalf.

[1141] In the context of a fiduciary duty arising from the Band’s pre-existing interest in its land and s. 18 of the *Indian Act*, Justice Wilson, in concurring reasons, wrote: “...the Crown has a responsibility to protect that interest and make sure that any purpose to which reserve land is put will not interfere with it...,” and that the Crown

held the lands subject to a fiduciary obligation “to protect and preserve the Band’s interest from invasion or destruction.”

[1142] The fiduciary relationship was subsequently discussed in *Sparrow*, where the Court set out a general guiding principle for s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, namely, that government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to Indigenous peoples. The Court went on to frame the test for the justification of infringements of Aboriginal rights to take into account that “federal power must be reconciled with federal duty.” One of the considerations at the justification stage is whether the infringing legislation or action is consistent with the honour of the Crown and the responsibility of the government vis-à-vis Indigenous peoples.

[1143] In *Wewaykum*, the Supreme Court of Canada again considered the fiduciary relationship between the Crown and Indigenous people and when fiduciary duties arise. The interest at issue here was not s. 35 Aboriginal rights (as in *Sparrow*) or an existing reserve to which either Band had pre-existing legal interests (as in *Guerin*), but rather lands subject to the reserve creation process in which the Bands did not have pre-existing legal interests (at para. 77).

[1144] Justice Binnie, writing for the Court, reviewed the genesis of the Crown’s fiduciary relationship with Indigenous peoples.

[78] The *Guerin* concept of a *sui generis* fiduciary duty was expanded in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, to include protection of the aboriginal people’s pre-existing and still existing aboriginal and treaty rights within s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. In that regard, it was said at p. 1108:

The *sui generis* nature of Indian title, and the *historic powers and responsibility assumed by the Crown* constituted the source of such a fiduciary obligation. In our opinion, *Guerin*, together with *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, ground a general guiding principle for s. 35(1). That is, the Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. *The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship.* [Emphasis added.]

See also: *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, at p. 185.

[79] The “historic powers and responsibility assumed by the Crown” in relation to Indian rights, although spoken of in *Sparrow*, at p. 1108, as a “general guiding principle for s. 35(1)”, is of broader importance. All



members of the Court accepted in *Ross River* that potential relief by way of fiduciary remedies is not limited to the s. 35 rights (*Sparrow*) or existing reserves (*Guerin*). The fiduciary duty, where it exists, is called into existence to facilitate supervision of the high degree of discretionary control gradually assumed by the Crown over the lives of aboriginal peoples. As Professor Slattery commented:

The sources of the general fiduciary duty do not lie, then, in a paternalistic concern to protect a “weaker” or “primitive” people, as has sometimes been suggested, but rather in the necessity of persuading native peoples, at a time when they still had considerable military capacities, that their rights would be better protected by reliance on the Crown than by self-help.

(B. Slattery, “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 753)

[1145] Justice Binnie went on to observe that since *Guerin*, there had been a “flood” of fiduciary duty claims, and he clarified that the fiduciary duty imposed on the Crown “does not exist at large but in relation to specific Indian interests” (at paras. 81-83). The focus must be on the particular obligation or interest that is the subject matter of the dispute and whether the Crown assumed discretionary control in relation thereto sufficient to ground a fiduciary obligation (at paras. 83 and 85).

[1146] The Court recognized the Crown is no ordinary fiduciary, it “wears many hats and represents many interests, some of which cannot help but be conflicting” (at para. 96).

[1147] The concept of the honour of the Crown as a stand-alone duty was discussed in *Manitoba Metis*. In that case, the Supreme Court of Canada considered whether the federal government owed and breached fiduciary obligations to the Métis, and whether and under what circumstances a court could issue a declaration that the Crown had acted in a manner inconsistent with the honour of the Crown. In 1870, the Canadian government passed the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3. Section 31 of the *Manitoba Act* set aside 1.4 million acres of land that was to be given to Métis children. The land grant was intended to be made to give the Métis children a “head start” over the anticipated wave of settlement. Rather than implement s. 31 swiftly, the federal government’s errors and inactions delayed the land distributions for approximately 10 years.

[1148] The Manitoba Metis Federation brought a claim seeking a number of declarations including that in implementing the *Manitoba Act*, the federal Crown

breached its fiduciary obligations to the Métis, and failed to implement the *Manitoba Act* in a manner consistent with the honour of the Crown. Chief Justice McLachlin and Justice Karakatsanis (writing for the majority) did not find a breach of fiduciary duty, but did find that Canada failed to implement s. 31 of the *Manitoba Act* in a manner that upheld the honour of the Crown.

[1149] Chief Justice McLachlin outlined two ways for a fiduciary duty to arise. In the Aboriginal context, a fiduciary duty may arise from the Crown assuming or undertaking discretionary control over a specific or cognizable Aboriginal interest (at paras. 49, 51, referring to *Wewaykum*, *Haida* and *Guerin*). In other situations, a fiduciary duty could arise if there was an undertaking by an alleged fiduciary to act in the best interests of one or more alleged beneficiaries, the beneficiary was a defined person (or the beneficiaries were a class of people) vulnerable to the fiduciary's control, and the beneficiary or beneficiaries had a legal or substantial practical interest that stood to be affected by the fiduciary's exercise of discretion (at para. 50, referring to *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24 at para. 36).

[1150] The Court held that the Crown had undertaken discretionary control of the administration of land grants, but that the Métis did not have a collective Aboriginal interest in the land, since (as found by the trial judge) they used and held the land individually (at paras. 53-59). Chief Justice McLachlin also emphasized at para. 58 that an Aboriginal interest in land giving rise to a fiduciary duty "cannot be established by treaty, or, by extension, legislation. Rather, it is predicated on historic use and occupation."

[1151] Nor did the Court find that the Métis had made out a fiduciary duty based on the second route. While s. 31 of the *Manitoba Act* showed an intention to benefit the Métis children, there was no evidence of an undertaking to act in their best interests in priority to other concerns or forsaking all other interests (at para. 62). To the contrary, the federal government was also concerned with ensuring land was available for the construction of the railway and with opening up the province for settlement.

[1152] Chief Justice McLachlin then turned to the arguments based on the honour of the Crown. At paras. 66-67 she noted the honour of the Crown:

- a) arises from the Crown's assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of lands and resources that were formerly in their control;
- b) goes back to the *Royal Proclamation of 1763* and arises not from a paternalistic desire to protect Aboriginal people but rather from recognition of their strength;
- c) has as its ultimate purpose the reconciliation of pre-existing Aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty; and,
- d) characterizes the special relationship between the Crown and Aboriginal peoples.

[1153] Chief Justice McLachlin held that the honour of the Crown was engaged by an explicit obligation to an Aboriginal group that is enshrined in the Constitution and that an analogy could be drawn between such a constitutional obligation and a treaty promise (at paras. 70-71). In both cases there would be an intention to create obligations, a measure of solemnity, and promises would have been made for the overarching purpose of reconciling Aboriginal interests with Crown sovereignty.

[1154] At para. 75, the Court found that when the issue is the implementation of a constitutional obligation to an Aboriginal people, the honour of the Crown requires that the Crown: (1) takes a broad purposive approach to the interpretation of the promise; and (2) acts diligently to fulfill it. The Court recognized that this duty has arisen largely in the treaty context (at para. 79).

[1155] Because the Crown's honour is pledged to the fulfillment of its obligations, it must endeavour to ensure its obligations are fulfilled (at para. 79). It is expected to carry out the work required with due diligence, as good governance requires decisions be taken in a timely way. Not every mistake in implementation will bring dishonour; however, a persistent pattern of errors and indifference that substantially frustrates the purpose of the promise may betray the duty (at para. 82). Diligent efforts are required, even if circumstances may ultimately prevent the fulfillment of an obligation (at para. 82).

[1156] Chief Justice McLachlin held that the constitutional obligation enshrined in s. 31 of the *Manitoba Act* was a promise made to the Métis people collectively for the

purpose of reconciling their interests with the Crown's claim to sovereignty, and it engaged the honour of the Crown (at paras. 91-92). The Court held that, on the facts of this case, the Crown did not act diligently to fulfill this constitutional promise. In the result, the Court issued a declaration that the federal Crown failed to implement the land grant provision set out in s. 31 of the *Manitoba Act* in accordance with the honour of the Crown.

[1157] In *Grassy Narrows*, the Supreme Court of Canada considered the powers and obligations on the Province of Ontario with respect to Treaty 3. The central question before the Court was whether Ontario had the power to take up lands in the Keewatin area under Treaty 3 so as to limit the Ojibway's harvesting rights under the treaty, or whether this must be done by or in cooperation with Canada (at para. 28).

[1158] Chief Justice McLachlin held that although Treaty 3 was negotiated by the federal government it was an agreement between the Ojibway and the Crown. The level of government that exercises or performs the rights and obligations under the treaty was to be determined by the division of powers in the Constitution. Accordingly, Ontario, and only Ontario, had the power to take up lands under Treaty 3 (at para. 30).

[1159] The Court went on to note that Ontario's power to take up lands was not unconditional and was subject to both the honour of the Crown and fiduciary duties, and it referred to the duty to consult prior to taking up lands as outlined in *Mikisew*:

[50]...In exercising its jurisdiction over Treaty 3 lands, the Province of Ontario is bound by the duties attendant on the Crown. It must exercise its powers in conformity with the honour of the Crown, and is subject to the fiduciary duties that lie on the Crown in dealing with Aboriginal interests. These duties bind the *Crown*. When a *government* – be it the federal or a provincial government – exercises Crown power, the exercise of that power is burdened by the Crown obligations toward the Aboriginal people in question.

[51] These duties mean that for land to be taken up under Treaty 3, the harvesting rights of the Ojibway over the land must be respected. Any taking up of the land for forestry or other purposes must meet the conditions set out by this Court in *Mikisew*. As explained by the Ontario Court of Appeal (at paras. 206-12), the Crown's right to take up lands under Treaty 3 is subject to its duty to consult and, if appropriate, accommodate First Nations' interests beforehand (*Mikisew*, at para. 56). This duty is grounded in the honour of the Crown and binds the Province of Ontario in the exercise of the Crown's powers.

(emphasis in original)

[1160] I note that although the Supreme Court of Canada commented that the Crown was subject to both the honour of the Crown and its fiduciary duties, it did not expand on what, specifically, the Crown's fiduciary duties required it to do in relation to treaty rights, other than ensuring such rights were "respected." The Court noted that the Province must consult and if appropriate accommodate the First Nation before exercising the power to take up lands. The Court also recognized that if the taking up amounts to an infringement, the *Sparrow/Badger* analysis will determine if the infringement is justified (at para. 53).

[1161] The Supreme Court of Canada had occasion to consider the Crown's fiduciary obligations owed to Indigenous people again in *Williams Lake*. This case involved the review of a decision made by the Specific Claims Tribunal finding that the colonial Crown breached its fiduciary obligation to the Williams Lake Indian Band when it failed to protect the band's village lands from pre-emption by settlers, and that after 1871, the federal Crown also breached its fiduciary duty in failing to take appropriate measures to address this.

[1162] Justice Wagner (as he then was, writing for the majority) noted the need to focus on and identify with clarity the particular interest that is vulnerable to the fiduciary's discretionary control (at para. 51). He underscored that an Aboriginal interest in land giving rise to a fiduciary duty cannot be established or created by treaty or legislation, but is "predicated on historic use and occupation" (at para. 53). A pre-existing interest in land may, however, be *recognized* by treaty, legislation or policy (at paras. 68 and 81, emphasis by Wagner J.).

[1163] Justice Wagner upheld as reasonable the Tribunal's findings that the Band's substantial and practical interest in its village lands – the land it historically used and occupied – constituted a cognizable interest, and the Crown assumed discretionary control over this interest. In addition it noted as acceptable an approach that looked not only at the form or extent of the Crown's discretionary power, but also at the vulnerability of the interest (at para. 60).

[1164] In terms of the standard of conduct required of the Crown as a fiduciary, Justice Wagner noted that the circumstances in which a fiduciary obligation arises shapes its content, and that the content varies to take into account the Crown's

broader public obligations (at para. 55). This may involve a duty to act with loyalty, good faith, ordinary diligence and full disclosure in respect of the interest at stake (at paras. 46, 55). While the Crown cannot ignore the reality of its conflicting demands, those demands do not absolve it of its fiduciary duty in its efforts to reconcile them fairly (at paras. 55, 88).

## **2. Blueberry's Position**

[1165] Relying on *Manitoba Metis* (and, to a lesser extent, *Marshall*), Blueberry argues that the honour of the Crown gives rise to a positive obligation on the Province to implement Treaty 8. It must act to accomplish the purpose of the Treaty and of the solemn promise given, and it must do so with diligence. Blueberry argues that implementing the Treaty promise means that before the Province authorizes land uses in the areas Blueberry relies on, it must put in place measures to ensure the essential elements of the Treaty will not be violated. In other words, the Province has a positive duty to protect treaty rights, and its management of the lands and resources should reflect this.

[1166] As its grounding for this “duty to protect,” Blueberry relies on Chief Justice Bauman’s statement at para. 424 of *West Moberly 2020*, where he notes, *in obiter*: “It is uncontroversial that the Crown has an obligation, constitutionally enshrined, to protect Aboriginal rights both treaty and non-treaty, and to act honourably in doing so.” Blueberry also points to the Alberta Court of Appeal’s decision in *Fort McKay* at para. 53, where the majority recognized the open ended nature of possible obligations arising from the honour of the Crown.

[1167] Blueberry says the search to see if the Crown has honourably upheld its treaty obligations involves looking for persistent patterns of errors and indifference that frustrate the purpose of the solemn promise. Here, says Blueberry, the Province has failed to act with diligence, or at all, to address Blueberry’s concerns, protect Blueberry’s treaty rights or uphold the treaty promise, with the result that the Province has breached its duty to implement the Treaty.

[1168] In particular, Blueberry says the Province has failed to:

- a) develop processes to assess whether the ecological conditions in Blueberry’s traditional territories are sufficient to support Blueberry’s way

of life;

- b) develop processes to assess or manage cumulative impacts to the ecosystems in Blueberry's traditional territories and/or on their treaty rights;
- c) implement a regulatory regime or structure that will take into account and protect treaty rights, and that will guide decision-making for taking up lands or granting interests to lands and resources within Treaty 8; and,
- d) put in place interim measures to protect Blueberry's treaty rights while these other processes are developed.

[1169] Blueberry goes on to allege that, since none of the above measures have been developed or implemented, and since development has continued to proceed in the absence of protections for its treaty rights, the Province's approach to forestry, hydro-electric development, land use planning, agriculture, and oil and gas development breaches the Treaty and the Crown's solemn promise that Blueberry would not be interfered with in their way of life. Blueberry's argument and evidence focussed on forestry, land use policy and oil and gas development.

[1170] In addition, Blueberry argues that in certain circumstances, the Province's actions go beyond constituting a breach of its honourable obligations and constitute a breach of its fiduciary obligations, which, at a minimum, require that it act with diligence and prudence. Blueberry provided the example of the core of its territory being zoned as a high intensity forestry zone in the Sustainable Forest Management Plan. Blueberry said in such a situation, where the Crown is exercising discretionary control over its interests, and is taking express actions that run contrary to its treaty rights, there is a breach of the Crown's fiduciary duty.

### **3. Province's Position**

[1171] The Province recognizes that the honour of the Crown is engaged in treaty implementation, and that it requires the Crown to act in a way that accomplishes the purposes of such treaties. It is a concept that speaks to *how* the Crown's obligations are to be fulfilled. The Province says the proper approach is to consider the Crown's conduct as a whole, in the context of the case, and ask whether it acted with diligence to pursue the fulfillment of the purposes of the obligation.

[1172] On the facts of this case, the Province says it has met its honourable requirement to manage development in a manner that preserves sufficient habitat, territory and wildlife to allow Blueberry's members to carry on their hunting, trapping and fishing mode of life. The Province denies that the Treaty has been breached, or that its honourable obligations or fiduciary duties have been breached.

[1173] The Province ties the honour of the Crown to the duty to consult, not a fiduciary duty. It argues that Blueberry is conflating the honour of the Crown that is applicable before an infringement, and the fiduciary duty that is applicable after an infringement. The Province recognizes that its right to take up land under the Treaty is not unstructured, but is bounded by the prior duty to consult imposed by the honour of the Crown. The Province says it is trying to and is engaging with Blueberry as part of collaborative processes to address their treaty rights. Many of these processes involve First Nations, local governments, and constituents and are ongoing. It emphasizes that these engagement processes are occurring prior to infringement of any rights and to avoid such infringement from occurring.

[1174] Moreover, it says there is no duty for the Province to implement regulatory policies that place Blueberry's views as the paramount views. It has no duty to implement the kind of "fettered regulatory structure" Blueberry seems to be seeking. The Province says that Blueberry's complaint is with the Province's policy decisions regarding the management of wildlife and natural resources.

[1175] As to the fiduciary duty, the Province emphasizes that the Crown's fiduciary duty does not exist at large, but in relation to specific interests, such as reserve lands. The Province notes that in order to attract a fiduciary duty, the First Nation must identify a "specific or cognizable Aboriginal interest" in relation to which the duty is owed. It says the interest must be a communal Aboriginal interest in land that is integral to the nature of the Aboriginal community and their relationship to the land. This interest must be predicated on historical use and occupation, and cannot be established by treaty or legislation.

[1176] The Province seems to be suggesting that in this case, Blueberry has not identified a specific or cognizable interest over which the Province has assumed discretionary control. The Province also points out that the Crown has



responsibilities to the public as a whole. It is no ordinary fiduciary; it wears many hats, some of which may be conflicting.

## **B. Application of the Legal Principles**

### **1. Management of Treaty Rights**

[1177] In dealing with these arguments I will outline the various regulatory regimes the Province has put in place to manage oil and gas development, forestry, and wildlife, and the impacts of industrial development in the Blueberry Claim Area.

[1178] As part of that, I will consider whether the Province's regulatory regimes take into account Blueberry's constitutionally protected treaty rights, and whether the Province has acted diligently to address Blueberry's concerns about the impacts of industrial development on the exercise of their treaty rights and to implement the Treaty promise, more generally.

[1179] At the outset, I note the Province says that while Blueberry disagrees with the means by which the Province manages impacts on treaty rights in its territory, this is not a commission of inquiry on the Province's policy choices in managing industrial development – it is a case about Blueberry's ability to practice its treaty rights. With respect to managing impacts on treaty rights, the Province argues the Plaintiffs' submissions are technical in nature and not supported by the expert evidence on cumulative effects policy.

[1180] The Province's submission, however, essentially presupposes a finding that despite the impacts of industrial development, Blueberry members can still meaningfully exercise their treaty rights. I have concluded they cannot. There is not sufficient appropriate lands in the Plaintiff's traditional territories, in this case the Blueberry Claim area, to permit the meaningful exercise of their Treaty 8 rights. Sufficient habitat, territory and wildlife has not been preserved to allow Blueberry members to carry out their hunting, trapping, and fishing mode of life.

[1181] The Province led evidence of the primary ways they manage the impact of industrial development on treaty rights, specifically in the forestry and oil and gas sectors. Though they described this evidence as a "summary" rather than a comprehensive record, the evidence was, in fact, extensive. The Province says the

evidence establishes that they did and do properly manage for impacts to treaty rights and consider cumulative impacts of development.

[1182] The Court must examine this evidence as part of the question of whether the Crown has diligently implemented the Treaty, ensuring that Blueberry can meaningfully exercise its treaty rights. The jurisprudence clearly establishes the Crown's obligation to do so.

[1183] In undertaking this exercise, the Court is not a commission of inquiry on policy choices. Rather, the Court is examining this evidence in assessing the impacts on treaty rights created by the Province's regulatory choices. Furthermore, Blueberry submits that this evidence shows a pattern of perfunctory conduct throughout the consultation/regulatory process that has contributed to the substantive problems in the Blueberry Claim Area.

[1184] Fundamentally, Blueberry says the level of development surpasses what the Treaty contemplated, and the Province's authorization of this development has caused or contributed to Blueberry's inability to meaningfully exercise their treaty rights, which constitutes an infringement of their treaty rights.

[1185] The Province's regulatory regime controls development and impacts in the Blueberry Claim Area. Whether and how the regulatory regime considers treaty rights is an essential underpinning question as to whether the Crown has diligently implemented the Treaty. This includes whether or not there is guidance within the regulatory regime for how discretionary decisions should be made. While not every aspect of the various regulatory regimes at issue reflect or constitute a breach of the Treaty, Blueberry argues their cumulative effects do.

[1186] The purpose therefore of reviewing the regulatory regimes for oil and gas, forestry, wildlife management, and the progress towards implementing a cumulative effects framework is to consider whether the Province, through its regulatory regimes, has authorized this level of industrial development and has therefore contributed to Blueberry's inability to meaningfully exercise its treaty rights, and breached the Treaty.

[1187] While I cannot comment on or consider that entire complex network of statutes, regulations, rules and policies, I will deal with the primary components of

the regulatory regime and focus on the areas I find to be most significant in this case. I also note while there may be other causes besides the regulating and permitting of industrial development that impact the Blueberry Claim Area, it is sufficient in this case that the Plaintiffs prove that the permitting of these developments and the regulatory regime's lack of enforceable mechanisms to take into account the cumulative impacts on treaty rights has meaningfully diminished the exercise of treaty rights in the Blueberry Claim Area.

[1188] Finally, I note this is not a static environment, with changes to both the environment and the regulatory regime. The Court's task, however, is to consider the evidence before it in the context of this claim.

[1189] I now turn to the task.

### **C. Regulatory Regime for Oil and Gas Development**

#### **1. Overview**

[1190] Oil and gas development in BC is largely concentrated in the northeast of the province. The majority of the province's petroleum resources are gas, rather than oil. There are several shale gas basins, one of which – the Montney Play, which is most active – overlaps the Blueberry Claim Area. As reflected in a Provincial government map overlaying the Oil and Gas Commission North Montney Regional Field with the Wildlife Management Units, the Montney overlies Wildlife Management Units 7-34, 7-44, and 7-45. These units represent the core of the Blueberry Claim Area.

[1191] Historically, most petroleum development was "conventional." Conventional development uses a single vertical well to target a discrete "pool" of oil or gas. Development typically requires numerous well pads separated by 500 to 1,500 metres, with one vertical well per pad.

[1192] Many new gas wells are now "unconventional." Unconventional development targets vast subsurface areas – shale basins – that are less porous than conventional oil and gas pools. Unconventional wells are drilled horizontally; the well pads can be spaced several kilometres apart, and a single pad can accommodate up to 40 wells. Unconventional development theoretically results in less surface disturbance compared to conventional development.

[1193] Before oil and gas development can occur a company must obtain:

- a) an oil and gas tenure from the Tenure and Geoscience Branch (“Tenure Branch”) at the Ministry of Energy, Mines and Petroleum Resources (“Ministry of Energy and Mines”); and,
- b) a permit from the BC Oil and Gas Commission.

[1194] A tenure conveys the rights to subsurface resources and is granted over a unit of land called a parcel. Permits issued by the BC Oil and Gas Commission allow holders to carry out the surface activities necessary to make use of those subsurface tenure rights – for example, clearing seismic lines for exploration, or surface drilling activities.

[1195] The Province contends that it adequately considers treaty rights at both stages. Conversely, Blueberry argues that the regulatory framework is inadequate. It submits that the scheme is ill-suited to the consideration or accommodation of treaty rights. Further, Blueberry argues that the Province’s pattern of conduct and the results of these processes prove that the scheme essentially ignores both treaty rights and cumulative effects.

[1196] For the reasons that follow, I agree with the Plaintiffs.

## **2. Conclusions in Brief**

[1197] Although the Province has identified certain measures that it says take into account treaty rights and/or cumulative effects, a review and consideration of the evidence reflects this is not the case. I find there is a significant disconnect between the tenuring and permitting decision makers, such that each believes the other considers treaty rights and/or cumulative effects to a greater degree than they actually do. This disconnect has created a gap through which Blueberry’s rights have fallen.

[1198] What tools the Province does have in place – including tenure caveats, permit conditions and the Area Based Analysis as presently structured and used by the Oil and Gas Commission – are largely ineffective. Other tools, such as Resource Review Areas and deferrals, are temporary and essentially have no long-term legal effect. They only prevent disposition of tenures on a temporary basis.

The Province has also refused to designate “No [tenure] Disposition Areas” in areas where the demand for tenure is highest, and which are most critical to Blueberry. The Province has made some designations in areas that have little demand for activity, and therefore this designation has little effect.

[1199] Moreover, in reality, the administration and application of these measures, in particular the application process of both agencies, does not take into account the needs and ability of First Nations to respond to what can only be described as being, at times, an avalanche of applications and supporting material.

[1200] In this context, the agencies demonstrate what can only be characterized as a pattern of perfunctory conduct, having constantly responded to Blueberry with identical template letters that either refer Blueberry to different organizations or processes or insist that the tools – and the Oil and Gas Commission’s Area Based Analysis tool in particular – have addressed Blueberry’s concerns. This inadequate, circular response has also contributed to substantive problems in the Blueberry Claim Area, as reflected in the evidence before this Court.

[1201] While the Province accuses Blueberry of the same conduct, it is the Province who is in control of permitting industrial activity. The status quo benefits the Province, and in that context, the Province must be responsive to concerns. The Province cannot merely indulge in identical, repetitive letters insisting that concerns have been met and maintain this satisfies its obligation to properly consider treaty rights.

[1202] Norma Pyle, who acted as Director of Blueberry’s Lands and Resource Department over the pertinent time period, identified and testified to numerous applications and the associated correspondence establishing that the practical reality of the application process is seriously problematic. I will set out some of this correspondence as part of my analysis, but note that these are only examples of what Ms. Pyle said – and I agree – was a continuous reality for Blueberry. Permits came in at a staggering rate and with limited response windows, and did not always contain critical information about the size and scope of the project.

[1203] An application may be referred to Blueberry for one segment of a project, when in fact the project scope is much larger. The Oil and Gas Commission conducts “deeper” initial consultations on the project, without adequately disclosing

or disclosing at all, that the project is anticipated to expand over the course of the next several years – for example, by adding a processing facility to an area initially cleared for a well pad. Subsequent permit applications to expand the project are then conducted at a lower consultation level, hampering Blueberry’s ability to meaningfully respond on the full scope of the project.

[1204] The Province had the opportunity to respond to this evidence, but did not offer any correspondence that fundamentally differed. Rather, the reliance on other agencies and processes – some of which were and are still in development – was confirmed by the Province’s own evidence.

[1205] The Province did respond with evidence of the regulatory processes in place, maintaining that these did take into account both treaty rights and cumulative impacts. I will examine those processes in my analysis.

[1206] Finally, the Province pointed to more recent initiatives, which I will deal with later. I will say at the outset that while recent initiatives are laudable and are part of the way forward, they cannot erase what has been done and they do not as yet have legally enforceable protections. They rely on present policy initiatives that could change or be abandoned at any time, and do not as yet sufficiently protect Blueberry’s ability to exercise its treaty rights in its traditional territory.

[1207] In this segment, I will provide a brief overview of the oil-and-gas-related agreements between Blueberry and the Province, followed by an examination of the tenuring and permitting processes and the Province’s reclamation and remediation efforts. I will then analyze and evaluate the regime, giving regard to the parties’ specific arguments and critiques.

[1208] Because the tenuring process appears to proceed on the basis that subsurface grants do not impact treaty rights, this section devotes significant space to examining the processes of the Oil and Gas Commission – the agency that the Tenure Branch of the Ministry of Energy and Mines says considers treaty rights. Most critically, it includes an evaluation of the Area Based Analysis tool, which underpins the Oil and Gas Commission’s permitting decisions and is ostensibly used to consider treaty rights. However, as will become clear, this tool does not directly consider treaty rights at all, and measures cumulative effects on far too

broad a scale to meaningfully protect the Blueberry Claim Area and Blueberry's exercise of treaty rights therein.

### **3. Oil and Gas Agreements between Blueberry and the Province**

[1209] I will begin with a review of the various agreements between Blueberry and the Province with respect to oil and gas development.

[1210] In 2006, Blueberry and the Province entered into an Economic Benefits Agreement and a series of Resource Management Agreements. The Province says these agreements provided significant benefits to Blueberry in the context of resource development in its territory. Although Blueberry has since terminated the agreements, some of their provisions are still being used by the Province.

[1211] A useful summary of the Economic Benefits Agreement is set out in a briefing note prepared for Steve Munro, Deputy Minister of what was then known as the Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation, dated March 13, 2013. This briefing note was prepared in the context of Blueberry's written notice of termination on March 5, 2013 of the Economic Benefits Agreement and Resource Management Agreements with the Province. Based on the evidence, it appears Blueberry terminated the agreements in large part due to a perceived lack of meaningful response from the Province on cumulative effects issues.

[1212] Blueberry and the Province entered into this Economic Benefits Agreement on June 2, 2006. In the subsequent years, seven Resource Management Agreements were negotiated and completed between the Province and Blueberry pursuant to this Economic Benefits Agreement. Among the Resource Management Agreements were the Long-Term Oil and Gas Agreement, which was signed in 2007 and terminated in 2014. The agreements provided activity-based benefit payments and consultation capacity funding. The agreements set out a consultation process, including a consultation area map for proposed authorizations under each of the agreements.

[1213] From 2006 to 2013, Blueberry received funding of over \$18 million under these agreements. While this initially appears to be a significant sum, it should be evaluated in light of provincial oil and gas revenues during that time. As Chris

Pasztor with the Ministry of Energy and Mines testified, while revenue the Province receives from royalties is sensitive to price and market demand, the Province's annual revenue could range from \$100 million to \$175 million in a given year. This revenue flows into the Province's consolidated revenue fund and is dispersed to fund public services, such as education and health care.

[1214] The March 2013 briefing note indicates that:

Since signing [sic] of these agreements, implementation has proceeded relatively smoothly. In the past year, however, [Blueberry] has become increasingly vocal with respect to their concerns about cumulative effects of natural resource development within their territory. Although the Province has directed their concerns towards current initiatives outside of the agreements, such as the Cumulative Effects Pilot project (led by FLNRO [Ministry of Forests, Lands and Natural Resource Operations]) and Area Based Analysis (led by OGC [Oil and Gas Commission]), [Blueberry] has become frustrated at the perceived lack of progress.

[1215] Indeed, the evidence demonstrates that Blueberry had been specifically setting out its concerns in response to permit applications before the Oil and Gas Commission since at least early March 2012. As an example, in a letter dated March 19, 2012 with respect to an application by Progress Energy listed as "Project HZ Town d-65-K, 94-B-16, Blueberry specifically noted:

[Blueberry] has grave concerns that the Applications, in connection with past and planned oil and gas development within its traditional territory, are jeopardizing its "meaningful right to hunt". [Blueberry] elders report that species of deep significance to the traditional "mode of life" of the community are growing increasingly scarce throughout [Blueberry's] traditional territory. Moose are becoming more difficult to access. Furbearers are in rapid decline. Wildlife health is also a widespread concern as moose and other species harvested by [Blueberry] have been observed consuming contaminated fluids in and around unreclaimed well sites (of which there is an unacceptably high number as reported in recent years by the Auditor General of British Columbia).

[1216] With respect to cumulative effects, Blueberry stated:

The information provided by the [Oil and Gas Commission] in the referral package pertained exclusively to site-specific (as opposed to cumulative) and bio-physical (to the exclusion of social economic and cultural) effects of the Applications. No information was provided to assess impacts within the context of relevant historical or future impacts. In consultation on the Applications, and in previous applications, [Oil and Gas Commission] staff have stubbornly refused [Blueberry's] requests to examine the Applications in connection with associated cumulative effects.



[1217] Blueberry's specific concerns were set out at page 4 of this March 19, 2012 letter:

*Water Quantity:* the unprecedented and irreversible removal of massive quantities of water from the hydrological cycle for shale gas extraction, a concern shared by organizations such as the Pembina Institute. Consultation respecting water quantity reduction should be undertaken at the watershed level, not merely on a well-by-well basis. [The Oil and Gas Commission] has refused to provide [Blueberry] funding for an external technical review of its plans to monitor water usage of the industry.

*Water Quality:* the seepage of fracking chemicals into the water table and contamination of drinking water. We are aware that some steps have been taken to provide a database of fracking chemicals used in British Columbia, but that the government has refused to require the disclosure of the quantities of each chemical used or that disclosure occur prior to drilling. Without this information, there will be no credible way to draw causal connection in and requisite legal liability in the event of water contamination.

*Habitat Fragmentation:* the cumulative effect of oil and gas access roads, pipelines, seismic, and well sites within [Blueberry's] traditional territory is staggering. Linear disturbance fragments ungulate habitat, cutting off traditional migratory patterns – which in turn interferes with the traditional knowledge and patterns of hunting. Furthermore, this disturbance enhances access for predators such as wolves, which has and continues to throw predator/prey relationships out of balance and cause an incremental diminution of game populations and the traditional harvesting practices they have for generations sustained.

*Access Increasing Non-Aboriginal Hunting:* The cumulative effect of criss-crossing access roads throughout the territory also increases access for non-aboriginal hunters, leading to interpersonal conflicts with [Blueberry] hunters and trappers, as well as further unsustainable reductions in game populations.

*Access Increasing Accidents:* these access roads are also increasing the number of traffic accidents in which moose, deer, and other game hunted by [Blueberry] are unnecessarily injured or killed. The access road planning, and consultation with [Blueberry] respecting the same, should be undertaken a [sic] tenure-wide or multiple tenure-wide scale in order to reduce the cumulative effects of any new access roads on the valuable habitat that does remain in [Blueberry's] territory.

*Safety:* As mentioned above, the current high concentration of wells within [Blueberry's] traditional territory, and sour gas wells in particular, raises serious concerns to [Blueberry's] hunters and trappers who may be out in the bush for extended periods of time without cellular phone or other expedient forms of communication. To date, no meaningful consultation has occurred respecting how safety issues such as these would be addressed in relation to the Applications.

[1218] Numerous letters to the same effect followed in response to specific applications, but also to the Oil and Gas Commissioner and CEO, Paul Jenkins.

Blueberry sent similar correspondence to the Minister of Energy and Mines, Rich Coleman, and the Premier at the time, Christy Clark.

[1219] While the Province ultimately invited Blueberry to “discuss a plan of action for moving forward, it continued to maintain its position “that it had been addressing cumulative effects” for “many years” as reflected in a letter Blueberry received from Dale Morgan, the Northeast Regional Manager of the Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation, dated September 2, 2016. After reviewing a number of initiatives, he said in closing:

The Province acknowledges that you have significant issues with development within your traditional territory. However the province disagrees with the [Blueberry] position that the Province’s current approach to identifying, managing and mitigating cumulative effects is inadequate. The Province recognizes the importance of managing cumulative effects and has been employing a number of stewardship tools to address potential cumulative effects of development within [Blueberry] Territory for many years. As outlined above, the Province has a number of initiatives and tools to address [Blueberry’s] concerns raised in the [Land Stewardship Framework], Atlas and the several letters from [Blueberry] to the Province over the course of the last year. The Province encourages [Blueberry] to participate in Provincial initiatives because we believe that [Blueberry] participation will, build trust in provincial processes, and result in outcomes that meet [Blueberry] interests.

[1220] This letter was copied to a number of Ministries and individuals including Kristy Ciruna of the Ministry of Forests, Sean Curry of the Oil and Gas Commission, Richard Grieve representing the Ministry of Natural Gas Development (now the Ministry of Energy and Mines), Greg Perrins of the Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation, and Cici Sterritt who was Blueberry’s Band Administrator.

[1221] After Blueberry terminated their Economic Benefits Agreement and related agreements, and prior to commencing this litigation, Blueberry wrote to various government agencies and met with the Premier seeking to protect what it considered to be critical areas in its territory. Geoff Recknell testified that in February 2015, Blueberry provided a map of Critical Areas to the Minister of Aboriginal Relations and Reconciliation. Blueberry identified these Critical Areas as places where they continued to practice their treaty rights, and requested that the Province suspend development in these areas.

[1222] Parenthetically, I note that while slightly different versions of critical areas for protection have been defined or provided to the Province since 2015, those differences do not affect any determination in this case with respect to the overall provincial regulatory regime. Some of these critical areas have been negotiated between the parties for different purposes.

[1223] Some time later, in June 2018, the parties negotiated an Interim Measures Agreement dealing with oil and gas development. As a recital noted, the Interim Measures Agreement (found at Exhibit 108, Tab 28) was created as an interim tool to “address immediate concerns with respect to [oil and gas] development in [Blueberry’s] critical areas” while Regional Strategic Environmental Assessment is being developed. The parties included Blueberry, the Ministry of Energy and Mines, the Oil and Gas Commission, and the Ministry of Forests. The lack of interim measures to address these concerns was identified as a barrier to the successful implementation of the Regional Strategic Environmental Assessment.

[1224] Further set out in the recitals, “The parties are committed to developing improved management and relationships regarding [petroleum natural gas] development with this agreement on [interim measures] as the first step leading to collaboratively developed recommendations for management responses for longer-term improvements to managing [petroleum natural gas] developments which eliminates the need for [interim measures].” The objective for Area 2 is to restrict new (anthropogenic) surface disturbances, and to prohibit them in Areas 1 and 3.

[1225] Sean Curry of the Oil and Gas Commission described the agreement as identifying mechanisms to reduce the amount of new surface disturbance from oil and gas activities in three different areas, and to create a group identified as the “flex team” that would be involved in reviewing applications to the Oil and Gas Commission. Applications that could result in new surface disturbance that did not meet a specific criteria would be subject to a 4-to-1 restoration offset in Areas 1 and 3. This meant that proponents would be required to restore four times the amount disturbed, i.e., if 10 hectares would be disturbed by an activity, the proponent would be required to restore 40 hectares.

[1226] Once the agreement was signed and implementation was underway, a dispute arose as to whether the 4-to-1 offset also applied in Area 2, which is the

area surrounding Blueberry's reserves. Despite a dispute resolution process, this was not resolved, and in June 2019 the Oil and Gas Commission and the Ministry of Energy and Mines withdrew from the agreement. Sean Curry said, however, that the provisions with respect to offsets in Areas 1 and 3 continue to be implemented and "the vast majority of the agreement has been moved to different forms other than the flex team which doesn't exist anymore."

[1227] Chris Pasztor of the Ministry of Energy and Mines confirmed that the Tenure Branch defers all tenure requests within Areas 1 and 3. He said that based on the agreement, "we turned Areas 1 and 3 into No Disposition Areas." However, he also confirmed Area 2 is almost completely encompassed by active tenure, while Areas 1 and 3 have far fewer active tenures.

[1228] I will deal with this later as part of my analysis.

#### **4. Tenures: The Ministry of Energy and Mines**

[1229] In most areas of BC, the Provincial Crown owns the subsurface petroleum and natural gas resources. The Province grants oil and gas companies the right to explore, develop and produce oil and gas resources by granting rights to geographically specific areas through subsurface tenures. In exchange for these rights, the Province collects fees and royalties from the tenure holders.

[1230] The Ministry of Energy and Mines is responsible for the management of Crown-owned petroleum and natural gas resources in BC. This Ministry issues subsurface petroleum and natural gas tenures under the authority of the *Petroleum and Natural Gas Act*, R.S.B.C. 1996, c. 361, and associated regulations.

[1231] In this case, Chris Pasztor provided testimony regarding the Province's management of oil and gas resources. Mr. Pasztor is both the Director of Petroleum Lands and the Executive Director of the Tenure Branch within the Ministry of Energy and Mines' Oil and Gas Division. As the Director of Petroleum Lands, Mr. Pasztor is the statutory decision maker in charge of tenure disposition.

[1232] As Mr. Pasztor testified, "...over the past ten years, most of the oil and gas industry within British Columbia has been targeting the Montney Shale Basin, and so because of that there are less and less Montney Shale rights that are available for sale," from which I conclude most have been tenured.

[1233] This is confirmed in a Ministry of Forests information note prepared for the Provincial Northeast Strategy Committee, dated May 22, 2014. This note is illuminating, as it sets out the overall context of development in northeastern BC:

**ISSUE:** Treaty 8 interest in the advancement of regional strategic environmental assessments (RSEAs) in Northeast BC.

**BACKGROUND:**

In 2009, the Ministers of the Canadian Council of Ministers of the Environment (CCME) published a report outlining the principles and guidance for undertaking a Regional Strategic Environmental Assessment (RSEA) process. CCME defines an RSEA as: *A process designed to systematically assess the potential environmental effects, including cumulative effects, of alternate strategic initiatives, policies, plans or programs for a particular region.*

(emphasis in original)

[1234] As part of the discussion portion of that information note, the fact that virtually all Crown land within the proposed northeastern area was fully tenured was set out. At page 2 the information note reads:

...RSEA can only work if there are alternative options available which suggests that there must be significant crown resources that are not tenured. The rate of development of crown owned resources is controlled through the disposition of resource tenures. Once crown resource tenures have been sold, alternative options are significantly reduced and the market forces of supply and demand tend to dictate the rate of extraction. As such, there are no opportunities in Northeast region that would trigger an RSEA. *Virtually all of the Crown land within the proposed Northeast RSEA study area is fully tenured.* The development of viable alternative options would be extremely limited to what could be achieved through the various regulatory processes.

(emphasis added)

[1235] The perspective of the Ministry of Forests is set out in a response portion of the information note, which said in part:

In 2011, the Province developed its BC Jobs plan. The plan is focused on creating long term jobs through increased resource extraction particularly in the oil and gas, mining and forest industries. The thrust of the 2014 Throne speech was a reiteration of the Jobs Plan and a commitment to stick to the plan. The export of liquefied natural gas (LNG) is the most significant element of the plan and all aspects of LNG development have the focused attention and priority of the Premier and Cabinet.

*A recommendation to implement an RSEA in B.C. particularly in Northeast region would be in direct opposition to the Jobs Plan.* It would also likely be viewed as an attempt to increase investor uncertainty for LNG development, create time delays, and pit communities, First Nations, industries and companies as well as other stakeholder interests against each other.

Possible identification of alternatives to resource development would also be extremely limited without reacquiring tenures and rights.

(emphasis added)

[1236] This establishes some context to the oil and gas development in BC during pertinent times which impacted on the Blueberry Claim Area.

#### **a) The Tenuring Process**

[1237] The tenuring process involves several steps:

- a) First, industry proponents make a request that the Province, via the Crown Sales Team of the Tenure Branch of the Ministry of Energy and Mines, advertise particular tenure rights for sale.
- b) The Crown Sales Team determines whether the rights are available for disposition.
- c) If rights are available, the Crown Sales Team conducts a “critical information analysis” to identify legal and non-legal land use designations, values and rights that overlap with or are nearby the requested parcel.
- d) A pre-tenure referral process then begins, including consultation and engagement with First Nations, local governments, landowners, and other provincial agencies.
- e) The Director of Petroleum Lands (a position currently held by Mr. Pasztor) reviews information from the critical information analysis and the pre-tenure referral process, and decides whether to post the requested tenure rights for sale. The Director may defer, reconfigure, deny, or grant the request for sale and/or may apply caveats to the tenures.
- f) Tenure rights are then posted for sale and bids are accepted.

[1238] The Province says it has temporarily paused grants of tenure since March 2020, due to the COVID-19 pandemic.

#### **b) Consideration of Treaty Rights**

[1239] Mr. Pasztor testified that in managing subsurface tenures, the Tenure Branch seeks to ensure, *inter alia*, that the Province is meeting its obligations to First Nations and advancing reconciliation.

[1240] The Province alleges that it considers surface values at all stages of the tenure review and referral process: in the availability of the rights for disposition, the critical information analysis, pre-tenure referral and consultation, and the decision-making process. However, when pressed, Mr. Pasztor admitted that the Tenure Branch essentially did not believe a tenure grant could impact treaty rights because it does not authorize surface activities. This is reflected in many communications from the Tenure Branch to Blueberry when Blueberry raised concerns.

[1241] Mr. Pasztor testified to several methods the Tenure Branch uses to manage impacts on wildlife and treaty rights.

#### **i. No Disposition Areas**

[1242] No Disposition Areas provide protection for some areas of land; Mr. Pasztor explained that once an area has been declared, no tenure can be disposed of inside it. According to the Province, the establishment of a No Disposition Area is a landscape-level strategic decision.

[1243] Mr. Pasztor gave examples of several No Disposition Areas established in consideration of treaty rights. For example, a total of 364,393 hectares inside the Blueberry Claim Area were designated as No Disposition Areas in connection with the Oil and Gas Interim Measures Agreement, and 35,467 hectares were designated within the Claim Area in relation to a government-to-government agreement with Salteau First Nation. Several hundred thousand hectares of No Disposition Areas were also established inside of Blueberry's Consultation Areas A, B and C in connection with a caribou recovery partnership between the Province and two other First Nations.

[1244] As of July 2020, there were approximately 638,159 hectares of No Disposition Areas inside the Blueberry Claim Area. However, as will be discussed below, these areas are temporary, and of little effect given the majority of subsurface tenures in the Blueberry Claim Area have already been granted.

#### **ii. Deferred Parcels**

[1245] Mr. Pasztor also testified that the Province addresses treaty rights by deferring tenure requests. The Ministry of Energy and Mines may defer a tenure parcel for an indefinite period in response to issues raised during the critical information analysis or pre-tenure referral process. Mr. Pasztor testified that the Ministry of Energy and Mines frequently defers tenure requests on a parcel-by-parcel basis in consideration of First Nations' interests and the potential impact of disposition on treaty rights.

[1246] Further, there are some automatic deferral areas – identified by First Nations as critical to the practice of their treaty rights – in which tenure requests are automatically deferred for months or years to support further discussions with First Nations about the exercise of treaty rights in these areas. There are some automatic deferral areas for Blueberry. For example, Mr. Pasztor testified that in 2015, after Blueberry commenced this litigation and identified “Critical Areas,” the Ministry of Energy and Mines agreed to defer all requests for new tenures in these areas. As of July 2020, these deferrals covered a total of 126,000 hectares within the Blueberry Claim Area. Mr. Pasztor also noted that the Ministry of Energy and Mines is currently deferring tenures in areas identified by Blueberry as “Protection and Restoration Zones,” based on a map Blueberry provided to the Ministry in 2018..

### **iii. Withdrawn or Reconfigured Tenure Requests**

[1247] A requesting party may withdraw their tenure request at any point prior to disposition. Mr. Pasztor testified that proponents regularly withdraw requests for deferred parcels. He noted that since 2014, proponents had withdrawn 282 tenure requests within the Blueberry Claim Area, including at least one example where he said a proponent withdrew a tenure request because it overlapped with a No Disposition Area established in response to Blueberry's concerns.

[1248] Requests may also be reconfigured, i.e., the number or location of requested parcels may be modified. Both the requesting party and the Ministry of Energy and Mines may reconfigure the tenure request at any time prior to disposition. Mr. Pasztor testified that reconfiguration may occur to avoid or minimize potential impacts to treaty rights or wildlife, and that they are “quite often” reconfigured to avoid First Nations' concerns. Mr. Pasztor provided one example of such a reconfiguration: in 2017, a party requested two parcels, one of which overlapped



with a Blueberry Treaty Land Entitlement Resource Review Area; Mr. Pasztor noted that the request for the parcel overlapping the Resource Review Area was withdrawn, leaving only the remaining parcel up for consideration.

#### **iv. Critical Information Analysis**

[1249] Mr. Pasztor testified about the steps taken in the critical information analysis. This process involves mapping out the surface location of the requested parcels, and overlaying it with data from provincial databases. The overlays include land designations, prior development in the area, known First Nations' cultural areas, and traplines. Information from this stage is used to determine the scope of pre-tenure referrals. Mr. Pasztor noted that during the referral process, the Tenure Branch would send the overlays to the First Nation, including information on prior development in the area.

[1250] Types of land designations included in the analysis include parks and protected areas, Indian Reserves, and several Nation-specific designations for various First Nations (some of which overlap the Blueberry Claim Area). Several wildlife land designations are included, such as Ungulate Winter Ranges and Wildlife Habitat Areas.

[1251] As noted earlier, specific to Blueberry, the Ministry of Energy and Mines also has designations for "Critical Areas," which are automatic deferral areas, and Interim Measures Areas 1, 2 and 3, as established in the Interim Measures Agreement for Petroleum and Natural Gas. While the Agreement is no longer in effect, the Ministry still follows this protocol.

#### **v. Pre-tenure Referral Process**

[1252] Mr. Pasztor said provincial consultation with First Nations occurs during the pre-tenure referral process. The information gathered during the critical information analysis is used for an initial impact assessment regarding the impact of any proposed tenure on a First Nation's treaty rights.

#### **vi. Mitigation of Impacts**

[1253] Mr. Pasztor also said the Ministry of Energy and Mines uses information gathered during the consultation process to develop options for mitigating potential

impacts on treaty rights.

[1254] The Ministry of Energy and Mines' says its primary approach to mitigation is to avoid potential impacts from the outset by establishing No Disposition Areas. However, as Mr. Pasztor testified, they may also mitigate in other ways, including by deferring tenure requests, reconfiguring parcel requests, or deciding not to post a parcel for sale.

[1255] The Ministry of Energy and Mines also relies on caveats to mitigate potential impacts on treaty rights. A caveat is a notice placed on a tenure that is intended to provide information to the tenure-holder, guide engagement between the tenure holder and First Nations, and inform applications to the Oil and Gas Commission regarding permit activities.

#### **vii. Tenure Sale Decisions**

[1256] Before making a decision regarding the sale of tenure, Mr. Pasztor meets with the Crown Sales Team and the Pre-tenure Referral Team to review and discuss the information gathered during the application process. Each parcel is assessed as high, medium or low risk depending on a variety of factors, including First Nations' interests, wildlife values, and cumulative effects assessments. The cumulative effects assessment is based on the Area Based Analysis, which is discussed at length below.

[1257] Mr. Pasztor then decides whether to defer, reconfigure, post or not post the requested parcels for sale.

[1258] Once tenure is granted, the tenure holder is obliged to develop the land in accordance with the *Petroleum and Natural Gas Act*. If they fail to meet these obligations within a defined time frame, the Ministry of Energy and Mines cancels the tenure and the rights revert to the Crown.

[1259] According to Mr. Pasztor, tenure cancellation is fairly common, and from 2014 to 2020, more tenures were cancelled in the Blueberry Claim Area than granted.

[1260] I note, however, as the vast majority of the Blueberry Claim Area is already tenured for oil and gas development, this latter comment is not surprising.

## 5. Permitting: The BC Oil and Gas Commission

[1261] The BC Oil and Gas Commission is a regulatory agency formed under the *Oil and Gas Activities Act*, S.B.C. 2008, c. 36. The Commission is responsible for regulating oil and gas activities in the Province, including exploration, production, pipeline transportation, and reclamation. The Oil and Gas Commission also holds authority over activities related to petroleum and natural gas development under other specified enactments, such as the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157; the *Water Sustainability Act*, S.B.C. 2014, c. 15 and the *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 187. The Oil and Gas Commission is responsible for ensuring that proponents conduct their oil and gas activities in accordance with the terms and conditions of permits and applicable regulations.

[1262] Land use orders also guide the Oil and Gas Commission via general orders and policy directives from other government agencies.

[1263] In its “Activity Application Manual” (the “Application Manual”) the Oil and Gas Commission outlines its role as follows:

The Commission’s core roles include reviewing and assessing applications for industry activity, consulting with First Nations, ensuring industry complies with provincial legislation and cooperating with partner agencies.

[1264] The Application Manual further describes the Oil and Gas Commission as a “consolidated single-window authority” which:

...provides not only a one-stop place for all oil and gas and associated activity requirements, but a consistent application, decision, regulatory and compliance authority. Stakeholders work with one agency; therefore serving the public interest by having an all-encompassing review process for oil and gas activities.

[1265] Section 4 of the *Oil and Gas Activities Act*, S.B.C. 2008, c. 36 requires that the Oil and Gas Commission manage its permit application process in the public interest, “having regard to the environmental, economic and social effects and in a manner that encourages the participation of First Nations.” However, there are significant gaps in the Commission’s process, particularly in the use of its much-touted Area Based Analysis tool as a purported way to address cumulative effects.

