

ONTARIO ENERGY BOARD  
EB-2017-0364

---

BAMKUSHWADA LIMITED PARTNERSHIP (“BLP”)  
and  
BIIGTIGONG NISHNAABEG  
PAYS PLAT FIRST NATION  
FORT WILLIAM FIRST NATION  
PIC MOBERT FIRST NATION  
RED ROCK INDIAN BAND  
 (“Five First Nations”)  
(BLP and the Five First Nations being “BLP First Nations”)

BOOK OF AUTHORITIES  
FROM  
BLP First Nations

---

**To:**

Ontario Energy Board  
P.O. Box 2319  
2300 Yonge Street, 27th Floor  
Toronto ON M4P 1E4  
Attn: Ms. Kirsten Walli  
Board Secretary

**FROM:**

Olthuis, Kleer, Townshend LLP  
250 University Avenue, 8<sup>th</sup> Floor  
Toronto, ON M5H 3E5  
Kate Kempton  
Tel: 416-981-9330  
Fax: 416-981-9350  
Email: [kkempton@oktlaw.com](mailto:kkempton@oktlaw.com)

**ONTARIO ENERGY BOARD  
EB-2017-0364**

---

**BAMKUSHWADA LIMITED PARTNERSHIP (“BLP”)  
and  
BIIGTIGONG NISHNAABEG  
PAYS PLAT FIRST NATION  
FORT WILLIAM FIRST NATION  
PIC MOBERT FIRST NATION  
RED ROCK INDIAN BAND**

---

**BOOK OF AUTHORITIES**

**TAB**

**Case Law**

- 1 *Behn v Moulton Contracting Ltd*, 2013 SCC 26
- 2 *Chartrand v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resources Operations)*, 2015 BCCA 345
- 3 *Chippewas of the Thames First Nation v Enbridge Pipelines Inc*, 2017 SCC 41
- 4 *Clyde River (Hamlet) v Petroleum Geo-Services Inc*, 2017 SCC 40
- 5 *Delgamuukw v British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010
- 6 *Dene Tha' First Nation v Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354
- 7 *Enge v Canada (Indigenous and Northern Affairs)*, 2017 FC 932
- 8 *Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73
- 9 *Hilewitz v Canada (Minister of Citizenship and Immigration); De Jong v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57
- 10 *Hupacasath First Nation v British Columbia (Minister of Forests) et al*, 2005 BCSC 1712
- 11 *Hydro One Networks Inc (Re)*, 2010 LNONOEB 365
- 12 *Mikisew Cree First Nation v Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69
- 13 *Mitchell v MNR*, 2001 SCC 33
- 14 *Moulton Contracting Ltd v British Columbia*, 2013 BCSC 2348

- 15 *Musqueam Indian Band v British Columbia*, 2005 BCCA 128
- 16 *Musqueam Indian Band et al v City of Richmond et al*, 2005 BCSC 1069
- 17 *Oakwood Development Ltd v St-François Xavier*, [1985] 2 SCR 164
- 18 *Quebec (Attorney General) v Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 SCR 159
- 19 *R v Simon*, [1985] 2 SCR 387
- 20 *R v Sparrow*, [1990] 1 SCR 1075
- 21 *Rio Tinto Alcan Inc v Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43
- 22 *Sambaa K'e Dene Band v Canada (Minister of Indian Affairs & Northern Development)*, 2012 FC 204
- 23 *Squamish Nation v British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991
- 24 *Squamish Indian Band v British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2004 BCSC 1320
- 25 *Tsilhqot'in v British Columbia*, 2007 BCSC 1700
- 26 *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, 2014 SCC 44
- 27 *Union Gas Ltd and Quaggiotto et al*, (1974) 1 OR (2d) 751 (CA)
- 28 *Wahgoshig First Nation v Her Majesty the Queen in Right of Ontario et al*, 2011 ONSC 7708
- 29 *West Moberly First Nations v British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247
- 30 *Wii'litswx v British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139

### **Secondary Sources**

- 31 Jackson, Michael, "The Articulation of Native Rights in Canadian Law" (1984) 18 UBC L Rev 255 at 261-263
- 32 Woodward, Jack, *Native Law*, Vol 1 (Toronto: Thomson Reuters, 2017), ch 5 at 88.2-88.3, 97, 111-112

TAB 1

**Sally Behn, Susan Behn, Richard Behn,  
Greg Behn, Rupert Behn, Lovey Behn,  
Mary Behn and George Behn** *Appellants*

v.

**Moulton Contracting Ltd. and Her Majesty  
The Queen in Right of the Province of British  
Columbia** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,  
Chief Liz Logan, on behalf of herself  
and all other members of the Fort Nelson  
First Nation and the said Fort Nelson  
First Nation, Grand Council of the Crees  
(Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority,  
Chief Sally Sam, Maiyoo Keyoh Society,  
Council of Forest Industries, Alberta  
Forest Products Association and  
Moose Cree First Nation** *Intervenors*

**INDEXED AS: BEHN v. MOULTON CONTRACTING LTD.  
2013 SCC 26**

File No.: 34404.

2012: December 11; 2013: May 9.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,  
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and  
Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Civil procedure — Standing — Aboriginal law —  
Treaty rights — Duty to consult — Individual members of  
Aboriginal community asserting in defence to tort action  
against them that issuance of logging licences breached  
duty to consult and treaty rights — Whether individual  
members have standing to assert collective rights in  
defence.*

**Sally Behn, Susan Behn, Richard Behn,  
Greg Behn, Rupert Behn, Lovey Behn,  
Mary Behn et George Behn** *Appelants*

c.

**Moulton Contracting Ltd. et Sa Majesté  
la Reine du chef de la province de la  
Colombie-Britannique** *Intimées*

et

**Procureur général du Canada,  
Chef Liz Logan, en son nom et au nom de  
tous les autres membres de la Première Nation  
de Fort Nelson et ladite Première Nation  
de Fort Nelson, Grand Conseil des Cris  
(Eeyou Istchee)/Administration régionale crie,  
Chef Sally Sam, Société Maiyoo Keyoh,  
Council of Forest Industries, Alberta Forest  
Products Association et Première Nation  
Moose Cree** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BEHN c. MOULTON CONTRACTING LTD.  
2013 CSC 26**

N° du greffe : 34404.

2012 : 11 décembre; 2013 : 9 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver,  
Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Procédure civile — Qualité pour agir — Droit des  
autochtones — Droits issus de traités — Obligation de  
consultation — Membres individuels d'une collectivité  
autochtone alléguant, en défense à une action