[1266] With respect to Blueberry, the Oil and Gas Commission has segmented Blueberry’s territory into three zones, each of which has a different consultation

level. According to Ms. Pyle, Zone A is the area surrounding their reserves and what the Commission believes is the “core” of their territory. Applications that fall within Zone A receive a “normal” level of consultation. Zones B and C, which are further out, attract a lower level of consultation.

[1267] Two representatives from the BC Oil and Gas Commission testified at trial: James O’Hanley (Vice President of Applications), and Sean Curry (Vice President of Operational Policy and Environment).

**a) Oil and Gas Commission Objectives and Values**

[1268] Mr. Curry testified that the Oil and Gas Commission is a “policy taker, not a policy maker.” In other words, the Oil and Gas Commission takes direction from the government on the values to consider in managing the land base. One of the primary ways government provides this direction is through the *Environmental Protection and Management Regulation*, B.C. Reg. 200/2010.

[1269] The *Environmental Protection and Management Regulation* has four broad parts: definitions; provisions setting out the government’s environmental objectives; operator requirements; and a series of provisions allowing various ministers to identify certain features on the land base. The Oil and Gas Commission’s Environmental Protection and Management Guideline contains detailed guidance for industry and Oil and Gas Commission staff regarding the requirements found in the *Environmental Protection and Management Regulation*. The Guideline also contains Planning and Operational Measures for various environmental values, including riparian values and Old Growth Management Areas.

[1270] Mr. Curry testified that these Planning and Operational Measures provide applicants with the list of government objectives and guidelines they must address in the application process (detailed further below). The “planning” component gives guidance on how to plan the activities – for example, to avoid certain ecological features where possible. The “operations” component provides guidance on how applicants should actually conduct an activity – for example, timing their operations to minimize environmental impacts. If an applicant proposes something not in line with these Planning and Operational Measures, they must submit a rationale explaining why they are unable to follow the prescribed measures.

[1271] The *Environmental Protection and Management Regulation* also guides permit issuance and post-permit activity through the “material adverse effect” test embedded in the regulation. Under the *Environmental Protection and Management Regulation*, no activity can be located on a riparian feature, or in an Old Growth Management Area, Ungulate Winter Range or Wildlife Habitat Area, *unless* it will not have a “material adverse effect.” This is a two-part test which considers, first, whether the activity in question will have a “material” impact on the value – in Mr. Curry’s words, whether it will be “significant, of consequence”; and, second, whether that impact will be “adverse” – in Mr. Curry’s words, “detrimental or harmful” to the value.

[1272] On this basis, however, despite the alleged protections afforded by these designations, oil and gas activity can occur in these protected areas.

[1273] Mr. Curry testified that the Oil and Gas Commission also uses the coarse filter/fine filter management method. In brief, this method uses two categories of regulatory “tools” in conjunction with one another to manage ecosystems and individual species. Coarse filter tools work at a landscape level. Mr. Curry testified that coarse filter management groups together species and habitats that respond similarly to similar management efforts, and then applies management strategies that are expected to assist all of them. Some designated areas, like Old Growth Management Areas and Riparian Reserves, are coarse filter tools. These areas are supposed to provide broad-strokes protection over, for example, an entire riparian area. The Oil and Gas Commission has referred to coarse filter management as a “logical and practical approach to conserve and manage the vast majority of species occurring in BC, because ecosystems are comprised of more species than can reasonably be managed individually.”

[1274] Conversely, fine filter tools target individual species and unique landscape features or habitats. Fine filter tools work in conjunction with coarse filter tools; these tools are designed to catch the finer concerns that may fall through the cracks in the coarse filter approach. For example, where a specific ecological feature is disproportionately important to the conservation of a particular species. Fine filter tools include Ungulate Winter Ranges, which target critical habitat for a specific ungulate species like caribou.

[1275] In short, a coarse filter tool applies one strategy to target multiple species, habitats, or a whole landscape. A fine filter tool uses one strategy to target an individual species, habitat, or ecological feature.

## **b) The Application Process**

[1276] Mr. O'Hanley testified about the permit application process at the Oil and Gas Commission. Applications go through three broad stages: pre-application, application review, and decision-maker review.

[1277] Applicants are required to take several pre-application steps, including securing tenure and meeting the requirements of the *Consultation and Notification Regulation*, B.C. Reg. 279/2010. Though it is "not required," applicants are "encouraged to engage First Nations prior to submitting an application."

[1278] Under the *Consultation and Notification Regulation*, applicants are required to consult in advance with all fee simple landowners and defined "rights holders" within a prescribed distance of a proposed project (for example, 1,000 to 1,800 metres for an oil or gas well), as well as any First Nation whose reserve is located within the prescribed distance. "Rights holders" includes those with grazing licenses, guide outfitting certificates, and registered traplines. Under s. 13 of the Regulation, applicants are required to provide consultees with detailed information on the proposed activity.

[1279] The application itself must contain a variety of details. Applicants submit a set of maps and plans illustrating the location and extent of planned activities, and, per the Oil and Gas Activity Application Manual, they are required to plan projects to minimize disturbances where possible.

[1280] Upon receipt, the Oil and Gas Commission reviews the application. At this stage, Oil and Gas Commission staff carry out a variety of technical reviews, and consult with First Nations on the proposed activities.

[1281] As part of this assessment, decision makers rely heavily on a tool developed by the Oil and Gas Commission called Area Based Analysis (also referred to as the "ABA"), which the Commission says considers cumulative effects. It has been described as an analytical framework or "decision support tool."

[1282] Mr. Curry testified that the Area Based Analysis contains information on the total footprint of industrial disturbances in northeastern BC. Mr. Curry stated that when a permit application comes in, the Oil and Gas Commission uses its Area Based Analysis to calculate the total area of disturbance, including the incremental disturbance from the proposed application. The Oil and Gas Commission then compares the total disturbance to a series of environmental “values” – for example, the amount of old forest in an area – resulting in a calculation of the proposed activity’s impact on these values. Where a threshold is overrun, the Commission may take further action, such as requesting additional information from the applicant.

[1283] Mr. O’Hanley described the Area Based Analysis a decision support tool for addressing cumulative impacts of oil and gas development in northeastern BC. However, as noted above, the Oil and Gas Commission repeatedly referred Blueberry to this tool as the primary lens through which the Commission would address such concerns. In fact, in internal communications regarding the Province’s Cumulative Effects Framework Interim Policy, the Director of Regulations of the Oil and Gas Commission expressed the view that the Commission was “ahead of the curve by virtue of the ABA.”

[1284] Furthermore, as noted by Sean Curry in an email dated June 29, 2015:

BFRN may be asking for an alternative, that we have been clear that ABA is the tool we would be using, in conjunction with consultation and ongoing permitting processes...

[1285] The Area Based Analysis was originally intended to consider nine “values”:

1. Old Forest
2. Hydro-Riparian Ecosystems
3. Water Quantity
4. High-Priority Wildlife Habitat
5. Private Land Values
6. Cultural Heritage Values
7. Water Quality
8. Air Quality
9. Groundwater

[1286] As of its launch in 2015, however, the Area Based Analysis only actively considered two factors: Old Forest and Riparian Reserve Zones. The Oil and Gas Commission has slowly phased in additional values over time. At present, four values are included: Old Forest, Riparian Reserve Zones, Designated Wildlife Areas, and Old Growth Management Areas.

[1287] The Area Based Analysis tool however, suffers from significant shortcomings, which will be discussed further below.

[1288] Mr. O'Hanley testified that as part of the application review, a Natural Resource Officer also generally conducts a land and habitat review. This is also meant to provide assessment and management of cumulative effects. The review uses overlays and mapping programs to review various data layers, which include existing and authorized forestry and oil and gas activities. Where impacts to wildlife habitat are expected, the review staff apply the Province's Environmental Mitigation Policy (discussed below) to assess whether those impacts can be avoided, minimized, mitigated, or restored. However, nowhere in the application manual is a question about "wildlife habitat." Rather the "land and habitat" review appears to only rely on legally protected designations.

[1289] Mr. O'Hanley also agreed that the Oil and Gas Commission has never turned down an application on the basis of impact on habitat, and he agreed the Oil and Gas Commission did not have any specific thresholds as to how much development is allowable in moose habitat. He also noted that if treaty rights became an issue in an application, he would have to seek legal advice on that point. Further critique on this point will be offered later, in my analysis.

[1290] Mr. Curry testified that where no wildlife habitat features have been officially identified under s. 26 of the *Environmental Protection and Management Regulation*, Oil and Gas Commission policy requires that the Commission consider these features during the application review process. The Province provided at least one example of a mineral lick that was identified during the review process; the proponent accommodated a 100-metre set-back/buffer using an irregularly shaped well pad.

[1291] Throughout the application process, the Oil and Gas Commission says it remains in contact with the applicant, seeking clarification, revisions, and additional



information where needed. Where necessary, proponents may revise their applications.

[1292] During the application review stage, Oil and Gas Commission consultation staff provide a referral package to each First Nation identified through their Application Management System, which includes a copy of the entire application. Where there is no consultation agreement in place between the Oil and Gas Commission and a First Nation – like Blueberry – consultation is conducted using the Provincial Interim Consultation Procedure. Consultation “levels” are determined based on what the Oil and Gas Commission predicts the impact will be on each First Nation’s rights, with varying response deadlines.

[1293] The possible consultation levels are: information only, notification with opportunity to comment, normal, and deep. A fairly complex set of criteria are applied to determine the consultation level, which depends on the type of development, its size and scope, and which area it falls inside. At the end of the day, these criteria are all ways to quantitatively (as opposed to qualitatively) assess the potential impacts on Blueberry’s treaty rights. The higher the consultation level, the longer the initial response window, from zero days for “Information Only” to 30 business days for “Deep” consultations. While he provided no specifics, Mr. O’Hanley made the general statement that the Commission regularly extends deadlines at the request of First Nations.

[1294] Mr. O’Hanley said the Oil and Gas Commission also makes use of two data layers specifically related to First Nations issues, which include information on known First Nations values, plus confidential consultation and engagement information that the Oil and Gas Commission has collected over time. These data layers are spatial, and identify “areas of sensitivity” and other potentially important locations for First Nations. While “archeological features” are referenced, there is little information on what is actually contained in these data layers. They appear to represent a database of locations, but further details are unclear.

[1295] Finally, as a result of this application review process, Mr. O’Hanley noted mitigation measures dealing with outstanding concerns from the First Nation may be proposed. However, as will become evident, that is essentially the extent of any measures offered to deal with Blueberry concerns. Given the volume of applications

and the scale of development in the Blueberry Claim Area, by its very nature “mitigation” alone means cumulative impacts are not being effectively considered. Critically, the Oil and Gas Commission has never turned down an application because of impacts on treaty rights, habitat issues, or cumulative effects.

[1296] Once the Oil and Gas Commission has completed the applicable consultations and reviews, the decision-maker reviews the entire package. They can approve it as is, approve with conditions, refuse it, or defer the decision. Notably however, the Oil and Gas Commission has only turned down one project in its history, in 2009. During the period Blueberry has consistently been raising concerns about cumulative effects in its territory, the Oil and Gas Commission has never refused an application.

[1297] Mr. O’Hanley testified that in practice, approved permits are subject to conditions (in essence mitigation measures), which may include various notification obligations, environmental protection measures, archaeological protections, and more.

## **6. Remediation and Reclamation at the Oil and Gas Commission**

[1298] As part of its evidence, the Province also set out the relatively recent remediation and reclamation initiatives of the Oil and Gas Commission, of which I will provide a brief summary.

[1299] In May 2019, the Oil and Gas Commission introduced what it called a Comprehensive Liability Management Plan, comprised of three components: liability management; improving the rate of inactive site restoration, and addressing orphan sites.

[1300] In May 2020, the Province entered into a Memorandum of Understanding (“Restoration Memorandum”) with two petroleum industry associations, which provides for expected funding of at least \$1 million annually for restoration activities in northeastern BC. Its focus is on “legacy” oil and gas features, like seismic lines not otherwise subject to legal restoration requirements.

[1301] The federal government has also recently pledged significant funds to support restoration and reclamation in BC, of which the Province has allocated:

- a) \$15 million to the Oil and Gas Commission for use in reclaiming orphan sites, and
- b) \$5 million to address legacy impacts from old oil and gas developments, to be administered under the Restoration Memorandum.

[1302] As previously noted, in June 2018, Blueberry entered into an Interim Measures Agreement with the Oil and Gas Commission, the Ministry of Forests, and the Ministry of Energy and Mines. The Agreement designated three Critical Areas – Area 1, Area 2 and Area 3. Development in Areas 1 and 3 required a 4-to-1 restoration offset by proponents. However, the Oil and Gas Commission withdrew from the agreement in June 2019, when the parties were unable to resolve disputes as to whether Area 2 was also subject to this restoration offset requirement. Per Ms. Pyle's testimony, Area 2 is the area more immediately surrounding Blueberry's reserves, which has already been subject to intensive development.

[1303] The Oil and Gas Commission gives wells an "orphan" designation where the operator is insolvent or cannot be located. Such sites can then be remediated using the industry-funded Orphan Site Reclamation Fund. According to the Oil and Gas Commission's Orphan Site Reclamation Fund Annual Report: 2017/18 and 2018/19, and "[b]arring any unforeseen increases in the orphan population," their current plans and programs will allow the Commission to complete restoration work on orphan sites within 10 years of their designation.

[1304] Mr. Curry testified that in 2016 there was a significant increase in orphan wells as a result of Terra Energy's bankruptcy, from roughly 45 to an estimated 356 orphan wells at the time of his testimony. Mr. Curry noted that once a well is designated as an orphan, it remains on the Province's list of orphan wells indefinitely, even after it has been reclaimed.

[1305] In discussions between Blueberry and the Province, Blueberry has identified 10 orphan sites as priority sites for restoration. Mr. Curry testified that the Oil and Gas Commission and Blueberry had visited nine of the 10 sites together, and noted that they will address these priority sites (as well as those identified by other Treaty 8 First Nations) ahead of other sites.

[1306] In 2019, the new *Dormancy and Shutdown Regulation*, B.C. Reg. 112/2019 was introduced; it sets timelines for the restoration of dormant oil and gas wells.

[1307] “Dormant” wells are those that fall below a certain activity threshold (720 active hours per year) for five consecutive years. Dormant wells are assigned to various categories depending on their current or anticipated dormancy date, and proponents must comply with specific restoration timelines based on a well’s category. Based on the current inventory of inactive well sites in northeastern BC, the Province anticipates that 10,000-11,000 of these sites will be restored by 2036.

[1308] The *Dormancy and Shutdown Regulation* also allows the Oil and Gas Commission to designate well sites as “priority sites,” which requires the company to restore within five years. Mr. Curry noted there are three of these priority sites in the Blueberry Claim Area, all near Pink Mountain.

## **7. Issues with the Province’s Oil and Gas Regime**

[1309] The Plaintiffs laid out a variety of issues with the Province’s oil and gas regime; I have addressed these issues in detail below.

[1310] Ultimately, the Plaintiffs submit that neither the Ministry of Energy and Mines nor the Oil and Gas Commission has any mechanism to properly consider cumulative effects or treaty rights. They point to significant shortcomings in the Area Based Analysis, which the Province has arguably presented as the primary tool to assess and address cumulative impacts and treaty rights in oil and gas development.

[1311] The thrust of Blueberry’s submissions on this issue is that the Ministry of Energy and Mines and the Oil and Gas Commission are like two ships passing in the night: the Ministry of Energy and Mines believes the Oil and Gas Commission will thoroughly assess and address cumulative impacts in its permitting process, while the Oil and Gas Commission believes that tenuring decisions are already reflective, to some degree, of a strategic approval of development in that area.

### **a) Tenuring at the Ministry of Energy and Mines**

[1312] Blueberry submits that the Ministry of Energy and Mines issues tenures with essentially no assessment of cumulative effects or the impact of any likely surface

disturbance on treaty rights.

[1313] Blueberry produced examples of Initial Impact Assessments for several parcels that had been proposed for tenuring. With respect to Blueberry's treaty rights, they simply state that "[Blueberry's] exercise of treaty rights on this parcel includes the potential for wildlife, vegetation and cultural values," a standard phrase which, in Blueberry's submission, does not demonstrate a nuanced or parcel-specific assessment of the impacts on their treaty rights. The Province noted, however, that these initial assessments occur prior to consultation and are not reflective of a final assessment. Further, at least some additional parcel-specific information is provided, including Ungulate Winter Range and Wildlife Habitat Area overlap information.

[1314] As the Province notes, the Oil and Gas Commission gathers more information through the various application stages, which they may use to inform mitigation measures or a deferral decision. However, there was a dearth of evidence on how the Commission actually considers this information with respect to cumulative effects. There were no policy documents detailing acceptable impact thresholds, nor any formalized guidance on how the Commission uses information on cumulative effects in making a mitigation or deferral decision.

[1315] With the exception of No Disposition Areas, the Ministry of Energy and Mines admittedly addresses most treaty rights concerns through the use of caveats (discussed below) or by "deferring" tenure requests rather than simply denying them. Mr. Pasztor testified that although deferred parcels may remain on the deferred list for many years, the expectation is that "deferral" is temporary.

#### **i. No Disposition Areas**

[1316] The Province relies on the designation of No Disposition Areas, which prohibit subsurface tenure dispositions, "to support government strategic direction" in response to Blueberry's concerns.

[1317] As noted above, a total of 638,393 hectares of No Disposition Areas currently exist within the Blueberry Claim Area, including 364,393 hectares within the Interim Measures Agreement Areas 1 and 3. The Province noted that they

continue to prevent disposition in these areas despite the expiration of the Agreement.

[1318] The plaintiffs pointed out however that the No Disposition Areas in Areas 1 and 3 have little effect, as demand for tenure in these areas is low. Despite Blueberry's efforts, the Province has refused to agree to the same protections in Area 2, where the demand for tenure is high.

## **ii. Resource Review Areas**

[1319] In addition, the Province points out that Resource Review Areas, which prevent the Ministry from disposing of tenure within a particular area, protect 233,839 hectares of land within the Blueberry Claim Area. These have been established for a number of reasons, including to support treaty land entitlement claims, government-to-government agreements with other First Nations, and the caribou management program.

[1320] Resource Review Areas, however, are a policy tool, not a legal designation. They essentially function as interim protection for a number of objectives, including Blueberry's treaty land entitlement claims. Mr. Pasztor stated that he is not aware of the Oil and Gas Commission ever turning down a permit because of a Resource Review Area.

[1321] As noted earlier, deferrals over these areas are temporary, and therefore do not offer any substantive legal protection.

## **iii. Tenure Branch does not think tenures impact treaty rights**

[1322] The Plaintiffs also pointed to evidence that the Tenure Branch does not consider the granting of tenure to be capable of infringing on treaty rights, since such a grant does not authorize any surface activities. For example, at trial, Mr. Pasztor noted that they did not consider "infringement" but only "potential impacts" as "the decision to dispose tenure is purely subsurface-related and doesn't result in any immediate physical impact to the land base." Mr. Pasztor was unable to clearly articulate how he factored treaty rights into his decisions on whether to grant tenure in a given area, given that the Ministry of Energy and Mines is of the view that it is only disposing of subsurface rights with no guarantee of development.

[1323] As another example, on April 20, 2015, Blueberry wrote to the Tenure Branch to oppose a tenure grant in a number of critical areas, including a Caribou Ungulate Winter Range in Chinchaga herd territory. With respect to the proposed tenures, Blueberry pointed out that:

Today, Blueberry faces an unprecedented crisis. The cumulative effects of the thousands of wells, roads, pipelines, gas plants, clear cuts, dams, transmission lines, water approvals and other developments authorized by the provincial government are destroying our land and threatening our traditional way of life. There are very few places left for us to exercise our rights under Treaty No. 8, including our rights to hunt, fish, and trap. The disturbance of huge parts of our territory, combined with the displacement of our families from their preferred areas, makes it very difficult to continue our way of life and pass our culture onto younger generations. Indeed, disturbance of our territory is so extensive that we no longer have the ability to meaningfully practice the rights promised to us under Treaty No. 8. This is a grave situation.

[1324] In a May 7, 2015 email to Norma Pyle, Blueberry was told:

MNGD [the Ministry of Natural Gas Development] has concluded that the disposition of these parcels does not infringe on BRFN's treaty rights since any tenures issued will not authorize any activities.

[1325] Numerous Tenure Branch emails and letters were presented where the Tenure Branch repeatedly stated this after receiving input from Blueberry. In an August 6, 2015 email to Norma Pyle from Bill Adair, a senior advisor in the Tenure Branch, Blueberry was told:

As you know, any tenures issued by [the Ministry of Natural Gas Development] do not authorize surface activities. Should a permit for oil and gas activities be applied for in the future that has the potential to impact [Blueberry's] Treaty Rights, the Oil and Gas Commission will conduct further consultation with [Blueberry]. As a result [the Ministry] intends to offer the bulleted parcels for disposition.

[1326] This view was pervasive throughout the Tenure Branch. After outlining how the Province recognizes the importance of assessing and managing the cumulative effects of resource development in northeastern BC, Richard Bader, Senior First Nations Consultant with the Tenure Branch, concluded a June 2015 letter by noting that the disposition of a particular parcel "does not infringe on [Blueberry's] Treaty Rights for the reasons outlined above and because any tenures issued will not authorize oil and gas activities. As you know, [Blueberry] will be consulted on any

applications for oil and gas activities with the potential to impact [Blueberry's] treaty rights." The parcel was therefore offered for disposition.

[1327] The same view was reflected in a letter dated November 7, 2016 from Bill Adair, Senior Advisor, Upstream Development Division of the Ministry of Natural Gas and Development (now the Ministry of Energy and Mines). Mr. Adair noted that "numerous topic areas" were "outside the scope and mandate" of the Ministry. He suggested that Blueberry refer to correspondence from others in the government, and listed the Ministry of Environment; the Ministry of Forests; the Oil and Gas Commission; the Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation; and various other individuals associated with these ministries.

[1328] In addition, Mr. Pasztor confirmed that despite the known and acknowledged risk of extirpation of the Chinchaga caribou, the Ministry of Energy and Mines continues to issue tenure in this area.

[1329] As a whole, the evidence demonstrated that the Tenure Branch is of the view that its sale of tenure rights in the Blueberry Claim Area did not affect treaty rights, and that it was up to others to take care of that concern.

[1330] This evidence – particularly the 2015 emails from Tenure Branch – read like the Joseph Heller novel, *Catch-22*. The *Oxford Dictionary* describes this as "a dilemma or difficult circumstance from which there is no escape because of mutually conflicting or dependent conditions." In this case Blueberry was constantly told by one department or another to take its difficulties or dilemma elsewhere as someone else would deal with it. That in fact never happened clearly creating a frustrating *Catch-22* situation.

#### **iv. Caveats**

[1331] The Plaintiffs contend that at the tenuring stage, the only real mechanism for the consideration and protection of treaty rights are the caveats that might be placed on a tenure. The Ministry of Energy and Mines routinely uses caveats to "address" Blueberry's concerns before posting parcels for sale. However, any protection derived from these caveats is weak, if not non-existent.

[1332] On the evidence, caveats have no impact on Oil and Gas Commission decision making. Mr. Pasztor agreed that the Ministry of Energy and Mines does not



monitor, inquire, or even purport to know whether the Oil and Gas Commission grants development permits, nor whether they consider the caveats on tenure when doing so.

[1333] Moreover, at the Oil and Gas Commission level, evidence suggests that caveats are essentially meaningless. Mr. Pasztor admitted that caveats are not legally binding, and he was unaware of any evidence that the Oil and Gas Commission actually uses them. As the Plaintiffs pointed out, neither of the Oil and Gas Commission witnesses referred to tenure caveats at any point in their testimony.

## **b) Permitting at the Oil and Gas Commission**

[1334] Blueberry notes that the Ministry of Energy and Mines defers the real substance of the treaty rights and cumulative effects analysis to the Oil and Gas Commission, on the assumption that the Oil and Gas Commission will assess and regulate surface development. However, Blueberry argues that the Oil and Gas Commission is failing to discharge this burden in a way that considers cumulative impacts. Further, Blueberry has experienced significant difficulties with the administration of the permitting process, which hampers meaningful dialogue between Blueberry and the Oil and Gas Commission on these issues.

### **i. Administration of the Permitting Process**

[1335] The regulatory framework around oil and gas at a surface level appears to set out some tools to consider cumulative impacts and treaty rights. The picture the Province has painted however, is not consistent with reality. A review of this framework demonstrates fundamental flaws created by the tools and revealed by the reality of Blueberry's experience with the process.

[1336] In her testimony, Ms. Pyle identified a number of consistent problems with the permitting application process. First, she noted that the application does not reveal the true character, scale or scope of the project. The application may identify a request for one well, with a note that other wells may be built in the same area later. However, the application does not provide information on the number of wells that may be drilled going forward or when they may be drilled. Importantly, the Oil and Gas Commission assesses each of the subsequent wells separately using an

“information only” consultation process rather than the deeper consultation for the original application. A project may therefore be divided into multiple subsequent applications with an “information only” process which, as Ms. Pyle noted, frustrates meaningful consultation on the project as a whole.

[1337] In addition, an application may not be described fully. By way of example, Ms. Pyle described an August 28, 2016 application by Painted Pony, which indicated it was an application for a “Wellsite, Access road and Borrow pit.” However, it soon became apparent that the applicant planned to build a processing facility on the site and was seeking approval to clear the site for that purpose.

[1338] Ultimately, as Ms. Pyle noted in her letter of October 28, 2016 to Adam Kamp, First Nations Officer of the Oil and Gas Commission:

Blueberry remains very concerned with the OGC’s fragmented approach to consultation on this Application. The OGC is seeking to divide this project into two components: the clearing of the land and the construction and operation of the hydrocarbon processing facility (“the Facility”). In spite of the OGC knowing that the Proponent plans on building the Facility on the cleared site to process the gas produced from the wells on its wellpad and surrounding areas, it is attempting to consult only on the proposed clearing. This approach amounts to project splitting, and it is frustrating meaningful consultation on this Application because we can never discuss with the OGC the full range and scope of potential impacts from the proponent’s plan to build this facility. Further, we are concerned that, if the OGC approves the clearing, it will then use those approved impacts to justify construction of the Facility and its incremental impacts to our lands and animals.

[1339] This application also contains a useful demonstration on how the Oil and Gas Commission uses its Area Based Analysis tool (discussed further below) to assess cumulative impacts. As per the Oil and Gas Commission’s application process, the proponents hired a consultant – Highmark Environmental Services Ltd. – to run the Area Based Analysis tool for the proposed project. Highmark Environmental produced a report to this end, dated July 4, 2016. The application site was in the Cameron River area.

[1340] The conclusion segment for that report stated there was “no indication in any of the spatial data...that this project would have an adverse effect or contribute to the cumulative effects on the [listed resources].” The listed resources included: existing old forest; Old Growth Management Areas; “the distance to watercourses”; riparian areas; “location of water wells”; community watersheds; and water quality,

as well as various wetland features (like swamps and marshes) and land use designations. However, Ms. Pyle noted that the analysis made no mention of the seven tributaries of the Cameron River and Blair Creek that the access road would cross, nor did it make any reference to the low-lying wet areas surrounding the development, which she testified were important for animals and plants that Blueberry members use in exercising their treaty rights. A moose lick was depicted in the appendices, but the Area Based Analysis portion contained no mention of this feature, either.

[1341] Ms. Pyle also noted there are no guidelines in place to address the impacts of industrial noise on wildlife. She testified that some noise is both disruptive and constant, like a pump jack. When Blueberry raised this issue, the Oil and Gas Commission's response was to refer them to a residential noise guideline. As Ms. Pyle notes, this guideline only applies to nearby residences – of which there were none – it protects people, not animals.

[1342] When Blueberry has raised the impacts of an application on animal habitat, the Oil and Gas Commission references Section 6 of the *Environmental Protection and Management Regulation*, where protection may be provided for “proposed or established ungulate winter range; wildlife habitat features; core caribou habitat; old growth management areas or wildlife retention areas.” However, if none of these designated areas overlap with the application area, the Oil and Gas Commission does not recognize an impact on wildlife habitat – even if Blueberry identifies the area as a critical area of concern – on the basis that it is inconsistent with the government objectives under s. 6 of the Regulation.

[1343] The apparent sole consideration of non-designated wildlife habitat is under the *Environmental Protection and Management Regulation*, s. 6(b), which states that the Oil and Gas Commission is obligated to carry out oil and gas activities “at a time and in a manner that does not result in physical disturbance to high priority wildlife.” On cross examination, Mr. Curry confirmed that the Oil and Gas Commission interpreted this obligation as being only with respect to the timing of activities – for example, by avoiding disturbances during sensitive moose calving season. As Ms. Pyle pointed out, once the calving season is over, the disturbance then occurs. The reality is that, going forward, the habitat is destroyed and the sensitive calving area needed for the future is gone.

[1344] Blueberry consistently raised the above concerns in response to individual permit applications. In the face of repeated requests from Blueberry to consider the cumulative impacts of a specific application, Oil and Gas Commission staff eventually responded:

In addition to direct participation in the development of the ABA, the best opportunity for Blueberry to assist the Commission in assessing and addressing the cumulative impacts question is through discussion of project-specific concerns with respect to proposed oil and gas activity.

Note that the Commission gave this suggestion as a way of *dismissing* Blueberry's project-specific concerns about cumulative effects. In some examples reviewed at trial, the Commission offered to consider project-specific concerns if Blueberry would provide them, ignoring the fact that Blueberry had already done so, repeatedly, in the immediately preceding correspondence. Ms. Pyle testified that this was a common theme in correspondence around permit applications.

[1345] Ms. Pyle reviewed a number of permit applications provided by the Oil and Gas Commission to Blueberry. In her capacity as Director, she was responsible for supervising Blueberry's Lands and Resource Department and responding to referrals about proposed development in the territory, including oil and gas development. Ms. Pyle testified that Blueberry receives hundreds of these referrals annually, and that she probably sent a response regarding 15 to 20 such referrals each day.

[1346] Mr. Curry indicated that the Commission regularly grants deadline extensions for the responses. In contrast, Ms. Pyle indicated they normally request a response within five working days of receiving the application. I prefer Ms. Pyle's testimony on this point, as she was directly involved in the difficulties of responding to these numerous applications; Mr. Curry was not.

[1347] As an example, Ms. Pyle referred to a weekly status report put together by the Oil and Gas Commission in December 2016. She indicated that Blueberry's Lands and Resource Department was overwhelmed by the number of applications they were required to respond to at this time, with only three staff. The weekly status report listed 45 active Zone A referrals (being those closest to Blueberry's core territory), but Blueberry also had to respond to Zones B and C. Ms. Pyle said this was a sliver of what the department had to consult and respond to at the time.

In addition to these referrals, the Blueberry Lands and Resource Department was responding to the Silverberry expansion and dealing with the Environmental Protection Agency; all referrals associated with the Site C dam; and two amendments to the six-year Forestry Operating Schedule: one amendment sought by Canfor to log the Beaton burn, and one sought by West Fraser out of Chetwynd.

[1348] In June 2019 the Oil and Gas Commission implemented an Interim Consultation Procedure and timeline protocol that provided a longer timeline for the initial response to applications, but very little evidence was provided on this point. If anything, it confirms the need to address the issue that Ms. Pyle identified in her testimony.

## **ii. Area Based Analysis**

[1349] It is evident the Area Based Analysis has been heavily relied on by the Oil and Gas Commission in response to Blueberry's concerns. As noted earlier, to assess the impact of a proposed activity, Area Based Analysis calculates the total area of industrial disturbance in northeastern BC, and then adds the *incremental* disturbance expected from the proposed activity. It essentially asks, "What will the total disturbance in this area be, including this new disturbance?" The tool then compares that total disturbance number to a set of thresholds based on various environmental "values" or "indicators." For example, one indicator is "Old Forest." If the total disturbance would decrease the amount of old forest below a certain threshold, the Area Based Analysis tool would sound the proverbial alarm, triggering an assessment by the Oil and Gas Commission. As will be discussed further below, surpassing a threshold does not actually stop development and has no substantive effect.

[1350] Although it has been in development since 2013, and was initially implemented in 2015, Area Based Analysis still only addresses a small grouping of issues. At the time of its inception, the Area Based Analysis only considered two environmental values: Old Forest and Riparian Reserves. The Oil and Gas Commission has slowly added new values; at present, there are only four values in use. In the interim, the Commission continues to issue permits.

[1351] This limited list of values means that the Area Based Analysis does not address what Blueberry – and to some extent, the Province's own scientists – say

are key cumulative effects metrics, including:

- a) buffers or zones of influence surrounding disturbances, despite an abundance of credible scientific evidence that these buffers are useful in estimating and assessing actual cumulative impacts;
- b) the actual impacts of development (as opposed to simply the disturbance footprint);
- c) any future planned development;
- d) the level of relative importance of tracked features or values (i.e. whether a given stream or forested area is critical habitat);
- e) the concentration of development in any given area versus the average level of development across the Natural Disturbance Unit;
- f) linear disturbance density, fragmentation, connectivity, or interior forest metrics; or
- g) most forestry impacts, including readily-anticipated forestry development in the areas in question.

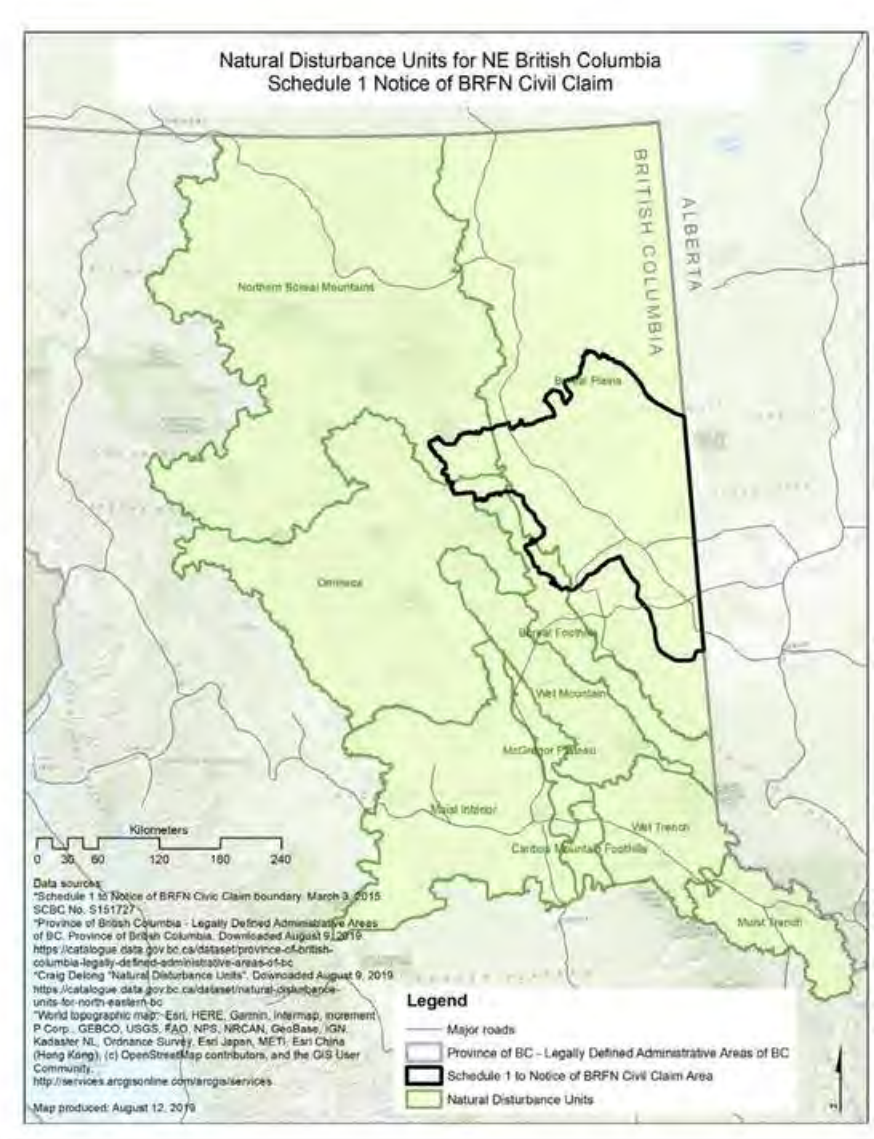
[1352] Notably, there is no direct measure in the Area Based Analysis to assess or protect treaty rights. At various points, Blueberry suggested linear disturbance density as a possible treaty rights indicator. Mr. Curry was asked about the Oil and Gas Commission's decision to use total disturbance instead of linear disturbance in the face of this request, but provided little or no explanation.

[1353] There are also a number of issues with the chosen indicators or values and with the Area Based Analysis' thresholds or "triggers" for disturbance levels. The Oil and Gas Commission did not consult Blueberry when determining these thresholds.

[1354] First, and most importantly, there is no real consequence to a threshold being reached. Mr. Curry testified that triggers result only in the proponent and the Oil and Gas Commission collecting more information and conducting additional reviews. There is no "hard stop" if a threshold is reached. There is no bar on further development. There do not appear to be any concrete consequences to an Area Based Analysis threshold being overrun.

[1355] Furthermore, with respect to Old Forest, the thresholds are set based on Natural Disturbance Units: massive tracts of land, which are too coarse and large to be of any help to the plaintiffs in combatting cumulative effects. Nearly the entire Blueberry Claim Area is contained within a single Disturbance Unit – the Boreal Plains Natural Disturbance Unit– which comprises roughly eight million hectares of land. This is more than twice the size of the Claim Area itself, and may be many times the size of an individual watershed. This can be compared to other management units – for example, Wildlife Management Units – which are far smaller and allow for more granular management.

[1356] The following map, which is Exhibit 73, illustrates the size disparity:



**Exhibit 73: Natural Disturbance Units for NE British Columbia, Schedule 1 Notice of BRFN Civil Claim.**

[1357] Mr. Curry testified that the Oil and Gas Commission chose the Natural Disturbance Unit based on research by Craig DeLong, the former regional ecologist for northeastern BC. Mr. DeLong originally designed these units to provide forestry harvesting recommendations based on natural disturbance patterns in each unit. For example, Mr. DeLong's management recommendations include maintaining large old forest reserves, or harvesting trees in irregularly-shaped patches to match the shape of natural disturbances, like forest fires, and maintaining a composition of forest ages (for example: new growth, old forest) roughly in line with the natural landscape. As part of this research, he determined a guideline natural range for "old forest" inside of each unit.

[1358] Mr. DeLong's management theory is laid out in a 2011 report for the Ministry of Forests entitled "Land Units and Benchmarks for Developing Natural Disturbance-based Forest Management Guidance for Northeastern British Columbia." Natural Disturbance Units were not designed to address oil and gas development, nor cumulative effects. Critically, the report sets out a number of recommended strategies to be used in conjunction with each other. The Oil and Gas Commission, like the Ministry of Forests, has selected only one factor (the percentage of old forest) and does not use the combination of strategies or factors recommended in the report.

[1359] Further, the Area Based Analysis threshold for Old Forest (17%) is set as an average across the entire Natural Disturbance Unit. This means it does not account for the intensity of development in any given area, including the Blueberry Claim Area.

[1360] By way of illustration, Plaintiffs' counsel pointed out that the threshold or "trigger" for the amount of Old Forest – i.e., the point at which the Area Based Analysis would "sound the alarm" on the Old Forest value – would not be triggered even if every single Old Forest tree in the Blueberry Claim Area were cut down.

[1361] That the Oil and Gas Commission chose such a low threshold only compounds the problem: 17% is at the lowest end of the natural range. Mr. DeLong's research – upon which the threshold is based – specified that a natural



level of Old Forest in the Boreal Plains Natural Disturbance Unit was somewhere between 17-33%. In addition, the lack of any consideration of buffers or zones of influence means the Area Based Analysis underestimates actual disturbance levels in the forest. Mr. Curry admitted that when choosing to use Natural Disturbance Units for the Old Forest indicator, he did not consider when, if ever, the trigger was likely to be surpassed.

[1362] Moreover, with respect to concentration, much of the planned development in the Montney Play is concentrated in the North Montney area, which overlaps with Wildlife Management Units 7-34, 7-44 and 7-45 – areas that are central to Blueberry. Because the Area Based Analysis measures impacts on Old Forest at the Natural Disturbance Unit scale, significant development could occur in what Blueberry describes as its “core territory” without triggering an assessment, which only measures the average across the Natural Disturbance Unit. Similar concerns are relevant to the Riparian Reserve Zones indicator given the size of water management basins.

[1363] Finally on this point, the Old Forest value does not track the “internal,” “functional” or “effective” forest that is needed for effective wildlife habitat. More will be said about that later in these reasons.

[1364] The Riparian Reserve Zones indicator tracks only a small subset of the Blueberry Claim Area. It tracks only large streams, not small ones, and applies to only a small strip of land surrounding each riparian feature (between 10-50 metres). Riparian Reserve Zones cover only a small percentage of each water management basin, and, much like the Old Forest indicator, the threshold is applied against too coarse of an area. In this case, the threshold measures the entire water management basin rather than against particular streams or waterways. As the plaintiffs pointed out, this means the disturbance for any individual stream could greatly exceed the threshold 5% disturbance rate without triggering the Area Based Analysis indicator.

[1365] In addition, as the Plaintiffs point out, the two more recently implemented values, Designated Wildlife and Old Growth Management Areas, have very little application to the Blueberry Claim Area.

[1366] The Oil and Gas Commission implemented the “Designated Wildlife” value in 2017. It monitors only those areas which have been designated as wildlife habitat under legal orders (i.e., as Wildlife Habitat Areas and Ungulate Winter Ranges), of which there are almost none in the Blueberry Claim Area. There are very few of these lands in the Blueberry Claim Area, and as moose are not a protected species, their habitat will not be designated as a Wildlife Habitat Area. Provincial policy limits on the use of Ungulate Winter Ranges and Wildlife Habitat Areas make it unlikely the Province will meaningfully expand these designated lands within the Blueberry Claim Area.

[1367] The Oil and Gas Commission is aware there are very little to none of these designations in Blueberry territory. Despite this knowledge, the Oil and Gas Commission has consistently and in rote fashion responded to Blueberry’s concerns by referring it to the Area Based Analysis, which relies in part upon these designations.

[1368] The Plaintiffs engaged Dr. Rachel Holt to review the Area Based Analysis framework. Dr. Holt testified as a fact witness in this trial, including on the factual underpinnings of the Area Based Analysis. She was not tendered as an expert witness and was not asked to provide an expert opinion, and as such I have not considered Dr. Holt’s testimony as that of an expert. Rather, Dr. Holt testified about actions she has taken at Blueberry’s request to address issues Blueberry raised concerning impacts on its territory. Dr. Holt testified about the report she authored at Blueberry’s request detailing a number of issues with the Area Based Analysis framework. Blueberry provided the Oil and Gas Commission with that report in 2016 as part of identifying its concerns.

[1369] At trial, Dr. Holt went through the Area Based Analysis report for the Blueberry River watershed, which appears on the Oil and Gas Commission’s website, to highlight some of the critiques she and Blueberry provided to the Commission. As Mr. Curry acknowledged in his testimony, in communications with the Oil and Gas Commission, Blueberry repeatedly requested that the Commission use the watershed scale – or even the scale of their territory – for its old forest indicator.

[1370] Dr. Holt noted the issues with the landscape scale on which the Area Based Analysis’ values are measured:

A: ... And I literally was originally very confused by how the status for each watershed could be classified as normal for old forest when I'm looking at an image of the Lower Beaton River, in this case, where most of it is private land, agriculture. There is no forest on most of it. And a very small percentage of the remaining forest is old forest. You can see the very small scattered forest fragments here.

And I – I literally did not understand how – how that was being reported on. So I was puzzled, and then I looked at it in more detail and started to understand that in one part of their information they report on the very large – on the very, very large Natural Disturbance Unit, but they provide an output for every watershed as though that reflected the condition of old forest in that watershed.

And the reason that – so I became familiar with this in this level of detail when I wrote the Land Stewardship Framework for Blueberry. And the reason it concerned me and I wrote in that report was that the [Area Based Analysis] – the [Commission] was telling Blueberry that the [Area Based Analysis] was an effective tool for making sure that permits weren't allowed to just go ahead because this tool would somehow protect the values that the nation was concerned about. And on a human scale or a wildlife scale or an ecosystem scale I pointed out in that technical review that it's not helpful to either people or animals if there is old forest a very long way away. It matters on the scale of watersheds.

And I was confused about it because the [Commission] themselves developed these watershed as their own reporting unit because they are a – and I had heard this from them directly – that because they are an appropriate scale to report on. And yet when I delved into it I realized that they were not reporting at this scale.

...

When I looked into the details, they were not reporting at the scale of the watershed. They are – they are showing a map of the watershed but reporting on the old forest over a very large area...[t]he Natural Disturbance Unit.

So even though there's no – so the [Area Based Analysis] tool has a trigger that suggests concern about old forest less than 17 percent. They have set an old forest target of 17 percent. This watershed has about 1 percent of old forest in it yet the [Area Based Analysis] tool concludes that the old forest status here is normal. Which is why I wrote in the Land Stewardship Framework that I was concerned about the potential effectiveness of that tool for looking at and responding to the value of old forest.

[1371] This reality was demonstrated by a review of the Oil and Gas Commission's own documentary evidence.

[1372] Dr. Holt also noted that the Area Based Analysis report excludes private land – which may well have been developed or converted to agricultural land – from its calculations. These habitat changes are not factored into the assessment of a watershed's overall disturbance level.

[1373] Parenthetically, I take these comments to be a statement of fact, i.e. that while the Oil and Gas Commission references watersheds in its reports, it uses the much larger Natural Disturbance Unit measure for assessing old forest, and excludes private land from its calculations; and furthermore that Blueberry and Dr. Holt alerted the Oil and Gas Commission to the fact that this was an issue.

[1374] On March 14, 2016, Blueberry forwarded correspondence to the Oil and Gas Commission setting out some of its concerns with respect to the Area Based Analysis. In that correspondence Blueberry expressed that:

- a) the values the Area Based Analysis considered at the time (old growth forest and riparian zones) are not acceptable proxies for treaty rights;
- b) the disturbance thresholds set by the Oil and Gas Commission have no relationship with Blueberry's interests and practices, nor was Blueberry involved in defining them;
- c) the large Natural Disturbance Units employed by the Area Based Analysis, such as the Boreal Plains Unit, have no relationship with the much smaller areas in which Blueberry members try to exercise their rights. This means the Area Based Analysis "dilutes and grossly understates" the concentrated impacts that actually occur on the areas and the values that matter to the treaty rights; and,
- d) the Oil and Gas Commission has abdicated its regulatory responsibility for managing and assessing cumulative impacts by trying to make oil and gas industry proponents responsible for applying the Area Based Analysis, notwithstanding its known fundamental defects, the strong incentives these proponents have to understate their impacts, and the Commission's limited ability to oversee and/or evaluate industries assessments.

[1375] The Area Based Analysis is at the heart of the Oil and Gas Commission's cumulative impacts analysis. Although the defendants suggested that cumulative impacts assessment is embedded into the Oil and Gas Commission's permitting process more broadly, internal communications between Oil and Gas Commission staff make it clear that the Area Based Analysis is used as the primary tool in this regard. In fact, Mr. Curry stated in a 2015 email regarding BRFN's ongoing requests

that the Oil and Gas Commission more directly assess cumulative effects on treaty rights:

[Blueberry] may be asking for an alternative, but we have been clear that [Area Based Analysis] is the tool we will be utilizing, in conjunction with consultation and ongoing permitting processes.

[1376] Mr. Curry then asked about meetings to engage with Blueberry on how to improve the Area Based Analysis. Alicia Jung, first Nations Liaison Officer for the Oil and Gas Commission, responded to Mr. Curry by saying:

During the April 17th and May 5th meetings it was agreed that [Area Based Analysis] would be a separate discussion however there were no commitments from [Blueberry] or [the Oil and Gas Commission] to follow-up and book a separate discussion. As you know, every letter we send includes an offer to meet separately to discuss [Area Based Analysis]. We have not proposed any dates as [Blueberry] has not expressed any interest in taking us up on that offer. *The only interest they have expressed is for an assessment of cumulative impacts on Treaty rights and a plan to restore impacts to Treaty rights.* We have been focused on continuing discussions on the files.

(emphasis added)

[1377] What is notable about this exchange is the Oil and Gas Commission's refusal to consider any of Blueberry's suggestions or propose alternatives to properly address Blueberry's concerns.

[1378] Further, in response to such requests, the Oil and Gas Commission eventually refused to discuss cumulative effects with Blueberry at all, and by way of response consistently pushed Blueberry's representatives to talk directly to Mr. Curry regarding the Area Based Analysis. Mr. Curry agreed at trial that the Commission did not intend the Area Based Analysis to act as a single, comprehensive cumulative impacts assessment tool. However, he also testified:

Q: Did you understand that you, on behalf of the [Oil and Gas Commission] and the Crown, had an obligation to develop an effective approach to cumulative impacts, to respect their treaty rights?

A: Well, it's my understanding that our approach to assessing cumulative impacts was with area-based analysis. We hadn't defined what treaty rights were; how they would be measured, we didn't have a value.

[1379] Overall, and despite the regulators' demonstrated reliance on it, Area Based Analysis is deeply flawed as a cumulative effects or treaty rights consideration tool.

### iii. Permit Review Outside of the Area Based Analysis

[1380] In addition to the Area Based Analysis, the Oil and Gas Commission considers designated land areas – including Ungulate Winter Ranges, Wildlife Habitat Areas, and Old Growth Management Areas – which are subject to the “material adverse effects” test described above, which stems from the *Environmental Protection and Management Regulation*. However, as Blueberry notes, this implies that development can and will continue in designated areas provided the decision makers believe it to fall below the “material adverse effect” threshold on a permit-by-permit basis. Mr. O’Hanley testified that in terms of Old Growth Management Areas, they have interpreted this to allow up to 5% disturbance in each area.

[1381] Perhaps even more telling, Cultural Heritage Resources – an indicator which the Oil and Gas Commission has not yet implemented – are also a designated value under the *Environmental Protection and Management Regulation*. The Oil and Gas Commission is thus required to consider whether a proposed activity might have a “material adverse effect” on Cultural Heritage Resources when issuing permits. The *Environmental Protection and Management* defines “cultural heritage resources” as including, *inter alia*, sites that are subject to a treaty right (in treaty areas) and those that are “the focus of a traditional use by an aboriginal people...” (in non-treaty areas). When Mr. Curry was taken to relevant sections of the *Environmental Protection and Management Regulation* during cross-examination, he appeared to realize for the first time that unlike Ungulate Winter Ranges, Old Growth Management Areas and Wildlife Habitat Areas, Cultural Heritage Resources do not need to be designated by a minister. This means that protecting Cultural Heritage Resources is an existing and ongoing Oil and Gas Commission obligation. He admitted the Oil and Gas Commission has no process in place to protect Cultural Heritage Resources, which include treaty rights, and have developed no definition for what counts as a Cultural Heritage Resource.

[1382] The Province noted that even beyond the Area Based Analysis and these designated areas, a wide array of information is collected and put before the decision maker, including maps overlaid with various data layers detailing

disturbances, other active developments in forestry and oil and gas, and wildlife habitat.

[1383] However, the Oil and Gas Commission's "consideration" of various maps and data layers means only that the Oil and Gas Commission decision makers may be aware of the extent of development in the area, including forestry activities and cutblocks. There are no disclosed thresholds associated with this information, against which the decision maker may assess cumulative impacts. There was no evidence of a standardized use of these maps, besides that they are put in front of the Oil and Gas Commission decision maker at some point. Recall that the Area Based Analysis assesses disturbances for its limited list of "values" on various disparate scales (e.g., Natural Disturbance Units and watersheds), none of which directly correspond to Blueberry's territory. As a result, it is clear that there is no formal process as part of the Oil and Gas Commission's permitting process to consider the cumulative footprint of disturbances for the Blueberry Claim Area or how the impacts of those disturbances may interact.

[1384] The Oil and Gas Commission's Policy on Decision-Making Considerations provides specific direction with respect to the application of the Government's Environmental Mitigation Policy:

Government's Environmental Mitigation Policy (EMP) was established in 2014 and was originally drafted to assist with addressing significant environmental impacts from large projects. It was expanded to include consideration of environmental impact mitigation in all decision making but with a number of important qualifications. The EMP does not convey legal authority and must be applied in accordance with the relevant legislation. It is ultimately up to the decision maker, in accordance with their legislative authority, to decide where and what type / amount of mitigation to apply. The EMP applies a hierarchy in deciding on the type of mitigation to apply and encourages all feasible measures to be considered at one level before moving on to the next. That mitigation hierarchy is as follows:

- a) avoid impacts on environmental values and associated components.
- b) minimize impacts on environmental values and associated components.
- c) restore on-site the environmental values and associated components that have been impacted.
- d) offset impacts on environmental values and associated components.

Given the Commission's legal authorities in [the *Oil and Gas Activities Act*] and the requirements in [the *Environmental*

*Protection and Management Regulation*] sections 6 and 7(a), *the mitigation hierarchy cannot be fully applied* for the following reasons:

e) [*Environmental Protection and Management Regulation*] sections 6(a), (b), (d) and 7(a) do not provide authority to mandate avoidance of the identified environmental values, instead they state that impacts are acceptable, until a material adverse effect occurs.

f) Some on site restoration (or mitigation) can be addressed in decision making through permit conditions (OGAA s25), other key environmental restoration requirements are required under the [*Environmental Protection and Management Regulation*] and [*Oil and Gas Activities Act*], and these aren't part of decision making under sections 25, 31(7) and 32(5) of the [*Oil and Gas Activities Act*].

g) The Commission does not have legal authority to require the offsetting in terms in item d above.

(emphasis added)

[1385] As reflected in the above Oil and Gas commission's Policy, the government's environmental policy is modified in effect to *allow* oil and gas development to proceed *despite* its impacts on the environment. It is evident from this policy manual that what might be considered environmental protections in other areas are not applied in the same fashion to areas in which oil and gas development occurs, including Blueberry's traditional territory. Indeed Mr. O'Hanley testified that while the Environmental Mitigation Policy provides for restoration offsets, the oil and gas decision makers don't have the legal authority to order such restoration until the supporting regulations of the amended *Oil and Gas Activities Act* are completed and come into force.

#### **iv. Disconnect Between the Tenures Branch and the Oil and Gas Commission**

[1386] Finally, as mentioned above, there appears to be a significant disconnect between the Ministry of Energy and Mines and the Oil and Gas Commission regarding the Oil and Gas Commission's role in assessing cumulative impacts and protecting treaty rights.

[1387] With respect to the Tenure Branch's tenuring decisions, Mr. O'Hanley (at the Oil and Gas Commission) stated:



[I]n situations where tenure has been granted, going back to the Commission's decision test which is a public interest and balancing test, *the granting of tenure we would see as at least a signal from government representing the public interest, that the tenured area is a candidate for development*. So we wouldn't then turn around and say that we wouldn't assess development proposals, because it is an area that has been identified as potentially developable.

(emphasis added)

[1388] However, the Tenure Branch decision maker, Mr. Pasztor, did not seem to be aware that the Oil and Gas Commission has taken tenure grants as any kind of strategic signal regarding potential development. As noted above, the Ministry of Energy and Mines largely defers the obligation to protect treaty rights to the Oil and Gas Commission as the body that actually authorizes surface activities.

[1389] Conversely, the Oil and Gas Commission witnesses testified that they did not have the power to impose limits on development to protect treaty rights from cumulative impacts. There are no written thresholds at the Oil and Gas Commission for cumulative impacts, nor is there any written guidance on how much development or disturbance is too much for a given area. The Oil and Gas Commission has noted in a letter of May 2015 to Blueberry that while it considers potential future increases in development, it would ultimately rely on "other processes being initiated by the Province to address the level of development."

[1390] In addition, Mr. O'Hanley testified that if an Oil and Gas Commission decision-maker wanted to protect treaty rights or wildlife habitat, they could not do so at their own discretion; they would have to elevate the decision to a higher authority. He noted that Oil and Gas Commission decision-makers are required to elevate any "unusual" decisions, which would include the decision to reject a permit due to cumulative impacts or to reject based on the infringement of treaty rights.

[1391] It is telling that the Oil and Gas Commission has never denied a permit due to anticipated impacts on the Plaintiffs' treaty rights, nor based on cumulative impacts to those rights. To reiterate, the Commission considers it "unusual" to reject a permit for treaty rights infringement – so unusual that decision makers believe they have no discretion to reject on this basis without seeking approval from a higher authority.

[1392] This disconnect between the Ministry of Energy and Mines and the Oil and Gas Commission is illustrative: both appear to consider the other as an assessor of cumulative impacts on treaty rights. This issue was further magnified in Mr. Curry's and to some degree Mr. O'Hanley's testimony. Mr. Curry, in particular, frequently responded to direct questions regarding the Oil and Gas Commission's consideration of treaty rights or cumulative effects as being the purview of "government," often with an implication that the Oil and Gas Commission was awaiting direction from another source before implementing any protections.

[1393] I note that the Province, both in argument and via their witnesses, had a tendency to point to an ever-expanding pool of decision-making bodies as evidence that cumulative effects and/or treaty rights are being considered, without concretely describing how these issues are being addressed.

### **c) Restoration and Reclamation Issues**

[1394] As the plaintiffs note, the Province's oil and gas reclamation plans may be judged on their efficacy and timeliness.

[1395] Many of the reclamation measures the Province presented during this case were initiated on the eve of or, in some cases, during trial. There is consequently little evidence of their efficacy. As the Plaintiffs submit, these recent reclamation programs go more to the question of remedy than of prior infringement.

[1396] The evidence shows that significant funds are required to restore the existing oil and gas disturbances in northeastern BC, including in the Blueberry Claim Area. By Oil and Gas Commission's own estimates, restoring existing seismic lines in northeastern BC will cost somewhere in the range of \$500 million.

[1397] With respect to the Reclamation Memorandum, the \$1 million in annual funds will be split between a number of initiatives and First Nations. The Court received no evidence of how the funds will be allocated, or how much will go to restoration inside the Blueberry Claim Area. At the time of Mr. Curry's testimony, the Province had not yet engaged with any Treaty 8 First Nations regarding the restoration work to be undertaken pursuant to the Restoration Memorandum, although he expressed an intention to do so.

[1398] There is a similar issue, on a larger scale, with the federal funding – it is unclear how much of this will go toward the Blueberry Claim Area or if it will be of benefit to Blueberry's treaty rights. The Defendant did not proffer evidence of how much damage these funds will restore within the Blueberry Claim Area, nor how long recovery will take after the restoration efforts are complete. Further, as the Plaintiffs pointed out, these federal funds will be used for "dormant" well sites, which proponents are already legally obligated to restore under the *Dormancy and Shutdown Regulation*.

[1399] Critically, contemporary restoration efforts have a long lead time. Even if the Province undertakes aggressive restoration efforts in the present day, the effects may not be seen for many years. Depending on the disturbance type and the ecosystem, complete restoration may take up to a century. For example, with respect to seismic lines and roads, Mr. Pasztor confirmed that linear features are not "restored" by the Province's definition until 35 years post-disturbance for upland habitat, or at least 100 years for lowland habitat.

[1400] The manner in which restoration is carried out presents further problems. Section 19 of the *Environmental Protection and Management Regulation* requires the use of "ecologically suitable species" for the restoration of operating areas of Crown land. However, oil and gas proponents have generally used a non-native seed mix called "timothy clover" to re-plant on seismic lines. Blueberry considers this an invasive species, which negatively impacts biodiversity.

[1401] Mr. Curry did testify that the Oil and Gas Commission is still clarifying what constitute ecologically suitable species. As a result of discussions with First Nations, including Blueberry, they have provided guidance to industry that certain "invasive and persistent" species – including timothy clover – are not suitable for reclamation on Crown land, as they may reduce plant community diversity and hinder the natural revegetation process.

[1402] Mr. Curry also noted that proponents are "encouraged" to engage with local First Nations when developing reclamation plans, including when choosing reclamation plant species. There is some evidence that proponents do engage in this work. For example, Ms. Nicole Deyell, Senior Vice President of Development for PETRONAS Energy Canada Ltd. (an oil and gas proponent, and the largest

tenure holder in the Blueberry Claim Area), testified that her company has been working with Blueberry on a number of reclamation sites in the Blueberry Claim Area.

[1403] Parenthetically, there does appear to be some positive progress on PETRONAS's part. They committed to collaborating with Blueberry on the planning process for the reclamation program, and reclamation work has already begun. PETRONAS also increased its 2019 reclamation budget in response to concerns from Blueberry about the effects of their proposed developments.

## **8. Conclusions with Respect to Oil and Gas Regulation**

[1404] In sum, the Province has no substantive measures in place to protect the Blueberry Claim Area against cumulative impacts from oil and gas development. The Province also scarcely considers treaty rights in its oil and gas regime.

[1405] As noted earlier, I find there is a significant disconnect between the tenuring and permitting decision makers, such that each believes the other considers treaty rights and/or cumulative effects to a greater degree than they actually do. This disconnect has created a gap through which Blueberry's rights have fallen.

[1406] Tenure caveats are not legally binding. They have no effect on Oil and Gas Commission decision making and proponents are not bound to follow them. The Ministry of Energy and Mines does not follow up to see if proponents or the Commission are using their caveats in any way. They primarily defer to the Oil and Gas Commission to consider treaty rights and cumulative effects.

[1407] Deferrals and Resource Review Areas are temporary and, as the Plaintiffs noted, there is no indication how long they will remain in place – they may well end the moment this litigation concludes. The Province has also refused to designate tenure "No Disposition Areas" in areas where the demand for tenure is highest and critical to Blueberry.

[1408] The Oil and Gas Commission's permitting process is equally fraught. Permit applications are sent to Blueberry with very little information about planned future development, which means projects may be much larger than originally disclosed, and future permits are pushed through at a lower consultation level. The sheer volume of permits Blueberry receives and the timelines for response stand in the

way of meaningful engagement. In addition, the many identical template letters sent to Blueberry in response to their concerns demonstrate perfunctory conduct.

[1409] Further, the permitting process relies on the Area Based Analysis to manage cumulative effects, however, this tool:

- a) does not directly consider treaty rights;
- b) currently considers only four of the nine intended values; and,
- c) sets thresholds that are unlikely to provide any meaningful protection for the Blueberry Claim Area, because:
  - i. they measure disturbance on too coarse of a scale;
  - ii. they are set too low; and/or
  - iii. they are largely inapplicable to the Blueberry Claim Area.

[1410] Moreover, surpassing a trigger results only in further reporting requirements so even if a threshold is reached, development does not have to stop.

[1411] Other avenues for protection against cumulative effects have similar issues. The Oil and Gas Commission has never considered Cultural Heritage Resources in its permitting process. The Province has only recently made steps toward restoration, a process that will take decades to bear fruit. The Province's land use designations provide very limited – and non-binding – protection (further detailed under the Wildlife Management section of this judgment).

[1412] Across the substantial volume of evidence led on the Province's oil and gas regime, the dominant theme was that the Province – via the Oil and Gas Commission – had no response to Blueberry's concerns about cumulative effects except to refer them to the Area Based Analysis; or to ask them to wait for more comprehensive forthcoming cumulative effects initiatives. Those initiatives may be years in the making. In the meantime, the Province continues to approve development permits at a substantial rate – hundreds each year, by Ms. Pyle's testimony. While matters may be paused or slowed down during the COVID-19 pandemic, that situation may well return.

[1413] Finally, the evidence shows that the Province has not only been remiss in addressing cumulative effects and the impacts of development on treaty rights, but that it has been actively encouraging the aggressive development of the Blueberry Claim Area through specific royalty programs (including for marginal wells) and Jobs Plan policies.

[1414] As has been set out in the earlier section dealing with disturbance on the land, oil and gas development has contributed significantly to anthropogenic disturbance in the Blueberry Claim Area, with its resultant adverse impacts on habitat and wildlife. The disturbance on the land, which has impacted and resulted in the inability for Blueberry to meaningfully exercise its treaty rights, has been fostered by the Province's regulatory regime.

[1415] Overall, the Province's oil and gas regime provides very little protection against cumulative effects, and barely considers treaty rights. While new initiatives are underway, the analysis of whether the Province has diligently implemented the treaty requires an assessment of whether *existing* processes are adequate to protect treaty rights. That assessment reveals they are not.

[1416] Delay in dealing with these matters and the continuation of the status quo has benefitted the Province. While interim measures can be helpful, they are only so if permanent measures are developed in a timely way. In the end, these processes are at the discretion of the Province and its agencies, with no clear ability for Blueberry to enforce its treaty rights. That has to change. The Province has been on notice for years – at least since 2012 – regarding these issues. In the meantime, adverse impacts on Blueberry's territory continue to accumulate, fundamentally eroding the Treaty promise.

[1417] While the Province has made some recent efforts, particularly in the Regional Strategic Environmental Assessment process, these initiatives have no definitive timelines and are ultimately discretionary. The Province continues to have all the power, and ultimately little incentive to change the status quo. There is a clear need for timely, definitive, enforceable legal commitments that recognize and accommodate Blueberry's treaty rights. The delay in implementing such legally enforceable commitments must therefore come to an end.

#### **D. Forestry Management**

[1418] The management of BC's forests falls under the responsibility of the Ministry of Forests, Lands and Natural Resources Operations and Rural Development (previously defined in these reasons as "Ministry of Forests"). The Ministry of Forest's approach to forest management divides the province into three geographic areas: the north, the south, and the coast. These areas are then subdivided into regions, and within that, resource districts. The forest resources in each resource district are further divided into Timber Supply Areas (also referred to as "TSAs") under s. 7 of the *Forest Act*.

[1419] The Blueberry Claim Area falls within the Peace Natural Resource District, which is a subset of the northeast region. The majority of the Blueberry Claim Area is within the Fort St. John Timber Supply Area, which covers approximately 4.6 million hectares. (Recall that the Blueberry Claim Area is approximately 3.8 million hectares.) The Fort St. John Timber Supply Area is bounded by the Peace River on the south, the Alberta border on the east, and the height of the Rocky Mountains on the west. The portion of the Blueberry Claim Area that is south of the Peace River is within the Dawson Creek Timber Supply Area.

The location of the Blueberry Claim Area in relation to these timber supply areas can be seen on Exhibit 99, Tab 1, which is reproduced below.



**Exhibit 99, Tab 1: Map titled Blueberry River First Nation & Overlapping Timber Supply Areas, dated November 14, 2019.**

[1420] Within the Ministry of Forests there are a number of different forestry related decision makers, tasked with making either higher level strategic decisions or operational decisions.

[1421] The Chief Forester of British Columbia is responsible for setting the Allowable Annual Cut (also referred to as the “AAC”), which is the maximum volume of timber that may be harvested per year within a timber supply area. The Chief Forester’s jurisdiction in setting the Allowable Annual Cut is prescribed by legislation.



[1422] Setting the Allowable Annual Cut is one of the primary strategic decisions, and it frames or affects many of the operational decisions that follow it. The other important strategic decision – though not one made by the Chief Forester – is zoning. Zoning is set in the applicable land and resource management plan.

[1423] The Fort St. John Land and Resource Management Plan was approved by Cabinet in 1997. The Land and Resource Management Plan establishes, among other things, resource management zones. Importantly, it establishes an “enhanced resource development” zone that covers approximately a quarter of the Blueberry Claim Area.

[1424] Of note, the Fort St. John Land and Resource Management Plan describes the enhanced resource development provincial land use category at page 30 as including lands:

- with existing or with future potential suitability, for intensive resource development with due consideration to the management of other resource values;
- where a high priority has been designated for a special or combined resource management emphasis (such a high intensity forest management regime or range management emphasis); and,
- where investment in resource development and enhancement are encouraged in full compliance with the existing regulatory regime.

[1425] In most of BC, timber harvest is managed under the *Forest and Range Practices Act*, and the *Forest Planning and Practices Regulation*. However, timber harvest in the Fort St. John Timber Supply Area is governed by the *Fort St. John Pilot Project Regulation*, B.C. Reg. 278/2001.

[1426] Under the *Fort St. John Pilot Project Regulation*, unlike in the rest of BC, forestry companies (referred to as “participants”) are responsible for preparing a Sustainable Forest Management Plan (also referred to as an “SFMP”) and associated Forest Operations Schedules (or “FOS”). The Sustainable Forest Management Plan sets out the objectives and targets for forestry activities in the Fort St. John Timber Supply Area. The Forest Operations Schedules (which are in place for six-year periods) set out anticipated harvest and road building activities.

The Sustainable Forest Management Plan must be approved by the Ministry of Forests' Regional Executive Director for the Northeast Region (a position held by Karrilyn Vince) and the Director of Resource Management for the Northeast Region (a position held by Chris Addison in pertinent times), neither of whom testified at trial.

[1427] When a participant wants to start harvesting, it applies to the Ministry of Forests for the appropriate permits. Determining whether or not to grant the requested permits are operational decisions made by the district managers. Greg Van Dolah is the District Manager for the Peace Natural Resource District. Mark Van Tassel is the Resource Manager for that district, and has also acted as District Manager. Both testified at trial.

### **1. Parties' Positions**

[1428] Blueberry argues that the Province's forestry regime is built upon the fundamental goal of maximizing harvest and replacing all the natural forests with crop plantations that will create efficiencies for the next harvest cycle.

[1429] It says that the operational decisions district and resource managers are empowered to make, all connect to higher level plans and processes that have already zoned much of the Blueberry Claim Area for high intensity forestry.

[1430] Blueberry also raises concerns about decision makers lacking authority to manage cumulative effects, or take into account impacts on the exercise of treaty rights. Blueberry points out that, at the end of the day, it is the forestry companies (i.e., "participants" per the *Fort St. John Pilot Project Regulation*) who hold much of the power regarding what cutblocks to harvest, how and when.

[1431] In response, the Province argues that the forestry legislation, regulations and policies in place protect various social, ecological and environmental values, including those associated with the practice of treaty rights. The Province points, in particular, to the Chief Forester's imposition of a geographic partition to limit the amount of harvesting that can take place within the "core" of the Blueberry Claim Area.

[1432] At a surface level, imposing a partition appears to address a number of Blueberry's concerns and specifically those relating to overharvesting in the core of

their territory; however, as discussed later, this is not the case.

[1433] The Province also notes that all First Nations whose territories are within the Fort St. John Timber Supply Area have opportunities to provide input on the Sustainable Forest Management Plan and Forest Operations Schedules, and are also consulted about specific permits. The Province is critical of Blueberry's engagement in consultation regarding forestry decisions to date, and alleges Blueberry has not provided the site-specific information the Province and participants need in order to mitigate impacts of forestry activities on the exercise of their rights.

[1434] The Province says that, in essence, Blueberry disagrees with the way in which the Province is managing impacts, and the Province again reminds the Court that this is not a commission of inquiry into the policy choices the Province has made respecting forest management or the management of industrial development more broadly. The Province notes that difficult questions about how to manage cumulative effects are best addressed through collaborative, multi-party processes, such as the Regional Strategic Environmental Assessment process.

[1435] In the sections below I will review in greater detail the various tools used to manage forestry in the Blueberry Claim Area, and will consider the parties' arguments about whether these tools, and the forestry management regime more broadly, allow for the effective consideration of cumulative effects and impacts on treaty rights.

## **2. Allowable Annual Cut**

[1436] Under s. 8 of the *Forest Act*, it is the Chief Forester of British Columbia, a position currently held by Dianne Nichols, who must determine the Allowable Annual Cut for a timber supply area. The process by which the Allowable Annual Cut is determined by the Chief Forester is referred to as the Timber Supply Review process.

[1437] Setting the Allowable Annual Cut is a strategic-level decision that creates the general contours for other forestry management tools. Because the Allowable Annual Cut sets the maximum level of harvest per year in the Fort St. John Timber Supply Area, it forms a "baseline" of sorts for the activities undertaken as part of the

Fort St. John Pilot Project, and directly impacts the creation of the Sustainable Forest Management Plan and Forest Operations Schedules.

[1438] Forest tenures are the contractual agreement between the Province and participants to harvest Crown timber and construct roads, among other things, on the land base. Forest licences, and other types of forest tenure documents, identify the participants' Allowable Annual Cut (i.e., the maximum amount they are allowed to harvest under that specific tenure annually). Participants are required to manage their Allowable Annual Cut under a five-year total volume, but any one year may be over or under the Allowable Annual Cut. Participants pay the Province a stumpage fee when they harvest timber from Crown land. The amount of stumpage paid is based on the timber volumes, species and grades reported. Stumpage is usually expressed as dollars per cubic metre.

[1439] Generally, the Chief Forester must determine the Allowable Annual Cut at least once every 10 years. However, prior to the Chief Forester's 2018 decision, the Allowable Annual Cut for the Fort St. John Timber Supply Area had not been considered since 2003.

[1440] Section 8(8) of the *Forest Act* sets out the factors the Chief Forester must consider in determining the Allowable Annual Cut.

8 (8) In determining an allowable annual cut under subsection (1) the chief forester, despite anything to the contrary in an agreement listed in section 12, must consider

(a) the rate of timber production that may be sustained on the area, taking into account

(i) the composition of the forest and its expected rate of growth on the area,

(ii) the expected time that it will take the forest to become re-established on the area following denudation,

(iii) silviculture treatments to be applied to the area,

(iv) the standard of timber utilization and the allowance for decay, waste and breakage expected to be applied with respect to timber harvesting on the area,

(v) the constraints on the amount of timber produced from the area that reasonably can be

expected by use of the area for purposes other than timber production, and

(vi) any other information that, in the chief forester's opinion, relates to the *capability of the area to produce timber*,

(b) the short and long term implications to British Columbia of alternative rates of timber harvesting from the area,

(c) [Repealed 2003-31-2.],

(d) the economic and social objectives of the government, as expressed by the minister, for the area, for the general region and for British Columbia, and

(e) abnormal infestations in and devastations of, and major salvage programs planned for, timber on the area.

(emphasis added)

[1441] The Province pointed out that one of the documents relevant to s. 8(8)(d) and the consideration of "economic and social objectives of the government" in the Chief Forester's most recent determination was a letter from the Minister directing her to consider reconciliation objectives, the *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* and concerns related to cumulative effects.

[1442] The Chief Forester's jurisdiction is however circumscribed by her mandate. This is limited to ensuring the economic sustainability of the timber harvesting land base.

[1443] As noted above, the Allowable Annual Cut is determined through the Timber Supply Review process. That process involves creation of a data package, a discussion paper, and ultimately the Chief Forester's Rationale for Timber Supply Review Determination ("Rationale").

[1444] The creation of the timber harvesting land base data package is an important first step in determining the Allowable Annual Cut. The timber harvesting land base is calculated by starting with the gross Timber Supply Area (which for the Fort St. John Timber Supply Area is 4.6 million hectares), and deducting all lands that are not part of the Crown Forest Land Base (i.e., non-forested lands, private lands, federal lands, First Nation lands) and then deducting from the Crown Forest Land Base any lands that are not commercially harvestable (i.e., roads, wildlife habitat areas, ungulate winter ranges, or areas containing non-merchantable tree species such as black spruce, birch and larch).

[1445] The timber harvesting land base is the area used to model long-term sustainable forestry yields. Importantly, all of the timber harvesting land base is assumed to be harvestable, and a base case is determined accordingly. The base case is a “harvest projection.” It is based on current performance with respect to the status of forest land, forest management practices, timber growth and yield. It attempts to avoid excessive changes or future timber shortages.

[1446] In the base case referred to in the Allowable Annual Cut determination, the critical assumption is that, over time, all of the areas of the timber harvesting land base will be harvested and turned into managed forests, and logged again.

[1447] The Fort St. John TSA Timber Supply Analysis Discussion Paper dated November 2016, and which is prepared by the Ministry’s Forest Analysis and Inventory Branch, describes the forecasting process as follows at pages 11-12:

For most AAC [Allowable Annual Cut] determinations, a timber supply analysis is carried out using three categories of information: land base inventory, timber growth and yield, and management practices. Using this information and a computer model, a series of timber supply forecasts are produced to reflect different starting harvest levels, rates of decrease or increase, and potential trade-offs between short- and long-term harvest levels.

From a range of possible forecasts, one is chosen which attempts to avoid both excessive changes from decade to decade and significant timber shortages in the future, while ensuring the long-term productivity of forest lands. This is known as the ‘base case’ forecast and forms the basis for comparison when assessing the effects of uncertainty of the information modelled on timber supply. The base case is designed to reflect current management practices.

...

Due to the existence of uncertainty in the timber supply analysis, additional forecasts are usually prepared to test the effect of changing some of the assumptions or data used in the base case. These harvest forecasts are referred to as ‘sensitivity analyses’. Both the base case and sensitivity analyses are prepared using a computer model that projects the future availability of timber for harvesting based on the growth of the forest and the level of harvesting, while staying within the legal land-use objectives established by the provincial government.

...

The base case forecast (Figure 6) shows a harvest level of 2,115,000 cubic metres per year...

[1448] First Nations are consulted during the Timber Supply Review process on both the data package and the discussion paper.

[1449] The Chief Forester considers the information collected throughout the Timber Supply Review process, including the base case modelling analysis and, exercising her professional opinion and discretion, makes her final Allowable Annual Cut determination, which is set out in the Rationale.

[1450] As noted, the Allowable Annual Cut is determined based on the current condition of the landscape and does not speculate on future land uses. Any changes to the land base that occur after the Timber Supply Review process is completed are considered as part of the next Timber Supply Review process, which occurs ten years later.

[1451] While future changes to land use cannot be directly considered, the Chief Forester may run a sensitivity analysis to determine how potential future changes may affect the Allowable Annual Cut determination in the short and long term. If the modelled Allowable Annual Cut base case shows that it is sensitive to changes, the Chief Forester may consider this in her final discretionary determination.

[1452] In setting the Allowable Annual Cut, the Chief Forester can also consider recommendations from any completed assessments done under the Cumulative Effects Framework.

[1453] For example, in the 2019 Allowable Annual Cut determination for the neighbouring Fort Nelson Timber Supply Area, the Deputy Chief Forester sought to consider two indicator values from the grizzly bear current conditions report that was released in 2019, specifically “core security” and “road density.” (This report was the first assessment completed under the Cumulative Effects Framework, which is discussed in greater detail below.) However, the Deputy Chief Forester found that this assessment report did not provide any “direction on the management of grizzly bears” and he therefore could not apply the information it contained to his determination. In effect, he was not able to draw any direction from this completed assessment report.

[1454] The Chief Forester can only consider cumulative effects information that relates to her statutory authority. She cannot institute new management regimes. If

cumulative effects information highlights issues that require attention through land use planning or otherwise, she will pass that information on to those responsible.

[1455] At pages 7-8 of her Rationale, the Chief Forester states:

Treaty rights or Aboriginal Interests that may be impacted by AAC decisions will be addressed consistent with the scope of authority granted to the chief forester under Section 8 of the *Forest Act*. *When information is brought forward that is outside of the chief forester's scope of statutory authority, this information will be forwarded to the appropriate decision makers for their consideration.* Specific considerations identified by First Nations in relation to their treaty rights or Aboriginal Interests that could have implications for the AAC determination are addressed in the various sections of this rationale where it is within the statutory scope of the determination.

...

*With respect to cumulative effects, I must interpret related information according to my statutory authority. As emphasized above, the chief forester is authorized only to make decisions on allowable harvest levels, not to change or institute new management regimes for which other statutory decision makers have specific authority.* However, cumulative effects information can highlight important issues and uncertainties in need of resolution through land use planning, which I can note and pass on to those responsible for such planning. Information on cumulative effect can also support considerations related to Aboriginal interests and treaty rights.

[1456] I note this is yet another example, as set out in the earlier section dealing with the oil and gas regulatory framework, of a persistent problem in Provincial governmental processes of one decision-maker pointing to another decision-maker to take into account treaty rights and cumulative effects.

[1457] Finally, the Chief Forester has the power to establish a geographic or tree species specific partition within the Timber Supply Area in order to ensure the long-term objective, being a sustainable harvest supply. A partition is not legally binding, but participants are monitored on their conformance with the partition and, if they are not conforming, the Minister can order a legally binding partition under s. 75.02 of the *Forest Act*.

[1458] Blueberry received copies of the data package and discussion paper produced as part of the Timber Supply Review process, and provided comments to the Chief Forester. Of note is Blueberry's November 29, 2017 letter to the Chief Forester.



[1459] The Court will review this letter in some detail as it raises issues relevant to this case. As was repeatedly emphasized by counsel for the Province, in these proceedings Blueberry has not applied for judicial review of any particular decisions – forestry or otherwise – and the full consultation record for the myriad of decisions made by the Ministry of Forests is not before the Court. The letter is not, however, being used to assess the adequacy of consultation during the Timber Supply Review process, but rather as an example of the types of concerns Blueberry has repeatedly raised regarding forest management and what it sees as overharvesting in its territory.

[1460] In the November 29, 2017 letter, Blueberry set out its concerns regarding forestry in the Fort St. John Timber Supply Area, and with how the Allowable Annual Cut is determined. These concerns included that the Allowable Annual Cut:

- a) is set on management objectives that disproportionately harvest from the core of Blueberry's territory. In this regard, Blueberry noted that the Fort St. John Land and Resource Management Plan targets the core of its territory as an enhanced resource development zone available for high intensity forest management;
- b) is set on the basis that timber is taken from the whole of the Timber Supply Area, when the reality is that the majority of harvest happens in a core area that is at the heart of Blueberry's territory; and,
- c) does not include or take into account significant forest clearing from oil and gas activities.

[1461] In its letter, Blueberry also noted that too much timber was being left on site as waste, meaning that more land than necessary was being cleared. Blueberry also noted its concerns that too many new cutblocks were being cleared adjacent to existing clearcuts, and that this appeared to be happening to a greater extent in Blueberry's territory than in the rest of the region.

[1462] In May 2018, the Chief Forester released her Rationale, determining the Allowable Annual Cut for the Fort St. John Timber Supply Area. The document provides an "accounting of the factors" she considered and the rationale she employed in making her determination.

[1463] The Rationale includes a history of the Allowable Annual Cut for this Timber Supply Area. In 1989 the Allowable Annual Cut was set at 1.8 million cubic metres, in 1996 it was increased to just over 2 million cubic metres, and in 2003 it was set at 2,115,000 cubic metres and included a partition of 1,200,000 cubic metres per year for coniferous-leading stands, and 915,000 cubic metres per year for deciduous-leading stands.

[1464] In her May 2018 determination, the Chief Forester set the “new” Allowable Annual Cut at the same volume as had been set 15 years earlier, namely 2,115,000 cubic metres. The Allowable Annual Cut was geographically partitioned to limit the amount of harvest from the ‘core’ area. As discussed earlier and as reflected in one of the maps included in this judgment, the ‘core’ area was noted as consisting of the Blueberry, Kobes, Halfway, Lower Beatton, and the southern portion of the Tommy Lakes landscape units. The partition provides as follows:

1. *Coniferous species*: a maximum of 1,200,000 cubic metres for coniferous species of which no more than 672,000 cubic metres may be harvested from the ‘core’ area. Within the core area spruce should comprise no more than 50 percent of the conifer volume; and
2. *Deciduous species*: a maximum of 915,000 cubic metres for deciduous species of which, no more than 512,000 cubic metres may be harvested from the ‘core’ area.

[1465] As will be commented on later, this partition was not, as argued by the Province, set as a response to Blueberry’s concerns about the exercise of its treaty rights.

[1466] The Chief Forester did not reduce the total harvesting land base to account for future forestry roads. She noted district staff indicated participants regularly use existing oil and gas features and therefore it was assumed that areas of future harvesting would be accessible using existing roads. Nor did she reduce the timber harvesting land base to account for seismic activity. She noted that while future forest depletion due to seismic activity was likely, estimates of their extent were not modelled in the base case. Instead, a sensitivity analysis was conducted to estimate the impact on timber supply of under-estimating the total harvesting land base. She found that even if the timber harvest land base was reduced by 10%, there was no impact to the short-term timber supply, and only a minimal impact to the long-term timber supply.

[1467] A review of the Chief Forester's Rationale revealed a number of points reflecting both her limited jurisdiction and her expectation that there would be collaboration between staff and various government departments and stakeholders.

[1468] First, the Chief Forester repeatedly noted what was within and beyond the scope of her authority under s. 8 of the *Forest Act*. Second, many of the comments made by Blueberry in its November 29, 2017 letter were not directly responded to, but were directed to regional staff and staff of other ministries to implement, address, or encourage others to assist with. And third, an examination of the reasons for the partition suggests that this was not done in response to Blueberry's concerns about over-harvesting in the southern and central part of the Timber Supply Area and associated concerns about biodiversity, but rather to manage long-term timber supply.

[1469] The Chief Forester noted Blueberry's concern about too much wood waste being left and burned on site was beyond her scope of authority. That said, she noted she expected district staff and licensees to work together to use this fibre rather than leave it or burn it, and referred to the Forestry and Fibre Action Plan, and to ways of making this fibre available to secondary users.

[1470] With respect to biodiversity, habitat management and the salvage of areas affected by wildfire or forest health issues, the Chief Forester noted she expects Ministry staff to collaborate with participants and First Nations where there is a planned salvage to ensure all landscape level biodiversity values have been adequately considered, as this is outside the scope of setting the Allowable Annual Cut or establishing a partition.

[1471] Similarly, she noted that concerns raised by Blueberry about adjacency were outside the scope of her authority. She referred to the Sustainable Forest Management Plan and how she expected participants, monitored by staff, to show how they are meeting the objectives therein with respect to the location of proposed cutblocks.

[1472] The concept of adjacency requires a brief explanation. Forest practices in BC generally recognize that a cutblock that is adjacent to a previously harvested cutblock may only be harvested if the adjacent cutblock is "greened-up" – that is, the stand has met required height, stocking and block coverage requirements.

Adjacency rules, however, do not apply in the Fort St. John Timber Supply Area. Section 97 of the *Fort St. John Pilot Project Regulations* provides that a participant may harvest a cutblock that is adjacent to a previously harvested cutblock that is not greened-up, if certain requirements are met.

[1473] In the “implementation” section of her Rationale, the Chief Forester “encouraged” staff, other agencies (such as the Oil and Gas Commission) and participants (where appropriate) to support the work and studies she noted therein. In particular, she noted she expected information sharing on oil and gas related infrastructure and road development. This, she noted, would ensure that the information base used more accurately represents what is occurring on the land base.

[1474] The idea of expectation and encouragement was a theme in a number of areas. She expected First Nations, participants and staff to work together to spatially identify opportunities for old growth management and areas for cultural heritage protection. She expected better tracking of the locations of wildlife tree patches. She noted that the Peace-Liard Moose Management Plan was in its final stages and requested that staff work with First Nations to finalize it.

[1475] Importantly, the Chief Forester’s decisions, except for the ability to impose a geographic partition, are not spatial. Once a geographic partition is granted, the authorizations or cutting permits are dealt with at the district level, by Mr. Van Dolah or Mr. Van Tassel in the Peace Natural Resource District. I will deal with this later.

[1476] Although the Province argued that the partition was ordered in specific response to concerns raised by Blueberry, the evidence established the partition was not set as a result of Blueberry’s concerns, but rather to ensure the economic sustainability of the timber harvest land base. The establishment of such a partition may have collateral effects on protecting wildlife habitat, however, as noted, the dominant purpose of, and the legal authority for creating such a partition, is to manage long-term timber supply. Mr. Van Tassel stated the partition was directed at more evenly distributing the harvest of forest timber resources across the Timber Supply Area and the timber harvesting land base.

[1477] I agree therefore, that the partition was not established for the protection of wildlife habitat. The evidence indicated this was outside the purview of the Chief

Forester. For example, Mr. Atmo Prasad, a manager in the Forest Analysis and Inventory Branch of the Ministry of Forests noted in correspondence that “the application of a timber supply partition for the purpose of establishing a wildlife management requirement is not within the authority of the Chief Forester.”

[1478] The August 23, 2016 letter from Mr. Prasad, helps to contextualize the figures relied on in the Rationale, including the concentration of harvest in the Fort St. John Timber Supply Area.

[1479] Mr. Prasad noted the majority of the harvesting areas in the Fort St John Timber Supply Area are located in the central and southern parts. In particular, harvest has been concentrated in the Blueberry, Kobes, Halfway and Lower Beatton landscape units. Mr. Prasad’s letter confirmed that the amount of harvesting in the Blueberry landscape unit is nearly double the amount of harvesting in proportion to the timber harvesting land base. The letter provides as follows at pages 3-4:

Tables 1 and 2 summarize the information prepared to further assess the distribution of harvesting in the TSA [Timber Supply Area] in relation to the THLB [Timber Harvesting Land Base]. Table 1 shows the percentage of the total THLB area in each landscape unit and the percentage of the total THLB harvested in each landscape unit. For example, 28.7 percent of all of the THLB in the TSA occurs in the Blueberry Landscape Unit; whereas, 55.3 percent of the all of the THLB harvested in the TSA occurs in this landscape unit. The ratio of these two values indicates whether harvesting in a landscape unit has been proportional to its contribution to the total THLB. For example, the Blueberry Landscape Unit has a ratio of 1.9 (55.3 percent / 28.7 percent), while the Tommy Lakes Landscape Unit has a ratio of 0.6 (10.5 percent / 18.3 percent). These results indicate that, to date, a higher proportion of the THLB available within the Blueberry Landscape Unit has been harvested than in the Tommy Lakes Landscape Unit.

[1480] Tables 1 and 2 of Mr. Prasad’s letter note the following:

Table 1. The proportion of the total timber harvesting land base and proportion of total timber harvesting land base harvested within each landscape unit in the Fort St. John TSA.

LU	THLB	Harvested THLB	Harvest% THLB%
Blueberry	28.7%	55.3%	1.9
Crying Girl	1.3%	0.9%	0.7
Graham	2.7%	0.0%	0.0
Halfway	5.3%	7.2%	1.4
Kahntah	14.3%	5.8%	0.4
Kobes	6.1%	9.0%	1.5
Lower Beatton	6.2%	6.6%	1.1
Milligan	6.9%	1.6%	0.2
Sikanni	1.0%	0.0%	0.0
Tommy Lakes	18.3%	10.5%	0.6
Trutch	9.2%	3.0%	0.3
<b>TOTAL</b>	<b>100.0%</b>	<b>100.0%</b>	<b>1.0</b>

Table 2. Harvest percent-to-THLB percent ratios from Table 1 for geographically-grouped landscape units in the Fort St. John TSA.

Harvest%	west	central	east	north	south
THLB%	0.6	1.4	0.5	0.4	1.6

[1481] Furthermore, the effectiveness of the geographic partition to assist with what Blueberry sees as overharvesting in the landscape units making up the 'core' area is weak. The partition establishes that, for coniferous species, a maximum of 672,000 cubic metres may be harvested from the 'core' area. The harvest rate for the Blueberry Landscape Unit could therefore likely be continued. The actual number fixed by the Chief Forester and allowed to be harvested may not assist Blueberry or change anything. Rather a change is required to the Sustainable Forest Management Plan, which requires a change to the Forest Operation Schedule. Mr. Van Tassel confirmed there are no specific harvesting partitions identified within the Sustainable Forest Management Plan by landscape units.

### 3. Fort St. John Land and Resource Management Plan

[1482] The Fort St. John Land and Resource Management Plan is considered a higher level plan, and plays an important role in the strategic-level governance of forestry in the Blueberry Claim Area. Mr. Van Dolah testified that the Land and

Resource Management Plan was “broadly the foundation” of the Sustainable Forest Management Plan, and “definitely influenced” forestry operations. The Sustainable Forest Management Plan and Forest Operations Schedule must be consistent with the Land and Resource Management Plan.

[1483] As noted above, the Fort St. John Land and Resource Management Plan was originally developed in the 1990s and approved by Cabinet in 1997. First Nations in the region were invited to participate in this planning process, but declined to do so.

[1484] The Fort St. John Land and Resource Management Plan divided the planning area into five broad categories or zones: agriculture/settlement (12%), enhanced resource development (20%), general resource development (46%), special management (14%), major river corridors (4%) and protected areas (4%). As noted earlier, zoning an area for “enhanced resource development” means the lands have potential suitability for intensive resource development, that a high priority has been designated for a special or combined resource management emphasis (such as high intensity forest management regime or range management emphasis), and that investments in resource development and enhancement are encouraged. In these enhanced resource development zones, biodiversity is given a lesser value.

[1485] The Land and Resource Management Plan has very substantial ripple effects for the Sustainable Forest Management Plan process as it provides the strategic direction in terms of which landscape units in the region are priorities for resource development, and which areas have a higher priority for biodiversity conservation.

[1486] In her testimony, Ms. Pyle expressed Blueberry’s concern about the Province’s “intensive forest management” approach, the “high intensity forest management” zone, and the level of harvesting in the core of Blueberry’s territory as follows. She noted that, from her perspective, intensive forest management simply means “intensive clearcut, intensive reforestation, intensive herbicide application.” She stated “it will take generations for it [the forests] to ever come back in terms of biodiversity, in terms of the materials that our members extracted from those forests.”

[1487] Ms. Pyle continued to testify as follows:

Q:...Are you able to explain what a high intensity forest management designation means?

A: Well, my meaning as it relates to clearcutting it just means all the logging happens in there in that landscape unit. That it's the go-to place for timber harvesting and reforestation, planting of trees and getting those trees to free growing, eventually will become a timber supply for – in the future for the licensee.

So high intensity forest management means heavy clearcut, plant, herbicide, plant again, herbicide. And that's what it means to us.

[1488] Ms. Pyle went on:

... And, you know, I just – I always had the question of, you know, how long can an area be designated as high intensity. And I always had that question on these levels that they designate to our core. And I – in meeting with the Province I ask that: Well, okay, how long is a pilot project going to be a pilot, how long is intensive forest management areas going to be designated as intensive. At some point you're going to run out. I mean it's not forever. It's limited.

And you look at the Yahey trapline, I mean, it is decimated. Very, very minor place left. I mean, one of the family members trapped on there – well, I think last year they did portions of it, but it was such a small area he said I don't even need a skidoo to go check my traps anymore, I just walk.

So an area that would take him normally you go – cabins are placed in certain areas so that can travel from one cabin to the next, and that's how they make their rounds when they're trapping on the trapline. And he had been trying to do that. He tries do that every year. I mean, it's just what's in him to do it. And last year he said I don't even need my skidoo, because he had just one little small patch to trap on.

And that's what we're witnessing and that's the problem. So last winter the last portion of that area was logged out from a woodlot owned by the manager of the licensee. And it didn't matter that our member, who since passed on, had traps in that area. We had to go find them. We, being the members of Blueberry, had to go and try and locate his traps. They had been logged out.

#### **4. Fort St. John Pilot Project**

[1489] As noted above, timber harvesting in the Fort St. John Timber Supply Area is governed by the *Fort St. John Pilot Project Regulation*. The Fort St. John pilot project and the *Fort St. John Pilot Project Regulation* originated in 2001, when the Province was exploring different models of forestry management in order to reform the *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159 that was in place at the time.



[1490] The *Fort St. John Pilot Project Regulation* sought to set out a vision of what the desired management of a particular forest landscape would look like, and then develop a set of values and indicators which described the desired “result” in terms of forest management. In the Fort St. John pilot project, values, objectives, indicators and targets for forestry activities are set out in a document referred to as a Sustainable Forest Management Plan.

[1491] So long as the values set out in the Sustainable Forest Management Plan were maintained, the participants (i.e., companies doing the harvesting in the Timber Supply Area) would be relatively free to plan and manage their operations as they saw fit and in accordance with the Forest Operations Schedules they developed.

[1492] Forest Operations Schedules are a collection of maps and analysis that identify all harvesting and road development contemplated in a Sustainable Forest Management Plan for a six year period. In these schedules, participants are required to propose blocks to harvest and model those blocks to the end of the six year period to assess what would happen to the various values identified within the Sustainable Forest Management Plan.

[1493] In other words, the Sustainable Forest Management Plan identifies the values and targets, and the Forest Operations Schedule sets out how those are going to be achieved through primary forest activities such as harvesting and road construction. These tools are discussed in greater detail below.

#### **a) Sustainable Forest Management Plan**

[1494] The Sustainable Forest Management Plan is the process through which the *Fort St. John Pilot Project Regulation* implements its “results-based” management. The goal of results-based management is to decide on a series of values that represent different biodiversity and forest management objectives and then reverse-engineer the Sustainable Forest Management Plan and the Forest Operations Schedules in order to maintain those priority values on the landscape. This is done by identifying indicators (i.e., measure to assess progress toward an objective) and setting targets (i.e., the commitments to achieve the identified objectives).

[1495] Indicators for some values may be assessed over the entire Timber Supply Area, whereas others may be assessed at a smaller scale. Certain indicators are “legal indicators” which come from legislation, regulation or policy sources. Other indicators are “non-legal indicators” which are akin to forestry best practices.

[1496] Under s. 34 of the *Fort St. John Pilot Project Regulation*, participants are jointly responsible for the development and implementation of a Sustainable Forest Management Plan and associated Forest Operations Schedules. The participants in the pilot project are Canfor, BC Timber Sales, and a variety of other smaller companies including Chetwynd Mechanical Pulp Inc., Cameron River Logistics., Louisiana-Pacific Canada Ltd., Peace Valley OSB, and Dunne-za LP.

[1497] Sub-section 35(1) of the *Fort St. John Pilot Project Regulation* provides that the Sustainable Forest Management Plan must address the entire pilot project area, and must be consistent with Schedule A and any “higher level plan” in effect in the area. The pilot project area (which is referred to in the Sustainable Forest Management Plan as the defined forest area or “DFA”) covers approximately 4.1 million hectares within the greater Fort St. John Timber Supply Area.

[1498] As discussed, the key higher level plan (or strategic plan) applying to the pilot project area, and with which the Sustainable Forest Management Plan must be consistent, is the Fort St. John Land and Resource Management Plan. Schedule A of the *Fort St. John Pilot Project Regulation* includes a detailed table that mirrors the zones established in the Fort St. John Land and Resource Management Plan.

[1499] In accordance with s. 35(2) of the *Fort St. John Pilot Project Regulation*, the Sustainable Forest Management Plan must include “landscape level” strategies for timber harvesting; road access management; patch size, seral distribution and adjacency; riparian management; visual quality management; forest health management; and range and forage management. It may also include strategies for reforestation, biodiversity management, water quality management, forest protection, and other issues.

[1500] As per section 39(1) of the *Fort St. John Pilot Project Regulation*, the regional manager and regional director approve the Sustainable Forest Management Plan if they are satisfied that it is (a) consistent with the *Fort St. John Pilot Project Regulation*, (b) consistent with the preamble to the *Forest and Range*

*Practices Act*, (c) provides at least equivalent protection for forest resources and resource features as provided by the *Forest and Range Practices Act* and its regulations and (d) adequately manages and conserves the forest resources in the pilot project area.

[1501] If the decision makers are not satisfied that the Sustainable Forest Management Plan meets the requirements of s. 39(1), s. 39(2) gives the regional manager and regional director the discretion to approve only portions of the plan or make the approval of the plan subject to conditions.

[1502] Sustainable Forest Management Plan #3 was prepared by Canfor and BC Timber Sales, and approved with conditions by the Regional Executive Director and the Director of Resource Management, Northeast Forest Region (Ms. Vince and Mr. Addison) on May 4, 2018. It is a 775-page document (including appendices) that is based on the previous plan, which was approved in 2010. Significantly, the evidence showed that very little in the overall scope and layout of the plan changed between the second and third versions. In particular, the preface to Sustainable Forest Management Plan #3 notes that only “very minor revisions” were made between the second and third versions.

[1503] Part 6.0 of the Sustainable Forest Management Plan #3 states:

... forest managers are often challenged with implementing on-the-ground practices and knowing whether or not the overall strategic objectives have been met. To overcome this uncertainty, SFMP's [Sustainable Forest Management Plans] establish one or more performance measures (*indicators*) for each objective. One or more *targets* are then identified for each indicator. This is a fundamental difference between SFMP's and other strategic plans that exist throughout the Province.

[1504] At trial, Mr. Van Tassel testified about Part 6 of the Sustainable Forest Management Plan, which sets out the values, objectives, indicators and targets for which participants manage. His testimony focussed on the following indicators: forest types (6.1), seral stages (6.2), patch size (6.3), coarse woody debris volume (6.6), riparian reserves (6.7), wildlife tree patches (6.9), permanent access structures (6.24), peak flow index (6.43), and maintenance of wildlife and fisheries habitat values (6.56). For each of these indicators, Mr. Van Tassel explained how it was tied to the objective, and discussed the scale over which the indicators and targets would be measured.

[1505] In these reasons I do not discuss all of these indicators in depth, but I do note that certain indicators, such as “forest types” – which speaks to maintaining a distribution of deciduous, deciduous leading mixed wood, conifer leading mixed wood and conifer leading stands, and has the objective of maintaining the diversity and pattern of communities and ecosystems within a natural range – are measured at the landscape unit level (i.e., areas of approximately 100,000 hectares). Other indicators, such as “seral stages” or “patch sizes” are measured at the level of natural disturbance unit.

[1506] As discussed earlier, natural disturbance units (also referred to as “NDUs”) are very large areas. In particular, the Boreal Plains Natural Disturbance Unit is approximately twice the size of the Fort. St. John Timber Supply Area, and the Blueberry Claim Area is subsumed within it. Managing at this very broad level could result in significant impacts at the landscape unit level, as Blueberry points out.

[1507] The rationale for managing on the basis of the Boreal Plains Natural Disturbance Unit stems from the work of provincial ecologist S. Craig DeLong. In 2011, Mr. DeLong released a Technical Report entitled *Land Units and Benchmarks for Developing Natural Disturbance-based Forest Management Guidance for Northeastern British Columbia*. As I understand, the impetus for this work was recognition that earlier forest management policies and guidelines were setting somewhat arbitrary limits for allowable patch sizes and harvest amounts. Limits were often stated for things such as block size, species composition, and stand density. Although well meaning and easily administered, these practices resulted in landscape scale patterns bearing little similarity to those created by natural disturbance dynamics (such as wildfires).

[1508] The idea behind Mr. DeLong’s 2011 work was to adopt forest management practices that approximated the natural range of variability, such as having irregular boundaries of harvest openings to increase edges, and leaving behind structure from the previous stand. The Sustainable Forest Management Plan relies on DeLong’s work in setting some of the indicators and targets.

[1509] One of the issues canvassed in cross-examination with both Mr. Van Dolah and Mr. Van Tassel was the fact that the Sustainable Forest Management Plan does not contain an indicator for treaty rights. Mr. Van Tassel testified that indicator 6.56

(“maintenance of wildlife and fisheries habitat values”) was an “overall composite indicator” that had “linkage to the exercise of treaty rights under Treaty No. 8 to hunt, fish and trap.” Mr. Van Dolah testified that the Sustainable Forest Management Plan had no indicator for treaty rights because neither the courts nor First Nations had provided the information or advice needed to create such an indicator. Instead, Mr. Van Dolah testified that he sought to manage for treaty rights by having First Nations identify the values of interest such that potential impacts from forestry could be mitigated.

[1510] Mr. Van Dolah repeatedly stated that what he requires from First Nations, and Blueberry in particular, in order to manage in a way to take into account their treaty rights is specific information about the particular locations where rights are exercised. He expressed some frustration that Blueberry had not, in his view, provided him with the site specific information he sought, but instead provided traditional use studies that buffered specific locations where rights were exercised by 250 to 1000 metres to protect the confidentiality of the information.

[1511] Furthermore, the assumption underlying the Sustainable Forest Management Plan with regard to the exercise of Treaty rights bears note. At page 325, it states: “The DFA [Defined Forest Area to which the pilot project and Sustainable Forest Management Plan applies] is within the larger area of Treaty 8 of 1899, which established hunting, fishing and trapping as treaty rights for the local aboriginal First Nations communities. *The rights as such are available across the treaty area and have no site specificity or quantum...*” (emphasis added). In addition, Mr. Van Tassel expressed the view that First Nations who signed or adhered to Treaty 8 have the right to hunt throughout the entire Treaty 8 territory. This implies that while Ministry staff frequently ask Blueberry for more specific information about the exercise of their rights, in particular for potential mitigation purposes, they are also of the view that these rights can be exercised elsewhere throughout Treaty 8 territory.

[1512] Throughout this trial Blueberry has vigorously sought to show that its rights do have site specificity – they are exercised within the Blueberry Claim Area, which itself has core and peripheral areas. Each of the community members who testified at trial testified about the specific places within the territory where they hunted, trapped and fished. Blueberry was willing, in this case, to provide this kind of site

specific evidence. At the same time, however, concerns have been expressed about the confidentiality of information provided by members who did not testify at trial.

[1513] The level of specificity sought by decision makers, however, seems only to be used to mitigate specific impacts, and disregards Blueberry's larger concerns about the overall (or landscape level) impacts forestry is having on the exercise of their rights. While it may be possible, for example, for the Ministry of Forests to persuade a participant to alter the location of a cutblock in order to create a buffer around a particular trail, these individual mitigation efforts do not address Blueberry's larger concerns about overharvesting in the core of their territory and the lack of mechanisms to address concerns about the cumulative impact of forestry and other industrial development on the exercise of their treaty rights.

[1514] As the provincial forestry decision makers appear to operate with the understanding that Blueberry and other adherents to Treaty 8 are at liberty to hunt, fish and trap throughout the territory, Blueberry's concerns about the level of harvesting within the core of the Blueberry Claim Area are not addressed and are dismissed too easily.

[1515] Because the Sustainable Forest Management Plan must be consistent with the Land and Resource Management Plan, landscape units that are designated under the latter plan as being part of an "enhanced resource development zone" are considered "high intensity forest management" landscape units in the Sustainable Forest Management Plan, and timber production targets are on the high end, with biodiversity targets correspondingly on the lower end of the spectrum. The objective for these high intensity landscape units is to manage for a sustainable long term timber supply, with less focus on biodiversity objectives.

[1516] As an example of how zoning for enhanced resource development or high intensity forestry can affect the indicators used to assess performance in meeting objectives, counsel for Blueberry took Mr. Van Tassel in cross-examination to indicator 6.26 in the Sustainable Forest Management Plan #3, which deals with salvage of fire damaged timber. Under the Plan, for high intensity areas, there is an emphasis on harvesting fire damaged timber for economic value. In lower intensity

zones, however, there would be an emphasis on protecting it for its biodiversity values, and therefore leaving it to decompose and create wildlife habitat.

[1517] While the Province argued that with respect to the recent fires (i.e., Beaton Burn and Tommy Lakes) Blueberry's concerns were taken into account, Blueberry wanted the important Beaton Burn Area to be left to regenerate naturally. At the end of the day, Canfor logged about 10% of the area out of what is said was concerns for safety, economics, having road access to this area, and wildlife. While some of that was true, the dominant reason was economics. Canfor would not have done salvage logging in this area if it was not economically feasible to do so.

[1518] As can be seen, the zoning established in the land use planning process that occurred in the mid-1990s is carried through to the Sustainable Forest Management Plans that are approved today. That zoning pre-determines the kinds of forestry practices that will be used in any given area. Fundamentally, those forestry practices emphasize the harvesting and economic value of the timber supply.

[1519] It is recognized that providing for connectivity in key habitat areas supports ecosystem functions and the habitat needs of a variety of local species. There is a real concern that the indicators used in the Sustainable Forest Management Plan do not manage for the protection of habitat features, and importantly, connectivity.

[1520] In cross-examination, Mr. Van Tassel and Mr. Van Dolah confirmed that the Sustainable Forest Management Plans that have been in place for nearly two decades did not and do not have a specific indicator for forest connectivity. In addition, Mr. Van Dolah said, unlike other districts, adjacency rules do not apply in the Fort St. John Timber supply area. Mr. Van Dolah also confirmed that the Sustainable Forest Management Plan does not contain an indicator for large intact forest, but agreed it would be a good idea for it to contain such. Mr. Van Tassel also made it clear in his testimony that direct protection of wildlife and populations of wildlife is not within the scope of the Sustainable Forest Management Plan.

[1521] First Nations are invited to review and comment on a proposed Sustainable Forest Management Plan through the public advisory group established by the *Fort St. John Pilot Project Regulation*, and are consulted during the approval process. Blueberry did not participate in the development of the first or second Sustainable Forest Management Plans, but did provide significant feedback on the third version.

While this is not a consultation case, it is helpful to review the feedback provided by Blueberry as an example of the concerns they raised.

[1522] In a letter dated December 21, 2016, Blueberry set out its concerns with respect to the draft Sustainable Forest Management Plan #3. The concerns raised were based on a high-level review of the draft Sustainable Forest Management Plan, with attention to how well it maintained ecological function and protected treaty rights.

[1523] Blueberry noted that while the plan purported to be about “sustainable” forest management, under this plan the heart of its territory would continue to be subject to high intensity forestry. It criticized the Plan for not acknowledging that treaty rights require additional consideration over and above biophysical attributes on the landscape, and for not containing any treaty rights indicators. It noted that the Plan did not take into account the current condition of the landscape, and that it suggested dated strategies that were no longer appropriate given the cumulative impacts. It also noted that spatial planning for key forest values (such as old forest) had still not been undertaken.

[1524] Further, Blueberry noted that while the intention of the pilot project may have been to distribute risk across the broader region, the planning decisions had not followed a key tenet of sustainable ecosystem management: ensuring an adequate amount of all representative ecosystems were protected first and foremost. Blueberry noted that “less than 1% of the boreal plains natural region – which comprises the majority of the SFMP planning unit – falls within protected areas.”

[1525] In its written submissions, Blueberry echoed these concerns. It noted that the Sustainable Forest Management Plan is plainly not a cumulative effects management tool and is not capable of or aimed at protecting its treaty rights from cumulative impacts of development in the Blueberry Claim Area. Among other things, it encourages large clearcuts without regard to wildlife habitat needs; provides no management for connectivity, fragmentation or old forest patch size; does not assess or track impacts of other industries; and does not set limits or thresholds (beyond those included in the Allowable Annual Cut) on the amount of logging that can occur in specific areas.



[1526] On May 4, 2018, the Regional Executive Director and the Director of Resource Management for the Northeast Region wrote to Canfor and BC Timber Sales approving the Sustainable Forest Management Plan #3, with certain conditions. These included conditions that:

- a) the plan be amended within a year to take into account the Chief Forester's Allowable Annual Cut and timber supply review determinations;
- b) an additional indicator be developed to ensure a balanced distribution of harvest activities across the Timber Supply Area;
- c) an additional indicator be developed to focus on improving the utilization of timber resources;
- d) an amendment to the patch size, seral stage distribution, and adjacency strategy and associated indicators be submitted within two years;
- e) there be specific targets for old forest retention areas to reserve them from harvest, and that these be developed spatially;
- f) the plan be reviewed in the context of maintaining fur-bearer habitat; and,
- g) indicators and targets be reviewed and revised to consider the requirement for forest connectivity and reduce linear disturbance throughout the landscape.

[1527] In addition, the approval letter noted that there were processes underway, including the Regional Strategic Environmental Assessment process, that may result in the establishment of new higher level plans that affect the objectives, indicators and targets within the Sustainable Forest Management Plan. If the Sustainable Forest Management Plan is inconsistent with any new higher level plans, it would need to be amended and undergo appropriate consultation.

[1528] Canfor sought and, in May 2019, obtained an extension to meet the conditions set out in the approval letter. Blueberry was not consulted on the granting of this extension. The remaining conditions were due to be addressed by May 2020, but the evidence at the time of Mr. Van Tassel's testimony was that had not occurred.

[1529] It therefore appears that notwithstanding Blueberry's detailed concerns and the Province's attempt to have some of them addressed by the participants through an amendment to the Sustainable Forest Management Plan, changes have not been made.

[1530] It is striking that – in the context of Blueberry raising issues of cumulative impacts at all governmental levels since at least 2012 – when Blueberry provided detailed input in 2016 and requested changes to the Sustainable Forest Management Plan #3, the Plan was approved two years later with almost no change from Sustainable Forest Management Plan #1, which was approved in 2010.

#### **b) Forest Operations Schedule**

[1531] As noted above, the Forest Operations Schedule identifies all the proposed harvesting and road construction activities for a six-year period. The Forest Operations Schedule does not, however, identify when each cutblock will be harvested within the six-year period; that information is set out in annual harvest plans. Applications by participants for cutting permits (also referred to as harvest authorizations) must be consistent with the Forest Operations Schedule.

[1532] The Forest Operations Schedule translates the Sustainable Forest Management Plan into an actual on the ground plan for forestry operations. The Sustainable Forest Management Plan is in essence theoretical until actual cutblocks and roads are identified by the participants in the Forest Operations Schedule.

[1533] Under s. 45 of the *Fort St. John Pilot Project Regulation*, once a Sustainable Forest Management Plan has been approved, participants may prepare a Forest Operations Schedule and submit it to the District Manager. If a participant intends to apply for a permit to harvest timber or construct a road, it must have submitted a Forest Operations Schedule that complies with s. 45 and was made available for public review and comment.

[1534] The Forest Operations Schedule itself is not approved by the Province. Approvals only happen for each of the proposed activities under the Forest Operations Schedule for their stand-level authorizations. In other words, any

application for a harvesting or road permit must be consistent with the cutblocks and roads identified within the Forest Operations Schedule.

[1535] Forest Operations Schedules can also be amended within the six-year period, however, public review and comment are required for major amendments. This was the situation in 2016 when it was decided Canfor could do a salvage operation following the Beaton Burn, and this was added to Forest Operations Schedule #2.

[1536] The main purpose of the Forest Operations Schedule is for the participants to show how their planned activities will impact the various indicator values that are identified within the Sustainable Forest Management Plan. Certain indicator values within the Sustainable Forest Management Plan link to the location, size and values of other blocks within the Forest Operations Schedule.

[1537] Ms. Pyle described the Forest Operation Schedules as providing “too much information and not enough at the same time.” On August 28, 2019 she testified as follows:

A: ...what I mean is that six years' worth of logging is around 3,000 hectares of clearcut, and so just the sheer amount of activity that's being proposed is a lot. However, the way it's presented it's a mere plan. So when they're developing the forest operating schedule they may identify a piece of timber that they will outline –

Q: You mean a block or an area of timber?

A: Yeah. An area of timber that they will outline and this is what we get to look at. And we're supposed to make a decision on whether or not this is going to impact our treaty right. The problem is you don't know exactly where it is. The boundary can move in or out 250 metres, or maybe it's too – it's going to shrink a lot and maybe all this area isn't going to be logged for whatever reason. Maybe it's not the type of timber they wanted or ...

So when you go out there to look at these blocks where they're supposed to log it's hard for – it's difficult – I mean, for someone experienced that knows how to read these maps they can go find them. They put it in their GPS and they will have an idea. For our members and our staff to go out and look for these, it was very difficult for them to find the exact location. So to have an idea of where it was, because these blocks -- these boundaries are not ribboned yet because the licensee at that point has just identified a piece of timber that they say they're going to log at some point from year one to year six. The best they can do is say well, access constraints will cause us to log it in the winter or in the summer. That's the information we get.

So it's too little information. And that's why we always wanted to see the permit because at the end of the day then we can see how it's actually going to be, how it's going to look.

And so it never really tell you when you look at it –well, I'll just say that there's just not enough information.

[1538] The most recent Forest Operations Schedule (#3) was submitted to the Province in October 2017.

[1539] The current Forest Operations Schedule, both in section 2.0 and in Table 6, identifies what was referred to in the evidence as “old forest retention areas” or “old forest management areas.” Table 6 in the Forest Operations Schedule indicates that, upon completion of the harvesting activities proposed in this Forest Operations Schedule, within the Boreal Plains Natural Disturbance Unit, a target of 16% of the area containing conifer trees older than 140 years would be retained. In 2025, the target would be 20% retention. Table 6 shows approximately 45,000 hectares of old forest within the Blueberry landscape unit.

[1540] It must be recalled that the Boreal Plains Natural Disturbance Unit is a massive tract of land that encompasses approximately 8 million hectares. It takes in nearly all of the Blueberry Claim Area, and extends north all the way to the border with Yukon, as well as south of the Peace River. Targeting the retention of 16% of the old forest in this large area does not guarantee that old forest within the Blueberry Claim Area will be retained.

[1541] These so called “old forest management areas” are identified by the participants for planning purposes – they are not legal designations. In addition, these old forest management areas are non-spatial, in that they can be shifted around. It is therefore important to distinguish them from Old Growth Management Areas which are legally protected spatial areas which have to be declared under the *Forest and Range Practices Act*.

[1542] In cross-examination, Mr. Van Dolah agreed that the 45,000 hectare figure shown in Table 6 representing old growth in the Blueberry landscape unit could, hypothetically, be made up of 4,500 one-hectare areas of fragmented forest, or one 45,000 hectare parcel, or anywhere in between.

[1543] Moreover, just because an area has been designated as an old forest management area does not mean it is actually composed of old forest. The Fort St. John Timber Supply Area has been divided into 53 distinct operating areas to

facilitate operational planning and mapping, and 53 maps are appended to the Forest Operations Schedule. In cross-examination, Mr. Van Dolah testified about the places listed by the participants on the 53 maps as being “old forest.”

[1544] The evidence demonstrated that many areas are not old forest in a region that is characterized as “Old Forest” on the legend set out by the company. In addition, certain areas that are clearly old forest adjacent to some of these areas are left out of the designated old forest areas. Ultimately Mr. Van Dolah agreed with respect to the South Blueberry region in question that there is very little old forest within that boundary. Included within the boundary are oil and gas facilities, roads, younger forest and a number of other features.

[1545] Furthermore, the Old Growth Management Areas that are legally protected in the Dawson Creek Timber Supply Area are designated as rotating. This means that even under the spatial model, at some point in time they will be harvested. Mr. Van Dolah testified that old growth management areas do not have as much protection as a legal designation of a wildlife habitat area or an ungulate winter range. The “old forest management areas” in the Forest Operations Schedule will not reduce the Allowable Annual Cut, as the assumption is one day they will be harvested.

[1546] The Forest Operations Schedule and any amendments made to it are referred to affected First Nations. The results of this engagement and changes made as a result of engagement is forwarded to the Province. As a result of engagement licensees may voluntarily drop cutblocks, change cutblock boundaries, establish buffers around identified features or establish new wildlife tree patches or machine-free zones. If the results of engagement raise any site specific concerns they may be considered by the Province at the stand-level permitting stage.

## **5. Stand Level Permits**

[1547] When a participant wishes to proceed with actual forestry operations on the ground, such as harvesting or using a road for a forestry purpose, they need to apply for certain authorizations and permits from the Ministry of Forests. These types of operational permits have been described in the evidence as “stand-level” permits meaning that the permits are geographically specific to each cutblock/stand being harvested.

[1548] Stand-level permits must be consistent with the current Sustainable Forest Management Plan, Forest Operations Schedule and legal orders such as Ungulate Winter Ranges or Wildlife Habitat Areas.

[1549] At this permitting level, the decision maker will conduct a “statusing” exercise using GIS to look for other overlapping tenures or land uses such as oil and gas activity or legal orders such as Ungulate Winter Ranges or Wildlife Habitat Areas. Ministry staff will also consult with First Nations and some mitigation can occur at the stand level as a result of comments or concerns brought forward in this consultation process. Mitigation at the stand level may include placement of wildlife tree patches, visual screening, working with licensees to maintain browse species, modifying cutblock boundaries, and adjusting the timing of harvest activities.

[1550] Stand-level permits are the final approval needed for forest licensees to begin forestry operations. While these permits rely on, and must be consistent with higher-level plans and regulations, these stand-level decisions are the only time the Ministry of Forests is giving explicit permission to harvest timber or conduct forestry operations in a specified area. These permits are where the rubber hits the road.

[1551] Stand-level permits are approved by the district manager (s. 23 of *Fort St. John Pilot Project Regulation*). Mr. Van Dolah is the District Manager for the Peace Natural Resource District and regularly makes such decisions. Mr. Van Tassel is the Resource Manager but has also made such decisions as Acting District Manager in the past.

[1552] Mr. Van Tassel testified that if a stand-level authorization is consistent with the Sustainable Forest Management Plan, the Forest Operations Schedule, legal orders in place, and consultation has been completed to the satisfaction of the statutory decision maker, the authorization will likely proceed forward as an approval decision.

[1553] While consultation is said to occur with First Nations on all stand-level authorizations and permits, the concerns that can be addressed by decision makers at the stand-level are specific to concerns raised about the actual cutblock location and features that may be protected within or in the vicinity of that cutblock. This is the kind of site-specific information the Ministry of Forests seeks from Blueberry.

Broader landscape-level concerns about, for example, wildlife habitat, connectivity corridors, intensity of harvest in particular areas, are not addressed.

[1554] Mr. Van Tassel testified that he has never refused a stand-level harvest authorization on the basis of a breach of treaty rights, but he has sought legal advice on the issue. Mr. Van Tassel has never not issued a cutting permit.

[1555] Mr. Van Dolah's testimony was similar, in that he hasn't turned down a harvest authorization on the basis of an "allegation of treaty rights" or concerns about insufficient wildlife habitat. He also distinguished strategic decision-making from the operational decisions in which he is involved. He testified as follows:

Q: And what I understand from your evidence is to turn down a project because of the impact on moose habitat and Blueberry Treaty 8 rights would be a strategic decision?

A: It would happen at a – that conversation would definitely happen at a strategic level.

Q: Which doesn't involve you? You don't make those decisions?

A: It involves me as much as we do make recommendations to, within wildlife, for example, the Sustainable Forest Management Plan, for example, I make recommendations to the decision makers from a habitat perspective. But overall you're correct in terms of the decision.

Q: So if it's a cutblock-level application... that doesn't offend the SFMP and it is listed in the Forest Operations Schedule ...you're limited to putting some sort of mitigation measure on it?

A: So I manage – we manage those values through mitigation.

Q: And you're not able to turn down a project, a cutblock-level project, because of impact on Blueberry's treaty rights based on allegations that there's not enough moose habitat left?

A: So an allegation of treaty rights, I would agree with that statement.

[1556] As previously noted, the focus appears to be on site-specific mitigation measures

[1557] Some more recent progress has been made by the Ministry of Forests in engaging with Blueberry, particularly through Mr. Van Dolah's efforts. Mr. Van Dolah testified that he has been attempting a more collaborative approach with Blueberry. In early December 2017, Mr. Van Dolah attended a meeting in Vancouver that included the Regional Strategic Environmental Assessment project team involved in the Methods Pilot.

[1558] An RSEA Forestry Interim Measures Agreement between Blueberry, Canfor, BC Timber Sales and the Ministry of Forests was signed on June 16, 2018. It was to be in place for 2 years and created a “Flexibility Team” (or “Flex Team”) to ensure that Blueberry has an opportunity to collaborate in the planning of the harvest schedules.

[1559] In late November 2019, the Flex Team met to discuss how to coordinate the work that needed to be completed by the Methods Pilot, and that which was to be delivered as a product of the RSEA Forestry Interim Measures Agreement – in other words, an implementation plan.

[1560] Part of the implementation plan is the development of management recommendations. The boundaries would identify specific areas of management.

[1561] The status of the RSEA Forestry Interim Measure Agreement and its connection to the Methods Pilot in mid-2020 was, however, not entirely clear on the evidence. While the Province says it remains in effect, some of the evidence suggested that Blueberry would not be renewing or extending the agreement until this litigation was complete. In addition, as per clause 4, the agreement is predicated upon the Fort St. John mills not running out of timber.

## **6. Conclusions with respect to the Province’s Forestry Regime**

[1562] I agree with the argument Blueberry has made about the flaws with the Province’s forestry management regime. I find that the Province’s forestry regime is built upon the fundamental goal of maximizing harvest and replacing all the natural forests with crop plantations that will create efficiencies for the next harvest cycle.

[1563] I also find that the operational decisions of district and resource managers are connected to higher level plans and processes that have already zoned much of the Blueberry Claim Area for high intensity forestry.

[1564] Finally, I find that decision makers lack authority to manage cumulative effects, or take into account impacts on the exercise of treaty rights. As Blueberry points out that, at the end of the day, it is the forestry companies (i.e., “participants” per the Fort St. John Pilot Project Regulation) who hold much of the power regarding what cutblocks to harvest, how and when.



[1565] The forestry evidence in this case revealed that there is a lack of effective provincial tools to deal with treaty rights and the amount of harvest in the Blueberry landscape unit, and other areas making up the 'core' of the Fort St. John Timber Supply Area and the heart of Blueberry's territory.

[1566] The Province appears to have direct control over only two of the identified tools discussed above to manage harvest in the Fort St. John Timber Supply Area – the setting of the Allowable Annual Cut, and approval of individual cutting permits. The remainder appear to be, largely, in the control of the companies/participants who harvest the forest.

[1567] The Chief Forester simply establishes the timber harvesting land base applying strict parameters and assumptions. Her decisions are made on the critical assumption that over time, all of the timber harvesting land base will be logged and turned into managed forest which is logged again. In her Rationale setting the Allowable Annual Cut, at pages 40-41, the Chief Forester comments that she does not have the general statutory authority to address the cumulative impacts Blueberry has identified, and she refers that concern and others to Ministry staff, including Mr. Van Tassel and Mr. Van Dolah at the district level.

[1568] As I noted earlier, the Chief Forester can only consider cumulative effects information that relates to her statutory authority. She cannot institute new management regimes. If cumulative effects information highlights issues that require attention through land use planning or otherwise, she will pass that information on to those responsible.

[1569] Ultimately, the Chief Forester's Rationale acknowledges a variety of concerns, but refers these for "Ministry staff to deal with." In cross-examination, Mr. Van Dolah indicated he anticipated these concerns may be considered as part of a review of the Land and Resource Management Plan and in the RSEA process. Once considered, they may be taken into account in the next timber supply review which would occur in 10 years. Such a lengthy timeline is significant and once again demonstrates Blueberry's concerns that the issues it raises are not realistically taken into account or addressed. Instead, they appear to consistently be moved down the road to yet another process.

[1570] In addition, Ministry staff such as Mr. Van Dolah and Mr. Van Tassel, do not believe they have the authority to deal with the kinds of issues Blueberry has been raising – issues including lack of connectivity, fragmentation of forests, intensity of harvest in the core of their territory, depleted wildlife habitat – all of which, cumulatively, are impacting the exercise of their treaty rights. Their review and approval process focuses on whether any particular harvest authorization is consistent with the Sustainable Forest Management Plan and Forest Operations Schedule and whether any identified impacts on the ground can be mitigated in a site-specific way. Their lens is not on landscape level issues.

[1571] As Mr. Van Tassel said, there are no specific harvesting partitions identified within the sustainable Forest Management Plan by landscape units. He indicated “we have requested an amendment to the timber harvesting strategies to be consistent with the partition, and again those are in the works and would still need to go through consultation.”

[1572] All this reflects the persistent problem of one government decision maker pointing to another government decision maker as being responsible for taking into account treaty rights and cumulative effects. While there was some evidence of various provincial committees in the northeast region that dealt with “operations” and “strategy,” none of this evidence established any coordinated approach to the regulatory decision-making process.

[1573] The Province says harvesting within the “core” of Blueberry area is now limited by a number of factors including the Forestry Interim Measure Agreement with Blueberry, still in effect; the fact that much of the “core” is deciduous, and no longer targeted for harvest due to the relatively recent shutdown of a mill (Peace Valley Oriented Strand Board Plant) and the establishment of spatial Old Forest Management Areas. This, however, demonstrates the problem. As has been evidenced in these proceedings, the Province can withdraw from “interim” measures agreements (and has), the Plant could re-open any time, and while Old Growth Management Areas are legally enforceable, Old Forest Management Areas are not. These factors or initiatives referenced by the Province rely on the goodwill of the individuals involved – none limit or prevent harvesting going forward.

[1574] At the end of the day, it is clear that the Province manages the land and forest harvest through a Land and Resource Management Plan that directs the industrial footprint, the use of Sustainable Forest Management Plans, Forest Operations Schedules, and through the individual road and harvest authorizations. The Fort St. John Land and Resource Plan designates the heart of Blueberry's territory as an enhanced development zone essentially directing all development decisions with this fundamental proposition being determinative.

[1575] Many of the indicators included in the Sustainable Forest Management Plan appear to be managed on the basis of the Timber Supply Area (and occasionally on the basis of the even larger Boreal Plains Natural Disturbance Unit) and, for the most part, not on the basis of Landscape Units. In addition, biodiversity considerations are listed as low due to the enhanced resource development designation. Given the scale of management, it is difficult to be responsive to the kinds of concerns Blueberry is raising about the impacts of forestry in its territory. Indeed, the scale of management appears to be contrary to the legal principle that Blueberry members are entitled to exercise their rights in their traditional territory.

[1576] Extensive and intensive forestry ought not to proceed in the Blueberry Claim Area based on the mistaken belief that Blueberry's rights are not site specific and can instead be exercised throughout the treaty area. In contrast, when it comes to authorizing particular road and harvest permits, however, the Province manages at such a site specific level that Blueberry's broader concerns go unaddressed.

[1577] The evidence also establishes that the Blueberry landscape unit is harvested at twice the level of many other landscape units – likely as it is close to the mills and therefore it is more cost effective for participants. The Province, however, has not taken this into account over the years, as the Sustainable Forest Management Plan and the Forest Operations Schedule do not manage for all indicators at that landscape unit level.

[1578] The participants create the Forest Operations Schedules and choose the blocks in which to harvest. While Mr. Van Tassel says the Province consults at the individual authorization level for harvest and roads, as long as the request is consistent with the Sustainable Forest Management Plan and the Forest

Operations Schedule, authorization is granted. Everything operational, however, comes back to the Sustainable Forest Management Plan.

[1579] As noted by Blueberry, three successive Sustainable Forest Management Plans have designated the Blueberry, Halfway, Kobe and Tommy Lakes Landscape Units as the “high intensity” forestry zones since 2001. These landscape units surround the Blueberry community and contain many of their important hunting and trapping areas.

[1580] The Sustainable Forest Management Plans describes the timber objective in those areas as “enhance timber harvesting and a sustainable long-term timber supply” consistent with “high intensity forest management regimes.” In conjunction with this the “predominate biological diversity emphasis” is described as “low.” This reality has existed since 2001 with participants and decision makers following this direction since that time.

[1581] Mr. Van Dolah and Mr. Van Tassel emphasized that their main way of managing to take into account impacts to treaty rights was to have First Nations, including Blueberry, note the values that are culturally important to them, identify them in a site-specific way, and propose ways to mitigate impacts on those values. Once identified, the Ministry of Forests would seek to have potential impacts to those values mitigated. This may mean, for example, having participants alter the boundaries of their proposed cutblocks or set up buffers around traplines or cabins. Mr. Van Dolah said he tries to use his powers of persuasion with participants to encourage them to apply the mitigation measures First Nations propose, but those suggestions are not binding.

[1582] Mr. Van Tassel testified that he has never not issued a cutting permit on the basis of concerns about impacts on treaty rights. While he said this was because of mitigation measures put in place, so it has never arisen, that is belied by the previous injunction applications to stop harvest in cutblocks, and indeed by this lawsuit which says that impacts to treaty rights have not been mitigated.

[1583] Mr. Van Dolah acknowledged that harvest was concentrating in the core area and the Ministry of Forests had asked participants to move to the periphery, but they had not done so. While he and his staff had prepared the data package for the Chief Forester and made a recommendation to the Chief Forester with respect to

this via that data package, he agreed that he could not turn down harvest authorizations because of overharvesting based on concentration.

[1584] What is required is a change in the Sustainable Forest Management Plan and Forest Operations Schedule with more precise partitions for particular landscape units. Mr. Van Tassel indicated that there are no specific harvesting partitions identified within the Sustainable Forest Management Plan by landscape units. He indicated the Ministry of Forests had requested an amendment to the timber harvesting strategies within the Sustainable Forest Management Plan to be consistent with the partition. Those amendments are still outstanding.

[1585] Fundamentally however, as the Fort St. John Land and Resource Management Plan designates the Blueberry area as an enhanced resource development zone, until this is changed it is difficult to see how Blueberry treaty rights have been or will be protected. The present Sustainable Forest Management Plan # 3 established in 2018 is premised on the existing Land Resource Management Plan which has a number of areas in Blueberry territory that continue to be designed as high-intensity development. The term of the Plan is six years and the conditions associated with the Plan have yet to be implemented.

[1586] While it would be helpful for the parties to continue in a collaborative process to change forestry practices for the better, the implementation of legal tools that take into account Blueberry's treaty rights in the Blueberry Claim Area, and that have legal effect, is critical.

## **E. Cumulative Effects Framework**

[1587] The Province defines cumulative effects as changes to environmental, social and economic values caused by the combined impact of past, present and potential future human activities and natural processes. The Province says it recognizes the need for a cohesive and coordinated approach to assessing cumulative effects and a systemic way of managing for cumulative effects. However, as the evidence from the last approximately ten years has shown, the Province has been slow to produce the tools decision-makers need and has been hindered by a fragmented regulatory framework.

[1588] Dr. Jennifer Psyllakis, the Director of the Wildlife and Habitat Branch within the Ministry of Forests testified about the Province's efforts to assess and manage cumulative effects. From 2014 to 2016, Dr. Psyllakis was the Manager of Land and Resource Use and was responsible for developing and overseeing policies and procedures for considering cumulative effects.

### **1. History of the Province's Consideration of Cumulative Effects**

[1589] Dr. Psyllakis suggested that the Province first started considering cumulative effects (though not using that term) in the 1970s and referred to the *Report of the Royal Commission on Forest Resources* by Commissioner Peter Pearce. In 1992, the provincial Commission on Resources and Environment (also referred to as CORE) was established which led to the development and implementation of land use plans. Land use plans contain values that are important to British Columbians, and that can serve as a basis for balancing economic and environmental objectives and managing cumulative effects.

[1590] In the mid 2000s, the Forest Practices Board began having growing concerns about the cumulative effects of resource use on the BC land base. While in the past, forestry was the major activity to consider, that was no longer the case. In many parts of the province, forestry was but one of many human activities affecting the land – activities that were not regulated under the *Forest and Range Practices Act*.

[1591] In 2008, the Forest Practices Board began to investigate the issue, and undertook a cumulative effects assessment case study in the Kiskatinaw River watershed, looking specifically at the effects of resource development on drinking water, soil, and caribou habitat. This is an area in the southeast of the Blueberry Claim Area.

[1592] In March of 2011, the Forest Practices Board released its special report entitled *Cumulative Effects: From Assessment Towards Management*. The Board noted that cumulative effects assessments were only done for major projects, such as mines and pipelines. It concluded that, under the land management processes then in place, there was no requirement to assess the cumulative effects of the “myriad of minor activities that are continually authorized on the land” and that “[t]he

cumulative effect of natural resource development remains largely unknown and unmanaged.”

[1593] The Board noted that there were methods for assessing these effects but, to the extent that there is an issue, there was “no one to tell – there is no decision maker in the context of cumulative effects.”

[1594] As previously noted, Dr. Holt, was a member of the Forest Practices Board from 2008 to 2014, and also served as its Vice Chair from 2012 to 2014. She testified about what the Board meant by saying there is “no one to tell”:

A: ...what they're suggesting is that you should do a broad scale strategic assessment for an area and look at all of those things together and then come up with recommendations about what to do about cumulative effects.

But they're pointing out at the end of that paragraph that you could do that work, it's actually quite simple to do, but the way the Province is structured there is nobody that is in charge of making a decision at that scale.

So the Province is still organized into silos of people who make different decisions; one person authorizes a cutblock and one person authorizes a well site. They're not – they're not together making – looking at the whole. So they're pointing out that even if you had a really good management and analysis system, there's nobody who would take the results of that and make a decision based on that information.

Q: You mean a decision in respect of development of the land?

A: That's right. There's nobody tasked with looking at the output from a broad scale cumulative effects analysis and deciding whether the next well or the next road or the next cutblock crosses some kind of line. That's not how decision – decision-makers do their job in British Columbia.

[1595] The Forest Practices Board proposed a potential solution: embed and appropriately use cumulative effects assessment methods in a land management framework that is designed to meet the objectives society has for values on the land. Dr. Holt noted that the cumulative effects assessments and analyses are relatively straightforward, but that what is lacking is a decision-making structure: “we haven't got a management system that sets the limits and then responds to them in a management decision-making way.”

[1596] The Board recognized that deciding what people value is a social and political process, but that determining how those values are affected by human activities should be a scientific process. It also recognized that is difficult to examine the effects of activities on human values, and that indicators representing those

values would likely be necessary. In order for those indicators to be useful, the cumulative effects assessment and land management framework would need specific and measurable objectives, and would need to include the notion of limits.

## **2. Work on Development of the Cumulative Effects Framework**

[1597] In or around 2010 the Province began working on the development of a cumulative effects framework. In particular, in April 2012, associate deputy ministers in the Ministry of Environment and Ministry of Forests signed off on a charter which provided direction for a project to develop a cumulative effects assessment framework for natural resource decision-making. The rationale for needing a cumulative effects assessment framework was noted as follows:

The province of British Columbia continues to experience growth in many natural resource sectors, sometimes overlapping and requiring the same land base and resources. Activities and management practices that may have very little impact individually, can accumulate over time and across different sectors on the land base to have unintended outcomes on economic, social and environmental values of importance to British Columbians. As levels of development increase, there is increasing recognition of the need to assess and manage the potential cumulative effects of development in a manner that provides more reliable information and predictability, and facilitates quality proposals and timely, durable decisions.

[1598] One of the factors that created an impetus for developing a framework for assessing and managing cumulative effects was that First Nations were increasingly requesting that government consider the cumulative effects of development on their Aboriginal and treaty rights. Blueberry was one such First Nation writing in a March 19, 2012 letter to the Oil and Gas Commissioner that the Oil and Gas Commission has “stubbornly refused” to examine the associated cumulative effects of specific projects, and saying there was an urgent need for ongoing monitoring, assessment, and management of cumulative effects; suggesting this was being pushed past a tipping point.

[1599] The charter made specific reference to the Court of Appeal's decision in *West Moberly 2011*, which confirmed that cumulative effects are not beyond the scope of consultation. The charter also noted the need for a common definition of cumulative effects and a common approach to the assessment and management of cumulative effects across the natural resource sector in BC.



[1600] In 2013 and 2014, the Province undertook some trials or pilot projects on a regional level to learn about the assessment of cumulative effects. One such trial took place in northeastern BC, in the South Peace region. During this time the Province was also engaging with the public, First Nations, stakeholders, and academics broadly on the development of the cumulative effects framework, including on identifying provincial and regional values, on cumulative effects assessments, management of cumulative effects, and discussing some of the proposed solutions.

**a) Auditor General's 2015 Report**

[1601] Between November 2013 and July 2014, the Auditor General conducted an audit of the Ministry of Forests' progress on cumulative effects assessment and management. In May 2015, the Auditor General released a report entitled *Managing the Cumulative Effects of Natural Resource Development in B.C.*. The Auditor General's conclusions on how the Province was doing on cumulative effects assessment and management were stark:

- a) government had not provided the Ministry of Forests with clear direction or powers necessary to manage cumulative effects when deciding on natural resource use;
- b) the Ministry of Forests was not effectively considering or addressing cumulative effects in its decision-making, as demonstrated by activity in northwest BC; and,
- c) the Ministry of Forests was working to improve cumulative effects management by developing an assessment framework, but how government and natural resource ministries would use it to inform and support development decisions was not clear.

[1602] The Auditor General went on to state this was concerning because if the assessments are to be of value, they must inform and support decisions about if and how development should proceed.

[1603] In looking at the work done on cumulative effects at that time, the Auditor General noted that "[a]lthough *values* (factors identified as important to manage) have been established to guide natural resource management, these values [were]

potentially dated or incomplete” and that “few ‘*thresholds*’ (levels at which values might be at risk and in need of appropriate management responses) [were] in place” (emphasis in original).

[1604] The Auditor General noted that the Ministry of Forests expected to complete province-wide implementation of a cumulative effects framework by 2021. This lengthy timeframe for full implementation meant that, in the interim, decisions about natural resource development would continue to be made without fully understanding the implications for values that are important to the province’s well-being.

[1605] The Province responded to the Auditor General’s report. It noted that its cumulative effects policy would have province-wide implementation by April 2016, not 2021 as the Auditor General suggested. It also pointed to a range of other tools, including statutes, land use designations, practice requirements to limit or mitigate impacts, the BC Oil and Gas Commission’s Area Based Analysis, and the Environmental Assessment Office’s requirement that proponents complete project-scale cumulative effect assessments as various ways the Province was already managing cumulative effects.

[1606] In response to the Auditor General’s recommendation that the natural resource ministries and agencies be assigned clear roles and responsibilities for managing the cumulative effects of development activities on the land base, the Province noted that it had already established the Natural Resources Board, made up of deputy ministers from each natural resource sector agency and the Deputy Commissioner from the BC Oil and Gas Commission to oversee the full range of natural resource activities.

[1607] The Ministry of Forests also offered specific responses to the recommendations made by the Auditor General. In particular, it noted:

- a) it would be completing assessments for the first suite of values (forest biodiversity, aquatic ecosystems, grizzly bear, and moose) by summer to mid-fall 2015; and,
- b) it would be reviewing the cumulative effects assessment results and may develop recommendations to support operational-level decisions,

strategic-level decisions, and impact assessments for Aboriginal and treaty rights.

**b) Cumulative Effects Interim Policy for the Natural Resource Sector**

[1608] In November 2016, the Natural Resource Board “approved for implementation” the *Cumulative Effects Framework Interim Policy for the Natural Resource Sector* (this document has been referred to in these proceedings as “the Cumulative Effects Framework” or simply “the Framework”). “Implementation,” in this context, must be understood broadly. This did not mean that natural resource decision makers now had the information and tools necessary to take into account cumulative effects when making decisions about particular projects or resource uses. Instead, “implementation” meant the work of conducting assessments of the status of the identified provincial values and developing a management framework began.

[1609] Dr. Psyllakis was the responsible manager for the development and finalization of the Framework. She described the steps involved in conducting a cumulative effects assessment under the Framework as follows.

[1610] First, identify “values.” Values are recognized as being important to British Columbians, and also being sensitive to cumulative effects. Dr. Psyllakis testified that the Province had selected certain values for which assessments would be done. These values are:

- a) forest biodiversity;
- b) aquatic ecosystems;
- c) grizzly bear; and,
- d) moose.

[1611] She testified that the selection of values had taken into account Aboriginal and treaty rights associated with hunting, trapping and fishing. It was believed that selecting forest biodiversity as a value would help inform opportunities for trapping, because many fur-bearing species are associated with an assessment of forest biodiversity. Aquatic ecosystems was selected as a value because it was believed this would provide context to assess the condition of and risks to fish resources.

Moose and grizzly bears were selected as values because they were consistently identified throughout BC as a highly valued species for Indigenous people. The Framework also allows for additional regional values. For northeast BC, an additional value of peaceful enjoyment has been identified.

[1612] Second, develop an assessment protocol. This involves collecting information about the value, identifying indicators and benchmarks for each component, defining the assessment unit, and setting out assumptions and uncertainties.

[1613] Third, assess the current condition of the value. This involves considering the trends. For example, is the population of grizzly bears or moose improving or declining? What might their future condition be? It also involves setting out expected outcomes and desired conditions, considering if the current management approach is sufficient, and validating the information collected.

[1614] The fourth step is to produce a current conditions report for each value that makes recommendations on how the information contained in the report can be incorporated into natural resource management systems and decision-making.

### **3. Conclusions with respect to the Province's Cumulative Effects Framework**

[1615] Blueberry has argued that the Framework has not changed the Province's approach to considering or managing cumulative impacts. First, it says that the Province has not truly implemented the Framework, in that assessments are still to be completed and management mechanisms are not in place. Second, it says that the Framework does not implement any limits on development, and therefore continues to manage based on existing legislation and policies.

#### **a) Lack of Cumulative Effects Assessments**

[1616] The Framework states that available cumulative effects assessments should be considered by government decision-makers when reviewing applications for the use of land and natural resources that could affect those values. The assessment reports are intended to be a foundational source of information. The Province noted in response to the Auditor General's report that the first suite of assessments for

forest biodiversity (old forests and seral stage distribution), aquatic ecosystems, grizzly bear and moose were scheduled for completion by summer to mid-fall 2015.

[1617] The problem is that as of the summer of 2020, only one such assessment had been completed – for grizzly bears. The reports for forest biodiversity, aquatic ecosystems, and moose were, in 2020, still under development. Dr. Holt testified that, in or around 2011, she had been involved in making recommendations regarding how to do an assessment of cumulative impacts on old growth. She had expected the assessment for old growth would have been released shortly thereafter. Instead, she saw multiple drafts of that assessment, but to her knowledge it was not finalized or released.

[1618] In addition, the one assessment that is available is difficult to use in decision-making. As indicated in the decision of the Deputy Chief Forester setting the annual allowable cut for the Fort Nelson Timber Supply Area, there was no guidance as to how to use the information contained in the grizzly bear assessment when making forestry decisions. He wrote: “it is difficult to extrapolate from this information potential implications to timber supply...”

#### **b) Lack of Thresholds and No New Legal Requirements**

[1619] Blueberry’s more substantive complaint is that the Cumulative Effects Framework is fundamentally flawed as it does not set thresholds, alter existing decision-making processes, or create any new legal requirements.

[1620] Over the years, Blueberry has criticized the Province for not having a way to determine the acceptable “threshold” for development, or whether development has exceeded a “tipping point.” This was one of the reasons Blueberry hired Dr. Holt to prepare a Land Stewardship Framework. Dr. Holt testified as follows:

... to do effective Cumulative Effects Assessment and manage you have to model the value and then understand where the thresholds are, when are you going to start to be concerned.

So people use the word thresholds in different ways, but... a threshold is a line beyond which you’re going to be concerned about the status of that value.

And the British Columbia framework has not clearly identified those so we don’t have a system that is set up to effectively manage and find places where we’re concerned against going beyond this point.

And so the Land Stewardship Framework suggests a strong need to do that work to put those things in place and so you know how well your land base is doing.

[1621] The Framework does not refer to or set out “thresholds.” Instead it refers to “components,” “benchmarks,” “indicators,” and “objectives.”

[1622] Dr. Psyllakis explained that, in the context of the Framework, an objective is the desired outcome or condition of the value.

[1623] Notably, the Framework does not establish or change any of the objectives that government has in place. Any changes to the objectives would be done through legislation, regulation, policy, or land use plans. Dr. Psyllakis confirmed this in cross-examination:

Q: The Cumulative Effects Framework hadn't at that time [in May 2014] established any thresholds for acceptable change, had it?

A: No, it never does.

[1624] Nor does an objective prescribe what should occur in order to ensure it is met. The Cumulative Effects Framework states that if objectives are not being achieved, or if conditions are approaching a level where further development could put their achievement at risk, the management goal is to “enhance consistent and coordinated responses” to meet the objective.

[1625] The fact that the Framework has not altered legal requirements was confirmed in correspondence regarding the Framework from the Oil and Gas Commission and from the Ministry of Forests.

[1626] In February 2017, the Commissioner and Chief Executive Officer of the Oil and Gas Commission, Paul Jeakins, wrote to all staff about the Province's Cumulative Effects Framework. He noted that the Framework supports and strengthens integrated resource management and defined the government's approach to considering cumulative effects in natural resource decision-making. Importantly, he noted that the Framework did not create any new legal requirements:

The CEF Interim Policy [i.e., Framework] does not provide new or alter existing statutory decision making for legislated authorities. It also does not create new legal requirements. The extent to which cumulative effects can be taken into account in decision-making ultimately varies depending upon

the existing legislative framework for each decision. The CEF builds on the existing Provincial Government's Natural Resource Sector approach to managing multiple values on the land base and complements existing tools and processes such as land use plans, Forest and Range Evaluation Program monitoring, Multiple Resource Value Assessments, resource inventories, the Commission's Area-based Analysis and the Environmental Assessment Office's project-scale cumulative effects assessments. ...

[1627] In July of 2017, the Northeast Region's Regional Executive Director for the Ministry of Forests, Karrilyn Vince, wrote to her staff about the Framework. She indicated it was her expectation that all departments should be turning their minds to how cumulative effects considerations could fit within their "existing decision legal/policy frameworks" and assessing what tools and information will be required.

[1628] It is clear from the above, that the Cumulative Effects Framework and the guidance provided about it did not result in a paradigm shift in the way the Province was taking into account cumulative effects. It was largely business as usual, as applicable legislation and policy remained unchanged.

[1629] Ms. Vince also noted that in the northeast region there were "high expectations and time pressures" to demonstrate the management of cumulative effects, but that implementation of the Framework and "full integration into management" was anticipated "to take years to achieve." The notion that it would take years to see full integration of the Framework was shared by Dr. Psyllakis in 2020.

[1630] This again demonstrates the problem of persistent delay that threads many of the Province's actions and initiatives.

## **F. Wildlife Management**

### **1. Land Designations**

[1631] Land use designations are one of the primary tools the Province uses to manage and protect wildlife and their habitat. The Province makes these designations under a variety of legislative instruments, including the *Forest and Range Practices Act* and the *Oil and Gas Activities Act*. Designation is generally intended to curtail or prevent certain types of development within the subject area.

[1632] These designations are also incorporated into various provincial decision-making steps, including:

- a) the Ministry of Energy and Mines' Critical Information Analysis at the oil and gas tenuring stage;
- b) the Oil and Gas Commission's and Area-Based Analysis at the oil and gas permitting stage; and,
- c) the Ministry of Forests stand-level permitting process.

[1633] The designations listed below are spatially designated – that is, designations are given to a specific unit of land at the behest of the Minister, rather than being created by a statutory definition of their features. For example, an Old Growth Management Area is not simply any area with a certain set of defined old-growth forest features, but rather a specific tract of land designated as such by a minister.

**a) Ungulate Winter Ranges and Wildlife Habitat Areas**

[1634] The Province may designate Wildlife Habitat Areas and Ungulate Winter Ranges under either the *Forest and Range Practices Act* (forestry) or the *Oil and Gas Activities Act* (oil and gas).

[1635] Ungulate Winter Ranges are designed to protect winter habitat for various ungulates. The availability of suitable winter habitat is a limiting factor for caribou and moose. Wildlife Habitat Areas are likewise designed to protect critical habitat for the listed species.

[1636] There are two types of Wildlife Habitat Area and Ungulate Winter Range designations:

- a) No Harvest: If designated under the *Forest and Range Practices Act*, this designation prohibits removal of forest cover or construction of roads or trails, though exemptions are available. If designated under the *Oil and Gas Activities Act*, operating areas are prohibited unless they will not have a “material adverse effect” (which test is described under the Oil & Gas segment of this judgment).
- b) Conditional Harvest: If designated under the *Forest and Range Practices Act*, some harvesting is allowed depending on area-specific general



wildlife measures; the Province may grant exemptions. If designated under the *Oil and Gas Activities Act*, activities are subject to the “material adverse effect” test just as in No Harvest zones.

[1637] Regardless of whether an Ungulate Winter Range or Wildlife Habitat Area was designated under the *Oil and Gas Activities Act*, the Oil and Gas Commission does consider the designation as part of its permitting process.

[1638] A final important distinction: though an Ungulate Winter Range can be designated for a broad array of ungulates (including moose), Wildlife Habitat Areas are restricted to species at risk or species designated as “regionally important wildlife.” Moose do not fall under this designation.

#### **b) Old Growth Management Areas**

[1639] As the name suggests, Old Growth Management Areas are designated areas designed to protect old growth forest. This habitat is important to a number of species, including ungulates like caribou and moose as well as furbearers like marten and fisher. Old Growth Management Areas may be designated under the *Forest and Range Practices Act* or the *Oil and Gas Activities Act*:

- a) If designated under the *Oil and Gas Activities Act*, operating areas are only allowed where they pass the no “material adverse effect” test with respect to old growth forest within the Old Growth Management Area. The Ministry of Forests has provided guidance that, for oil and gas activity in an Old Growth Management Area, “material adverse effect” should be interpreted as a 5% total disturbance for large Old Growth Management Areas and 10% total disturbance for small ones (i.e. those less than 100 ha). As such, provided an activity does not cause the total threshold of 5 or 10% disturbance to be exceeded, it will not be considered to have a “material adverse effect.”
- b) If designated under the *Forest and Range Practices Act*, major licensees may undertake forest harvesting or road construction depending on the licensee’s Forest Stewardship Plan, though timber must generally be retained with only minor exceptions. The Province may grant exemptions.

[1640] Old Growth Management Areas may include “recruitment areas” which do not currently meet the old growth criteria (which varies from 80 to 120 years old based on the stand type).

[1641] Finally, Old Growth Management Areas are intended as “rotating reserves,” rather than strictly protected areas. Mr. Van Dolah noted they are harvested on roughly an 80-year cycle, at which point they are replaced with another Old Growth Management Area. In other words, the Old Growth Management Area will be rotated out at some point in time and no longer have the protection.

#### **c) Resource Review Areas**

[1642] Resource Review Areas may be designated under the *Petroleum and Natural Gas Act*, R.S.B.C. 1996, c. 361. Designation results in no special constraints for forestry activities. For oil and gas, no new tenures may be issued inside of a Resource Review Area. However, this only precludes drilling or well operation; the Oil and Gas Commission may still permit other oil and gas-related surface activities. Further, they may only be designated in areas where tenures have not already been granted.

#### **d) Provincial Parks**

[1643] Where an area has been designated as a Class A Provincial Park under the *Parks Act*, R.S.B.C. 1996, c. 344:

- a) forest harvesting and road or trail construction are prohibited;
- b) oil and gas activities may be authorized if activities cause no surface disturbance, although research permits may be authorized; and,
- c) mining, renewable energy and recreational development are all prohibited, subject to the exception for research permits.

[1644] Motorized recreational activity, however, is allowed.

#### **e) Ecological Reserves**

[1645] Ecological Reserves may be designated under the *Ecological Reserve Act*, R.S.B.C. 1996, c. 103. They afford a significant level of protection, prohibiting essentially all industrial activity.

#### **f) Efficacy of Designated Areas**

[1646] As noted above, these designated areas are ostensibly intended to restrict development in critical wildlife habitat. The Province repeatedly referred to them as “protected areas.” In discussing caribou habitat, they noted that “there are... significant protections that prevent future disturbance,” before listing the various parks, Ungulate Winter Ranges, Wildlife Habitat Areas, and Resource Review Areas which overlap with caribou territory.

[1647] However, as described above, the Province actually permits development, at least to some degree, in *all* of these designated “protected” areas. These designations may reduce industrial disturbance, but they do not necessarily *prevent* it.

[1648] In an Old Growth Management Area, oil and gas activity is permitted to disturb 5–10% of the land base, depending on the size of the area. This interpretation of the “material adverse effects” test by the Ministry of Forests makes no provision for the actual effect of the activity, but only for its spatial disturbance or physical footprint. A Resource Review Area only prevents the future granting of tenure, but does not prevent the building of roads or pipelines (i.e. activities that do not require a tenure but only a permit).

[1649] In fact, even where an industrial activity is only permitted by specific exemption, development continues. In a 2017 federal-provincial report, it was determined that 206 forest harvesting authorizations, representing over 16,500 hectares of land, were handed out inside of *Forest and Range Practices Act* designated “No Harvest” Ungulate Winter Ranges in the Narraway/Pine River/Quintette Local Population Units.

[1650] In many cases, the issue lies in the range of discretion afforded to decision-makers. Where development is prohibited, it is always prohibited “with exceptions,” which may be somewhat unclear. Consider the *Forest and Range Practices Act* Ungulate Winter Range and Wildlife Habitat Area “No Harvest” designations, which prohibit the construction of forestry roads except where it is “not practicable” to avoid constructing them. Where designated under the *Oil and Gas Activities Act*, some oil and gas drilling is still allowed.

[1651] Further, these tools apply differently to various industries depending on which enactment they were designated under – consider Ungulate Winter Ranges, Wildlife Habitat Areas and Old Growth Management Areas, as detailed above, which can be designated under either the *Forest and Range Practices Act* or the *Oil and Gas Activities Act*. Unless they are designated under both enactments, they may, for example, control forestry activity but not oil and gas activity.

[1652] There are further issues with the limited application of some of these designations. As noted, Wildlife Habitat Areas may only be designated for species at risk or “regionally important wildlife.” In Mr. Curry’s testimony, he noted that moose – a key species for Blueberry – do not fall under either of these designations, and as such, no Wildlife Habitat Area can be designated to protect them.

[1653] Most importantly, however, there are almost none of these designated areas in the Blueberry Claim Area.

[1654] As noted above, the designations listed here are spatially defined; for example, not all “old growth” areas are Old Growth Management Areas. The evidence shows that very little of the Blueberry Claim Area falls within one of these protected zones. The 2016 Atlas calculates that only 1% of the Blueberry Claim Area is protected by parks, ecological reserves, or protected areas, compared to an approximate 15% provincial average (as of 2017).

[1655] There are very few Ungulate Winter Ranges or Wildlife Habitat Areas in the Blueberry Claim Area generally, and none in the water management basins surrounding the Blueberry reserve. There are no Ungulate Winter Ranges or Wildlife Habitat Areas for moose in the Fort St. John Timber Supply Area (i.e., north of the Peace River). There is a single Ungulate Winter Range south of the Peace River that falls within the Blueberry Claim Area (in the Dawson Creek Timber Supply Area), which includes moose. There are some Ungulate Winter Ranges and Wildlife Habitat Areas for caribou that overlap the Blueberry Claim Area; however, they appear mostly at the margins of the territory. Further, provincial policy is to limit the total restriction on harvesting arising from Wildlife Habitat Areas and Ungulate Winter Ranges to 1% of the provincial land base for forest and range activities.

[1656] There are no Old Growth Management Areas in the Fort St. John Timber Supply Area. There are some in the Dawson Creek Timber Supply Area which overlaps with the Blueberry Claim Area in the south, however, these areas are relatively far from the core of the Plaintiffs' territory. In addition, as mentioned above, not all of an Old Growth Management Area is necessarily "old forest" habitat; significant portions may be "recruitment" habitat (i.e., young forest), and some may even be un-forested.

[1657] There are approximately 233,800 hectares of Resource Review Areas in the Blueberry Claim Area. A small amount (9,560 hectares) of these have been established based on Treaty Land Entitlements identified by Blueberry. More have been designated based on agreements with other Treaty 8 First Nations, or to protect caribou habitat. However, as mentioned, these areas exclusively protect against drilling and well operation by oil and gas proponents; forestry and non-tenure-related oil and gas activities may still occur.

[1658] Class A Park designations likely provide the largest degree of protection, as this designation is supposed to prohibit essentially all industrial activity. However, as noted above:

- a) very little of the Blueberry Claim Area is protected by such a designation; and,
- b) the Province still permits some industrial development to occur inside of these parks.

[1659] In 2017, the Province commissioned a review of the various statutory tools for the protection of Southern Mountain Caribou, specifically looking for the strengths and weaknesses of each tool. The resulting report, entitled "A Review of Provincial Statutory Tools for Protecting Southern Mountain Caribou" was co-authored by Dr. Holt, who testified as a fact witness and explained the report at trial. The report rated the likely efficacy of each tool based on empirical data; with respect to those listed above, the ratings were as follows:

- a) Ecological Reserves: High, given the strong rules and good history of application;

- b) Class A Provincial Parks: Moderate to high, given strong rules (though the report notes that 10,299 ha of oil and gas activity had still been authorized in class A parks in the Narraway/Pine River/Quintette Local Population Unit study area);
- c) Protected Areas: Moderate, due to generally strong rules, excepting the allowance of motorized recreation and linear disturbances;
- d) Wildlife Habitat Areas and Ungulate Winter Ranges: Low to low/moderate (depending on whether a Conditional Harvest or No Harvest designation), given the high number of documented incursions into these zones as allowed by the “if practicable” and “material adverse effects” tests. The low rating is also a result of the limited subset of industrial activities to which these designations apply;
- e) Old Growth Management Areas: Low, as they apply only to forestry, oil and gas activity (and not other industrial activity), and because they allow discretionary destruction of habitat; and,
- f) Resource Review Areas: Moderate to high, as they have the potential to limit future expansion of oil and gas tenure.

[1660] Although the report was authored with respect to southern mountain caribou, the critique of the various statutory tools was quite general, as it considered primarily the extent of development and room for discretion allowed by each tool. Dr. Holt discussed the report in her capacity as a factual witness. She noted that some of the largest “gaps” were in Ungulate Winter Ranges, Wildlife Habitat Areas, and Old Growth Management Areas.

[1661] As noted earlier, Dr. Holt did not testify as an expert and did not provide opinion evidence; both the report and her testimony were used only for the facts they contained (for example, empirical data on how much development had been allowed inside various designated areas). However, these facts are useful in assessing the efficacy of these land designations, both individually and as a whole.

[1662] Ultimately, the Province was unable to demonstrate effective tools existed to protect wildlife in the Blueberry Claim Area. Critically, a few of these legally designated protections exist in the Blueberry Claim Area, and many of the tools only limit and do not prevent industrial activity.

## **2. Stewardship Programs**

[1663] In addition to designated areas, there are a couple of species-specific stewardship programs relevant to the Blueberry Claim Area.

### **a) Boreal Caribou Recovery Implementation Plan**

[1664] There have been two versions of the Boreal Caribou Recovery Implementation Plan: one in 2011, and one in 2017, which has yet to be finalized (“2017 Draft Boreal Caribou Recovery Implementation Plan”). Mr. Pasztor, who testified at trial, co-authored the 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan.

[1665] Implementation plans are designed to meet the Province’s obligations to manage or recover species at risk under the *Accord for the Protection of Species at Risk in Canada* and the *Canada-British Columbia Agreement on Species at Risk*. Although they contain what the Province considers to be the best available science, the measures contained therein represent a compromise between science and economics.

[1666] The overarching population goals for the 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan were to decrease the expected rate of decline in the Boreal Caribou population, and to significantly reduce the risk of Boreal Caribou extirpation in several ranges, including the Chinchaga, within 50 years.

[1667] Specific objectives for the specified ranges (including the Chinchaga) included:

- a) protecting sufficient habitat in the designated ranges to provide recovery opportunities within 50 years;
- b) undertaking restoration activities in several ranges, including Chinchaga;
- c) managing the size of the industrial footprint by protecting habitat and requiring practices which minimize surface disturbance;
- d) mitigating effects of industrial disturbance through predator control and fire suppression; and,

- e) monitoring the effectiveness of these management measures and modifying them accordingly.

[1668] The 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan aimed to “maximize conservation efforts to benefit Boreal Caribou...while providing resource development opportunities.”

[1669] In 2017, after roughly two years of engagement around revisions to the 2011 Plan, the Province made public its 2017 Draft Boreal Caribou Recovery Implementation Plan. It contained a number of changes compared to the 2011 version, including more specific objectives regarding forestry and oil and gas development. Some of those objectives included:

- a) establishing a target of less than 6% early seral habitat in each Boreal Caribou range;
- b) prohibiting road building and forest harvesting in 15 of the 16 identified “core” areas, with the exception being the Chinchaga Range’s Milligan Core, where these activities would “be maintained” under current management practices;
- c) prohibiting the creation of new early seral forest in core ranges (with possible exceptions);
- d) requiring a net decrease in the density of linear features in core areas using habitat offsets (set at an initial 4:1 offset-to-development ratio). The initial targeted linear density was 2 km per km<sup>2</sup>, excluding low-impact seismic lines;
- e) replacing existing Resource Review Areas with “better aligned RRAs over untenured portions of caribou core areas”; and,
- f) predator and wildlife management strategies.

[1670] The 2017 Draft Boreal Caribou Recovery Implementation Plan also contained slightly more ambitious population and habitat goals, namely: to maintain a positive habitat trend across each Boreal Caribou range, and to stabilize and achieve viable populations across each Boreal Caribou range.



[1671] Despite these efforts, the Ministry of Environment has not yet finalized or adopted the plan.

[1672] The Province implemented some changes to the 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan due to concerns raised by Treaty 8 First Nations, including Blueberry. For example, Mr. Pasztor testified that in 2015, the Province expanded the existing Resource Review Areas from approximately 550,000 hectares to roughly 1,000,000 hectares in the specified Boreal Caribou ranges, and “initiate[d] a process to amend the existing legal designations,” including Ungulate Winter Ranges and Wildlife Habitat Areas, to “make improvements and protect additional habitat.”

**b) Efficacy of the Boreal Caribou Recovery Implementation Plan**

[1673] When the 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan was published, it was estimated there were roughly 1,300 Boreal Caribou remaining in northeastern BC. The 2017 Draft Boreal Caribou Recovery Implementation Plan estimated the population at a “minimum” of 728 individuals, despite measures taken in the interim, including the designation of Ungulate Winter Ranges and Wildlife Habitat Areas per the 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan.

[1674] At the time the 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan was implemented, over 75% of the Boreal Caribou range was already tenured and being developed for petroleum and natural gas. The 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan accepts a maximum disturbance threshold of 61%, above which point Boreal Caribou populations are expected to decline. It goes on to state:

Given this, and not accounting for future petroleum and natural gas activities planned within the Boreal Caribou range, the population is likely to continue to decline.

[1675] The 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan cited studies noting that even a “full moratorium” on oil and gas development would not be enough to halt the decline. However, germane to this case, modelling contained in the report did note that a full moratorium on development would reduce the probability of extirpation (within 50 years) for the Chinchaga to only 2.8%. As justification for failing to proceed with such a moratorium, the 2011 Boreal Caribou Recovery

Implementation Plan cites the “important and significant revenue stream” flowing from petroleum and natural gas development.

[1676] Mr. Pasztor, the co-author of the 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan, acknowledged in a briefing note dated November 20, 2013 that the plan “allows for the destruction of critical habitat in excess of what is required to support caribou recovery under the federal recovery strategy.” At trial, he noted that the federal strategy was based purely on science, whereas the provincial strategy was based on a combination of science and socio-economic interests.

[1677] The Province deemed habitat restoration an “essential” activity in the 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan, originally targeted to begin in the fall of 2011. However, no evidence has been presented that this restoration has been carried out. Mr. Pasztor could not say whether it has ever occurred, and the funding has only recently been made available.

[1678] The updated 2017 Draft Boreal Caribou Recovery Implementation Plan has further potential efficacy issues, despite an array of revisions.

[1679] The plan proposes to establish “temporary” Resource Review Areas only over “untended portions of Boreal Caribou core areas,” which would defer tenure sales in these cores for a “specified length of time” while other strategies are developed. However, as mentioned above, even at the time of the 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan, over 75% of the broader Boreal Caribou range was already tenured, limiting the application of these Resource Review Areas. Further, Resource Review Areas themselves only protect against drilling and well-based activities, but do not protect against surface-disturbance-only activities.

[1680] This 2017 Caribou Recovery Plan specifically targeted linear disturbances and early seral habitat (created by both natural and industrial disturbance) as critical habitat risks for Boreal Caribou. However, the plan’s proposed target of 2 km of linear density per km<sup>2</sup> is in excess of their own cited evidence on the subject. The 2017 Draft Boreal Caribou Recovery Implementation Plan notes that linear densities in excess of 1.2 km per km<sup>2</sup> put Boreal Caribou at risk of decline, and that a density of 1 km per km<sup>2</sup> is required for stable or increasing populations.

[1681] Further, the plan purports to achieve a net decrease in linear density using habitat restoration offsets, i.e., by restoring previously disturbed areas in exchange for allowing new disturbance. However, as the Plaintiffs note, the efficacy of this strategy may be limited by the significant time it takes for restoration efforts to achieve their desired effect. As the 2017 Draft Boreal Caribou Recovery Implementation Plan acknowledges, it may take 35 to 100 years (for upland and lowland habitat, respectively) for linear disturbances to be fully restored. Moreover, restoration activities apparently have yet to begin; in the meantime, the Province continues to permit forestry and oil and gas development in Boreal Caribou ranges, even in designated Ungulate Winter Ranges and Wildlife Habitat Areas.

[1682] More specific to the Plaintiffs, whose territory overlaps with the Chinchaga range, the 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan and 2017 Draft Boreal Caribou Recovery Implementation Plan both authorize continued forestry activities in the Chinchaga's Milligan Core. The plan authorizes this despite the fact that – per Mr. Simpson's testimony – forestry has a "very significant impact on habitat" which "makes it virtually unusable for caribou."

[1683] While I make no final conclusions on this point, the Province has not demonstrated that its caribou-specific stewardship plans provide effective protection for these caribou populations in the Blueberry Claim Area.

**c) The Peace-Liard Moose Management Plan and RSEA  
Moose Working Group**

[1684] The Province has developed a province-wide Cumulative Effects Framework Interim Assessment Protocol for moose in British Columbia, which describes general strategies the Province will use to conserve moose values. This interim protocol notes that moose are a "high-value resource," and further states:

Moose are a wide-ranging species, and they depend upon multiple, well-connected and functioning habitat with properly functioning ecosystem processes. As such, moose are susceptible to cumulative impacts on their habitat and their populations from extensive land use activities and disturbances. As a species that can tolerate, and may even benefit from, some human activities on the landscape, moose-human interactions are common and complex.

[1685] In 2013, the Province began work on the Peace-Liard Moose Management Plan to implement the provincial framework regionally in northeastern BC. The

purpose of the plan was to support the sustainable management of moose in the Northeast Region and to ensure the priority right of Treaty 8 and First Nations are maintained with respect to moose.

[1686] In 2016, the (former) Director of Resource Management at the Ministry of Forests, Mr. Addison, noted that the Peace-Liard Moose Management Plan was not an “operational level plan” but rather “a larger framework that will lead out to a multi-faceted approach to enhancing our documented knowledge and management for moose in the Peace-Liard area.” The Province intended it as a “guiding document” rather than an action plan. I take this to mean the plan did not actually outline any concrete operational measures, but was instead a conceptual framework upon which the Province could base its operational measures. In letters between Blueberry and the Ministry of Forests, the Province explained that they wished to develop an operational plan in collaboration with First Nations, rather than having the Province develop such measures unilaterally. Blueberry participated in some of the technical meetings for the Peace-Liard Moose Management Plan.

[1687] The plan outlined five management “levers” or variables that affect moose populations: habitat management; population management; health and monitoring; compliance and enforcement; and hunting regulations. In letters to Blueberry, the Province noted that it intended these levers to “encompass complex issues such as the cumulative effects of habitat disturbance in relation to moose.” That said, in correspondence relating to the plan, the Province disagreed that cumulative effects were to blame for the decline of moose in parts of the Blueberry Claim Area, and cited their belief that natural resource development had a “generally positive” effect on moose populations.

[1688] Mr. Van Dolah testified that a draft version of the Peace-Liard Moose Management Plan was completed, and, consistent with the Chief Forester’s comments, that it was awaiting provincial sign-off.

[1689] Mr. Van Dolah testified that by the time he assumed the role of District Manager for the Peace Natural Resource District in July 2018, work on the Peace-Liard Moose Management Plan had “gone quiet” as the Province prioritized other initiatives. Mr. Van Dolah was told the plan was essentially a loose end.

[1690] Mr. Van Dolah provided the draft plan to the Regional Strategic Environmental Assessment Moose Working Group in hopes they could adopt or adapt it for use under that program. He believed it provided a good framework for moose management, and that providing the plan to the Regional Strategic Environmental Assessment group would facilitate its use in operational planning.

[1691] Mr. Van Dolah testified that the plan was not halted so much as it was rolled into the more “streamlined” Regional Strategic Environmental Assessment project. This new project also allowed for joint consultation with all relevant First Nations, rather than the prior piecemeal approach. He testified that Blueberry and other First Nations were supportive of the consolidation.

[1692] Today, the Province is still developing moose-specific protection initiatives under the Regional Strategic Environmental Assessment project, with oversight by the Moose Working Group. The Moose Working Group is a collaboration between the Province, Treaty 8 First Nations, and industry proponents.

[1693] The Moose Working Group commissioned a private company, Madrone Environmental Services Ltd., to create a Habitat Effectiveness Model (the “Madrone Model”). Their preliminary modelling is laid out in a report dated July 16, 2019 (the “Madrone Report”). The Madrone Model is designed as “a tool to inform moose management at the Wildlife Management Unit level... specifically as an indicator of where effective habitat may be lacking for moose.” The Madrone Report describes the objective as:

...to assess factors that may be downgrading suitable habitat and to explore how it may be impacting moose populations.

[1694] Mr. Van Dolah described the Madrone Model as “critical work” required to “fill in and meet the objectives within the Peace-Liard moose management plan.” He testified that it contained “very, very important information,” as it would allow the Province to actually target a certain population of moose in a specific area. In this way, Mr. Van Dolah reasoned that the Province could consult with First Nations on where, exactly, they wanted to be able to harvest moose, and encourage moose populations in those areas.

[1695] At the time of Mr. Van Dolah’s testimony, the Madrone Model was still in development. The Madrone Report only provides habitat modelling for three Wildlife

Management Units within the Fort St. John Timber Supply Area (including unit 7-45, at the core of the Blueberry Claim Area).

**d) Efficacy of the Peace-Liard Moose Management Plan and RSEA Moose Working Group**

[1696] The Peace-Laird Moose Management Plan never received a Provincial sign-off and was never implemented. There has been no explanation as to why it wasn't signed off. The plan appears to have been subsumed by the Regional Strategic Environmental Assessment project.

[1697] That said, and as noted above, the Peace-Liard Moose Management Plan was a framework rather than an operational plan. Its development spanned several years before it was ultimately folded into another project. In the meantime, there is no evidence that operation-level decision makers considered the Peace-Liard Moose Management Plan, or in some cases, that they considered moose habitat at all. For example, the Chief Forester indicated she would not (or could not) address moose habitat under the Allowable Annual Cut until and unless the then-forthcoming Peace-Liard Moose Management Plan directed her to do so. In the Rationale for Allowable Annual Cut Determination for the Fort St. John Timber Supply Area (May 10, 2018), she stated:

I recognize that current wildlife habitat area reductions do not specify requirements for moose. However, finalization of the *Peace-Liard Moose Management Plan* may result in changes to the legal objectives which can be factored in future [Allowable Annual Cut] determinations. Meanwhile, consistent with my *Guiding Principles*, I will not speculate on potential land use changes.

[1698] The Chief Forester also noted that the Peace-Liard Moose Management Plan was "in the final stages of sign-off with implementation pending." However, as noted above, this plan was never put into effect.

[1699] Although the work might not have been lost, folding it into the Regional Strategic Environmental Assessment project means use of the plan is delayed pending completion of this new project. Mr. Van Dolah agreed on cross-examination that the key step of identifying critical moose habitat has been deferred to the Regional Strategic Environmental Assessment initiative. He agreed that, if the Province had approved the Peace-Liard Moose Management Plan before it was

rolled into the new initiative, statutory decision makers (like the Chief Forester) would currently be applying it in their decision-making process.

[1700] Moose protection initiatives are still being developed under the Regional Strategic Environmental Assessment project. Mr. Van Dolah noted that the Madrone Model is not yet in use. At the time of his testimony, modelling had only been completed for a portion of the Blueberry Claim Area. I also note that this modelling does not consider a variety of cumulative effects factors, including seismic lines or herbicides.

[1701] It goes without saying that a plan that has not been implemented, and which is not considered in any decision-making process, cannot protect moose habitat. This plan was specifically mentioned by the Chief Forester as ready to go and simply awaiting sign off when it disappeared in 2018. There is no real explanation as to why no one signed off on it. Rather, it appears to be incorporated into another process, reflecting a pattern of delay and hand-off rather than addressing the issue at hand.

### **3. Hunting Regulations**

[1702] In addition to testifying about the cumulative effects framework, Dr. Psyllakis testified in her capacity as the Director of the Wildlife Branch of the Ministry of Forests. She is a statutory decision maker with several roles and responsibilities, including several which lead into the decision on the Allowable Annual Harvest of each species, i.e. how many animals may be harvested by resident and non-resident hunters.

[1703] Dr. Psyllakis testified that the Ministry of Forests aims to manage wildlife populations conservatively. She stated that their goal is to manage hunting to ensure population balance (i.e., that “harvested” animals are replaced by new animals). She testified that the Province determines the Annual Allowable Harvest (how many animals can be hunted) on a Game Management Zone scale (which is larger than a Wildlife Management Unit).

[1704] The Ministry of Forests uses a variety of tools to manage populations, including animal class restrictions (for example, limiting the harvest by age, sex, or other characteristics) and site and access restrictions. Dr. Psyllakis stated that

species of high concern or “red-listed” species will not be harvested except as allowed through an accepted provincial recovery strategy, or as a legal entitlement for First Nations hunters. She testified that, other than restrictions for safety purposes, none of the restrictions apply to hunters exercising their Aboriginal or treaty rights.

[1705] Dr. Psyllakis testified that First Nations are given priority hunting or “harvest” rights; their allocations are set aside before allowing for non-First Nations hunters. She testified that the policy hierarchy is, in order: conservation; First Nations’ food, social and ceremonial uses; resident hunters; and, finally, non-resident hunters. However, as the Plaintiffs pointed out, the Ministry of Forests has authorized “resident” hunters to harvest from the Pink Mountain caribou herd, despite the fact that Blueberry members have been voluntarily abstaining from caribou hunts out of concern for the species.

[1706] Dr. Psyllakis noted that the Harvest Allocation Policy also deals with accommodation measures for First Nations’ harvest allocations outside of “proven” hunting rights. Where a First Nation has such a claim, their rights will be accommodated by taking harvest amounts out of the resident/non-resident hunter allocations.

[1707] Dr. Psyllakis stated that First Nation hunters exercising their rights in traditional territories or treaty areas do not have to obtain a hunting license or species license.

[1708] It is informative to consider how changes to these regulations can be made to address Blueberry concerns. Mr. Van Dolah testified about a July 24, 2019 meeting between Blueberry and the Ministry of Forests regarding collaboration on moose hunting regulations and a potential government-to-government agreement on such. Blueberry made a number of requests, including for a 20 kilometre area closure around Pink Mountain for conservation purposes (though they were willing to compromise and accept a 5 kilometre closure). The meeting resulted in joint recommendations on proposed changes to these regulations, which were passed on to Dr. Psyllakis.

[1709] However, Mr. Van Dolah noted that Dr. Psyllakis would have to review the proposed amendments and then make a recommendation to the Minister regarding



implementation. By the time of Dr. Psyllakis's testimony in June of 2020, only some of the proposed changes had been accepted.

#### **4. Conclusions on Wildlife Management**

[1710] Based on the above, there are clear gaps in the Province's wildlife management regime within the Blueberry Claim Area. In particular:

- a) there are very few designated areas within the Blueberry Claim Area;
- b) in any case, exceptions and discretionary room allow for development inside of every type of designated area;
- c) there are ultimately no "firm" thresholds or limits that actually inhibit development. While scientific thresholds are set out (for e.g. the 2011 Boreal Caribou Recovery Implementation Plan notes a maximum disturbance threshold of 61% if trying to have species recover), the current level of disturbance already surpasses what acceptable; and,
- d) there is no direction as to what concrete steps should occur if a disturbance threshold is reached.

[1711] With respect to the Boreal Caribou Recovery Implementation Plan:

- a) the Province has failed to implement key aspects of the plan, including habitat restoration work;
- b) the plan allows for the destruction of critical habitat in excess of what is required to support caribou recovery under the federal recovery strategy, and even in excess of the Province's own cited scientific evidence on the subject; and,
- c) the plan explicitly permits ongoing forestry activities in key caribou habitat within the Blueberry Claim Area, despite evidence that such activities are extremely detrimental to caribou.

[1712] Regarding the moose-specific initiatives, it is enough to note that they are not yet operational, and statutory decision-makers are not yet factoring in either the Peace-Liard Moose Management Program or the Madrone Model into their decisions.

[1713] Overall, the Province has not demonstrated any substantive, concrete protections for wildlife or wildlife habitat within the Blueberry Claim Area.

## **G. Conclusions on the Province's Implementation of the Treaty**

### **1. Parties' Positions**

[1714] Ultimately, Blueberry argues that the scale of development in the Blueberry Claim Area goes well beyond what was contemplated at the time the Treaty was made, such that the Treaty – which promised that First Nations could continue their mode of life based on hunting, fishing and trapping on their lands, and which protected this way of life from forced interference – has been breached.

[1715] Relying on *Manitoba Metis*, Blueberry says the honour of the Crown applies and governs treaty implementation, and requires the Province to act in a way that accomplishes the intended purposes of the Treaty, and to diligently pursue its solemn obligations. It maintains that in the circumstances of this case, the Crown's obligation to diligently and honourably implement the Treaty means the Province must (1) *protect* the rights and promises contained in the Treaty; and, (2) establish a framework to *prevent* and *avoid* infringement of those rights. In this case, Blueberry says by failing to diligently and honourably implement the Treaty promise, the Province has caused significant harm to the Plaintiffs' treaty rights.

[1716] Blueberry says the Province has not acted diligently – or at all – to implement a regulatory structure to guide decision-making over the granting of tenure or use of resources within the Blueberry Claim Area or to deal with the taking up of lands. It says the Province has failed to protect the Blueberry Claim Area from the scale of industrial development present on the land and, moreover, has zoned the central watersheds Blueberry relies on for the highest intensity development.

[1717] It says that the Province's consultation efforts are procedural, and fail to engage in the fundamental question of how much development in the Blueberry Claim Area is too much. It says the Province pays "lip service" to its treaty rights, and has shown a pattern of re-directing Blueberry to an endless series of decision-makers, none of whom protect its treaty rights from the cumulative impacts of development. Meanwhile, development continues to be authorized and to proceed apace.

[1718] Blueberry says that the Province has been aware of its concerns about the cumulative effects of development in the Blueberry Claim Area and the impact to the exercise of its rights for a significant period of time. It notes that in 2003, the Oil and Gas Commission commissioned a study on cumulative effects, which looked at Blueberry's territory as a case study. It notes that in 2011, the Forest Practices Board also did a cumulative effects case study in relation to the Kiskatinaw River watershed, in the southern portion of the Blueberry Claim Area. These studies showed the level of disturbance in parts of the Blueberry Claim Area increasing, and the quality of water and habitat decreasing. Yet, says Blueberry, the Province has failed to act.

[1719] Blueberry also highlights its own efforts, in particular those from around 2012 onward, to bring its concerns regarding cumulative effects to the Province's attention, to provide studies and data on the disturbance to the land base, and to provide solutions for how to proceed. Blueberry says that while the Province has recognized the issues Blueberry has raised are important, it has not taken any steps to do cumulative effects assessments in the Blueberry Claim Area specifically, to look at the impacts on Blueberry's treaty rights, or to pause or halt development while this work is underway.

[1720] Blueberry says the Province's inaction and delay breaches the Treaty, and the duty of honourable implementation. Moreover, Blueberry says the Province's action and inaction rises to the level of constituting a breach of its fiduciary obligations.

[1721] The Province says the Court's focus should be on the question of infringement, and not on whether the Province's existing processes for authorizing industrial development ensure that the taking up of land protects the meaningful exercise of harvesting rights.

[1722] In addition, the Province emphasizes that the honour of the Crown gives rise to a duty to consult, and it challenges the way in which Blueberry has approached the issue of consultation. The Province argues, first, that Blueberry has approached consultation from the premise that the Province was bound to *prevent* all activities that might harm or pose a risk to their rights. This approach, it says, is not grounded in the law. Second, the Province notes that Blueberry has not pursued judicial

review proceedings of any particular authorization, and the Court does not have a complete record of the multiplicity of consultation process.

[1723] Finally, the Province says that on the facts of this case, Blueberry members are free to hunt, fish and trap, and they have not identified regulatory restraints prohibiting their exercise of rights.

## **2. Analysis of the Province's Honourable and Fiduciary Obligations**

### **a) Has the Province Honourably and Diligently Implemented the Treaty?**

[1724] As noted by Blueberry, the law requires the Crown to act with diligence and integrity to implement, uphold and protect the purpose and promise of Treaty 8. The honour of the Crown is engaged by constitutional obligations and treaty promises (*Manitoba Metis* at paras. 69-71). In entering into Treaty 8, the Crown had an intention to create solemn and binding obligations. The Province does not dispute this. The meeting at Lesser Slave Lake in the summer of 1899 was a solemn affair attended by Treaty Commissioners as representatives of the Crown, the Chiefs and headmen of Indigenous Nations, and was witnessed by numerous observers. The Treaty was made for the overarching purpose of reconciling Aboriginal interests with Crown sovereignty. The honour of the Crown is engaged.

[1725] Accordingly, the honour of the Crown requires the Province to interpret the Treaty in a purposive manner, and to act diligently to endeavour to fulfill the promises the Crown made, including and especially that the Indigenous signatories and adherents will continue to have the right to hunt, fish and trap in a meaningful way, and that there will be no forced interference with their way of life (*Manitoba Metis* at para. 75).

[1726] Clearly the promises contained in Treaty 8 differ in nature from the land grant contained in s. 31 of the *Manitoba Act* and considered by the Supreme Court of Canada in *Manitoba Metis*. Section 31 required clear and concrete actions – “the prompt and equitable transfer of the allotted public lands to the Métis children” (at para. 98) – so that it could meet the purpose for which it was designed, i.e., giving the Métis a head start over the expected influx of settlers. Time was of the essence,

and a delay of over ten years in making the allotment substantially defeated its purpose.

[1727] In contrast, the protection of the rights to hunt, fish and trap and the promise that the Indigenous people could continue their modes of life free from forced interference did not necessarily require any immediate or concrete action.

[1728] At the time Blueberry adhered to Treaty 8 in 1900, and for several decades following, it remained able to hunt, fish and trap in a meaningful way and as part of its way of life as it had before the Treaty. However, as the pace of industrial development increased in the Blueberry Claim Area, the possibility arose that Blueberry's rights would be impacted. As Justice Greckol of the Alberta Court of Appeal has pointed out, the promise made in Treaty 8 is "easy to fulfill initially but difficult to *keep* as time goes on and development increases" (*Fort McKay* at para. 80, emphasis in original).

[1729] It is precisely because the promise is difficult to keep as development increases that the Province ought to have worked diligently to ensure appropriate measures were in place to protect the exercise of treaty rights and to respect treaty rights *before* authorizing this level of industrial development in the Blueberry Claim Area.

[1730] The Province essentially argues there is a process in place to implement the Treaty, and to take into account and protect treaty rights – the consultation process – and the Crown must consult prior to taking up land, per *Mikisew*. The Province also notes that it has been engaging with Blueberry on issues relating to forestry, oil and gas development, and the development of frameworks and regional processes to take into account cumulative effects.

[1731] The Province also points out, however, that this is not a consultation case, so the complete record is not before the Court. The Court therefore cannot and should not assess the adequacy of consultation in these matters. I agree that this case is not about consultation. It is, however, about whether the Crown has adequately and diligently implemented the Treaty that it agreed to with Blueberry, along with other Indigenous peoples. That is the focus of the analysis.

[1732] The Province has argued that if Blueberry was dissatisfied with the consultation that occurred in relation to any number of decisions, actions or projects, it ought to have applied for judicial review of those decisions or of the consultation processes generally. I do not accept that judicial review was Blueberry's only option, or that it is barred from arguing in this action that the Province's conduct in relation to a variety of decisions missed the mark.

[1733] It should be recalled that, after filing its Notice of Civil Claim, Blueberry did apply for judicial review of a decision made by the Minister of Natural Gas and Development to enter into a long term royalty agreement with an oil and gas company. In dismissing that application, Justice Skolrood referred to the comprehensive nature of the claims advanced in this action, and reasoned that Blueberry's concern about the cumulative impacts of industrial development in their traditional territories and the absence of an overall planning mechanism to ensure the protection of their treaty rights was "best addressed" in this action (*Blueberry River First Nations v. British Columbia (Natural Gas Development)*, 2017 BCSC 540 at paras. 83 - 84). I agree.

[1734] This claim is the appropriate place to consider the merits of Blueberry's allegations that the Province has breached its honourable and fiduciary duties, and therefore breached the Treaty, in failing to address its concerns about the cumulative impacts of industrial development and failing to implement measures or mechanisms to protect their treaty rights.

[1735] The problem with the Province's emphasis in this case that consultation is the route to protect treaty rights, is that despite years of engagement, their processes have not resulted in a consequential way to assess the cumulative effects of development in the Blueberry Claim Area. The processes do not consider the impacts on the exercise of treaty rights or implement protections other than occasional site specific mitigation measures. The Province has long been on notice that a piece-meal project-by-project approach to consultation will not address Blueberry's concerns. To date, there is a lack of mechanisms to meet and implement the substantive rights and obligations contained in the Treaty.

[1736] The Province rightly points out that the honour of the Crown speaks to *how* Crown obligations are to be fulfilled, and that the Court should consider its conduct

as a whole, in the context of the case and ask whether it acted with diligence to pursue the fulfillment of the purposes of the obligation. I conclude on the evidence before me that it did not. As Blueberry points out, the Crown is to be held to its promise. As per *Restoule* at para. 567: “The duty of honour must find its application in concrete practices and in legally enforceable duties.”

[1737] The evidence in this case shows the Province has, for nearly twenty years, had information showing the significant level of disturbance within the Blueberry Claim Area, and that critical changes affecting Blueberry’s ability to meaningfully exercise its treaty rights were occurring. The Province therefore had reasonable and credible notice that its own actions and inactions were putting it in potential breach of Treaty 8 by its failure to monitor cumulative impacts while continuing to permit and foster development in Blueberry’s traditional territory. It therefore failed to act with diligence to ensure that despite the taking up of land, it protects the meaningful exercise of treaty rights, and this has resulted in an infringement of Blueberry’s rights to hunt, fish and trap as part of their way of life.

[1738] As previously noted, in the early 2000s, the Oil and Gas Commission hired Salmo Consulting to undertake a case study looking at cumulative effects in a portion of what is here referred to as the Blueberry Claim Area. The study area was a 2,690 square kilometre area northeast of Wonowon, between the Alaska Highway to the south, and the Beatton River to the north. It appears to have been intended that this study, and others, would provide an over-arching strategy and approach for identifying, scoping, assessing and managing cumulative effects in northeastern BC.

[1739] The Oil and Gas Commission received the results of Salmo’s case study in 2003. The study showed, among other things, that in 1950, 79% of “core area” remained. By 1970 that percentage had dropped to 43%, and by 1998, only 15% of core area remained. The Salmo study noted that a “core area” is an area with minimal human impacts. Core areas are relatively undisturbed and are often sources for plant and animal populations or meta-populations, and are considered one of the most practical cumulative effects indicators. Agricultural clearing was also identified in the Salmo study as a significant activity in the region, with large areas of forest converted for grazing and forage.

[1740] Dr. Holt, in the Land Stewardship Framework she prepared at Blueberry's request, said the Salmo study illustrates the "exponential increase in development from the 1950s to the late 1990s in a similar but not exactly same area as the Blueberry watershed." At page 5 of the Land Stewardship Framework. Dr. Holt wrote:

At the time it was written, the Salmo report (2003) noted that in the Blueberry Study area, the levels of linear development already exceeded thresholds that were estimated to affect ecological functioning. The landscape condition found in the late 1990s was suggested to result in around 73% of the study area having a high aquatic hazard rating (Salmo 2003) and road densities already exceeded thresholds known to impact Grizzly bear population over 65% of the watershed at the time. Today the level of development is considerably higher and this type of pervasive development is found throughout the territory.

[1741] These kinds of figures regarding the percentage of Blueberry's central territory that was disturbed and the low level of undisturbed areas that remained would later come to the Province's attention again through studies and atlases, and through the work of the Regional Strategic Environmental Assessment working group.

[1742] In 2011, the Forest Practices Board did a cumulative effects case study focussing on the Kiskatinaw River watershed, which is in the southern portion of the Blueberry Claim Area near Dawson Creek. This study looked specifically at the effects of resource development on drinking water, forest soil and winter habitat for caribou. The results noted that caribou had retreated south of the study area, as habitat quality had deteriorated because of increased human activity. As of 2011, all indicators of winter habitat quality for caribou had exceeded the limits of concern set out in the literature. It was noted that additional industrial disturbance would drive the indicators further from the limits set. The study also showed a concern for drinking water quality, and noted that additional development and drilling had the potential to cause withdrawals from the river to exceed limits of concern.

[1743] A year later, in 2012, Blueberry provided the Province with a report prepared by Management and Solutions in Environmental Science ("Management and Solutions") looking at the effects of industrial disturbance on Blueberry's traditional resources. Specifically, Management and Solutions did a time-series disturbance analysis for a portion of the Blueberry Claim Area (namely, an area the Oil and Gas



Commission was at the time using as Blueberry's Consultation Area). The Management and Solutions study showed that, at that time, 66% of the study area was disturbed as a result of the high density of linear industrial features and land clearing. At that level of disturbance, it was noted that wildlife could only persist at very low densities. The report noted that the study area was approaching the point of maximum fragmentation, meaning there were questions as to whether the area could, in the future, maintain functional ecosystems needed for the continued practice of treaty rights.

[1744] Also in 2012, Blueberry provided the Province with the 2012 Atlas produced by Global Forest Watch. The 2012 Atlas covered an approximately 5.6 million hectare study area in northeastern BC, which included the Blueberry Claim Area as well as areas further west and south. The 2012 Atlas showed the changes from 1974 to 2010, and noted that when a 500 metre buffer was applied, nearly 70% of the study area had been "industrially-changed."

[1745] From 2012 through to the filing of the Notice of Civil Claim that began this litigation, Blueberry's leadership and technical staff wrote to the Province, including the Premier, raising their concerns about the cumulative effects of development in the Blueberry Claim Area, the accelerating pace of development, and the consequences for the exercise of their treaty rights. They requested protection of what they referred to as "critical areas" within their territory, and proposed designing a cumulative effects assessment process focused on the Blueberry Claim Area and their treaty rights. They withdrew from their Economic Benefits Agreement with the Province.

[1746] In the spring of 2016, a year after filing the Notice of Civil Claim giving rise to this action, Blueberry provided the Province with the 2016 Atlas and its Land Stewardship Framework. As discussed earlier, the 2016 Atlas showed that approximately three quarters of the Blueberry Claim Area was within 250 metres of an industrial disturbance, and Blueberry's Land Stewardship Framework called for interim protections for certain areas while other cumulative effects processes were developed.

[1747] Blueberry's Land Stewardship Framework also outlined a process whereby the interests of Blueberry and resource development could co-exist. Norma Pyle

pointed this out when she testified as follows:

... So all my years working on my – for my band as the lands manager, you know, I always had the perspective that if there was actual land management and planning done, that resource development could happen while maintaining and managing for treaty rights.

I always had that idea in my mind. And, you know...when you look at the ecosystems and you place a value, for us we place values on certain ecosystems and, you know, we want those maintained. We want them to function.

You know, when you look at a wetland, the wetland isn't just a wetland sitting there. It has many influences on wildlife. Downstream you look at – you know, we look at something like Blueberry River. It starts in the wetland. All the tributaries start in the wetland. So over time when logging activities are allowed to log right up to these wetlands you see them decline.

When those wetlands decline it has a negative effect on the water for those tributaries. And when you do this again and again, Blueberry River is shrinking. That's without any water being extracted from it.

That's just – and so I always thought that if we could have a way to do it, it would – enable a way for these two things to exist: resource development, treaty rights. It would mean that in some very highly sensitive areas it would mean that development could only happen, if it could happen at all, you would have to tread very, very lightly.

In my mind that's what I was thinking about. And, you know, when you look at in my experience years and years ago I worked for a consultant. We collected ecological data for a forest company. And what that forest company did with that data we collected was that they built a management plan based on that ecology.

So it drove how they would harvest, at what rate they would harvest, and how they would reforest it. And some of these areas in the foothills are very sensitive areas, and it would mean that no development could ever happen. There were areas in that forest management area where the ecology was so sensitive that they wouldn't log in there.

And this is what I had in my mind, because it existed elsewhere and it could exist – well, I don't know that it could exist now just given all the development and fragmentation that has happened already. I don't know that it could happen. But this is what I had in my mind. And Dr. Holt was able to help us and this is the result.

Q: And did Blueberry submit the land stewardship framework to government?

A: Yes.

Q: Did you discuss it with them?

A: We shared it with them. We presented it to them and that was all.

[1748] Rather than engage specifically with any of this information set out above, the Province suggested that Blueberry engage with the Province on the

development of a cumulative effects framework, through the Regional Strategic Environmental Assessment process, or with the Oil and Gas Commission through the Area Based Analysis tool.

[1749] I agree with the framing as set out in Blueberry's submissions that the Province had a practice of deferring real engagement and referring Blueberry to processes that were fledgling and inoperative rather than dealing substantively with their concerns about further development being continuously authorized.

[1750] I find that the Province has, for approximately two decades, been aware that the cumulative effects of development in the northeast portion of BC were leading to changes in wildlife habitat and water quality that posed serious concerns, and that by the late 1990s much of the Blueberry Claim Area was being significantly impacted by industrial development. The Province has also, for at least a decade and likely more, had notice from Blueberry that it was concerned about the impacts of cumulative development in the Blueberry Claim Area, and on the exercise of their treaty rights. Despite having notice of Blueberry's concerns, I find that the Province has failed to respond in a manner that upholds the honour of the Crown and the obligation to implement treaty promises.

[1751] I conclude that the existing processes for authorizing industrial development in the regulatory regime which the Province relies upon, do not ensure that the taking up of land protects the meaningful exercise of treaty rights. The provincial processes do not adequately consider treaty rights or cumulative effects and have contributed to the meaningful diminishment of Blueberry's treaty rights to hunt, fish and trap when viewed within the way of life from which these rights arise and are grounded.

#### **i. Oil and Gas**

[1752] As noted earlier, with respect to oil and gas, the Ministry of Energy and Mines and the Oil and Gas Commission – the two bodies charged with issuing tenure and permits – lack effective mechanisms to take into account treaty rights and consider cumulative impacts to those rights.

[1753] Notably, the Ministry of Energy and Mines is of the view that its decisions to issue tenure do not and cannot impact treaty rights, since they are solely

subsurface related. Despite this, it says that it does take into account treaty rights by, primarily, issuing caveats on tenure that identify concerns raised by First Nations. The evidence is clear that caveats are not binding and are not considered by the Oil and Gas Commission. Instead, the Oil and Gas Commission views tenure approval by the Ministry as a signal that oil and gas development can proceed. As set out earlier in these reasons, in the Court's view, the tools used by the Ministry of Energy and Mines do not show it is considering treaty rights, let alone implementing measures to ensure that such rights are protected. Tools that it pointed to were either temporary or of no force and effect, and caveats were not taken into account by the Oil and Gas Commission.

[1754] The Oil and Gas Commission pointed to the Area Based Analysis as their primary tool for assessing cumulative effects. There are numerous problems with this tool as a mechanism for considering cumulative effects on the exercise of treaty rights.

[1755] First, Area Based Analysis is applied at the level of the Boreal Plains Natural Disturbance Unit, which is too large a scale to have sensitivity to the intensity of development within smaller areas that make up that unit, such as the core of the Blueberry Claim Area.

[1756] Second, Area Based Analysis currently only considers a few values, such as riparian reserves, old forest, and designated wildlife areas, and does not consider treaty rights as a value that can be measured or assessed.

[1757] Initially, in 2014, the Oil and Gas Commission promised a system in which nine values would be considered. It commenced with one value in 2015, and six years later now only uses four. This cannot be considered a serious effort to consider treaty rights and concerns; particularly as it does not assign a value for treaty rights.

[1758] There is also a lack of guidance for decision makers on how to consider and address concerns regarding cumulative impacts on treaty rights, and how to ensure treaty rights are respected when exercising discretion.

[1759] Area Based Analysis does not contain meaningful or enforceable thresholds or triggers. Instead, meeting a threshold simply prompts the gathering of additional

information, not stopping the proposed activity. In the Court's view, the Area Based Analysis is not working as a way of ensuring that treaty rights are taken into account and protected.

[1760] Furthermore, the fact that the Oil and Gas Commission has never turned down an application because of concerns about habitat or cumulative effects on treaty rights is very telling, demonstrating that it does not take these values seriously or seek to exercise its discretion in a way that is cognizant and respectful of treaty rights. Its primary focus is the development of resources.

[1761] Finally, as reflected by Ms. Pyle's testimony, the number of applications by proponents to the Oil and Gas Commission that it requests Blueberry respond to and deal with can easily overwhelm Blueberry's small lands management department. At the same time Blueberry was also responding to a number of other major initiatives in the territory including referrals associate with the Site C dam and a major amendment to the Forestry Operations Schedule.

## **ii. Forestry Management**

[1762] With respect to forestry, as noted earlier, the Province's regime to regulate forestry harvest is focused on the economic value of timber and is premised on maximizing timber harvest. The authority of the Chief Forester in setting the Allowable Annual Cut, for example, is limited to ensuring the economic sustainability of the timber harvesting land base. Ultimately, the evidence established the entire Timber Harvesting Land Base is intended to be harvested – it constitutes the land where timber harvesting is considered both available and economically feasible.

[1763] As reflected earlier, forestry in BC is a very hierarchal management system, meaning that certain higher level or strategic decisions set the parameters for forestry practices and management in the decades that follow. Since the late 1990s, the landscape units making up the core of the Blueberry Claim Area have been zoned in the Fort St. John Land and Resource Management Plan for *enhanced* resource development. This has meant that, ever since, much of Blueberry's territory has been subject to high intensity forestry.

[1764] While the Province points to values set out in the Sustainable Forest Management Plan, that plan must follow existing zoning which at present, is zoned for *enhanced* resource development. This zoning impacts all forestry decisions in this area. The Sustainable Forest Management Plan includes various values, objectives, and indicators to which participants must manage, however, it does not contain values focused on treaty rights, the protection of wildlife habitat, or connectivity. Though some of the values were said to touch on these issues, I find for the reasons set out earlier, that the Sustainable Forest Management Plan is not aimed at protecting treaty rights and is not designed to take into account cumulative effects. It cannot be described as a tool through which the Province seeks to uphold or implement the rights protected by Treaty 8.

[1765] Significantly, while the Province pointed out that Blueberry did not participate in reviewing or commenting on the first and second Sustainable Forest Management Plans, when Blueberry did provide important comments on the most recent Sustainable Forest Management Plan #3, very little if any change was made. The large document is essentially identical to Sustainable Forest Management Plan #2, despite the identification by Blueberry of a persistent lack of consideration of treaty rights in forest management.

[1766] The evidence from the District Manager and Resource Manager working in the Peace Natural Resource District was that they sought to consult with Blueberry on stand-level cutting permits and to address their concerns about the exercise of their treaty rights through mitigation. They were candid, however, that there was little ability to address concerns regarding treaty rights. If an application for a cutting permit was consistent with the Sustainable Forest Management Plan, the Forest Operations Schedule and higher level plans or legal orders, and the procedural aspects of consultation had been met, the authorization would likely proceed. Their exercise of discretion was circumscribed. Moreover, the evidence was that the District had never refused a harvest authorization on the basis of a breach of treaty rights.

[1767] Geoff Recknell of the Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation agreed in cross-examination that the consultation process directions from the Province were with respect to process only. There is no content or direction concerning upholding or implementing treaty rights. As noted in *Ahousaht*, the

Crown must guard against unstructured discretion and provide a guide for the decision-maker.

[1768] In terms of addressing the concerns raised by Blueberry or other First Nations about the cumulative impacts of forestry on the exercise of their treaty rights, much of the evidence in this area showed that the Ministry of Forests sought to encourage or persuade participants (i.e., the forestry industry) to apply proposed mitigation measures and to collaborate with First Nations. A regulatory regime based on encouragement and persuasion, but ultimately without binding or effective measures to ensure that constitutionally protected rights are taken seriously, does not meet the test of diligence. While Mr. Baird, a witness for Canfor pointed out Canfor was following the rules and regulations and was implementing changes, he noted if change was to be made, the Province needed to provide that direction via legal regulation or effect.

[1769] There was some suggestion in the evidence that changes to forestry management in northeastern BC may, eventually, come through work done at the Regional Strategic Environmental Assessment table, through changes to the Land and Resource Management Plan, or other processes. While that may be an encouraging sign, the Court cannot speculate on potential future changes. It can only assess the actions and inactions towards implementing the Treaty, based on the evidence before it.

[1770] Finally, one of the fundamental problems with these initiatives is the lack of a definitive timely deadline to undertake these changes and a means to ensure these changes are actually implemented with some force and effect. The concern is that these processes are taking years; even decades.

### **iii. Cumulative Effects Framework**

[1771] The Province argues that it has, and continues to, manage cumulative effects in good faith to ensure the continuing ability for Blueberry members to meaningfully exercise their treaty rights. It points to its implementation of its cumulative effects framework, and the work that preceded it.

[1772] The evidence is that the Province signed off on a charter that provided direction to develop a cumulative effects assessment framework in April of 2012.

[1773] It is clear that the process of developing a cumulative effects assessment that can apply to the whole of the province and be tailored to specific regions is a monumental task. While the Province, in various documents in evidence in these proceedings, contends that it is “implementing” its cumulative effects framework and policy, it is clear that there is much more work to do. Only one cumulative effects assessment report (i.e., the current conditions report for grizzly bear) has been completed to date, and there is no guidance to natural resource decision makers as to how to take into account the information included in that report.

[1774] In addition, as Blueberry has repeatedly noted, the Province's cumulative effects framework does not set out thresholds, or limits, beyond which decision makers will start being concerned about the status of a particular value, and take action. The Province notes that the use of objectives, essentially, serves the same purpose. Notably, the cumulative effects framework does not establish or change any objectives government currently has in place, and the objectives do not dictate appropriate management responses. The objectives currently in place have allowed for the Blueberry Claim Area to reach the state of disturbance that exists today.

[1775] The Court concludes that the Province has yet to implement a fully functioning regime whereby the cumulative effects of industrial development in the Blueberry Claim Area and the impacts to the exercise of treaty rights can be assessed and managed. It has been nearly ten years since the Province signed off on a charter to undertake this work. It is five years past the date when Province said (in response to the Auditor General's report) that its cumulative effects policy would have province-wide implementation.

[1776] Meanwhile, development continues to proceed apace, notwithstanding some pauses due to the pandemic. It is critical that the Province have a way of assessing and managing the cumulative effects of development and, in particular, the effects on the exercise of Blueberry's treaty rights. It cannot be said that this slow pace of developing and implementing a cumulative effects framework, along with the necessary assessment reports and management tools represents a diligent effort.

#### **iv. Wildlife Management**

[1777] In terms of designated areas, as I have noted earlier, the Province has not demonstrated that Ungulate Winter Ranges, Wildlife Habitat Areas, Old Growth



Management Areas, Resource Review Areas, or provincial parks are effective tools to protect wildlife in the Blueberry Claim Area. Moreover, few of these designated areas exist in the Blueberry Claim Area and thus cannot be said to be ways by which the Province is protecting or implementing Blueberry's treaty rights. Surprisingly, oil and gas development is allowed in some of these protected areas if the activity will not have a "material adverse effect" in what has been characterized as a designated legally protected area.

[1778] There was some evidence about the Province's Peace-Liard Moose Management Plan, and its goal of ensuring the priority of Treaty 8 rights with respect to moose. However, this plan while completed, was never "signed off" or implemented, and work on moose management and the protection of moose habitat now seems to have shifted to the RSEA moose working group, whose work is still ongoing. Finally, I note the Caribou recovery initiatives have not been successful, with Caribou declining and some of these plans not yet finalized or adopted.

#### **v. Conclusions on Honourable and Diligent Implementation**

[1779] Based on the whole of the evidence, I find a persistent pattern of redirection on the part of government officials in resource sectors, including oil and gas and forestry, as well as those involved in Indigenous relations, telling Blueberry that its concerns regarding the cumulative effects of development on the exercise of its treaty rights would be addressed elsewhere, at other tables, through other policies or frameworks. These repeated responses, many of which were clearly a template response, particularly, from the Tenure Branch and the Oil and Gas Commission, reflected conduct that can be considered perfunctory. I conclude this is conduct that "substantially frustrates the purposes of a solemn promise" (see *Manitoba Metis* at para. 82); in particular, it frustrates the essential promise of the Treaty.

[1780] In addition, while certain officials appeared sincere in recently trying to address these concerns, they candidly admitted they had no tools to do so. The best they could do was "mitigate" an adverse effect. They could not say no to a permit or activity based on an identified concern about impacts on the exercise of treaty rights. That persistent reality has contributed to a compilation of adverse effects – or as is said – "death by a thousand cuts."

[1781] The Province has not, to date, shown that it has an appropriate way of taking into account Blueberry's treaty rights, assessing the cumulative impacts of development on the exercise of these rights, and developing a way to ensure that Blueberry can continue to exercise these rights in a manner consistent with their way of life, such that the promises made in Treaty 8 can be upheld, implemented and respected today.

[1782] The Province's existing process for authorizing industrial development does not contain sufficient or in many cases, any guidance for discretionary decision makers, to ensure the taking up of lands by industrial development protects the meaningful exercise of treaty rights. Meanwhile, as pointed out by Blueberry, the Province has continued to promote intensive use and authorized development on a project-by-project basis without regard to the scale of cumulative impacts on Blueberry's rights from forestry, oil and gas and other industries.

[1783] I find that the Province's work on the development of a cumulative effects framework has been plagued by inordinate delay. Much of what the Auditor General said in 2015 regarding lack of progress on cumulative effects assessment and management remains true today. The Province has been unable to show that it is effectively considering or addressing cumulative effects in its decision-making. Current condition reports from the Regional Strategic Environmental Assessment process, whether finalized or in draft, are not currently being incorporated into decision-making and there is a lack of guidance for decision-makers as to how the various tools that are anticipated to emerge from the work on developing a cumulative effects framework are to be used. It is concerning that the Province has continued to proceed with authorizing resource use and extraction in the northeast of BC in the absence of these important tools.

[1784] Furthermore, the Province has both zoned the core of Blueberry's territory for enhanced resource development as per the Land and Resource Management Plan; and, subsidized the oil and gas industry to ensure it continues to develop when it might not otherwise via support for marginal and ultra marginal wells in the BC royalty program. The Province is therefore encouraging wells in areas that would not otherwise be economically viable as part of its royalty program. In addition, the Province's infrastructure program is directly supporting roads and pipelines and their development in the area in order to increase provincial royalties.

[1785] As noted by Blueberry, the Crown has all the power in the relationship. When the Province and Blueberry cannot agree, the Province can proceed as it intends. Ultimately, however, by doing so on a persistent and consistent basis, the Province has failed in its obligation to diligently and honourably implement the Treaty. It cannot actively or passively allow the territory and wildlife to be drastically altered, fundamentally impacting Blueberry's ability to carry on their mode of life and meaningfully exercise their rights, by authorizing development without proper measures in place to recognize and manage cumulative impacts and protect treaty rights.

[1786] I therefore conclude that the Province has breached its obligations to Blueberry under the Treaty in failing to act in accordance with the honour of the Crown to implement the Treaty promise that Blueberry's rights to hunt, fish and trap would continue and that its mode of life would not be forcibly interfered with. The Province has failed to diligently implement the Treaty promise to protect the Plaintiffs' treaty rights and ways of life from the cumulative impacts of development on the land.

[1787] In view of all the above, I agree, as Blueberry argued, that the Province has failed to:

- a) develop processes to assess whether the ecological conditions in Blueberry's traditional territories are sufficient to support Blueberry's way of life;
- b) develop processes to assess or manage cumulative impacts to the ecosystems in Blueberry's traditional territories and/or on their treaty rights;
- c) implement a regulatory regime or structure that will take into account and protect treaty rights, and that will guide decision-making for taking up lands or granting interests to lands and resources within Treaty 8; and,
- d) put in place sufficient interim measures to protect Blueberry's treaty rights while these other processes are developed.

**b) Fiduciary Obligations**

[1788] Blueberry has also sought a declaration that the Province breached its fiduciary obligations. The Plaintiffs have therefore invited the Court to consider whether the Province owes a fiduciary obligation to Blueberry and whether it has met this obligation. Blueberry says the rights to hunt, trap and fish were “transcribed in the Treaty in a simple form cognizable to the common law drafters.” I note at the outset that Blueberry has not argued this aspect of its claim with as much clarity as some of the other arguments it has advanced.

[1789] Blueberry indicated it intended to raise the issue of the Province’s fiduciary obligations and alleged breach in reply to the Province’s justification defence. The Province did not, however, provide a justification defence.

[1790] I will, however, in light of the pleadings, make some general comments on the Crown’s fiduciary obligations.

[1791] The Crown’s *sui generis* fiduciary relationship with Indigenous people is about protecting the interests of Indigenous people, especially when the level of Crown discretion or control leaves their interests vulnerable to government ineptitude or misconduct. Since the *Sparrow* decision of 1990, the Supreme Court of Canada has recognized that the concept of the *sui generis* fiduciary duty includes the protection of Indigenous peoples’ pre-existing, and still existing, Aboriginal and treaty rights within s. 35 of the *Constitution Act, 1982* (*Sparrow* at 1108; *Wewaykum* at paras. 78, 80; *Tsilhqot’in* at paras. 12-13). Indigenous peoples’ interests in their constitutionally protected Aboriginal and treaty rights thus appear to presumptively attract the Crown’s fiduciary obligations (*Wewaykum* at paras. 79, 81).

[1792] Blueberry appears to rely on fiduciary obligations attaching, generally, to s. 35 rights, as they have not otherwise set out with specificity the route by which the Province’s fiduciary obligations are said to arise. The Province points out that not every Crown-Indigenous relationship gives rise to fiduciary obligations, and that the *sui generis* fiduciary duty only arises when the Crown assumes discretionary control over a specific or cognizable Indian interest.

[1793] One way of understanding the interest at stake, and to which the Crown’s fiduciary duty attaches, is to focus on the historic rights to hunt, trap and fish that are set out in Treaty 8 and protected by s. 35. The Supreme Court of Canada has noted that rights under s. 35 “satisfy the requirement of an ‘independent legal

interest’” (*Williams Lake* at para. 53, citing *Sparrow* and *Guerin*). This seems to be the cognizable interest relied on by Blueberry – being a pre-existing legal interest in exercising their hunting, trapping, and fishing rights in their territory.

[1794] I must now consider whether the Province has assumed or undertaken discretionary control in relation to Blueberry’s rights to hunt, trap and fish.

[1795] In 1899, the Treaty Commissioners (acting on behalf of the Crown) repeatedly promised the Indigenous people assembled at Lesser Slave Lake that their rights to hunt, fish and trap would be protected and that their way of life would not be interfered with. In addition, as a term of the Treaty, the Crown agreed to provide ammunition and twine to those peoples that preferred to continue hunting and fishing rather than turning to agricultural pursuits. In 1900, representatives of the Crown met with Blueberry’s ancestors at Fort St. John and invited them to adhere to Treaty 8, confirming the promises made in 1899. In so doing, I find that the Crown undertook discretionary control in relation to Blueberry’s interest in continuing to hunt, trap and fish in its territory.

[1796] As is clear from *Grassy Narrows*, historical treaties are agreements with the Crown, and both levels of government are responsible for fulfilling treaty promises when acting within the division of powers under the *Constitution* (*Grassy Narrows* at para. 30).

[1797] The Province has the exclusive authority to take up provincial lands for forestry, mining, settlement and other exclusively provincial matters. In addition, the Province has broad discretion to deal with various natural resource related issues, and to develop and implement decision-making structures relating to such issues. For example, and as already discussed in detail, the Province puts in place wildlife management regimes, land use planning processes, forestry management regimes, and oil and gas permitting processes.

[1798] The Province is exercising discretionary control in relation to Blueberry’s treaty rights when it:

- a) exercises its power to take up lands in the Blueberry Claim Area;
- b) develops and implements natural resource decision-making structures that affect Blueberry’s exercise of its rights; and,

- c) makes individual natural resource decisions that affect the lands, water and wildlife Blueberry relies on for the exercise of their treaty rights.

Blueberry is correspondingly vulnerable to the Province's exercise of discretionary control.

[1799] I therefore accept that Blueberry's rights to hunt, fish and trap, which are contained within Treaty 8 and are protected by s. 35, attract the Crown's fiduciary obligations.

[1800] The jurisprudence reviewed earlier recognizes that the Crown as a fiduciary is, at a minimum, required to act with loyalty, good faith in the discharge of its mandate, provide full disclosure appropriate to the subject matter, and to act with ordinary prudence with a view to the best interest of its Indigenous beneficiaries. While the Crown must meet this standard of conduct, it is not in breach of its fiduciary obligations if it fails to deliver any particular result.

[1801] The Province's fiduciary duty (along with its duties arising from the honour of the Crown) should guide its actions prior to any infringement of treaty rights. This point was made in *Grassy Narrows* at paras. 50-51 where the Supreme Court of Canada noted that Ontario's power to take up lands under Treaty 3 was not unconditional. In exercising its jurisdiction over the lands covered by Treaty 3, Ontario was bound and burdened by the honour of the Crown and was subject to fiduciary duties that exist when the Crown deals with Aboriginal interests. The Court noted that this means Indigenous harvesting rights over the land "must be respected" (at para. 51).

[1802] The usual place where the parties can discuss how to respect treaty rights and minimize any potential infringements, is in consultation. As I have noted above, consultation on a permit-by-permit basis has not served as an appropriate way of addressing Blueberry's concerns about the cumulative impacts to the Blueberry Claim Area, and on the exercise of its treaty rights. In these circumstances, acting with good faith and ordinary prudence in relation to Blueberry's treaty rights required the Province to use more than just the usual process.

[1803] This Court is mindful that the Crown, here the Province, wears many hats and represents many interests, some of which cannot help but be conflicting. The

Province argued there is no presumption that the hunting, fishing and trapping rights in Treaty 8 must, in every case and in all circumstances, be given priority over other interests. I agree, but that is not what Blueberry is seeking.

[1804] In these circumstances, I find that the Province's fiduciary duty required that it act with good faith to seek to address Blueberry's concerns regarding the cumulative impacts of development on the exercise of its treaty rights. That good faith must be, at a minimum, more than the adoption of unwavering, unreasonable positions, as per Justice Donald's comments on the obligation of good faith in *BCTF v. British Columbia*, 2015 BCCA 184 at paras. 331-334 and 348. Justice Donald's reasons were ultimately adopted by the Supreme Court of Canada (2016 SCC 49).

[1805] Acting with ordinary prudence in this case required that the Province investigate the concerns regarding cumulative impacts by developing processes to assess cumulative effects in Blueberry's Claim Area and develop ways of managing and mitigating these effects. In the Court's view, ordinary prudence would have required that the Province pause some development in Blueberry Claim Area, or key areas within the Blueberry Claim Area, pending the results of this work. Allowing development to proceed in the face of these substantial and well grounded concerns could not be said to be acting with good faith, loyalty, or ordinary prudence with a view to Blueberry's best interests. Ordinary prudence requires long-term planning, looking ahead and considering the likely future effects of current decisions, as opposed to simply stubbornly "staying the course."

[1806] Once again I note the Province has all the power in this situation. It is not an answer, when Blueberry raises concerns, to maintain the status quo indefinitely and indicate processes are in development to take care of these matters. Some limits, including reasonable time limits, must be employed to demonstrate good faith.

[1807] I note that the Province, both in argument and via their witnesses, had a tendency to point to an ever-expanding pool of decision-making bodies as evidence that cumulative effects and/or treaty rights are being considered, without concretely describing how these issues are being addressed. In this case, the multitude of decision-makers has tended to show that Blueberry's concerns fall through the cracks, not that they are being addressed in a comprehensive or coordinated manner.

[1808] In making these comments, the Court is not saying that the results of this work would, in every case and in every circumstance, result in Blueberry's treaty rights having priority over other interests. As noted earlier, the Court is mindful that the Province "wears many hats." If cumulative effects assessments are completed and management processes are established to ascertain ways for Blueberry's rights to be upheld, development may continue. That is precisely what Blueberry's Land Stewardship Framework suggests when it speaks about developing thresholds of acceptable change as guiding posts for further developments.

### **c) Conclusions in Brief**

[1809] I reiterate my conclusions set out in brief at the commencement of this judgment:

- Courts have noted that Treaty 8 is not a final blueprint. It established the beginning of an ongoing relationship. It was recognized that the relationship would be difficult to manage. The promises contained in Treaty 8 have become harder to keep as time has gone on, and the Court has been called upon to assist the parties in understanding their obligations under the Treaty.
- I find that Treaty 8 protects Blueberry's way of life from forced interference, and protects their rights to hunt, trap and fish in their territory.
- I recognize that the Province has the power to take up lands. This power, however, is not infinite. The Province cannot take up so much land such that Blueberry can no longer meaningfully exercise its rights to hunt, trap and fish in a manner consistent with its way of life. The Province's power to take up lands must be exercised in a way that upholds the promises and protections in the Treaty.
- I find that the Province's conduct over a period of many years – by allowing industrial development in Blueberry's territory at an extensive scale without assessing the cumulative impacts of this development and ensuring that Blueberry would be able to continue meaningfully exercising its treaty rights in its territory – has breached the Treaty.
- I conclude that the extent of the lands taken up by the Province for industrial development (including the associated disturbances, impacts on wildlife, and impacts on Blueberry's way of life), means there are no longer sufficient and



appropriate lands in Blueberry's territory to allow for the meaningful exercise by Blueberry of its treaty rights. The cumulative effects of industrial development authorized by the Province have significantly diminished the ability of Blueberry members to exercise their rights to hunt, fish and trap in their territory as part of their way of life and therefore constitute an infringement of their treaty rights. The Province has not justified this infringement.

- I find that, for at least a decade, the Province has had notice of Blueberry's concerns about the cumulative effects of industrial development on the exercise of its treaty rights. Despite having notice of these legitimate concerns, the Province failed to respond in a manner that upholds the honour of the Crown and implements the promises contained in Treaty 8. The Province has also breached its fiduciary duty to Blueberry by causing and permitting the cumulative impacts of industrial development without protecting Blueberry's treaty rights.
- The Province has not, to date, shown that it has an appropriate, enforceable way of taking into account Blueberry's treaty rights or assessing the cumulative impacts of development on the meaningful exercise of these rights, or that it has developed ways to ensure that Blueberry can continue to exercise these rights in a manner consistent with its way of life. The Province's discretionary decision-making processes do not adequately consider cumulative effects and the impact on treaty rights.
- The rights, obligations and promises made in Treaty 8 must be respected, upheld, and implemented today. Time is of the essence. Relief will follow.

## **IX. HAS THE PROVINCE JUSTIFIED THE INFRINGEMENT?**

### **A. Law**

[1810] As set out earlier, once a First Nation establishes that its treaty rights have been infringed, the onus shifts to the Crown to justify the infringements on the basis of the *Sparrow/Badger* test (see *Grassy Narrows* at para. 53; *Mikisew* at para. 48). The justificatory standard has been recognized as placing a "heavy burden" on the Crown (*Sparrow* at 1119).

[1811] In *Badger*, at para. 82, Justice Cory reasoned it is “equally if not more important” to justify infringements of treaty rights as it is to justify infringements of Aboriginal rights. This was said to be because the rights granted to Indigenous peoples by treaties usually form an integral part of the consideration for the surrender of their lands.

[1812] In *Sparrow*, the Supreme Court of Canada held that legislation can infringe rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, but only if it passes a two-step justification analysis. The legislation must:

- a) further a “compelling and substantial” purpose; and,
- b) account for the priority of the infringed Aboriginal interest under the fiduciary obligation imposed on the Crown (see *Sparrow* at 1113-19; *Tsilhqot’in* at para. 13).

[1813] Chief Justice Dickson went on at 1119, to note that within the justification analysis, there are further questions or factors to be considered, depending on the circumstances:

These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented...

[1814] Justification of infringements to treaty rights was discussed in *Badger*, where Justice Cory noted that a challenged limitation on treaty rights must, obviously, be considered within the context of the treaty itself (at para. 85). Following that, the *Sparrow* principles were to be applied, though those were not a complete catalogue or exhaustive list of factors, and others may also influence the result.

[1815] Subsequent Supreme Court of Canada decisions, looking primarily at infringements of Aboriginal rights (as in *Gladstone*) or Aboriginal title (as in *Delgamuukw* and *Tsilhqot’in*), as opposed to infringements of treaty rights, have noted that the framework for justifying infringements to s. 35 rights generally involves considering the following. First, whether the government has consulted and, if necessary, accommodated the Indigenous group. Second, whether the government has established a “compelling and substantial” government objective.

Third, whether the government's action is consistent with its fiduciary duty and the honour of the Crown (*Tsilhqot'in* at para. 77). This last step may involve considering the nature of the interest to which the Crown's fiduciary attaches, whether the action is necessary to achieve the government's objective, whether the government's action was minimally impairing of the right, and whether the benefits expected to flow from the objective were not outweighed by their effects on the Indigenous interest (*Tsilhqot'in* at paras. 82, 87).

[1816] What constitutes a compelling and substantial objective is to be considered from the Indigenous perspective, as well as from the perspective of the broader public (*Tsilhqot'in* at para. 81). Such objectives are to be directed at recognition of the prior occupation of North America by Indigenous peoples, and reconciliation of this prior occupation with the assertion of Crown sovereignty (*Gladstone* at para. 72; *Tsilhqot'in* at paras. 81-82).

[1817] In *Badger*, Justice Cory observed that the government did not lead evidence with respect to justifying s. 26(1) of the *Wildlife Act* and, in the absence of such evidence, it was not open the Supreme Court of Canada to supply its own justification (at para. 98). (I note, however, that Justice Cory did comment on the objectives of safety and conservation apparent in the licencing regime at issue, suggesting there was some evidence going to the first justification question of whether there is a valid legislative objective.) Justice Cory held that, with respect to Mr. Ominayak, s. 26(1) of the *Wildlife Act* constituted a *prima facie* infringement of his treaty right to hunt for food. The Court ordered a new trial so that the issue of justification may be addressed.

[1818] In *Marshall*, the Crown chose not to justify the discretionary licensing system at issue. The Supreme Court of Canada held that in the absence of any justification of the regulatory prohibitions, Mr. Marshall was entitled to an acquittal (at para. 66). The Court then answered the constitutional question noting that the regulatory prohibitions were inconsistent with Mr. Marshall's treaty right and therefore of no force or effect or application to him, by virtue of s. 35(1) and 52 of the *Constitution Act, 1982* (at paras. 64 and 67).

[1819] In *Marshall #2*, Justice Binnie confirmed that in the face of the Crown choosing not to seek to justify a regulatory regime, a rights holder would be allowed to exercise their right, notwithstanding the regime. He added that justification, and

the merits of the government's arguments, would depend on the facts. He also observed that accommodating treaty rights may best be resolved through consultation and negotiation, not through litigation:

[21] The fact the Crown elected not to try to justify a closed season on the eel fishery at issue in this case cannot be generalized, as the Coalition's question implies, to a conclusion that closed seasons can never be imposed as part of the government's regulation of the Mi'kmaq limited commercial "right to fish". A "closed season" is clearly a potentially available management tool, but its application to treaty rights will have to be justified for conservation or other purposes. In the absence of such justification, an accused who establishes a treaty right is ordinarily allowed to exercise it...

[22] Resource conservation and management and allocation of the permissible catch inevitably raise matters of considerable complexity both for Mi'kmaq peoples who seek to work for a living under the protection of the treaty right, and for governments who seek to justify the regulation of that treaty right. The factual context, as this case shows, is of great importance, and the merits of the government's justification may vary from resource to resource, species to species, community to community and time to time. As this and other courts have pointed out on many occasions, the process of accommodation of the treaty right may best be resolved by consultation and negotiation of a modern agreement for participation in specified resources by the Mi'kmaq rather than by litigation. La Forest J. emphasized in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 (a case cited in the September 17, 1999 majority decision), at para. 207:

On a final note, I wish to emphasize that the best approach in these types of cases is a process of negotiation and reconciliation that properly considers the complex and competing interests at stake.

[23] The various governmental, aboriginal and other interests are not, of course, obliged to reach an agreement. In the absence of a mutually satisfactory solution, the courts will resolve the points of conflict as they arise case by case...

[1820] In *Ahousaht*, Justice Garson found that the cumulative effect of the federal Department of Fisheries and Oceans' regulatory system infringed the Nuu-chah-nulth's rights. She issued a declaration that the *Fisheries Act* and the regulations and policies thereunder *prima facie* infringed the Nuu-chah-nulth plaintiffs' Aboriginal rights to fish and sell fish. The Court did not rule on Canada's justification defence and did not make any declaration of unjustified infringement. Instead, it ordered the parties to consult and negotiate the manner in which the plaintiffs' rights could be accommodated. If those consultations were unsuccessful after two years, Canada had leave to apply at a subsequent trial to tender further evidence on justification. That justification trial did ultimately proceed before Justice Humphries.

## **B. Province's Position**

[1821] The Province did not, in final oral or written submissions, advance a justification defence. The Province has taken what can be characterized as an evolving and somewhat unclear approach to the question of justification in this case.

[1822] As noted earlier, the Province's primary response to Blueberry's claim is to deny that Blueberry's treaty rights have been infringed and to deny that the Treaty has been breached. In the alternative, in its Response to Civil Claim filed on April 24, 2015, the Province pleaded that such breaches or infringements were justified. Paragraph 23 of the Province's Response to Civil Claim states:

23. In response to paragraphs 27 and 28 of the Notice of Civil Claim, the Province denies that it has breached its obligations to the Plaintiffs under the Treaty or infringed the Plaintiffs' Treaty rights and puts the Plaintiffs to the strict proof thereof. *In the alternative, if the Province did breach its Treaty obligations or infringed the Plaintiffs' Treaty rights, which is denied, such breaches or infringements were justified.*

(emphasis added)

[1823] In addition, in Part 3 (Legal Basis) of its Response to Civil Claim, the Province cited portions of *Mikisew* stating that infringements of Treaty 8 must be justified according to the test set out in *Sparrow*.

[1824] Blueberry's November 2, 2015 case plan proposal noted that this claim will require the Court to determine (1) whether there has been a *prima facie* infringement of the established treaty rights, and (2) whether that infringement is justified. The Province's November 13, 2015 case plan proposal did not take issue with those two determinations being dealt with in this claim, and did not suggest a phased approach was required.

[1825] The Province's February 28, 2018 Trial Brief states the following with respect to Issue C.2: "If the Plaintiffs' [*sic*] can no longer meaningfully exercise their Treaty 8 Rights...Has that infringement been justified?"

The Province denies any infringement. If there has been an infringement it has been justified. Insofar as land use planning that permits development is concerned, Treaty 8 First Nations were invited to participate in the process leading to the development of the current land use plan, which includes areas protected from development and areas where development is allowed, subject to consultation. Insofar as specific developments are concerned, consultation and accommodation is required, as noted above. The Plaintiffs and other Treaty 8 First Nations are involved in development [footnote to *Rio Tinto Alcan Inc. v Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43 at para. 34]. The Plaintiffs have also participated, directly and indirectly, in revenue

sharing and other economic benefits arising from industrial development within their traditional territories. From 2006-2014, the Plaintiffs participated in a number of agreements in which they agreed that industrial development activities did not amount to infringements. If any future industrial development is found by this Court to amount to an infringement, then it would be unfair to hold that British Columbia has failed to justify that infringement without providing the parties the opportunity to consult or negotiate based upon the findings made, and, in the event of unsuccessful negotiations, the opportunity for British Columbia to adduce further evidence [footnote to *Ahousaht Indian Band v. Canada*, 2009 BCSC 1494 at paras. 869-873].

[1826] As is apparent from the extensive evidence in this trial and the findings of fact and analysis in this judgment, the evidence of the Province's efforts with respect to land use planning or of the sufficiency of agreements to address Blueberry's concerns and protect important areas has been found seriously wanting.

[1827] Blueberry, and the Court, for that matter, proceeded with the understanding that the parties would be adducing evidence and making arguments on all the issues raised in this case, including whether any potential infringements of treaty rights were justified.

[1828] In its later written and oral arguments in this case, the Province has taken the position that it could not justify any infringements of Blueberry's treaty rights until, first, the scope of the rights were known, and, second, the specific infringements were identified. The Province argued that Blueberry had failed to clearly articulate its rights and was essentially asserting "a generalized right to a poorly defined 'mode of life,' which fails to account for the modern context." In its closing submissions the Province noted that justification does not arise until there has been a finding of infringement, which is "why a justification defence is not being advanced at this time."

[1829] The Province referred repeatedly to the "unsatisfactory" proceedings in *Ahousaht* where the court found that the entire regulatory regime infringed the plaintiffs' Aboriginal rights to fish and sell fish, and gave the Crown two years to consult and negotiate a regulatory regime that recognized their rights and if there was no agreement, to justify the infringement in court. When the parties came back before Justice Humphries in the justification trial, she found that to proceed with the

justification analysis she first needed to “interpret” the declaration relating to the right.

[1830] The Province emphasized that specificity regarding the nature of the infringement is required in order for the Crown to seek to justify its actions. The Province underscored that previous cases have dealt with allegations of infringements arising from specific legislation or regulations, which though unwieldy if relating to the management of a fishery, are nonetheless more specified than the infringements alleged in this case which are said to arise from the cumulative effects of industrial development and the Province’s actions and inactions with respect to them.

[1831] In its oral reply, counsel for Blueberry emphasized that the Province pleaded justification, and its decision not to advance a justification defence was therefore surprising. Blueberry emphasized that much of the evidence led by the Province in this case was of the type that would be expected with respect to justification. Blueberry argued that if the Court found an infringement, there would be a substantial prejudice to Blueberry to find that it was anything other than an unjustified infringement.

### **C. Analysis and Conclusions**

[1832] I will deal first with the Province’s position that it could not advance a justification defence before the scope of the rights were known.

[1833] Treaty 8 rights are established and existing rights, not claimed or asserted rights (*Mikisew 2018* at para. 138 (per Brown J., concurring); see also *West Moberly 2011* at paras. 80, 129). They arise from exchanges between the Crown and Indigenous people. The promises are set out orally and in writing. The starting point is that the Indigenous people are entitled to what they have been granted in the Treaty. In the case of Treaty 8, there is a substantial amount of jurisprudence from this court and appellate courts as to the promises included therein and the scope of those rights.

[1834] The Province must be taken to know the promises the Crown made to Indigenous people, and which it is bound to uphold today. Ensuring those rights are respected and upheld, or (in the alternative) ensuring that any infringements of

those rights are justified, does not always need to await judicial determination on the specificity or scope of the rights. While some clarification may be needed or of assistance, to proceed on the basis that the treaty right is not known until the court determines what that right is, is unwieldy and ignores the reality of the written document, the known oral promises, the plentiful jurisprudence, and in this case the specifics set out by the Plaintiffs.

[1835] The Province relies on Justice McLachlin's dissenting reasons in *Marshall* where she states that "[t]o proceed from a right undefined in scope or modern counterpart to the question of justification would be to render treaty rights inchoate and the justification of limitations impossible" (at para. 112). She refers to the right in that case as being referred to in "generalized abstraction" and needing instead to begin by defining the "core" of that right and seeking its modern counterpart.

[1836] *Marshall* did not deal, however, with the text or the oral promises contained within Treaty 8, which have been affirmed in previous Treaty 8 cases (see, for example, *West Moberly 2011* at paras. 130-131). Moreover, in my view, at the time Mr. Marshall was charged with selling eels there was likely considerably more legal uncertainty regarding how to understand the rights reflected in the truckhouse clause in the peace and friendship treaties, than the rights and promises reflected in Treaty 8, which have been commented on extensively in the jurisprudence over the last 30 years.

[1837] Furthermore and importantly, in this case, the pleadings, supplemented by the particulars, provided the Province with significant and sufficient information on the scope of the rights from Blueberry's perspective. Paragraphs 19 to 23 of the Notice of Civil Claim set out what Blueberry referred to, collectively, as its "Treaty Rights." These allegedly included the following promises, assurances and rights:

- a) there would be no forced interference with the Plaintiffs' mode of life;
- b) the same means of livelihood and patterns of economic activity would continue after the Treaty as before;
- c) they would be as free to hunt, trap and fish throughout their traditional territory as they had been before entering the Treaty;



- d) rights to undertake traditional and spiritual activities in their traditional territory;
- e) rights to travel throughout their traditional territory;
- f) rights to manage natural resources within their traditional territory;
- g) rights to gather various natural resources, including plants and berries in their traditional territory;
- h) rights of access to and protection and management of adequate quantities of clean and fresh water capable of sustaining life within and around their traditional territory; and,
- i) rights to engage in activities incidental to the exercise of rights under the Treaty including: rights to access the lands and waters necessary for hunting, trapping and fishing; rights to maintain adequate terrestrial and riparian habitat to support the activities of hunting, trapping and fishing; rights to maintain and access traplines and trapline infrastructure, including trails and cabins; and, rights to maintain and access teaching sites to pass on their traditional mode of life.

[1838] As discussed earlier in these reasons, in its Response to the Defendant's Demand for Further and Better Particulars, Blueberry provided very comprehensive answers to the Province's queries regarding, among other things: the cultural and economic activities they alleged can no longer be meaningfully pursued and where those activities were pursued; their traditional patterns of economic activity; and, their preferred means of exercising their treaty rights.

[1839] More importantly, this is not a situation, as was the case in *Ahousaht*, where the First Nation was alleging its rights included a right to sell fish, and the government's regime *did not* recognize such a commercial right (at para. 867). In that situation, Garson J. noted it could not be known whether and how the federal government would have managed the fishery if it had taken into account the plaintiffs' constitutional rights to fish and sell that fish. It was for that reason that Canada was not in a position to justify infringements (at paras. 868-869).

[1840] Here, the Province has repeatedly said its regulatory regimes *do* recognize and take into account First Nations' Treaty 8 rights to hunt, trap and fish throughout

their traditional territories, so the suggestion that its regime cannot be justified until the scope of the rights has been delineated by the Court is circular and without merit.

[1841] In the Court's view, no further specifics regarding the nature of the rights on which Blueberry was relying was required in order for the Province to bring forward evidence and prepare an argument seeking to justify any potential infringement. At the very least, this argument could have been based on Blueberry's right to hunt, fish and trap throughout its traditional territory, which is the very right the Province says its regimes already recognize.

[1842] I now consider whether the Province needs to await determination from this Court on the nature of the infringement before it can seek to justify its regulatory regime and/or specific decisions it has made.

[1843] It is true that Blueberry's civil claim is just as, if not more, "unwieldy" than that dealt with in *Ahousaht*. The allegations of infringement are not focused on one piece of legislation, let alone one regulatory regime. It is a cumulative impacts case. It alleges various kinds of activities, projects and developments the Province has authorized, including: oil and gas, forestry, mining, hydroelectric infrastructure, roads and other infrastructure, agricultural land clearing, land alienation and encumbrance and other industrial development have resulted in significant adverse impacts to the lands, water, fish and wildlife, and to the exercise of Blueberry's treaty rights. It also alleges that the Province has authorized these developments without regard to the potential cumulative effects and consequent adverse cumulative impacts on the exercise of treaty rights.

[1844] The Province was on notice that, to defend itself against this cumulative impacts case, it would need to show, among other things, that the industrial developments allegedly authorized by the Province were done pursuant to legislation that furthered a compelling and substantial purpose, that there was as little infringement as possible, that its actions were consistent with the honour of the Crown and its fiduciary duty, and that it was monitoring and taking into account cumulative effects of prior developments. Paragraphs 25, 29, and 30 of the Province's Response to Civil Claim appear to advance some of these points.

[1845] Not only was the Province on notice through these proceedings, but the evidence establishes provincial agencies and ministries have been on notice through numerous correspondence and discussions with Blueberry representatives over many years. Blueberry's correspondence to various provincial decision-makers identifies and makes clear that governmental processes authorizing development in their territory did not address Blueberry's treaty rights or consider the cumulative impact of development on Blueberry's territory.

[1846] The Province was also aware of the jurisprudence on justification, which considers the existence of a compelling and substantial objective for the infringing regime or statute, whether the Crown has properly prioritized Aboriginal rights and met its fiduciary obligations, whether there has been as little infringement as possible, and whether compensation was available.

[1847] The Province had an opportunity in the course of this trial to lead evidence on how it is managing to ensure that Blueberry's treaty rights are respected and that the promises reflected in the Treaty are met. Each of the government representatives who testified at trial, including: Mr. Van Tassel, Mr. Van Dolah, Mr. Recknell, Dr. Psyllakis, Mr. Pasztor, Mr. Curry and Mr. O'Hanley, testified about the ways their various government ministries or agencies sought to take into account treaty rights in their decision-making processes and consider cumulative effects. By my estimate, more than half of the evidence led by the Province was aimed at explaining the role of the various natural resource and development related ministries and agencies, examining the scope of their authority, and outlining their processes for becoming informed about Indigenous peoples' rights and interests, and ensuring that concerns raised by Indigenous groups, including Blueberry, about the impacts of cumulative effects on the exercise of their treaty rights were considered.

[1848] In my view, this evidence was provided and tested for two purposes. First, it was led to support the Province's argument that treaty rights have not been infringed and the Treaty has not been breached because the Province had considered potential impacts to the exercise of Blueberry's treaty rights, and the Province is implementing processes to take into account cumulative effects. As I have already noted, I do not find that the evidence supports this argument, and

instead conclude that Blueberry's treaty rights have been infringed and the Treaty has been breached.

[1849] The evidence also had a secondary purpose, namely to show the interests government officials are having to balance when making decisions about either forestry, oil and gas development, or protection of wildlife habitat. The government witnesses spoke about, among other things, the objectives their regulatory regimes were seeking to uphold, the mandate letters they received from the Premier, and the "values" the various planning documents and processes seek to manage for. Some also referred to agreements entered into with Blueberry and amounts paid to Blueberry pursuant to those agreements. In my view, this is evidence relating to justification.

[1850] The trial was not bifurcated. The Province did not seek to sever the question of infringement from that of justification.

[1851] I agree with Blueberry that it is surprising, given the pleadings, the evidence, and the fact that the issue of justification was not severed from the issue of infringement, that the Province did not argue justification.

[1852] Scarce judicial resources should not be used to have a trial of this length and magnitude proceed, only to allow the Province a further opportunity to advance both evidence and arguments in a later trial that it ought to have raised here. The Province had an opportunity to justify any potential infringement, and it made a strategic choice not to do so.

[1853] Throughout this lengthy trial, Blueberry has understood that the Province would defend itself, at least in part or in the alternative, on the basis of the infringements being justified. So too has the Court. Blueberry ought not to be prejudiced in obtaining relief in this case simply because the Province chose not to advance a defence.

[1854] Notwithstanding the Province's primary position that Blueberry's rights have not been infringed, and even without the benefit of the Court's decision on infringement, it was open to the Province to advance a justification defence, even in the alternative. Indeed that appeared to be the Province's approach in its Response to Civil Claim.

[1855] From my review of that evidence it would have, however, been difficult for the Province to justify the infringements of Blueberry's treaty rights.

[1856] Much of the Province's arguments with respect to consultation and the honour of the Crown are relevant to the justification analysis. My earlier conclusions apply here with equal force. The Province has not demonstrated it is acting in a manner that upholds the honour of the Crown or meets its fiduciary duties in relation to Blueberry's treaty rights.

[1857] I conclude that the infringements set out earlier have not been justified by the Province.

[1858] In the absence of justification, I turn now to remedy.

## **X. RELIEF**

[1859] Blueberry seeks various declarations relating to the breaches alleged in this case. In particular, Blueberry seeks:

1. A declaration that, in causing and/or permitting the cumulative impacts of the Industrial Developments on the Plaintiffs' Treaty Rights in their Traditional Territory, the Defendant has breached its obligations to the Plaintiffs under the Treaty;
2. A declaration that the Defendant has infringed upon some or all of the Plaintiffs' Treaty Rights by causing and/or permitting the cumulative impacts of the Industrial Developments on the Plaintiffs' Treaty Rights in their Traditional Territory;
3. A declaration that the Defendant may not lawfully continue to authorize activities that breach the promises made by the Crown to the Plaintiffs in the Treaty or that infringe the Treaty Rights;
4. A declaration that the Defendant has breached its fiduciary obligations to the Plaintiffs by undertaking, causing and/or permitting some or all of the Industrial Developments within and adjacent to the Plaintiffs' Traditional Territory;...

[1860] Blueberry also seeks interim and permanent injunctions restraining the Province from undertaking, causing and/or permitting activities that breach the Province's obligations to Blueberry under the Treaty, infringe Blueberry's treaty rights, or breach the Province's fiduciary obligations to Blueberry. As reviewed earlier in these reasons, Blueberry's earlier applications for interlocutory injunctions were dismissed in *Yahey v. British Columbia*, 2015 BCSC 1302 and *Yahey 2017*.

[1861] Blueberry's arguments on remedies are brief. Essentially, Blueberry says the Court has an obligation to ensure that the constitutional law prevails, to give effect to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and to address the unconstitutional harm. It says that, if an infringement is found, government should not be allowed to continue actions that are unconstitutional.

[1862] In particular, Blueberry says the Province should not be permitted to issue *further* permits in the Blueberry Claim Area until and unless it is established that either the permit or authorization will not cause infringement, or the infringement is justified. Blueberry seeks to stop future authorizations, but not to quash or undo existing ones.

[1863] Blueberry says that a forward-looking prohibition on taking up lands or otherwise unjustifiably infringing its treaty rights would force the Province to act with diligence to establish enforceable regulatory measures to substantively protect its treaty rights before further takings can occur. It says the Province will need to sit down and negotiate in good faith with Blueberry to establish such a structure.

[1864] As noted, the Province takes issue with the lack of specificity in Blueberry's claims. It says Blueberry has not defined the rights at stake in precise terms and has not specified with clarity what the alleged infringement is from.

[1865] The Province also says that Blueberry is seeking to impose a reverse onus, where future authorizations would be deemed infringements unless the Province establishes that they are not. It adds that Blueberry is seeking a veto over the regulatory framework that is to be developed to deal with future authorizations. It asks that existing collaborative processes that involve other Indigenous groups in addition to Blueberry be allowed to continue without the injection of a veto for Blueberry.

[1866] The Province says there should be no mandatory injunction issued against it. It points to the *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, s. 11(2) and says that Blueberry has not established a high degree of probability that a specific harm will occur in the future to get the injunction sought.

[1867] I consider these points below.

[1868] The courts are the guardians of the Constitution and the duty of the judiciary is to ensure that the constitutional law prevails (*Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 at para. 48; *Manitoba Metis* at para. 140).

[1869] The Supreme Court of Canada confirmed in *Sparrow* that s. 35 is protective and remedial. In accordance with the purposive approach to construing s. 35, remedies relating to Aboriginal and treaty rights should be sensitive to and advance the distinct purposes of Aboriginal rights, including the importance of treaty-making as an honourable form of reconciliation (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2 ed.) (Toronto: Carswell, 2019) [Roach] at 15.140).

[1870] Declarations can be awarded whenever they are capable of having a practical effect or utility in resolving the issues in the case (*Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821 at 833). Accordingly, a court looks at the practical value of the declaration when assessing if it should exercise its discretion to grant such a remedy (*West Moberly 2020* at para. 310).

[1871] For a declaration to have practical utility, it must define or clarify some aspect of the parties' rights (*West Moberly 2020* at paras. 313 and 331). Declarations issued by the courts should not go beyond the case (*Chartrand v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 345 at para. 62). In addition, declarations should not simply restate settled law (*West Moberly 2020* at para. 317; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12 at paras. 53 and 56).

[1872] Courts must determine the level of detail needed in a declaration. In some cases, a bare, broad or general declaration may be sufficient. In other cases more specificity may be required in order to facilitate negotiation and consensual resolution of disputes between the government and Indigenous people.

[1873] The level of specificity of declarations was one of the issues recently discussed by the Court of Appeal in *Ahousaht Indian Band and Nation v. Canada (Attorney General)*, 2021 BCCA 155 [*Ahousaht 2021*]. The Court of Appeal reasoned that, at best, "a court can provide legal guidance that will assist the parties (and particularly the regulators)" to craft regulations that respect the rights at issue. It recognized that specific areas of disagreement may have to be resolved in future applications or claims (at para. 158).

[1874] Declarations can be powerful tools in litigation involving governments as it is assumed that governments will comply with “both the letter and spirit of the declaration” (Roach at 15.1349 and 15.1253; see also *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4 (per Justices Brown and Rowe in dissent at para. 248).

[1875] In this case, as will be seen below, I am of the view that a combination of broad declarations regarding the infringement of Blueberry’s treaty rights and breach of the Treaty, along with more specific declarations about what is required to remove the breaches of the Treaty and uphold Blueberry’s treaty rights is appropriate in order to guide the parties.

[1876] Blueberry has not sought a declaration regarding the scope of its rights under Treaty 8. Blueberry has, however, sought declarations regarding the Province’s breaches in relation to its “Treaty Rights” (Treaty Rights being a defined term in its Notice of Civil Claim).

[1877] A significant portion of the arguments in this case focussed on the scope of Blueberry’s treaty rights, including the oral promises made to the Indigenous people at the time the Treaty was entered into about having the same means of earning a livelihood after the Treaty as existed before it, being as free to hunt, trap and fish after the Treaty as they would be if they never entered into it, and that the Treaty would not lead to forced interference with their mode of life. My conclusions on the scope of the rights protected by Treaty 8 are set out earlier in these reasons. To recap, I have found that Treaty 8 protects Blueberry’s way of life from forced interference and protects their rights to hunt, trap and fish in their territory. My use of the term “treaty rights” in the declarations below reflects that conclusion.

[1878] Like the *Ahousaht* case, there is no single regulatory provision or decision at issue in these proceedings. It engages provincial regimes dealing with forestry, oil and gas, wildlife management and also considers provincial efforts to develop mechanisms to take into account cumulative effects. It engages a multitude of authorizations for industrial development that, cumulatively, have impacted the territory on which Blueberry relies.

[1879] As Blueberry puts it in their reply submissions: “This is not a case where there is a single mechanism, or law that infringes the right – it is the cumulative



effect of oil and gas and forestry authorizations in the context of existing private land, agricultural and hydro-electric authorizations, which result in the infringement..." Blueberry adds that it is the "accumulated effects of the discretionary decision-making" under various statutes that it says has led to the unjustified infringement of its rights. I agree.

[1880] I have concluded that the provincial regulatory regimes do not adequately consider treaty rights or the cumulative effects of industrial development.

[1881] I have found that it is the cumulative impacts from a range of provincially authorized industrial developments within the Blueberry Claim Area that have infringed Blueberry's treaty rights and there are not sufficient and appropriate lands in Blueberry traditional territory to permit the meaningful exercise of their treaty rights. In addition, I have found that the Province had notice of these cumulative impacts on Blueberry's exercise of its treaty rights. The lack of effective provincial regimes or processes for assessing, taking into account, and managing the cumulative effect of development on Blueberry's exercise of its treaty rights breaches the Province's obligations under the Treaty, including its honourable and fiduciary obligations to diligently implement the Crown's solemn promises and its fiduciary obligations to act with loyalty, good faith, and with ordinary prudence with a view to Blueberry's best interests in continuing their exercise of rights.

[1882] While the Province did not advance a justification defence, as noted, it had the opportunity to do so. Indeed much of its evidence as to land use and the regulatory framework was led to show that the Province has ways to protect treaty rights and it said it invited Blueberry to participate in these processes.

[1883] The Province was on notice to argue justification and did not do so. While it noted in its trial brief that it would be unfair to hold that the Province has failed to justify any infringement without providing the parties the opportunity to negotiate or for the Province to adduce further evidence, I disagree. This trial was not bifurcated, and timelines and delay have been a pervasive problem during the regulatory process as evidenced by the Province's responses over the years to Blueberry's concerns. The Province has known for a significant period of time that its processes are at issue. Accordingly, these infringements have not been justified.

[1884] I therefore find that Blueberry is entitled to the following declarations regarding the Province's actions and inactions as they relate to Blueberry's treaty rights and the cumulative effects of industrial development on the exercise of those rights:

1. In causing and/or permitting the cumulative impacts of industrial development on Blueberry's treaty rights, the Province has breached its obligation to Blueberry under Treaty 8, including its honourable and fiduciary obligations. The Province's mechanisms for assessing and taking into account cumulative effects are lacking and have contributed to the breach of its obligations under Treaty 8; and,
2. The Province has taken up lands to such an extent that there are not sufficient and appropriate lands in the Blueberry Claim Area to allow for Blueberry's meaningful exercise of their treaty rights. The Province has therefore unjustifiably infringed Blueberry's treaty rights in permitting the cumulative impacts of industrial development to meaningfully diminish Blueberry's exercise of its treaty rights in the Blueberry Claim Area.

[1885] Blueberry has also sought a declaration that the Province may not lawfully continue to authorize activities that breach the promises made by the Crown to Blueberry in the Treaty or that infringe its treaty rights. In addition, it has sought a permanent injunction restraining the Province from undertaking, causing and/or permitting activities that breach the Province's obligations to Blueberry under the Treaty, infringe Blueberry's treaty rights, or breach the Province's fiduciary obligations to Blueberry. This declaration and injunction appear aimed at the same result – stopping the Province from issuing further authorizations in breach of their obligations.

[1886] As legal commentators and jurists have noted, in many situations injunctions and declarations are functionally equivalent, and declarations are generally preferred and are well suited to provide relief against governments (Roach at 12.20, 12.30, 12.110, 12.120, 12.260). Declaratory remedies allow governments to conceive of ways to satisfy the judicial declaration and help to maintain the balance in our democratic institutions (Roach at 12.260, 12.261).

[1887] While the Province is not immune from injunctive relief where a constitutional violation has been found (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62 at paras. 70-74 with respect to *charter* violations), in my view declaratory relief is preferable here.

[1888] I therefore issue further declarations as follows:

3. The Province may not continue to authorize activities that breach the promises included in the Treaty, including the Province's honourable and fiduciary obligations associated with the Treaty, or that unjustifiably infringe Blueberry's exercise of its treaty rights; and,
4. The parties must act with diligence to consult and negotiate for the purpose of establishing timely enforceable mechanisms to assess and manage the cumulative impact of industrial development on Blueberry's treaty rights, and to ensure these constitutional rights are respected.

[1889] Finally, the parties are at liberty to negotiate any further resolution or apply for further direction and/or clarification of the remedy.

[1890] The task ahead is complex and difficult, but the parties have shown some ability to work together on difficult issues in the past, and some of the work is already underway through other processes. The Court has provided some legal guidance as part of its analysis that may assist with the crafting of regulations and processes that respect the constitutionally protected rights at issue.

[1891] In view of this and the evidence of processes underway to address these concerns, I am prepared to suspend declaration #3 for 6 months while the parties expeditiously negotiate changes to the regulatory regime that recognize and respect treaty rights. While time is of the essence, the matter is complex. I expect the Province to comply with the direction that it not authorize activities in a way that infringes treaty rights; I recognize, however, that the parties may wish to address specifics as a result of this decision. The parties now have the opportunity to incorporate these rights more specifically in regulating the management of the land.

[1892] In view of the result, I am inclined to award costs to Blueberry. The parties, however, will have liberty to apply if that is necessary.

[1893] I close by thanking counsel and the parties for their exceptional hard work and thorough submissions, in what has been a difficult, challenging case of first instance. In June of 2020, because of COVID-19, this was also one of the first trials in British Columbia to move to a virtual format for the latter part of the evidence. Substantial credit must go to counsel who, with significant effort, agreed to and were part of the development of this remote format, ultimately enabling the matter to proceed.

[1894] In summary, I have granted the following declarations:

1. In causing and/or permitting the cumulative impacts of industrial development on Blueberry's treaty rights, the Province has breached its obligation to Blueberry under Treaty 8, including its honourable and fiduciary obligations. The Province's mechanisms for assessing and taking into account cumulative effects are lacking and have contributed to the breach of its obligations under Treaty 8;
2. The Province has taken up lands to such an extent that there are not sufficient and appropriate lands in the Blueberry Claim Area to allow for Blueberry's meaningful exercise of their treaty rights. The Province has therefore unjustifiably infringed Blueberry's treaty rights in permitting the cumulative impacts of industrial development to meaningfully diminish Blueberry's exercise of its treaty rights in the Blueberry Claim Area;
3. The Province may not continue to authorize activities that breach the promises included in the Treaty, including the Province's honourable and fiduciary obligations associated with the Treaty, or that unjustifiably infringe Blueberry's exercise of its treaty rights; and,
4. The parties must act with diligence to consult and negotiate for the purpose of establishing timely enforceable mechanisms to assess and manage the cumulative impact of industrial development on Blueberry's treaty rights, and to ensure these constitutional rights are respected.

[1895] I have suspended declaration #3 for 6 months so that the parties may negotiate changes that recognize and respect Blueberry's treaty rights.

**A. Sealing Order**

[1896] Blueberry provided a written application setting out the legal basis for seeking a sealing order over certain specified exhibits.

[1897] The parties also provided a consent order to address these matters.

[1898] The Court has recognized confidentiality and trust is central to the relationship between Blueberry and its members when those members are sharing traditional use information, that this information is important to the consultation process, and that there is a public interest in protecting this constitutionally recognized process and avoiding harm to the reconciliation process. This is further supported by the constitutional protections afforded by s. 35.

[1899] I conclude that the public interest sought to be preserved by the sealing order is the public interest in the protection of Indigenous cultural and spiritual information (including specific information about the locations for the exercise of treaty rights). This interest engages the integrity and dignity of Blueberry's culture, and of Indigenous cultures more broadly.

[1900] I, therefore, grant the sealing order over certain exhibits in the latest terms agreed to by the parties. This will be issued as a separate order to this judgment.

"Burke, J."



CANADA

A Consolidation of

Codification administrative des

**THE CONSTITUTION ACTS  
1867 to 1982**

**LOIS CONSTITUTIONNELLES  
DE 1867 à 1982**

Current to January 1, 2021

À jour au 1<sup>er</sup> janvier 2021

Published by the Minister of Justice at the following address:  
<http://laws-lois.justice.gc.ca>

Publié par le ministre de la Justice à l'adresse suivante :  
<http://lois-laws.justice.gc.ca>

### Re-enactment

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

### Five year limitation

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

## Citation

### Citation

34 This Part may be cited as the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

## PART II

# Rights of the Aboriginal Peoples of Canada

### Recognition of existing aboriginal and treaty rights

35 (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

### Definition of *aboriginal peoples of Canada*

(2) In this Act, *aboriginal peoples of Canada* includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

### Land claims agreements

(3) For greater certainty, in subsection (1) *treaty rights* includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

### Aboriginal and treaty rights are guaranteed equally to both sexes

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.<sup>(97)</sup>

### Commitment to participation in constitutional conference

35.1 The government of Canada and the provincial governments are committed to the principle that, before any amendment is made to Class 24 of section 91 of the *Constitution Act, 1867*, to section 25 of this Act or to this Part,

### Nouvelle adoption

(4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

### Durée de validité

(5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

## Titre

### Titre

34 Titre de la présente partie : *Charte canadienne des droits et libertés*.

## PARTIE II

# Droits des peuples autochtones du Canada

### Confirmation des droits existants des peuples autochtones

35 (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

### Définition de *peuples autochtones du Canada*

(2) Dans la présente loi, *peuples autochtones du Canada* s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

### Accords sur des revendications territoriales

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

### Égalité de garantie des droits pour les deux sexes

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.<sup>(97)</sup>

### Engagement relatif à la participation à une conférence constitutionnelle

35.1 Les gouvernements fédéral et provinciaux sont liés par l'engagement de principe selon lequel le premier ministre du Canada, avant toute modification de la catégorie 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'article 25 de la présente loi ou de la présente partie :

# Agreement Between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty the Queen in right of Canada as amended



CONSOLIDATED VERSION  
(incorporating amendments to April 13, 2017)

May 25, 2018



Indian and Northern  
Affairs Canada

Affaires indiennes  
et du Nord Canada







**AGREEMENT**  
**BETWEEN**  
**THE INUIT OF**  
**THE NUNAVUT SETTLEMENT AREA**  
**AND**  
**HER MAJESTY THE QUEEN**  
**IN RIGHT OF CANADA**  
**(as amended)**

This is an unofficial consolidation only and in case of any discrepancies between this version and the official signed versions of the Agreement and its amendments, the official versions shall prevail.



This edition is courtesy of Nunavut Tunngavik Inc. on the 25<sup>th</sup> anniversary of the Nunavut Agreement (1993-2018).

Published under the joint authority of  
Nunavut Tunngavik Inc. and the  
Minister of Indian Affairs and Northern  
Development and Federal Interlocutor  
for Métis and Non-Status Indians  
Ottawa, 2010  
[www.tunngavik.com](http://www.tunngavik.com)  
1-888-646-0006  
[www.ainc-inac.gc.ca](http://www.ainc-inac.gc.ca)  
1-800-567-9604  
TTY only 1-866-553-0554

QS-8484-001-EE-A1-1  
Catalogue No R32-134/2010E  
ISBN 978-1-100-15387-3

© Joint Copyright 2010: Nunavut Tunngavik Inc. and Minister of Indian  
Affairs and Northern Development and Federal Interlocutor for Métis  
and Non-Status Indians.

Cette publication est aussi disponible en français sous le titre:  
L'accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la  
Reine du chef du Canada, tel que modifié.

## AN AGREEMENT

BETWEEN:

The Inuit of the Nunavut Settlement Area as represented by the Tungavik Federation of Nunavut

AND:

Her Majesty The Queen in Right of Canada.

WHEREAS the Inuit represented by the Tungavik Federation of Nunavut assert an aboriginal title to the Nunavut Settlement Area, more particularly described in Article 3, based on their traditional and current use and occupation of the lands, waters and land-fast ice therein in accordance with their own customs and usages;

AND WHEREAS the *Constitution Act, 1982* recognizes and affirms the existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada, and treaty rights includes rights that may be acquired by way of land claims agreements;

AND WHEREAS the Parties agree on the desirability of negotiating a land claims agreement through which Inuit shall receive defined rights and benefits in exchange for surrender of any claims, rights, title and interests based on their assertion of an aboriginal title;

AND WHEREAS the Parties have negotiated this land claims Agreement based on and reflecting the following objectives:

to provide for certainty and clarity of rights to ownership and use of lands and resources, and of rights for Inuit to participate in decision-making concerning the use, management and conservation of land, water and resources, including the offshore;

to provide Inuit with wildlife harvesting rights and rights to participate in decision-making concerning wildlife harvesting;

to provide Inuit with financial compensation and means of participating in economic opportunities;

to encourage self-reliance and the cultural and social well-being of Inuit;

AND WHEREAS the Inuit, in a vote held on November 3 to 6, 1992, approved the Agreement and authorized it to be signed by the duly appointed officers of the Tungavik Federation of Nunavut;

AND WHEREAS following the Inuit ratification vote the Parties completed the text of Article 40 and certain other parts of the Agreement and finalized the text for purposes of clarity, all pursuant to their authority under the Agreement as approved by the Inuit ratification vote;

AND WHEREAS Cabinet authorized the Minister to sign the Agreement;

AND IN RECOGNITION of the contributions of Inuit to Canada's history, identity and sovereignty in the Arctic;

NOW, THEREFORE, THE PARTIES AGREE AS FOLLOWS:

# **ARTICLE 2**

## **GENERAL PROVISIONS**

### **PART 1: PRINCIPLES AND OBJECTIVES**

- 2.1.1 The Agreement is based on and reflects the principles and objectives set out in the Preamble.

### **PART 2: STATUS AS A LAND CLAIMS AGREEMENT**

- 2.2.1 The Agreement shall be a land claims agreement within the meaning of Section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

### **PART 3: MERGER**

- 2.3.1 It is the intention of the parties that the rights of the Inuit in the Agreement shall not merge in any legislation enacted to ratify or implement the Agreement.

### **PART 4: RATIFICATION**

- 2.4.1 Ratification of the Agreement by Canada and Inuit in accordance with Article 36 is a condition precedent to the validity of the Agreement and, in the absence of such ratification, the Agreement shall be null and void and of no effect.

### **PART 5: COMING INTO FORCE**

- 2.5.1 The Agreement shall come into force upon its ratification by both parties.

### **PART 6: UNDERTAKINGS AS TO FURTHER LEGISLATIVE ACTION**

- 2.6.1 Government shall consult closely with a DIO in the preparation of any legislation proposed to implement the Agreement, including any amendments to implementing legislation.

### **PART 7: CERTAINTY**

- 2.7.1 In consideration of the rights and benefits provided to Inuit by the Agreement, Inuit hereby:
- (a) cede, release and surrender to Her Majesty The Queen in Right of Canada, all their aboriginal claims, rights, title and interests, if any, in and to lands and waters anywhere within Canada and adjacent offshore areas within the sovereignty or jurisdiction of Canada; and
  - (b) agree, on their behalf, and on behalf of their heirs, descendants and successors not to assert any cause of action, action for a declaration, claim or demand of whatever kind or nature which they ever had, now have or may hereafter have against Her Majesty The Queen in Right of Canada or any

province, the government of any territory or any person based on any aboriginal claims, rights, title or interests in and to lands and waters described in Sub- section (a).

2.7.2 Nothing in the Agreement constitutes an admission or denial by Canada that Inuit have any aboriginal claims, rights, title or interests in and to lands and waters as described in Sub-section 2.7.1(a) outside the Nunavut Settlement Area.

2.7.3 Nothing in the Agreement shall:

(a) be construed so as to deny that Inuit are an aboriginal people of Canada, or, subject to Section 2.7.1, affect their ability to participate in or benefit from any existing or future constitutional rights for aboriginal people which may be applicable to them;

(b) affect the ability of Inuit to participate in and benefit from government programs for Inuit or aboriginal people generally as the case may be; benefits received under such programs shall be determined by general criteria for such programs established from time to time; or

(c) affect the rights of Inuit as Canadian citizens and they shall continue to be entitled to all the rights and benefits of all other citizens applicable to them from time to time.

## **PART 8: LANGUAGES OF THE AGREEMENT**

2.8.1 There shall be Inuktitut, English and French versions of the Agreement. The English and French versions shall be the authoritative versions.

## **PART 9: INTERPRETATION**

2.9.1 The several Articles of the Agreement shall be read together and interpreted as one agreement.

2.9.2 The Agreement shall be the entire agreement and there is no representation, warranty, collateral agreement or condition affecting the Agreement except as expressed in it.

2.9.3 There shall not be any presumption that doubtful expressions in the Agreement be resolved in favour of Government or Inuit.

2.9.4 The several Articles in the Agreement shall be construed, with such modifications as the circumstances require, according to the *Interpretation Act* R.S.C. 1985, c.I-21.

"surplus" means the difference between the adjusted basic needs level and the total allowable harvest and, where there is no adjusted basic needs level, the difference between the basic needs level and total allowable harvest;

"total allowable harvest" for a stock or population means an amount of wildlife able to be lawfully harvested as established by the NWMB pursuant to Sections 5.6.16 to 5.6.18.

### ***Principles***

5.1.2 This Article recognizes and reflects the following principles:

- (a) Inuit are traditional and current users of wildlife;
- (b) the legal rights of Inuit to harvest wildlife flow from their traditional and current use;
- (c) the Inuit population is steadily increasing;
- (d) a long-term, healthy, renewable resource economy is both viable and desirable;
- (e) there is a need for an effective system of wildlife management that complements Inuit harvesting rights and priorities, and recognizes Inuit systems of wildlife management that contribute to the conservation of wildlife and protection of wildlife habitat;
- (f) there is a need for systems of wildlife management and land management that provide optimum protection to the renewable resource economy;
- (g) the wildlife management system and the exercise of Inuit harvesting rights are governed by and subject to the principles of conservation;
- (h) there is a need for an effective role for Inuit in all aspects of wildlife management, including research; and
- (i) Government retains the ultimate responsibility for wildlife management.

### ***Objectives***

5.1.3 This Article seeks to achieve the following objectives:

- (a) the creation of a system of harvesting rights, priorities and privileges that
  - (i) reflects the traditional and current levels, patterns and character of Inuit harvesting,
  - (ii) subject to availability, as determined by the application of the principles of conservation, and taking into account the likely and actual increase in the population of Inuit, confers on Inuit rights to harvest wildlife sufficient to meet their basic needs, as adjusted as circumstances



warrant,

(iii) gives DIOs priority in establishing and operating economic ventures with respect to harvesting, including sports and other commercial ventures,

(iv) provides for harvesting privileges and allows for continued access by persons other than Inuit, particularly long-term residents, and

(v) avoids unnecessary interference in the exercise of the rights, priorities and privileges to harvest;

(b) the creation of a wildlife management system that

(i) is governed by, and implements, principles of conservation,

(ii) fully acknowledges and reflects the primary role of Inuit in wildlife harvesting,

(iii) serves and promotes the long-term economic, social and cultural interests of Inuit harvesters,

(iv) as far as practical, integrates the management of all species of wildlife,

(v) invites public participation and promotes public confidence, particularly amongst Inuit, and

(vi) enables and empowers the NWMB to make wildlife management decisions pertaining thereto.

### ***Conservation***

5.1.4 The principles of conservation will be interpreted and applied giving full regard to the principles and objectives outlined in Sections 5.1.2 and 5.1.3 and the rights and obligations set out in this Article.

5.1.5 The principles of conservation are:

(a) the maintenance of the natural balance of ecological systems within the Nunavut Settlement Area;

(b) the protection of wildlife habitat;

(c) the maintenance of vital, healthy, wildlife populations capable of sustaining harvesting needs as defined in this Article; and

(d) the restoration and revitalization of depleted populations of wildlife and wildlife habitat.

## **PART 6: HARVESTING**

### ***Inuit Rights to Harvest***

- 5.6.1 Where a total allowable harvest for a stock or population of wildlife has not been established by the NWMB pursuant to Sections 5.6.16 and 5.6.17, an Inuk shall have the right to harvest that stock or population in the Nunavut Settlement Area up to the full level of his or her economic, social, and cultural needs, subject to the terms of this Article.
- 5.6.2 For the purpose of Section 5.6.1, full level of needs means full level of harvest.
- 5.6.3 Where a total allowable harvest for a stock or population of wildlife has been established by the NWMB pursuant to Sections 5.6.16 to 5.6.18, an Inuk shall have the right to harvest that species in accordance with the terms of this Article.
- 5.6.4 Any restriction or quota on the amount of wildlife that may be harvested that is in force immediately prior to the date of ratification of the Agreement shall be deemed to have been established by the NWMB, and shall remain in effect until removed or otherwise modified by the Board in accordance with this Article.

### ***Presumptions as to Needs***

- 5.6.5 Subject to Section 5.6.6, the NWMB shall presume as a matter of fact and without further evidence that Inuit need the total allowable harvest established by the NWMB of:
- (a) all bears;
  - (b) musk-ox;
  - (c) bowhead whales;
  - (d) all migratory birds and their eggs except migratory game birds, as listed in Part I of Schedule 5-3, during the fall season, beginning every September 1;
  - (e) all raptors, including owls; and
  - (f) eiderdown from eider duck nests.
- 5.6.6 Except where unpredicted and extensive growth of a wildlife population dictates otherwise, the NWMB shall not examine a presumption set out in Section 5.6.5 for the purpose of rebuttal until 20 years after the date of ratification of the Agreement.
- 5.6.7 The NWMB may examine a presumption for the purpose of rebuttal after 20 years has expired and at intervals thereafter of not less than five years.
- 5.6.8 The NWMB shall not be under any obligation to examine a presumption for the purpose of rebuttal unless requested to do so by the appropriate Minister of the

)

constrain their harvesting activities.

- 5.6.51 Non-quota limitations on harvesting in force at the date of the ratification of the Agreement shall be deemed to have been established by the NWMB, and shall remain in effect until removed or otherwise modified by the Board in accordance with this Article.

***Emergency Kills***

- 5.6.52 Notwithstanding anything else in this Article, a person may kill wildlife if it is necessary to preserve a human life or to protect that person's property.
- 5.6.53 Notwithstanding anything else in this Article, a person may kill and consume wildlife where it is necessary to prevent starvation.
- 5.6.54 Sections 5.6.52 and 5.6.53 shall not be construed as providing lawful excuse under any law of general application to a person who kills wildlife as a result of his or her mismanagement.
- 5.6.55 Valuable parts of wildlife killed under Sections 5.6.52 and 5.6.53 shall be disposed of by the NWMB to the appropriate RWO.

**PART 7: SPECIAL FEATURES OF INUIT HARVESTING**

***Hunters and Trappers Organizations (HTOs) and Regional Wildlife Organizations (RWOs)***

- 5.7.1 In addition to the functions given to the NWMB, the exercise of harvesting by Inuit shall be overseen by HTOs and RWOs.
- 5.7.2 Each community, and each outpost camp that prefers a separate organization, shall have an HTO. Membership in each HTO shall be open to all Inuit resident in a community. Each HTO may, by by-law, provide for classes of non-voting membership and privileges that flow therefrom, and may distinguish between persons who are Inuit by descent or custom, but who are not enrolled under Article 35 and other persons. Existing community Hunters and Trappers Associations may, subject to their adaptation to the provisions of this Article, act as HTOs. Two or more HTOs may join together for the purpose of discharging their functions over any or all species of wildlife on a joint basis.
- 5.7.3 The powers and functions of HTOs shall include the following:
- (a) the regulation of harvesting practices and techniques among members, including the use of non-quota limitations;
  - (b) the allocation and enforcement of community basic needs levels and adjusted basic needs levels among members;
  - (c) the assignment to non-members, with or without valuable consideration and conditions, of any portion of community basic needs levels and adjusted basic needs levels; and

- (d) generally, the management of harvesting among members.
- 5.7.4 Each Region shall have an RWO. The Kitikmeot Wildlife Federation, the Keewatin Wildlife Federation and the Baffin Region Hunters and Trappers Association may, subject to their adaption to the provisions of this Article, act as RWOs.
- 5.7.5 The board of directors of each RWO shall be made up of representatives from each HTO in the Region.
- 5.7.6 The powers and functions of RWOs shall include:
- (a) the regulation of harvesting practices and techniques among the members of HTOs in the region, including the use of non-quota limitations;
  - (b) the allocation and enforcement of regional basic needs levels and adjusted basic needs levels among HTOs in the region;
  - (c) the assignment to any person or body other than an HTO, with or without valuable consideration and conditions, of any portion of regional basic needs levels and adjusted basic needs levels; and
  - (d) generally, the management of harvesting among the members of HTOs in the region.
- 5.7.7 Two or more RWOs may join together for the purpose of discharging their functions over any or all species of wildlife on a joint basis.
- 5.7.8 In conformity with this Article, each HTO and RWO shall develop and adopt by-laws guiding its operations.
- 5.7.9 Subject to Section 5.7.10, the NWMB, RWOs and HTOs shall develop guidelines indicating the extent to which each HTO shall be obliged to conform to by-laws and decisions of the RWO in its region.
- 5.7.10 Each HTO shall be obliged to conform to RWO by-laws and decisions in relation to allocation of regional basic needs levels and adjusted basic needs levels.
- 5.7.11 No by-law or decision of an HTO or RWO shall unreasonably prevent the individual Inuk from harvesting for the purpose of meeting the consumption needs of himself or herself and his or her dependents.
- 5.7.12 Every member of an HTO or RWO shall be subject to the by-laws of the organization. Each RWO and HTO shall develop its own by-laws, including by-laws to discipline its membership for violation of its by-laws.
- 5.7.13 Adequate funding for the operation of HTOs and RWOs shall be provided by the NWMB.

- 5.7.14 HTOs and RWOs shall not exercise their authority pursuant to Sub-section 5.7.3(a) or 5.7.6(a) in such a way as to conflict with any other regulations governing harvesting practices and techniques.

***Suits to Protect An Inuk's Interest***

- 5.7.15 Where a right of action accrues to an Inuk, the HTO of which that Inuk is a member may, with the consent of that Inuk, sue on that Inuk's behalf.

***Right of Access by Inuit***

- 5.7.16 Subject to Section 5.7.18, all Inuit shall have the free and unrestricted right of access for the purpose of harvesting to all lands, water and marine areas within the Nunavut Settlement Area, except the lands described in Section 5.7.17, and without limiting the generality of the foregoing, the said right of access shall extend to all Crown lands, including, for greater certainty, Parks and Conservation Areas, and, to all lands vested in a municipal corporation.

***Lands Not Subject to Right of Access***

- 5.7.17 The rights of access granted by Section 5.7.16 shall not extend to:
- (a) lands that are
    - (i) dedicated to military or national security purposes or being temporarily used for such purposes under the National Defence Act,
    - (ii) owned in fee simple, other than by municipal corporations, at the date of ratification of the Agreement,
    - (iii) granted in fee simple after the date of ratification of the Agreement, where such parcel of land is less than one square mile,
    - (iv) subject to an agreement for sale at the date of ratification of the Agreement, or
    - (v) subject to a surface lease current on October 27, 1981, and which lease has not been re-negotiated to provide for the right of access as contemplated and intended by Section 5.7.21; or
  - (b) any place within a radius of one mile of any building, structure or other facility on lands under a surface lease, an agreement for sale or owned in fee simple.
- 5.7.18 The right of access granted by Section 5.7.16 is subject to:
- (a) laws of general application enacted for the purpose of public safety;
  - (b) any restrictions established by the NWMB for the purpose of conservation;

(c) in the case of Parks or Conservation Areas, any bilateral agreement between Inuit affected and the management agency of such Park or Conservation Area; and

(d) any land use activity which has been authorized in accordance with any applicable requirements, including Articles 11 and 12, to the extent that the right of access is incompatible with that land use activity and for only as long as is necessary to permit that land use to be exercised.

5.7.19 In the event that an Inuk or a DIO disagrees with any interested party as to the incompatibility of harvesting activities with an authorized land use pursuant to Sub-section 5.7.18(d), the matter shall be resolved in accordance with Article 38.

5.7.20 In case of an inconsistency or conflict between measures taken pursuant to Sub-section 5.7.18(b) and (c), those measures taken under Sub-section (c) shall prevail to the extent of such inconsistency or conflict.

#### ***Government Undertakings in Relation to Surface Leases***

5.7.21 Where a surface lease of land in the Nunavut Settlement Area in existence on or before the date of ratification of the Agreement is, after the date of ratification of the Agreement,

(a) to be renewed, or

(b) to be transferred and Government consent is required,

Government shall insert in the renewed or transferred lease a condition to the following effect:

"This lease is subject to any rights of Inuit under their final land claims agreement to enter on to land in the Northwest Territories to pursue, capture, kill, or remove any wildlife, wildlife parts, or wildlife products therefrom; and the provision of any such agreement relating to the right of access shall form a part of this lease as if contained herein."

5.7.22 The obligation set out in Section 5.7.21 shall not apply to any lease for an area which is less than one square mile, or where Government would incur legal liability were such condition to be inserted, and a certificate under the hand of the Deputy Minister of Justice shall be sufficient evidence of such fact. Government shall notify the DIO of all applications for and granting of surface leases.

#### ***Restrictions on Right of Access and Harvesting***

5.7.23 Any term of contract that attempts to limit rights of access of or harvesting by an Inuk during the leisure hours of that employee shall be null and void against Inuit.

5.7.24 Restrictions, which have been enacted for the purpose of conservation, governing access by Inuit to Parks and Conservation Areas which are in effect at the date of ratification of the Agreement will remain in force until such time as they are

removed or replaced by the NWMB subject to Part 3, or through a bilateral agreement between management agencies and the affected Inuit.

***Rights of Navigation***

- 5.7.25 The right of access granted by Section 5.7.16 shall not impede the exercise of the rights of navigation.

***Licensing***

- 5.7.26 Subject to the terms of this Article, an Inuk with proper identification may harvest up to his or her adjusted basic needs level without any form of licence or permit and without imposition of any form of tax or fee.
- 5.7.27 Pursuant to legislation governing commercial fishing, Inuit may be required to obtain a commercial licence from the appropriate management agency for the commercial harvest of those species of marine fish and shellfish not harvested commercially during the 12 months preceding October 27, 1981. Such licences shall not be unreasonably withheld or subject to an unreasonable fee.
- 5.7.28 Where any economic venture referred to in Section 5.6.39 has been approved in accordance with terms of this Article, a licence shall be issued forthwith by the appropriate Minister at a fair fee in accordance with the laws of general application.
- 5.7.29 Inuit may be required to obtain a licence from the responsible management agency for the harvest of those species of cetaceans not regularly harvested during the 12 months preceding October 27, 1981. Such licences shall not be unreasonably withheld or subject to an unreasonable fee.

***Disposition of Harvest***

- 5.7.30 Subject to Sections 5.6.26 to 5.6.30 and 5.7.31 to 5.7.33, an Inuk shall have the right to dispose freely to any person any wildlife lawfully harvested. The right to dispose shall include the right to sell, barter, exchange and give, either inside or outside the Nunavut Settlement Area.
- 5.7.31 An Inuk may be required by the appropriate government agency to obtain a permit to transport wildlife outside the Nunavut Settlement Area. If such a permit is required, the federal or territorial government agency shall issue the permit upon demand, unless it has good cause for refusing, and the permit may contain terms and conditions as established by laws of general application. Unless the wildlife in question has been harvested from the surplus, any fee for such permit shall be waived.
- 5.7.32 Notwithstanding the right of free disposition in Section 5.7.30, the Freshwater Fish Marketing Corporation may have a role to play in the marketing of freshwater fish outside the Nunavut Settlement Area. Inuit are dissatisfied with the current operations of the Corporation. The NWMB shall be responsible for examining the concerns of Inuit and shall advise the Minister on appropriate remedial action.

- 5.7.41 Any trophy fees levied on wildlife harvested in the Nunavut Settlement Area shall be set by the NWMB.

***Methods of Harvesting***

- 5.7.42 An Inuk or assignee pursuant to Sub-section 5.7.34(a) may employ any type, method or technology to harvest pursuant to the terms of this Article that does not:

- (a) conflict with a non-quota limitation on type, method or technology of harvest established by the NWMB for a valid conservation purpose under Sections 5.6.48 to 5.6.51;
- (b) conflict with laws of general application regarding humane killing of wildlife, public safety and firearms control; or
- (c) result in harmful alteration to the environment.

***Provision of Information***

- 5.7.43 Notwithstanding anything else in the Agreement, an Inuk may be obliged by the appropriate agency of Government to supply any information regarding harvesting activities or harvesting-related activities that laws of general application would require harvesters other than Inuit to supply in comparable circumstances.

***Enforcement***

- 5.7.44 Any penalties imposed on Inuit with respect to harvesting in a manner contrary to the Agreement shall, as a general principle, be just and equitable, and shall not be more severe than those applicable to harvesters other than Inuit in comparable situations.

**PART 8: RIGHTS OF FIRST REFUSAL AND TO USE GOVERNMENT LAND**

***Sports and Naturalist Lodges***

- 5.8.1 DIOs shall have the right of first refusal to establish new sports lodges and naturalist lodges in the Nunavut Settlement Area subject only to the following conditions:
- (a) Government is under no obligation to disclose any matter in an application which has been submitted on the faith of it being kept confidential;
  - (b) all material environmental and economic information available to any government agency independent of the application itself but pertinent thereto shall be made available to a DIO exercising the right of first refusal;
  - (c) generally, the procedures and time requirements conforming to current practice and, specifically, the steps set out in Schedule 5-6 shall be followed; and



# ARTICLE 12

## DEVELOPMENT IMPACT

### PART 1: DEFINITIONS

12.1.1 In this Article:

"certificate" means a certificate issued by NIRB pursuant to Sections 12.5.12 and 12.6.17;

"ecosystemic" means relating to the complex of a natural community of living organisms and its environment functioning as an ecological unit in nature;

"Minister", unless otherwise specified, means the federal or territorial Minister having the jurisdictional responsibility for authorizing a project to proceed; however, the Government of Canada and Territorial Government may, within their respective jurisdictions, designate a single Minister to be responsible for NIRB and to perform all functions assigned to "the Minister";

"normal community resupply" means marine transportation whose primary purpose is the delivery to communities in the Nunavut Settlement Area of foodstuffs, household goods, construction materials for housing and other community-oriented facilities, and related goods and materials;

"proponent", in respect of a project proposal, means the person, body or government authority that proposes the project.

### PART 2: NUNAVUT IMPACT REVIEW BOARD (NIRB)

#### *Establishment*

12.2.1 A Nunavut Impact Review Board (NIRB) shall be established as an institution of public government. Responsibility for the operation of NIRB shall vest in the members of NIRB.

#### *Functions*

12.2.2 The primary functions of NIRB shall be:

- (a) to screen project proposals in order to determine whether or not a review is required;
- (b) to gauge and define the extent of the regional impacts of a project, such definition to be taken into account by the Minister in making his or her determination as to the regional interest;
- (c) to review the ecosystemic and socio-economic impacts of project proposals;

(d) to determine, on the basis of its review, whether project proposals should proceed, and if so, under what terms and conditions, and then report its determination to the Minister; in addition, NIRB's determination with respect to socio-economic impacts unrelated to ecosystemic impacts shall be treated as recommendations to the Minister; and

(e) to monitor projects in accordance with the provisions of Part 7.

12.2.3 The mandate of NIRB shall not include the establishment of requirements for socio-economic benefits.

12.2.4 NIRB shall carry out such other functions as are identified or contemplated in the Agreement, and such additional functions as may be agreed to from time to time by a DIO and the Government of Canada or Territorial Government or as may be set out in legislation.

### ***Primary Objectives***

12.2.5 In carrying out its functions, the primary objectives of NIRB shall be at all times to protect and promote the existing and future well-being of the residents and communities of the Nunavut Settlement Area, and to protect the ecosystemic integrity of the Nunavut Settlement Area. NIRB shall take into account the well-being of residents of Canada outside the Nunavut Settlement Area.

### ***Membership and Mode of Appointment***

12.2.6 NIRB shall be a board composed of nine members, one of whom shall be the chairperson. The members shall be appointed as follows:

(a) four members shall be appointed by the federal Minister responsible for Northern Affairs, upon nomination by the DIO;

(b) a total of two members shall be appointed by one or more Ministers of the Government of Canada;

(c) a total of two members shall be appointed by one or more Ministers of the Territorial Government; at least one of whom shall be appointed by the Minister responsible for Renewable Resources;

(d) from nominations agreed to and provided by persons appointed under (a) to (c), the chairperson shall be appointed by the federal Minister responsible for Northern Affairs in consultation with the Territorial Government;

(e) in the nomination and appointment of a chairperson, preference shall be given to persons resident in the Nunavut Settlement Area where candidates are equally qualified.

any five members, of a written request indicating the purpose of such meetings.

***Quorum, Voting***

- 12.2.19 All decisions of NIRB shall be decided by a majority of the votes cast.
- 12.2.20 Each member other than the chairperson shall have one vote on any matter requiring a decision of NIRB. If there is a tie vote, the chairperson shall vote on the matter.
- 12.2.21 Five members of NIRB shall comprise a quorum.
- 12.2.22 Vacancies in NIRB shall not impair the right of the remainder to act.

***By-laws and Procedures***

- 12.2.23 NIRB, after due consultation, may make and shall publish its by-laws and rules of procedure respecting:
  - (a) the calling of meetings of NIRB;
  - (b) the conduct of business at meetings of NIRB including the requirements with respect to physical presence and the use of tele-conferencing or like facilities;
  - (c) the establishment of special and standing committees of NIRB, and the fixing of quorums for meetings thereof;
  - (d) the carrying on of the work of NIRB, the management of its internal affairs, and the duties of its officers and employees;
  - (e) the procedures for making representations and complaints to NIRB;
  - (f) the procedures and guidelines for collecting information and opinions;
  - (g) the procedures to be used and the admission of evidence at public hearings before NIRB or NIRB panels;
  - (h) the establishment of standard guidelines for preparation of impact statements; and
  - (i) generally, the manner of conducting any business of or before NIRB.

***Public Hearings***

- 12.2.24 In designing its by-laws and rules of procedure for the conduct of public hearings, NIRB shall:
  - (a) to the extent consistent with the broad application of the principles of natural justice and procedural fairness, emphasize flexibility and informality, and,

specifically

(i) allow, where appropriate, the admission of evidence that would not normally be admissible under the strict rules of evidence, and

(ii) give due regard and weight to the tradition of Inuit oral communication and decision-making; and

(b) with respect to any classification of intervenors, allow full standing to a DIO.

12.2.25 NIRB shall have the power to subpoena witnesses, documents and things in carrying out its responsibilities.

12.2.26 NIRB shall conduct its public hearings in Canada's official languages as required by legislation or policy, and, upon request of any member, applicant or intervenor, also in Inuktitut.

12.2.27 All necessary steps shall be taken by way of notice, dissemination of information, and scheduling and location of hearings to provide and promote public awareness of and participation at hearings.

#### ***Officers and Employees***

12.2.28 The officers and employees necessary for the proper conduct of NIRB, including experts or persons having technical knowledge, may be appointed, and shall be remunerated by NIRB recognizing that secondment of government staff may be appropriate in certain cases.

12.2.29 Such officers and employees shall be responsible to, and under the direction and control of NIRB.

12.2.30 All officers and employees of NIRB shall conform to the same rules respecting conflict of interest as members of NIRB.

#### ***Costs of NIRB***

12.2.31 The costs of NIRB shall be the responsibility of Government. NIRB shall prepare an annual budget subject to review and approval by Government.

### **PART 3: RELATIONSHIP TO THE LAND USE PLANNING PROVISIONS**

12.3.1 Where the NPC determines, pursuant to Section 11.5.10, that a project proposal is in conformity with the land use plans, or a variance has been approved, the NPC shall, subject to Sections 12.3.2, 12.3.3 and 12.4.3, forward the project proposal with its determination and recommendations to NIRB for screening.

12.3.2 Project proposals falling within Schedule 12-1 shall be exempt from the requirement for screening by NIRB. The NPC shall not forward such project proposals to NIRB.

in its judgement, the project is unlikely to arouse significant public concern and

- (i) the adverse ecosystemic and socio-economic effects are not likely to be significant, or
- (ii) the project is of a type where the potential adverse effects are highly predictable and mitigable with known technology; and
- (c) in determining whether a review is required or not NIRB shall give greater weight to the provisions of Sub-section 12.4.2(a).

Amended - P.C. 2015-851  
June 18, 2015

12.4.3 Any component or activity of a project proposal that has been permitted to proceed in accordance with these provisions shall be exempt from the requirement for screening by NIRB unless:

- (a) such component or activity was not Part of the original proposal; or
- (b) its inclusion would significantly modify the project.

*Original text*

12.4.3 *Any application for a component or activity of a project proposal that has been permitted to proceed in accordance with these provisions shall be exempt from the requirement for screening by NIRB unless:*

- (b) such component or activity was not part of the original proposal; or*
- (c) its inclusion would significantly modify the project.*

12.4.4 Upon receipt of a project proposal, NIRB shall screen the proposal and indicate to the Minister in writing that:

- (a) the proposal may be processed without a review under Part 5 or 6; NIRB may recommend specific terms and conditions to be attached to any approval, reflecting the primary objectives set out in Section 12.2.5;
- (b) the proposal requires review under Part 5 or 6; NIRB shall identify particular issues or concerns which should be considered in such a review;
- (c) the proposal is insufficiently developed to permit proper screening, and should be returned to the proponent for clarification; or
- (d) the potential adverse impacts of the proposal are so unacceptable that it should be modified or abandoned.

12.4.5 NIRB shall carry out its responsibilities under Section 12.4.4:

- (a) where there is a legal requirement for a licensing authority to make a decision within a certain time period, within a time period that would allow the licensing authority to conform with that requirement;

*assessment panel, refer the proposal to NIRB for a review of the ecosystemic and socio- economic impacts in the Nunavut Settlement Area; or*

*(c) where the proposal is not in the national or regional interest, inform the proponent that the proposal should be abandoned or modified and resubmitted to NIRB to be dealt with in accordance with Section 12.4.4.*

12.4.8 Where NIRB indicates to the Minister that a proposal should be returned to the proponent for clarification, the Minister shall return the proposal to the proponent for clarification and resubmission to NIRB to be dealt with in accordance with Sub- sections 12.4.4(a), (b) or (d).

12.4.9 Where NIRB indicates to the Minister that a proposal should be modified or abandoned, the Minister, after consultation with NIRB, shall:

(a) return the proposal to the proponent for modification and resubmission to NIRB to be dealt with in accordance with Section 12.4.4;

(b) where it appears to be in the national or regional interest that a proposal be reviewed, refer the proposal for review as provided in Sub-sections 12.4.7(a) or (b) accompanied by written reasons for that decision; or

(c) inform the proponent that the project should be abandoned.

## **PART 5: REVIEW OF PROJECT PROPOSALS BY NIRB**

12.5.1 In sending a proposal for review, the Minister may identify particular issues or concerns which NIRB shall consider in such a review. This shall not limit NIRB from reviewing any matter within its mandate.

12.5.2 When a project proposal has been referred to NIRB by the Minister for review, NIRB shall, upon soliciting any advice it considers appropriate, issue guidelines to the proponent for the preparation of an impact statement. It is the responsibility of the proponent to prepare an impact statement in accordance with any guidelines established by NIRB. Where the original project proposal submitted by the proponent for screening contains the information required for an impact statement, NIRB may accept the original project proposal instead of requiring the preparation of an impact statement. Where appropriate, an impact statement shall contain information with respect to the following:

(a) project description, including the purpose and need for the project;

(b) anticipated ecosystemic and socio-economic impacts of the project;

(c) anticipated effects of the environment on the project;

(d) steps which the proponent proposes to take including any contingency plans, to avoid and mitigate adverse impacts;

(e) steps which the proponent proposes to take to optimize benefits of the project, with specific consideration being given to expressed community and

regional preferences as to benefits;

(f) steps which the proponent proposes to take to compensate interests adversely affected by the project;

(g) the monitoring program that the proponent proposes to establish with respect to ecosystemic and socio-economic impacts;

(h) the interests in lands and waters which the proponent has secured, or seeks to secure;

(i) options for implementing the proposal; and

(j) any other matters that NIRB considers relevant.

### ***Hearings***

12.5.3 NIRB may conduct its review by means of correspondence, public hearings or such other procedures as it deems appropriate to the nature of the project and range of impacts.

### ***Time Frames***

12.5.4 The Minister may propose priorities and reasonable time frames for completion of the reviews.

### ***Matters Taken into Account***

12.5.5 NIRB shall, when reviewing any project proposal, take into account all matters that are relevant to its mandate, including the following:

(a) whether the project would enhance and protect the existing and future well-being of the residents and communities of the Nunavut Settlement Area, taking into account the interests of other Canadians;

(b) whether the project would unduly prejudice the ecosystemic integrity of the Nunavut Settlement Area;

(c) whether the proposal reflects the priorities and values of the residents of the Nunavut Settlement Area;

(d) steps which the proponent proposes to take to avoid and mitigate adverse impacts;

(e) steps the proponent proposes to take, or that should be taken, to compensate interests adversely affected by the project;

(f) posting of performance bonds;

(g) the monitoring program that the proponent proposes to establish, or that should be established, for ecosystemic and socio-economic impacts; and

(ii) the terms and conditions with respect to the Nunavut Settlement Area are so onerous that they would undermine the viability of a project which is in the national or regional interest.

- 12.6.14 The Minister shall supply NIRB with written reasons for every decision insofar as it applies to the Nunavut Settlement Area.
- 12.6.15 The role of NIRB with respect to any federal environmental assessment panel report shall be confined to those parts of that report that are applicable to or affect the Nunavut Settlement Area.
- 12.6.16 Notwithstanding Sections 12.6.11 and 12.6.13, the panel's report or NIRB's determination with respect to socio-economic impacts unrelated to ecosystemic impacts shall be treated as recommendations to the Minister, which may be accepted, rejected or varied by the Minister without limitation to the grounds set out in Sections 12.6.11 and 12.6.13.
- 12.6.17 Upon completion of the process described in Sections 12.6.1 to 12.6.16, NIRB shall issue a NIRB project certificate including any terms and conditions which have been accepted or varied by the Minister.

## **PART 7: MONITORING**

### ***Project Monitoring***

- 12.7.1 The terms and conditions contained in:
- (a) a NIRB project certificate issued pursuant to Section 12.5.12 or 12.6.17;
  - (b) a recommendation of NIRB pursuant to Sub-section 12.4.4(a); or
  - (c) any approvals issued by the NWB,
- may provide for the establishment of a monitoring program for that project which may specify responsibilities for the proponent, NIRB or Government.
- 12.7.2 The purpose of a monitoring program set up pursuant to Section 12.7.1 shall be:
- (a) to measure the relevant effects of projects on the ecosystemic and socio-economic environments of the Nunavut Settlement Area;
  - (b) to determine whether and to what extent the land or resource use in question is carried out within the predetermined terms and conditions;
  - (c) to provide the information base necessary for agencies to enforce terms and conditions of land or resource use approvals; and
  - (d) to assess the accuracy of the predictions contained in the project impact statements.



- 12.7.3 Without limiting the generality of Section 12.7.2, the monitoring program set up pursuant to that section may include:
- (a) a requirement that regulatory agencies and the proponent supply NIRB with reports and information respecting project operations and impacts, and the implementation of mitigative measures;
  - (b) a requirement for a periodic evaluation by NIRB of monitoring programs for projects; and
  - (c) based on Sub-section (b), a requirement that NIRB compile a report on the adequacy of the monitoring program and on the ecosystemic and socio-economic impacts of the project.
- 12.7.4 Responsible government agencies and departments shall continue to fulfill their responsibilities for monitoring and data collection. Any monitoring responsibilities assigned to NIRB shall not be a duplication of those functions.
- 12.7.5 Any monitoring program established for a project under Section 12.7.1 shall be designed so as to avoid duplication of duties and to facilitate coordination of monitoring activities, and may, in addition to any other relevant matters, provide for the variables to be monitored and the program specifications.

#### ***General Monitoring***

- 12.7.6 There is a requirement for general monitoring to collect and analyse information on the long term state and health of the ecosystemic and socio-economic environment in the Nunavut Settlement Area. Government, in co-operation with the NPC, shall be responsible for developing a general monitoring plan and for directing and co-ordinating general monitoring and data collection. The NPC shall:
- (a) in accordance with the plan, collate information and data provided by industry, government departments and agencies, amongst others;
  - (b) in accordance with the plan, report periodically on the ecosystemic and socio-economic environment of the Nunavut Settlement Area; and
  - (c) use the information collected under Sub-sections (a) and (b) to fulfill its existing responsibilities under Article 11.
- 12.7.7 The NPC may delegate any or all of its functions under this Part to members of the NPC or officers or employees of the NPC.

### **PART 8: FLEXIBILITY IN RELATION TO CERTIFICATES**

- 12.8.1 NIRB project certificates issued under either Sections 12.5.12 or 12.6.17 may contain terms and conditions expressed to come into force at some time in the future or on the happening of any particular event or contingency.

- 12.8.2 NIRB may on its own account or upon application by a DIO, the proponent, or other interests, reconsider the terms and conditions contained in the NIRB certificate if it is established that:
- (a) the terms and conditions are not achieving their purpose;
  - (b) the circumstances relating to the project or the effect of the terms and conditions are significantly different from those anticipated at the time the certificate was issued; or
  - (c) there are technological developments or new information which provide a more efficient method of accomplishing the purpose of the terms and conditions.
- 12.8.3 Where the Minister determines that any of the conditions in Sub-sections 12.8.2(a), (b) or (c) have been established, NIRB shall reconsider the terms and conditions contained in a certificate, and NIRB shall produce a report of its reconsideration. The Minister may accept, reject or vary that report only on the grounds specified in Section 12.6.13. NIRB shall amend its certificate to reflect any changes as accepted, rejected or varied by the Minister.
- 12.8.4 For greater certainty, Section 12.5.4 applies to a reconsideration by NIRB pursuant to Section 12.8.2 or 12.8.3.

## **PART 9: IMPLEMENTATION**

- 12.9.1 Subject to Section 12.9.3, the terms and conditions of NIRB project certificates shall be implemented by all government departments and agencies in accordance with their authorities and jurisdictional responsibilities.
- 12.9.2 Without limiting the generality of Section 12.9.1, the terms and conditions of NIRB project certificates shall, in accordance with the authorities and jurisdictional responsibilities of government departments and agencies, be incorporated in relevant permits, certificates, licences or other government approvals that the proponent may require. Government departments and agencies shall discuss with NIRB how best to implement the terms and conditions of NIRB project certificates and may provide NIRB with drafts of permits, certificates, licences and other government approvals.
- 12.9.3 Where an independent decision of a regulatory board contains terms and conditions at variance with the terms and conditions of a NIRB project certificate, the regulatory board shall provide reasons to the Government and NIRB justifying the difference. The Governor-in-Council shall consider both the independent decision of the regulatory board and the NIRB project certificate. The NIRB project certificate shall prevail unless:
- (a) with respect to an independent decision of a regulatory board where the government does not have the authority to vary that decision, it is in the national or regional interest that the project proceed; or
  - (b) with respect to any other independent decision of a regulatory board, the project is considered to be in the national or regional interest and the acceptance

certificate has been issued by NIRB pursuant to these provisions.

### ***Exceptions***

- 12.10.2 Notwithstanding Section 12.10.1, where a project proposal has been referred for review pursuant to Part 5 or 6, approvals or licences for exploration or development activities related to that project may be issued if:
- (a) the activity falls within Schedule 12-1; or
  - (b) the activity can, in the judgement of NIRB, proceed without such a review.

### ***Continuing Responsibilities***

- 12.10.3 Where permits, certificates, licences or other government approvals which implement or incorporate the terms and conditions of a NIRB project certificate have been issued, the responsible government department or agency shall continue to be responsible for the enforcement of the permit, certificate, licence or other government approval.
- 12.10.4 Responsible government departments and agencies shall apply effective techniques at their disposal for enforcement under Section 12.10.3 and in applying such techniques, they shall not be confined to prosecution or to the suspension of any permit, certificate, licence or other government approval.

### ***Standing***

- 12.10.5 In addition to any person or body that is recognized by laws of general application as having standing to seek a court determination, a DIO shall have standing before an appropriate court:
- (a) to seek a determination as to whether any term or condition contained in a NIRB certificate has been implemented, and any remedy deemed appropriate by the court if the term and condition has not been implemented;
  - (b) to obtain a court order compelling a person to do or prohibiting a person from doing whatever that person is, by any licence, approval, permit or contract implementing any terms or conditions of a NIRB certificate, required to do or prohibited from doing; or
  - (c) to seek judicial review of decisions and orders, whether interim or final, made pursuant to this Article.

## **PART 11: TRANSBOUNDARY IMPACTS**

### ***Transboundary Impacts***

- 12.11.1 NIRB may upon request by Government or, with the consent of Government, upon request by a DIO, review a project proposal located outside of the Nunavut Settlement Area which may have significant adverse ecosystemic or socio-

economic effects on the Nunavut Settlement Area.

- 12.11.2 Without limiting the jurisdiction of NIRB or EARP as set out in this Article, the Government of Canada and the Territorial Government, assisted by NIRB, shall use their best efforts to negotiate agreements with other jurisdictions to provide for collaboration in the review of project proposals which may have significant transboundary ecosystemic or socio-economic impacts.

## **PART 12: APPLICATION**

### ***Geographic Application***

- 12.12.1 This Article shall apply to Inuit Owned Lands.
- 12.12.2 This Article shall apply to both land and marine areas within the Nunavut Settlement Area and to the Outer Land Fast Ice Zone. Shipping associated with project proposals in the Nunavut Settlement Area shall be subject to this Article. However, normal community resupply or individual ship movements not associated with project proposals shall not be subject to Parts 4, 5 and 6.
- 12.12.3 This Article applies to the installations, facilities and activities required for the purpose of national defence. However, such installations, facilities and activities will be exempted from these provisions on an exceptional basis upon certification by the Minister of National Defence that an exemption is required in the interests of national security for reasons of confidentiality or urgency.

### ***Limitations***

- 12.12.4 No term or condition which is in contravention of any standards established by any federal or territorial environmental or socio-economic laws of general application, may be imposed pursuant to this Article.
- 12.12.5 Decisions made pursuant to these provisions shall be designed, implemented and interpreted in a manner consistent with Articles 5 and 7.

### ***No Statutory Defence***

- 12.12.6 The issuance of a NIRB project certificate shall not provide a defence of statutory authorization to an action in tort.

### **Canadian Environmental Assessment Act**

Amended- P.C. 2008-977  
May 29, 2008

- 12.12.7 The Canadian Environmental Assessment Act, and any successor legislation replacing that Act, shall not apply within the geographic area to which this Article applies.

Amended- P.C. 2008-977  
May 29, 2008

- 12.12.8 The legislation referred to in Section 10.2.1 in respect of the processes referred to in this Article shall not be construed as successor legislation for the purposes of Section 12.12.7.

# **ARTICLE 16**

## **OUTER LAND FAST ICE ZONE - EAST BAFFIN COAST**

### **PART 1: GENERAL**

- 16.1.1 In the Outer Land Fast Ice Zone the following Articles shall apply, in a manner consistent with Canada's sovereignty, sovereign rights and jurisdiction, and with Canada's international obligations:
- (a) Article 5, with respect to;
    - (i) all harvesting from land-fast ice, and
    - (ii) all marine mammals in open waters; and
  - (b) Articles 6, 11, 12 and 25.
- 16.1.2 In addition to the rights under Section 16.1.1, Inuit shall have the right to continue to use open waters in the Outer Land Fast Ice Zone for the purpose of harvesting, for domestic consumption, all species other than marine mammals. Inuit shall not need licences for such activities but shall be subject to all other management regulations imposed by appropriate government authorities consistent with Part 3 of Article 15.
- 16.1.3 Fisheries in the Outer Land Fast Ice Zone shall be managed so as not to deplete marine mammal populations.

# **ARTICLE 20**

## **INUIT WATER RIGHTS**

### **PART 1: INUIT WATER RIGHTS**

20.1.1 In this Article:

"geothermal resources" means steam, water and water vapour heated by the natural heat of the earth and all substances dissolved in the steam, water or water vapour;

"use of water" includes the use of water power and geothermal resources.

### **PART 2: RIGHTS OF INUIT**

20.2.1 In this Article, any rights vested in a DIO are vested in trust for the use and benefit of Inuit.

20.2.2 Subject to the Agreement and any exception identified in the property descriptions of Inuit Owned Lands, the DIO shall have the exclusive right to the use of water on, in, or flowing through Inuit Owned Lands.

20.2.3 Notwithstanding Section 20.2.2, any use of water on, in, or flowing through Inuit Owned Lands must comply with the terms of Article 13.

20.2.4 Subject to Section 20.5.1, the DIO shall have the right to have water flow through Inuit Owned Lands substantially unaffected in quality and quantity and flow.

### **PART 3: COMPENSATION**

20.3.1 No project or activity within the Nunavut Settlement Area which may substantially affect the quality of water flowing through Inuit Owned Lands, or the quantity of such water, or its flow, shall be approved by the NWB unless the applicant for a licence has entered into a compensation agreement with the DIO for any loss or damage which may be caused by the change in quality, quantity or flow of the water or the NWB has made a determination in accordance with Section 20.3.2.

20.3.2 The applicant and the DIO shall negotiate in good faith for the purpose of reaching an agreement on compensation referred to in Section 20.3.1, but in the event that they are unable to reach agreement, either may refer the determination of the appropriate compensation to the NWB, and the decision of the NWB shall be binding.

20.3.3 In determining the appropriate compensation for loss or damage under Section 20.3.2, the NWB shall take into account the following:



CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

## Nunavut Planning and Project Assessment Act

## Loi sur l'aménagement du territoire et l'évaluation des projets au Nunavut

S.C. 2013, c. 14, s. 2

L.C. 2013, ch. 14, art. 2

### NOTE

[Enacted by section 2 of chapter 14 of the Statutes of Canada, 2013, in force July 9, 2015, *see* SI/2015-58.]

### NOTE

[Édictée par l'article 2 du chapitre 14 des Lois du Canada (2013), en vigueur le 9 juillet 2015, *voir* TR/2015-58.]

Current to December 13, 2021

À jour au 13 décembre 2021

Last amended on August 28, 2019

Dernière modification le 28 août 2019

## OFFICIAL STATUS OF CONSOLIDATIONS

Subsections 31(1) and (2) of the *Legislation Revision and Consolidation Act*, in force on June 1, 2009, provide as follows:

### Published consolidation is evidence

**31 (1)** Every copy of a consolidated statute or consolidated regulation published by the Minister under this Act in either print or electronic form is evidence of that statute or regulation and of its contents and every copy purporting to be published by the Minister is deemed to be so published, unless the contrary is shown.

### Inconsistencies in Acts

**(2)** In the event of an inconsistency between a consolidated statute published by the Minister under this Act and the original statute or a subsequent amendment as certified by the Clerk of the Parliaments under the *Publication of Statutes Act*, the original statute or amendment prevails to the extent of the inconsistency.

## LAYOUT

The notes that appeared in the left or right margins are now in boldface text directly above the provisions to which they relate. They form no part of the enactment, but are inserted for convenience of reference only.

## NOTE

This consolidation is current to December 13, 2021. The last amendments came into force on August 28, 2019. Any amendments that were not in force as of December 13, 2021 are set out at the end of this document under the heading “Amendments Not in Force”.

## CARACTÈRE OFFICIEL DES CODIFICATIONS

Les paragraphes 31(1) et (2) de la *Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*, en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2009, prévoient ce qui suit :

### Codifications comme élément de preuve

**31 (1)** Tout exemplaire d'une loi codifiée ou d'un règlement codifié, publié par le ministre en vertu de la présente loi sur support papier ou sur support électronique, fait foi de cette loi ou de ce règlement et de son contenu. Tout exemplaire donné comme publié par le ministre est réputé avoir été ainsi publié, sauf preuve contraire.

### Incompatibilité — lois

**(2)** Les dispositions de la loi d'origine avec ses modifications subséquentes par le greffier des Parlements en vertu de la *Loi sur la publication des lois* l'emportent sur les dispositions incompatibles de la loi codifiée publiée par le ministre en vertu de la présente loi.

## MISE EN PAGE

Les notes apparaissant auparavant dans les marges de droite ou de gauche se retrouvent maintenant en caractères gras juste au-dessus de la disposition à laquelle elles se rattachent. Elles ne font pas partie du texte, n'y figurant qu'à titre de repère ou d'information.

## NOTE

Cette codification est à jour au 13 décembre 2021. Les dernières modifications sont entrées en vigueur le 28 août 2019. Toutes modifications qui n'étaient pas en vigueur au 13 décembre 2021 sont énoncées à la fin de ce document sous le titre « Modifications non en vigueur ».





S.C. 2013, c. 14, s. 2

**An Act respecting land use planning and the assessment of ecosystemic and socio-economic impacts of projects in the Nunavut Settlement Area and making consequential amendments to other Acts**

*[Assented to 19th June 2013]*

**Preamble**

Whereas Her Majesty the Queen in right of Canada and the Inuit of the Nunavut Settlement Area have entered into a land claims agreement that came into force on July 9, 1993 on its ratification by both parties;

And whereas the Nunavut Planning Commission and the Nunavut Impact Review Board were established under that agreement, which provides that the substantive powers, functions, duties and objectives of those institutions of public government must be set out in statute;

And whereas it is desirable to set out a regime for land use planning and project assessment that recognizes the importance of responsible economic development and conservation and protection of the ecosystems and that encourages the well-being and self-reliance of the Inuit and other residents of the designated area, taking into account the interests of all Canadians;

Now, therefore, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

L.C. 2013, ch. 14, art. 2

**Loi concernant l'aménagement du territoire et l'évaluation des répercussions écosystémiques et socioéconomiques des projets dans la région du Nunavut et modifiant diverses lois en conséquence**

*[Sanctionnée le 19 juin 2013]*

**Préambule**

Attendu :

que Sa Majesté la Reine du chef du Canada et les Inuits de la région du Nunavut ont conclu l'accord sur les revendications territoriales entré en vigueur le 9 juillet 1993, soit à sa ratification par les parties;

que la Commission d'aménagement du Nunavut et la Commission du Nunavut chargée de l'examen des répercussions ont été constituées sous le régime de l'accord et que celui-ci prévoit que les attributions substantielles de ces organismes publics et leur mission respective doivent être énoncées par voie législative;

qu'il y a lieu de prévoir un régime d'aménagement du territoire et d'évaluation des projets qui reconnaît l'importance du développement économique responsable et de la préservation et de la protection des écosystèmes, et qui favorise le bien-être et l'autonomie des Inuits et des autres résidents de la région désignée, compte tenu des intérêts de l'ensemble des Canadiens,

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

## Short Title

### Short title

**1** This Act may be cited as the *Nunavut Planning and Project Assessment Act*.

## Interpretation

### Definitions

**2 (1)** The following definitions apply in this Act.

**Agreement** means the land claims agreement between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty the Queen in right of Canada that was ratified, given effect and declared valid by the *Nunavut Land Claims Agreement Act*, which came into force on July 9, 1993, and includes any amendments to that agreement made under it. (*accord*)

**Board** means the Nunavut Impact Review Board referred to in section 18. (*Version anglaise seulement*)

**Commission** means the Nunavut Planning Commission referred to in section 10. (*Version anglaise seulement*)

**conservation area** means an area listed in Schedule 9-1 to the Agreement and any of the following:

- (a) a wildlife area established under the *Canada Wildlife Act*;
- (b) a critical habitat, wildlife sanctuary or special management area, as defined in section 2 of the *Wildlife Act*, S.Nu. 2003, c. 26;
- (c) a migratory bird sanctuary prescribed under the *Migratory Birds Convention Act, 1994*;
- (d) a wetland of international importance, as defined in Article 2 of the Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat, concluded at Ramsar on February 2, 1971 and in force in Canada on May 15, 1981, that is designated by the Government of Canada;
- (e) a marine protected area designated under paragraph 35(3)(a) of the *Oceans Act*;
- (f) a protected marine area established under subsection 4.1(1) of the *Canada Wildlife Act*;
- (g) a Canadian heritage river referred to in paragraph 4(1)(b) of the *Parks Canada Agency Act*;

## Titre abrégé

### Titre abrégé

**1** *Loi sur l'aménagement du territoire et l'évaluation des projets au Nunavut*.

## Définitions et dispositions interprétatives

### Définitions

**2 (1)** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

**accord** L'accord sur les revendications territoriales conclu entre les Inuits de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada — ratifié, mis en vigueur et déclaré valide par la *Loi concernant l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, laquelle est entrée en vigueur le 9 juillet 1993 —, ainsi que toutes les modifications qui peuvent y être apportées conformément à ses dispositions. (*Agreement*)

**aire de préservation** Aire mentionnée à l'annexe 9-1 de l'accord ou appartenant à l'une des catégories suivantes :

- a) les réserves d'espèces sauvages établies sous le régime de la *Loi sur les espèces sauvages du Canada*;
- b) les habitats essentiels, les refuges fauniques et les régions de gestion spéciale, au sens de l'article 2 de la *Loi sur la faune et la flore*, L.Nu. 2003, ch. 26;
- c) les refuges d'oiseaux migrateurs établis sous le régime de la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*;
- d) les zones humides d'importance internationale, au sens de l'article 2 de la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats de la sauvagine — conclue à Ramsar le 2 février 1971 et entrée en vigueur au Canada le 15 mai 1981 —, désignées par le gouvernement du Canada;
- e) les zones de protection marine désignées en vertu de l'alinéa 35(3)a) de la *Loi sur les océans*;
- f) les zones marines protégées constituées en vertu du paragraphe 4.1(1) de la *Loi sur les espèces sauvages du Canada*;
- g) les rivières du patrimoine canadien visées à l'alinéa 4(1)b) de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*;

(h) a historic place designated under the *Historic Sites and Monuments Act*;

(i) a historic place designated under the *Historical Resources Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. H-3; and

(j) any other area of particular significance for ecological, cultural, archaeological, research or similar reasons, if established under an Act of Parliament or territorial law. (*aire de préservation*)

**department or agency** means

(a) a department, agency or other portion of the federal public administration; and

(b) a department, agency or other division of the public service of Nunavut. (*ministère ou organisme*)

**designated area** means the area that consists of the Nunavut Settlement Area and the Outer Land Fast Ice Zone. (*région désignée*)

**designated Inuit organization** means

(a) Tunngavik or, in respect of a provision of this Act, the organization designated in the public record, which is maintained by Tunngavik under the Agreement, as being responsible for the exercise of any power or the performance of any duty or function under the corresponding provision of the Agreement; or

(b) in respect of Inuit owned lands in the areas of equal use and occupancy, Makivik acting jointly with the organization determined under paragraph (a). (*organisation inuite désignée*)

**federal Minister** means, other than in the definition *proponent* in this subsection, section 68, the definition *responsible Minister* in subsection 73(1), subsections 135(5), 136(1) and 149(2), paragraph 152(1)(b), section 173 and subsection 189(1), the Minister of Northern Affairs. (*ministre fédéral*)

**interested corporation or organization** means, for the purposes of section 43 and subsections 50(2), 101(4) and 120(5), a corporation or other organization that has given written notice to the Commission, the Board or any federal environmental assessment panel, as the case may be, of its interest in providing comments. (*intéressée*)

**Inuit of northern Quebec** means the Inuit of northern Quebec within the meaning of the James Bay and Northern Quebec Agreement that was approved, given effect

h) les lieux historiques désignés sous le régime de la *Loi sur les lieux et monuments historiques*;

i) les lieux historiques désignés sous le régime de la *Loi sur les ressources historiques*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. H-3;

j) les autres aires établies au titre d'une loi fédérale ou territoriale qui revêtent une importance particulière sur les plans écologique, culturel ou archéologique, pour la recherche ou pour des raisons analogues. (*conservation area*)

**aire marine de préservation** Aire marine de conservation ou réserve, au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*. (*marine conservation area*)

**autorité administrative** Ministre — sauf pour l'application de l'article 197 —, ministère ou organisme, municipalité ou tout autre organisme public chargé, sous le régime de toute autre loi fédérale ou de toute loi territoriale, de délivrer les permis ou de donner les autres autorisations nécessaires à la réalisation d'un projet. (*regulatory authority*)

**eaux** Les eaux internes de surface et souterraines et les eaux marines, qu'elles soient à l'état liquide ou solide. (*waters*)

**intéressée** Pour l'application de l'article 43 et des paragraphes 50(2), 101(4) et 120(5), se dit de toute personne morale ou autre organisation ayant manifesté par écrit auprès de la Commission d'aménagement du Nunavut, de la Commission du Nunavut chargée de l'examen des répercussions ou de toute commission fédérale d'évaluation environnementale, selon le cas, l'intention de fournir ses commentaires. (*interested corporation or organization*)

**Inuits du Nord québécois** S'entend au sens de la Convention de la Baie-James et du Nord québécois, laquelle a été approuvée, mise en vigueur et déclarée valide par la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, ch. 32. (*Inuit of northern Quebec*)

**inuktitut** Est assimilé à l'inuktitut l'inuin-naqtun. (*Inuktitut*)

**loi territoriale** Loi de la législature du Nunavut. (*territorial law*)

**Makivik** La société constituée par la *Loi sur la Société Makivik*, L.R.Q., ch. S-18.1, et représentant les Inuits du Nord québécois. (*Makivik*)

and declared valid by the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, S.C. 1976-77, c. 32. (*Inuits du Nord québécois*)

**Inuktitut** includes Inuinnaqtun. (*inuktitut*)

**land** includes, for the purposes of Parts 1 and 3 to 6, land covered by waters, whether in the onshore or offshore. (*terres*)

**land use plan** does not include a municipal land use plan. (*plan d'aménagement*)

**Makivik** means the Corporation established by *An Act respecting the Makivik Corporation*, R.S.Q., c. S-18.1, representing the Inuit of northern Quebec. (*Makivik*)

**marine conservation area** means a marine conservation area or reserve as defined in subsection 2(1) of the *Canada National Marine Conservation Areas Act*. (*aire marine de préservation*)

**municipality** means a municipality or settlement as defined in subsection 28(1) of the *Interpretation Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. I-8, as amended for Nunavut under section 76.05 of the *Nunavut Act*. (*municipalité*)

**national park** means a park or park reserve as defined in subsection 2(1) of the *Canada National Parks Act*. (*parc national*)

**park** means a national park, a territorial park or a marine conservation area. (*parc*)

**project** means the carrying out, including the construction, operation, modification, decommissioning or abandonment, of a physical work or the undertaking or carrying out of a physical activity that involves the use of land, waters or other resources. It does not include

(a) the undertaking or carrying out of a work or activity if its adverse ecosystemic impacts are manifestly insignificant, taking into account in particular the factors set out in paragraphs 90(a) to (i);

(b) the undertaking or carrying out of a work or activity that is part of a class of works or activities prescribed by regulation; or

(c) the construction, operation or maintenance of a building or the provision of a service, within a municipality, that does not have ecosystemic impacts outside the municipality and does not involve the deposit of waste by a municipality, the bulk storage of fuel, the production of nuclear or hydro-electric power or any industrial activities. (*projet*)

## **ministère ou organisme**

a) Tout ministère, organisme ou autre secteur de l'administration publique fédérale;

b) tout ministère, organisme ou autre division de la fonction publique du Nunavut. (*department or agency*)

**ministre fédéral** Sauf à la définition de *promoteur* au présent paragraphe, à l'article 68, à la définition de *ministre compétent* au paragraphe 73(1), aux paragraphes 135(5), 136(1) et 149(2), à l'alinéa 152(1)b), à l'article 173 et au paragraphe 189(1), le ministre des Affaires du Nord. (*federal Minister*)

**ministre territorial** Sauf à la définition de *promoteur* au présent paragraphe, à l'alinéa 19(2)d), à l'article 68, à la définition de *ministre compétent* au paragraphe 73(1), aux paragraphes 94(5), 135(5), 136(1) et 149(2), à l'alinéa 152(1)b), à l'article 173, au paragraphe 189(1) et à l'alinéa 200(2)c), le ministre de l'Environnement du Nunavut. (*territorial Minister*)

**municipalité** Municipalité ou localité, au sens du paragraphe 28(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. I-8, modifiée pour le Nunavut en vertu de l'article 76.05 de la *Loi sur le Nunavut*. (*municipality*)

## **organisation inuite désignée**

a) Tunngavik ou, pour l'application de telle disposition de la présente loi, l'organisation désignée, pour l'exercice de l'attribution prévue par la disposition correspondante de l'accord, dans le registre public tenu par Tunngavik conformément à l'accord;

b) en ce qui concerne les terres inuites situées dans toute zone d'utilisation et d'occupation égales, Makivik, agissant conjointement avec l'organisation compétente au titre de l'alinéa a). (*designated Inuit organization*)

**parc** Parc national ou territorial ou aire marine de préservation. (*park*)

**parc national** Parc ou réserve, au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*. (*national park*)

**plan d'aménagement** Ne vise pas les plans d'aménagement municipaux. (*land use plan*)

**projet** La réalisation — y compris la construction, l'exploitation, la modification, la désaffectation ou la fermeture — d'un ouvrage ou le démarrage ou l'exercice d'une

**proponent** means a person or entity, including a federal, provincial or territorial minister, department or agency, a municipality or a designated Inuit organization, that proposes the carrying out of a project. (*promoteur*)

**regulatory authority** means a minister — other than for the purposes of section 197 —, a department or agency, a municipality or any other public body responsible for issuing a licence, permit or other authorization required by or under any other Act of Parliament or a territorial law for a project to proceed. (*autorité administrative*)

**territorial law** means an Act of the Legislature for Nunavut. (*loi territoriale*)

**territorial Minister** means, other than in the definition **proponent** in this subsection, paragraph 19(2)(d), section 68, the definition **responsible Minister** in subsection 73(1), subsections 94(5), 135(5), 136(1) and 149(2), paragraph 152(1)(b), section 173, subsection 189(1) and paragraph 200(2)(c), the Minister of Environment for Nunavut. (*ministre territorial*)

**Tunngavik** means Nunavut Tunngavik Incorporated, a corporation without share capital incorporated under Part II of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, and any successor to that corporation. (*Tunngavik*)

**waters** means inland waters on or below the surface of land and marine waters, whether in a liquid or solid state. (*eaux*)

## Definitions from Agreement

(2) In this Act

(a) **ecosystemic** has the same meaning as in section 12.1.1 of the Agreement;

(b) **Inuit owned lands, marine areas, Nunavut Settlement Area, Outer Land Fast Ice Zone, territorial park** and **wildlife** have the same meaning as in section 1.1.1 of the Agreement; and

(c) **areas of equal use and occupancy** has the same meaning as in section 40.2.2 of the Agreement.

activité concrète, qui comporte l'utilisation de terres, d'eaux ou d'autres ressources. Sont toutefois exclus :

a) la réalisation d'un ouvrage ou le démarrage ou l'exercice d'une activité dont les répercussions négatives sur le plan écosystémique n'ont, de toute évidence, aucune importance, compte tenu notamment des éléments prévus aux alinéas 90a) à i);

b) la réalisation d'un ouvrage ou le démarrage ou l'exercice d'une activité faisant partie d'une catégorie d'ouvrages ou d'activités prévue par règlement;

c) la construction, l'exploitation et l'entretien d'un bâtiment et la fourniture d'un service, dans une municipalité, qui n'entraînent pas de répercussions écosystémiques à l'extérieur de celle-ci et qui ne comportent pas le dépôt de déchets par une municipalité, l'entreposage en vrac de combustible, la production d'énergie nucléaire ou hydroélectrique ou quelque activité industrielle. (*project*)

**promoteur** Personne physique ou morale ou autre entité qui propose la réalisation d'un projet. Sont notamment visés les ministres, les ministères et les organismes fédéraux, provinciaux et territoriaux, les municipalités et les organisations inuites désignées. (*proponent*)

**région désignée** La région formée par la région du Nunavut et la zone de banquise côtière externe. (*designated area*)

**terres** Dans les parties 1 et 3 à 6, sont assimilées aux terres celles qui sont submergées et situées dans les zones côtières ou extracôtières. (*land*)

**Tunngavik** La Nunavut Tunngavik Incorporated, société sans capital-actions constituée en vertu de la partie II de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-32, ou ses successeurs ou ayants droit. (*Tunngavik*)

## Définitions de l'accord

(2) Dans la présente loi :

a) **écosystémique** s'entend au sens de l'article 12.1.1 de l'accord;

b) **parc territorial, région du Nunavut, ressources fauniques, zone de banquise côtière externe** et **zone marine** s'entendent au sens de l'article 1.1.1 de l'accord, et **terres inuites** s'entend des **terres inuit** au sens de cet article;

c) **zones d'utilisation et d'occupation égales** s'entend au sens de l'article 40.2.2 de l'accord.

## Interpretation

**(3)** For greater certainty, in this Act the issuance of a licence, permit or other authorization, includes a renewal, an amendment or an extension of its period of validity.

2013, c. 14, s. 2 "2"; 2019, c. 29, s. 374.

## Inconsistency with Agreement

**3 (1)** In the event of any inconsistency or conflict between the Agreement and this Act or any regulation made under it, the Agreement prevails to the extent of the inconsistency or conflict.

## Inconsistency with other Acts

**(2)** In the event of any inconsistency or conflict between this Act or any regulation made under it and any other Act of Parliament, except the *Nunavut Land Claims Agreement Act*, or any territorial law or any regulation made under that Act or that territorial law, this Act or its regulations prevail to the extent of the inconsistency or conflict.

## Limitation — orders

**(3)** In the event of any inconsistency or conflict between an order made under section 214 and an order made by any person designated for the purposes of the administration and enforcement of any other Act of Parliament, any requirement imposed on the carrying out of a project by that Act or a term or condition in any licence, permit or other authorization issued under that Act, the order made under section 214 does not prevail over the other order, the requirement or the term or condition for the sole reason that the provisions of this Act prevail over any inconsistent provisions of any other Act of Parliament.

## Rights preserved

**4** For greater certainty, nothing in this Act or its regulations, or in an original or amended project certificate or in any decision indicating that the assessment of a project is complete and that the proponent may carry it out constitutes a defence to a claim for loss or damage sustained by any person by reason of the carrying out of a project.

# Application

## Geographic application

**5 (1)** This Act applies to the designated area.

## Application outside designated area

**(2)** This Act also applies to projects to be carried out wholly or partly outside the designated area and to

## Précision

**(3)** Dans la présente loi, il est entendu que la délivrance d'un permis et l'octroi d'une autorisation visent également leur renouvellement, leur modification ou la prorogation de leur période de validité.

2013, ch. 14, art. 2 « 2 »; 2019, ch. 29, art. 374.

## Primauté de l'accord

**3 (1)** Les dispositions de l'accord l'emportent sur les dispositions incompatibles de la présente loi et de ses règlements.

## Primauté de la présente loi

**(2)** Les dispositions de la présente loi et de ses règlements l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi fédérale — exception faite de la *Loi concernant l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut* —, de toute loi territoriale et de leurs règlements.

## Réserve : ordres

**(3)** En cas d'incompatibilité, les ordres donnés en vertu de l'article 214 ne l'emportent pas sur ceux donnés par des personnes désignées pour l'exécution et le contrôle d'application de toute autre loi fédérale, sur toute exigence visant la réalisation d'un projet au titre d'une telle loi ou sur toute condition fixée dans un permis délivré ou une autre autorisation donnée au titre d'une telle loi, au seul motif que la présente loi l'emporte sur les dispositions incompatibles de toute autre loi fédérale.

## Maintien des droits

**4** Il est entendu que la présente loi et ses règlements, tout certificat — original ou modifié — délivré à l'égard d'un projet et toute décision portant que son évaluation est terminée et que le promoteur peut le réaliser ne peuvent être invoqués à l'encontre d'une réclamation pour pertes ou dommages subis par une personne par suite de sa réalisation.

# Application

## Application géographique

**5 (1)** La présente loi s'applique à la région désignée.

## Application à l'extérieur de la région désignée

**(2)** Elle s'applique en outre aux projets à réaliser en tout ou en partie à l'extérieur de la région désignée et aux

impacts outside that area to the extent necessary to give effect to sections 80, 98, 113, 133, 156 to 162, 168 and 185 to 187.

### **Binding on Her Majesty**

**6** This Act is binding on Her Majesty in right of Canada or a province.

### **Impact Assessment Act**

**7** The *Impact Assessment Act* does not apply in respect of the designated area.

2013, c. 14, s. 2 "7"; 2019, c. 28, s. 188.

## **Consultation**

### **Amendments to this Act**

**8** The federal Minister must consult closely with the territorial Minister, the designated Inuit organization, the Commission and the Board with respect to any amendment to this Act.

## **Delegation**

### **Delegation to territorial Minister**

**9 (1)** The federal Minister may delegate, in writing, to the territorial Minister any of the federal Minister's powers, duties or functions under this Act, either generally or as otherwise provided in the instrument of delegation. However, the delegation must not abrogate or derogate from any Inuit rights under the Agreement.

### **Notice**

**(2)** The federal Minister must notify the designated Inuit organization in writing of any delegation made under subsection (1).

répercussions à l'extérieur de cette région, dans la mesure nécessaire pour donner effet aux articles 80, 98, 113, 133, 156 à 162, 168 et 185 à 187.

### **Opposabilité**

**6** La présente loi lie l'État fédéral et les provinces.

### **Loi sur l'évaluation d'impact**

**7** La *Loi sur l'évaluation d'impact* ne s'applique pas à la région désignée.

2013, ch. 14, art. 2 « 7 »; 2019, ch. 28, art. 188.

## **Consultations**

### **Modification de la présente loi**

**8** Le ministre fédéral mène des consultations étroites auprès du ministre territorial, de l'organisation inuite désignée, de la Commission d'aménagement du Nunavut et de la Commission du Nunavut chargée de l'examen des répercussions au sujet de toute modification de la présente loi.

## **Délégation**

### **Délégation au ministre territorial**

**9 (1)** Le ministre fédéral peut, par écrit, déléguer au ministre territorial tout ou partie des attributions que lui confère la présente loi, à condition qu'il n'en résulte aucune atteinte aux droits reconnus aux Inuits par l'accord. La délégation peut être générale ou spécifique; dans ce dernier cas, sa portée est précisée dans l'acte de délégation.

### **Avis**

**(2)** Le ministre fédéral avise par écrit l'organisation inuite désignée de la délégation.

### Primary objectives

**23 (1)** The Board must exercise its powers and perform its duties and functions in accordance with the following primary objectives:

- (a) to protect and promote the existing and future well-being of the residents and communities of the designated area; and
- (b) to protect the ecosystemic integrity of the designated area.

### Other residents

**(2)** In exercising its powers or performing its duties and functions in accordance with the objective set out in paragraph (1)(a), the Board must take into account the well-being of residents of Canada outside the designated area.

### Interpretation

**(3)** For greater certainty, the Board must exercise its powers and perform its duties and functions under paragraphs 92(2)(a), 104(1)(c) and 112(5)(b), section 124 and subsection 152(4) in accordance with the objectives set out in subsection (1).

### Limitation — socio-economic benefits

**24** The Board is not authorized to establish, in the exercise of its powers or the performance of its duties and functions, requirements relating to socio-economic benefits.

## Meetings

### Nunavut Settlement Area

**25 (1)** The Board must, whenever practicable, hold its meetings within the Nunavut Settlement Area.

### Participation by telecommunications

**(2)** A member of the Board may, subject to the Board's by-laws and rules, participate in a meeting by means of telephone or other communications facilities that are likely to enable all persons participating in the meeting to hear each other, and a member so participating is deemed for all purposes of this Act to be present at that meeting.

### Request by members for meeting

**(3)** The Chairperson must call a meeting of the Board within 21 days after receiving a written request for a meeting, indicating its purpose, from at least five members.

### Objectifs principaux

**23 (1)** La Commission d'examen exerce ses attributions en conformité avec les objectifs principaux suivants :

- a) protéger et promouvoir le bien-être actuel et futur des résidents et des collectivités de la région désignée;
- b) protéger l'intégrité écosystémique de cette région.

### Autres résidents

**(2)** Dans l'exercice de ses attributions en conformité avec l'objectif énoncé à l'alinéa (1)a), elle tient compte du bien-être des résidents du Canada établis à l'extérieur de la région désignée.

### Précision

**(3)** Il est entendu qu'elle exerce ses attributions au titre des alinéas 92(2)a), 104(1)c) et 112(5)b), de l'article 124 et du paragraphe 152(4) en conformité avec les objectifs énoncés au paragraphe (1).

### Réserve : bénéfices socioéconomiques

**24** La Commission d'examen ne peut, dans le cadre de ses attributions, établir des exigences en matière de bénéfices socioéconomiques.

## Réunions

### Région du Nunavut

**25 (1)** Chaque fois que cela est possible, la Commission d'examen tient ses réunions dans la région du Nunavut.

### Participation à distance

**(2)** Sous réserve des règlements administratifs et des règles de la commission, tout membre de celle-ci peut, pour participer à une réunion, utiliser tout moyen technique — notamment le téléphone — de nature à permettre à tous les participants de communiquer oralement entre eux; il est alors réputé, pour l'application de la présente loi, assister à la réunion.

### Convocation à la demande des membres

**(3)** Le président convoque une réunion dans les vingt et un jours suivant la réception d'une demande écrite émanant d'au moins cinq membres et indiquant l'objet de la réunion.



### Purpose of screening

**88** The purpose of screening a project is to determine whether the project has the potential to result in significant ecosystemic or socio-economic impacts and, accordingly, whether it requires a review by the Board or by a federal environmental assessment panel, as the case may be.

### Project to be reviewed

**89 (1)** The Board must be guided by the following considerations when it is called on to determine, on the completion of a screening, whether a review of the project is required:

- (a)** a review is required if, in the Board's opinion,
  - (i)** the project may have significant adverse ecosystemic or socio-economic impacts or significant adverse impacts on wildlife habitat or Inuit harvest activities,
  - (ii)** the project will cause significant public concern, or
  - (iii)** the project involves technological innovations, the effects of which are unknown; and
- (b)** a review is not required if, in the Board's opinion,
  - (i)** the project is unlikely to cause significant public concern, and
  - (ii)** its adverse ecosystemic and socio-economic impacts are unlikely to be significant, or are highly predictable and can be adequately mitigated by known technologies.

### Prevailing considerations

**(2)** The considerations set out in paragraph (1)(a) prevail over those set out in paragraph (1)(b).

### Definition of *harvest*

**(3)** In subparagraph (1)(a)(i), *harvest* has the same meaning as in section 1.1.1 of the Agreement.

### Significance of impacts — factors

**90** In determining the significance of impacts for the purposes of section 88 and subparagraphs 89(1)(a)(i) and (b)(ii), the Board must take into account the following factors:

### But de l'examen préalable

**88** L'examen préalable a pour but d'établir si le projet risque d'entraîner des répercussions écosystémiques ou socioéconomiques importantes et s'il devrait, par conséquent, faire l'objet d'un examen approfondi par la Commission d'examen ou une commission fédérale d'évaluation environnementale, selon le cas.

### Tenue d'un examen approfondi

**89 (1)** Les critères ci-après guident la Commission d'examen lorsqu'elle est appelée à décider, au terme de l'examen préalable, si l'examen approfondi du projet est nécessaire :

- a)** l'examen est nécessaire si elle est d'avis, selon le cas :
  - (i)** que le projet peut entraîner d'importantes répercussions négatives sur les plans écosystémique ou socioéconomique, ou sur l'habitat des ressources fauniques ou les activités de récolte des Inuits,
  - (ii)** qu'il sera la source de préoccupations importantes au sein du public,
  - (iii)** qu'il met en jeu des innovations techniques dont les effets sont inconnus;
- b)** il n'est pas nécessaire si elle est d'avis que les conditions ci-après sont réunies :
  - (i)** le projet n'est pas susceptible d'être la source de préoccupations importantes au sein du public,
  - (ii)** ses répercussions négatives sur les plans écosystémique ou socioéconomique soit ne sont pas susceptibles d'être importantes, soit sont hautement prévisibles et peuvent être suffisamment atténuées par des mesures techniques connues.

### Critères prépondérants

**(2)** La Commission d'examen accorde une importance prépondérante aux critères prévus à l'alinéa (1)a) par rapport à ceux prévus à l'alinéa (1)b).

### Définition de *récolte*

**(3)** Au sous-alinéa (1)a)(i), *récolte* s'entend au sens de l'article 1.1.1 de l'accord.

### Importance des répercussions : éléments à considérer

**90** Afin d'évaluer l'importance des répercussions pour l'application de l'article 88 et des sous-alinéas 89(1)a)(i) et b)(ii), la Commission d'examen tient compte des éléments suivants :

- (a)** the size of the geographic area, including the size of wildlife habitats, likely to be affected by the impacts;
- (b)** the ecosystemic sensitivity of that area;
- (c)** the historical, cultural and archaeological significance of that area;
- (d)** the size of the human and the animal populations likely to be affected by the impacts;
- (e)** the nature, magnitude and complexity of the impacts;
- (f)** the probability of the impacts occurring;
- (g)** the frequency and duration of the impacts;
- (h)** the reversibility or irreversibility of the impacts;
- (i)** the cumulative impacts that could result from the impacts of the project combined with those of any other project that has been carried out, is being carried out or is likely to be carried out; and
- (j)** any other factor that the Board considers relevant to the assessment of the significance of impacts.

#### **Project to be modified or abandoned**

**91** The Board must make a determination that a project should be modified or abandoned if the Board is of the opinion that the project has the potential to result in unacceptable adverse ecosystemic or socio-economic impacts.

#### **Report — Board**

**92 (1)** The Board must submit a written report to the responsible Minister containing a description of the project that specifies its scope and indicating that

- (a)** a review of the project is not required;
- (b)** a review of the project is required; or
- (c)** the project should be modified or abandoned.

#### **Other information**

**(2)** In its report, the Board may also

- (a)** recommend specific terms and conditions to apply in respect of a project that it determines may be carried out without a review;

- a)** la grandeur du territoire — y compris celle des habitats fauniques — susceptible d'être touché par les répercussions;
- b)** la fragilité de ce territoire sur le plan écosystémique;
- c)** l'importance de ce territoire sur les plans historique, culturel et archéologique;
- d)** la taille des populations humaine et animale susceptibles d'être touchées par les répercussions;
- e)** la nature, l'ampleur et la complexité des répercussions;
- f)** la probabilité que les répercussions se produisent;
- g)** la fréquence et la durée des répercussions;
- h)** le caractère réversible ou irréversible des répercussions;
- i)** les répercussions cumulatives qui pourraient résulter de la combinaison des répercussions du projet et de celles de tout autre projet dont la réalisation est terminée, en cours ou probable;
- j)** tout autre élément qu'elle estime indiqué.

#### **Modification ou abandon du projet**

**91** La Commission d'examen conclut que le projet devrait être modifié ou abandonné si elle est d'avis qu'il risque d'entraîner des répercussions négatives inacceptables sur les plans écosystémique ou socioéconomique.

#### **Rapport de la Commission d'examen**

**92 (1)** La Commission d'examen présente au ministre compétent un rapport écrit — comportant une description du projet qui précise notamment sa portée — dans lequel elle conclut, selon le cas :

- a)** que l'examen approfondi du projet n'est pas nécessaire;
- b)** qu'un tel examen est nécessaire;
- c)** que le projet devrait être modifié ou abandonné.

#### **Éléments facultatifs**

**(2)** Elle peut en outre, dans le rapport :

- a)** recommander que la réalisation du projet ne nécessitant pas, à son avis, un examen approfondi soit assortie des conditions qu'elle précise;

### **Enforcement of attendance, etc.**

**(4)** The Board has the same power to enforce the attendance of witnesses and to compel them to give evidence and produce documents and other things as a superior court.

### **Hearing may be closed to public**

**(5)** The Board may close all or part of a hearing to the public if it is satisfied, after submissions made by a proponent or any other witness, that the evidence, documents or things to be disclosed in the hearing contain

- (a)** confidential, personal, business proprietary or privileged information; or
- (b)** information whose disclosure would cause specific, direct and substantial harm to the witness or cause specific ecosystemic or socio-economic harm.

### **Non-disclosure**

**(6)** Evidence, documents or things referred to in subsection (5) must not be, or be permitted to be, disclosed without the authorization of the witness, by any person who has obtained the evidence, documents or things under this Act.

### **Enforcement of summonses and orders**

**(7)** A summons issued or an order made by the Board under subsection (3) may be made a summons or order of the Nunavut Court of Justice by filing a certified copy of it with the registrar of the court and, when so made, is enforceable in the same manner as a summons or order of that court.

### **Factors to consider**

**103 (1)** In conducting a review of a project, the Board must take into account the following factors:

- (a)** the purpose of the project and the need for the project;
- (b)** whether, and to what extent, the project would protect and enhance the existing and future well-being of the residents and communities of the designated area, taking into account the interests of other Canadians;
- (c)** whether the project reflects the priorities and values of the residents of the designated area;

### **Pouvoirs de contrainte**

**(4)** Elle a, pour contraindre les témoins à comparaître, à déposer et à produire des pièces, les attributions d'une cour supérieure.

### **Huis clos**

**(5)** Elle peut décider de tenir tout ou partie de l'audience à huis clos dans le cas où elle est convaincue, à la suite d'observations faites par le promoteur ou tout autre témoin, que les éléments de preuve, documents ou pièces à produire dans le cadre de l'audience comportent, selon le cas :

- a)** des renseignements confidentiels, personnels ou protégés ou des renseignements commerciaux de nature exclusive;
- b)** des renseignements dont la divulgation causerait directement un préjudice réel et sérieux au témoin ou causerait un préjudice réel sur les plans écosystémique ou socioéconomique.

### **Non-communication**

**(6)** Les éléments de preuve, documents ou pièces visés au paragraphe (5) ne peuvent être communiqués — et il ne peut être permis qu'ils le soient — sans l'autorisation du témoin.

### **Exécution des assignations et ordonnances**

**(7)** Les assignations délivrées et les ordonnances rendues en vertu du paragraphe (3) peuvent être homologuées par la Cour de justice du Nunavut, sur dépôt d'une copie certifiée conforme au greffe de la cour; leur exécution s'effectue dès lors selon les mêmes modalités que les ordonnances de cette cour.

### **Éléments à examiner**

**103 (1)** L'examen approfondi porte sur les éléments suivants :

- a)** les raisons d'être du projet et la question de savoir s'il est nécessaire de le réaliser;
- b)** la question de savoir si la réalisation du projet permettrait de protéger et d'améliorer le bien-être actuel et futur des résidents et des collectivités de la région désignée — et dans quelle mesure —, compte tenu des intérêts des autres Canadiens;
- c)** la question de savoir si le projet reflète les priorités et les valeurs de ces résidents;

**(d)** the anticipated effects of the environment on the project, including effects associated with natural phenomena, such as meteorological and seismological activity, and climate change;

**(e)** the anticipated ecosystemic and socio-economic impacts of the project, including those arising from the effects referred to in paragraph (d);

**(f)** the cumulative ecosystemic and socio-economic impacts that could result from the impacts of the project combined with those of any other project that has been carried out, is being carried out or is likely to be carried out;

**(g)** whether the impacts referred to in paragraphs (e) and (f) would unduly prejudice the ecosystemic integrity of the designated area;

**(h)** the measures, including those proposed by the proponent, that should be taken to

**(i)** avoid and mitigate adverse ecosystemic and socio-economic impacts, including contingency plans,

**(ii)** optimize the benefits of the project, with specific consideration given to expressed community and regional preferences in regard to benefits,

**(iii)** compensate persons whose interests are adversely affected by the project, and

**(iv)** restore ecosystemic integrity after the permanent closure of the project;

**(i)** the significance of the impacts referred to in paragraphs (e) and (f), taking into account the measures referred to in paragraph (h);

**(j)** the capacity of renewable resources that are likely to be significantly affected by the project to meet the existing and future needs of the residents of the designated area;

**(k)** any monitoring program of the project's ecosystemic and socio-economic impacts that should be established, including one proposed by the proponent;

**(l)** the interests in land and waters that the proponent has acquired or seeks to acquire;

**(m)** the options for carrying out the project that are technically and economically feasible and the anticipated ecosystemic and socio-economic impacts of such options;

**(n)** the posting of performance bonds;

**d)** les effets prévus de l'environnement sur le projet, y compris ceux associés aux phénomènes naturels — météorologiques, sismiques ou autres — et aux changements climatiques;

**e)** les répercussions prévues du projet sur les plans écosystémique et socioéconomique, y compris celles découlant des effets visés à l'alinéa d);

**f)** les répercussions écosystémiques et socioéconomiques cumulatives qui pourraient résulter de la combinaison des répercussions du projet et de celles de tout autre projet dont la réalisation est terminée, en cours ou probable;

**g)** la question de savoir si les répercussions visées aux alinéas e) et f) causeraient un préjudice excessif à l'intégrité écosystémique de la région désignée;

**h)** les mesures — y compris celles proposées par le promoteur — qui devraient être prises :

**(i)** pour éviter ou atténuer les répercussions négatives du projet sur les plans écosystémique et socioéconomique, y compris les plans de contingence,

**(ii)** pour optimiser les avantages du projet, compte tenu plus particulièrement des préférences exprimées par la collectivité et la région à cet égard,

**(iii)** pour indemniser les personnes lésées par le projet,

**(iv)** pour rétablir l'intégrité écosystémique après la fin définitive du projet;

**i)** l'importance des répercussions visées aux alinéas e) et f), compte tenu de la prise des mesures visées à l'alinéa h);

**j)** la mesure dans laquelle les ressources renouvelables risquant d'être touchées de façon importante par le projet peuvent répondre aux besoins actuels et futurs des résidents de la région désignée;

**k)** le programme de suivi des répercussions écosystémiques et socioéconomiques du projet qui devrait être établi, y compris celui proposé par le promoteur;

**l)** les intérêts relatifs aux terres et aux eaux que le promoteur a obtenus ou qu'il cherche à obtenir;

**m)** les solutions de rechange en vue de la réalisation du projet possibles sur les plans technique et économique, ainsi que leurs répercussions écosystémiques et socioéconomiques prévues;

(o) the particular issues or concerns identified under subsection 96(1); and

(p) any other matter within the Board's jurisdiction that, in its opinion, should be considered.

### Significance

(2) In assessing the significance of impacts for the purposes of paragraph (1)(i), the Board must take into account the factors set out in paragraphs 90(a) to (j).

### Traditional knowledge

(3) In its review of a project, the Board must take into account any traditional knowledge or community knowledge provided to it.

### Report — Board

**104 (1)** Within 45 days after the end of the Board's review of a project, the Board must submit a written report, containing a description of the project that specifies its scope, to the responsible Minister and setting out

(a) its assessment of the project and its ecosystemic and socio-economic impacts;

(b) its determination, based on that assessment, as to whether the project should or should not proceed; and

(c) if it determines that a project should proceed, any terms and conditions that it recommends should apply in respect of the project.

### Ministerial direction

(2) If, in the opinion of the responsible Minister, the report is deficient with respect to issues relating to the ecosystemic and socio-economic impacts of the project, the responsible Minister must, within 90 days after receiving the Board's report, advise the Board of the deficiency.

### Revised report

(3) If the responsible Minister advises the Board of a deficiency in its report, the Board must conduct a further review of the issues identified by that Minister, including holding any public hearing that it is directed by the responsible Minister to hold or that it considers necessary, and provide a revised report to the responsible Minister within 45 days after the end of that further review.

n) le dépôt de garanties de bonne exécution;

o) les questions et préoccupations précisées en vertu du paragraphe 96(1);

p) tout autre élément que la Commission d'examen estime pertinent dans les circonstances et qui relève de sa compétence.

### Importance des répercussions

(2) Afin d'évaluer l'importance des répercussions pour l'application de l'alinéa (1)i), la Commission d'examen tient compte des éléments mentionnés aux alinéas 90a) à j).

### Connaissances

(3) Elle tient compte des connaissances traditionnelles et des connaissances des collectivités qui lui ont été communiquées dans le cadre de l'examen.

### Rapport de la Commission d'examen

**104 (1)** Dans les quarante-cinq jours suivant la fin de l'examen approfondi du projet, la Commission d'examen présente au ministre compétent un rapport écrit — comportant une description du projet qui précise notamment sa portée — faisant état :

a) de son évaluation du projet et des répercussions écosystémiques et socioéconomiques de celui-ci;

b) de sa conclusion, fondée sur cette évaluation, quant à savoir s'il devrait être réalisé ou non;

c) dans le cas où elle conclut qu'il devrait être réalisé, de ses recommandations quant aux conditions dont devrait être assortie sa réalisation.

### Intervention ministérielle

(2) Dans le cas où il est d'avis que le rapport est incomplet en ce qui a trait à des questions relatives aux répercussions écosystémiques et socioéconomiques du projet, le ministre compétent avise la Commission d'examen des lacunes dans les quatre-vingt-dix jours suivant la réception du rapport.

### Rapport révisé

(3) En cas d'intervention du ministre compétent en vertu du paragraphe (2), la Commission d'examen examine plus amplement ces questions et lui présente un rapport révisé dans les quarante-cinq jours suivant la fin de cet examen comportant, s'il l'exige ou si elle l'estime indiqué, une audience publique.

### Project certificate

**111 (1)** Within 30 days after receiving the notice under section 110, the Board must issue a project certificate that sets out the terms and conditions contained in that notice.

### Terms and conditions

**(2)** A term or condition may become effective on the issuance of the project certificate or at a future time, or on the happening of any specified contingency, event or the fulfilment of any condition. In addition, a term or condition may have force for a limited time or until the happening of a specified event or the fulfilment of any condition.

### Content of certificate

**(3)** A project certificate must indicate that the assessment of the project has been completed and that the proponent may carry out the project, subject to paragraphs 74(f) and (g) and to obtaining any licence, permit or other authorization required by or under any other Act of Parliament or any territorial law and complying with any other requirements set out in such an Act or law.

### Statutory Instruments Act

**(4)** Project certificates are not statutory instruments for the purposes of the *Statutory Instruments Act*.

### Extension of time limit

**(5)** If the responsible Minister is of the opinion that more time is needed for the Board to issue the project certificate, that Minister may extend the period referred to in subsection (1) by up to 45 days and must notify the proponent and the Board of the extension in writing.

### Reconsideration of terms and conditions

**112 (1)** The Board may, on its own initiative or at the request of the designated Inuit organization, the proponent or any interested person, reconsider the terms and conditions set out in a project certificate that it has issued if

**(a)** the terms and conditions are not achieving their intended purpose or are having effects that are significantly different from those anticipated at the time the certificate was issued;

**(b)** the circumstances relating to the project are significantly different from those anticipated at the time the certificate was issued; or

### Certificat

**111 (1)** Dans les trente jours suivant la réception de l'avis, la Commission d'examen délivre à l'égard du projet un certificat faisant état des conditions, énoncées dans l'avis, dont est assortie sa réalisation.

### Conditions

**(2)** Les conditions peuvent prendre effet à la date de délivrance du certificat ou à une date ultérieure, dans l'éventualité ou à la survenance d'un événement précis ou à la réalisation d'une condition donnée. En outre, elles peuvent n'avoir d'effet que pendant une période déterminée ou jusqu'à la survenance d'un événement précis ou la réalisation d'une condition donnée.

### Précisions

**(3)** Le certificat précise que l'évaluation du projet est terminée et que le promoteur peut réaliser celui-ci, à condition d'obtenir les permis et autres autorisations nécessaires sous le régime de toute autre loi fédérale ou de toute loi territoriale, de se conformer aux autres exigences prévues par de telles lois et de ne pas contrevenir aux alinéas 74f) et g).

### Loi sur les textes réglementaires

**(4)** Les certificats ne sont pas des textes réglementaires pour l'application de la *Loi sur les textes réglementaires*.

### Prorogation du délai

**(5)** Le ministre compétent peut proroger d'au plus quarante-cinq jours le délai prévu au paragraphe (1) s'il est d'avis qu'un délai supplémentaire est nécessaire pour permettre à la Commission d'examen de délivrer le certificat. Il avise par écrit le promoteur et celle-ci de la prorogation.

### Réexamen des conditions : Commission d'examen

**112 (1)** La Commission d'examen peut, de sa propre initiative ou sur demande de l'organisation inuite désignée, du promoteur ou de tout intéressé, réexaminer les conditions prévues dans le certificat qu'elle a délivré si, selon le cas :

**a)** elles ne permettent pas d'atteindre leurs objectifs ou produisent des effets très différents de ceux prévus lors de la délivrance du certificat;

**b)** le contexte dans lequel s'inscrit le projet est très différent de celui qui était alors prévu;

**c)** des progrès techniques ou de nouvelles connaissances offrent des moyens plus efficaces d'atteindre les objectifs en question.

(c) technological developments or new information provides a more efficient method of achieving the intended purpose of the terms and conditions.

#### Minister's initiative

(2) The Board must reconsider the terms and conditions set out in a project certificate that it has issued if the responsible Minister is of the opinion that any of paragraphs (1)(a) to (c) applies.

#### Notice

(3) The Board must notify the proponent and the responsible Minister in writing of a reconsideration undertaken under subsection (1) or the proponent of a reconsideration undertaken under subsection (2).

#### Conduct of reconsideration

(4) The Board may conduct its reconsideration of the terms and conditions in the manner that it considers appropriate in the circumstances.

#### Report

(5) Within 45 days after the end of the Board's reconsideration under subsection (1) or (2), the Board must submit a written report to the responsible Minister that contains

- (a) an assessment of the terms and conditions in force; and
- (b) any terms and conditions that it recommends should apply in respect of the project.

#### Minister's decision

(6) The responsible Minister must, within 90 days after receiving a report submitted under subsection (5), in respect of each term or condition recommended in that report either

- (a) accept it; or
- (b) reject it or vary it in any manner that that Minister considers appropriate, under section 108 or if, alone or combined with other terms or conditions,
  - (i) it is insufficient, or more onerous than necessary, to adequately mitigate the adverse ecosystemic and socio-economic impacts of the project, or
  - (ii) it is so onerous that it would undermine the viability of the project that is in the national or regional interest.

#### Initiative ministérielle

(2) Elle réexamine également les conditions dans le cas où le ministre compétent parvient à l'une ou l'autre des conclusions visées aux alinéas (1)a) à c).

#### Avis

(3) Elle avise par écrit le ministre compétent de tout réexamen effectué en vertu du paragraphe (1) et le promoteur, de tout réexamen effectué en vertu des paragraphes (1) ou (2).

#### Modalités du réexamen

(4) Elle fixe les modalités du réexamen qu'elle estime indiquées dans les circonstances.

#### Rapport

(5) Dans les quarante-cinq jours suivant la fin du réexamen des conditions, elle présente au ministre compétent un rapport écrit faisant état :

- a) de son évaluation des conditions en vigueur;
- b) de ses recommandations quant aux conditions dont devrait être assortie la réalisation du projet.

#### Décision ministérielle

(6) Dans les quatre-vingt-dix jours suivant la réception du rapport, le ministre compétent décide, à l'égard de chaque condition recommandée :

- a) soit de l'accepter;
- b) soit de la rejeter ou de la modifier de la façon qu'il estime indiquée en application de l'article 108 ou parce que, seule ou combinée à d'autres conditions :
  - (i) elle ne permet pas d'atténuer suffisamment les répercussions négatives du projet sur les plans écosystémique et socioéconomique, ou est plus contraignante qu'il ne le faut pour atteindre cet objectif,
  - (ii) elle est contraignante au point où elle minerait la viabilité du projet, qui est dans l'intérêt national ou régional.

### **Additional terms and conditions**

**(7)** In exercising the powers and performing the duties and functions under subsection (6), the responsible Minister may impose additional terms and conditions in order to adequately mitigate the adverse ecosystemic and socio-economic impacts of the project.

### **Extension of time limit**

**(8)** If the responsible Minister is of the opinion that more time is needed to exercise powers and perform duties and functions in respect of the report, that Minister may extend the period referred to in subsection (6) by up to 90 days and must notify the proponent of the extension in writing.

### **Notification by Minister**

**(9)** The responsible Minister must, as soon as practicable, notify the Board in writing of the terms and conditions, established in accordance with subsections (6) and (7), that are to apply in respect of a project.

### **Amended project certificate**

**(10)** Within 30 days after receiving the notice under subsection (9), the Board must issue an amended project certificate that sets out the terms and conditions contained in that notice.

### **Location of impacts**

**113** The ecosystemic and socio-economic impacts of the project, both inside and outside of the designated area, must be taken into account for the purposes of sections 101 to 112.

### **Priority**

**114** The responsible Minister may indicate to the Board that a review or a reconsideration of terms and conditions is a priority in relation to other reviews or reconsiderations and may propose a reasonable period within which it must be completed.

## **Federal Environmental Assessment Panel**

### **Establishment**

**115 (1)** After receiving a project proposal under subparagraph 94(1)(a)(i), the Minister of the Environment must establish a federal environmental assessment panel consisting of members, including a Chairperson, appointed by that Minister.

### **Conditions supplémentaires**

**(7)** Il peut en outre, dans l'exercice de ses attributions au titre du paragraphe (6), fixer des conditions supplémentaires en vue d'atténuer suffisamment les répercussions négatives du projet sur les plans écosystémique et socio-économique.

### **Prorogation du délai**

**(8)** Il peut proroger d'au plus quatre-vingt-dix jours le délai prévu au paragraphe (6) s'il est d'avis qu'un délai supplémentaire lui est nécessaire pour exercer ses attributions à l'égard du rapport. Il avise par écrit le promoteur de la prorogation.

### **Avis ministériel**

**(9)** Il avise par écrit, dès que possible, la Commission d'examen des conditions établies à l'égard du projet en application des paragraphes (6) et (7).

### **Certificat modifié**

**(10)** Dans les trente jours suivant la réception de l'avis, la Commission d'examen délivre à l'égard du projet un certificat modifié faisant état des conditions, énoncées dans l'avis, dont est assortie sa réalisation.

### **Lieu géographique des répercussions**

**113** Les répercussions écosystémiques et socioéconomiques du projet, dans la région désignée et à l'extérieur de celle-ci, sont prises en compte pour l'application des articles 101 à 112.

### **Échéancier**

**114** Le ministre compétent peut indiquer à la Commission d'examen quels examens approfondis ou réexamens de conditions ont la priorité et lui proposer, pour chacun de ceux-ci, un échéancier acceptable.

## **Commission fédérale d'évaluation environnementale**

### **Constitution**

**115 (1)** Après avoir reçu la proposition relative au projet en application du sous-alinéa 94(1)a)(i), le ministre de l'Environnement constitue une commission fédérale d'évaluation environnementale dont il nomme les membres, y compris le président.



### Recommendations — Board

**(8)** As soon as practicable after receiving the impact statement, the panel must send it to the Board so that the Board has sufficient time to analyse the statement and provide its concerns or recommendations to the panel no later than five days before the public hearing.

### Recommendations taken into account

**(9)** The panel must take into account the Board's concerns and recommendations with respect to the impact statement.

### Public hearing

**121 (1)** A federal environmental assessment panel must hold a public hearing in respect of a project.

### Duty

**(2)** The panel must take all necessary steps to promote public awareness of and participation in the public hearing, including through the choice of the date, time and place of the hearing, notice given in relation to them and measures taken to disseminate any relevant information.

### Informal proceedings

**(3)** A panel must, to the extent that is consistent with the general application of the rules of procedural fairness and natural justice, emphasize flexibility and informality in the conduct of public hearings and in particular must

- (a)** allow, if appropriate, the admission of evidence that would not normally be admissible under the strict rules of evidence; and
- (b)** give due regard and weight to the Inuit traditions regarding oral communication and decision-making.

### Designated Inuit organization

**(4)** A designated Inuit organization has full standing to appear at a public hearing for the purpose of making submissions on behalf of the people it represents.

### Languages

**(5)** The panel must conduct any public hearing in both of the official languages of Canada in accordance with the *Official Languages Act* and any directives of the responsible Minister and, on request by a member, a proponent or an intervenor, in Inuktitut.

### Recommandations de la Commission d'examen

**(8)** Dès que possible après avoir reçu l'énoncé, la commission en transmet une copie à la Commission d'examen afin que celle-ci dispose d'un délai suffisant pour en faire l'analyse et lui faire part de ses préoccupations ou recommandations au plus tard cinq jours avant le début de l'audience publique.

### Prise en compte des recommandations

**(9)** La commission tient compte des préoccupations et recommandations dont la Commission d'examen lui fait part à l'égard de l'énoncé.

### Audience publique

**121 (1)** La commission tient une audience publique au sujet du projet.

### Obligation

**(2)** Elle prend les mesures nécessaires pour informer le public de la tenue de l'audience et favoriser sa participation à celle-ci. Le choix des date, heure et lieu de l'audience, la publication d'un avis de ceux-ci et toute mesure prise pour communiquer les renseignements pertinents doivent concourir à l'atteinte de ces objectifs.

### Absence de formalisme

**(3)** Elle favorise, dans la mesure où cela est compatible avec l'application générale des principes d'équité procédurale et de justice naturelle, l'instruction des affaires avec souplesse et sans formalisme et, en particulier :

- a)** permet, si cela est indiqué, l'admission d'éléments de preuve qui ne seraient pas normalement admissibles en vertu des règles strictes de la preuve;
- b)** accorde l'attention et l'importance qui s'imposent aux traditions des Inuits en matière de communication orale et de prise de décision.

### Organisation inuite désignée

**(4)** Toute organisation inuite désignée a qualité pour comparaître à l'audience publique et présenter des observations au nom des personnes qu'elle représente.

### Langues

**(5)** La commission tient l'audience publique dans les deux langues officielles du Canada, conformément à la *Loi sur les langues officielles* et aux instructions que peut lui adresser le ministre compétent. En outre, l'inuktitut est utilisé chaque fois qu'un de ses membres, un promoteur ou un intervenant en fait la demande.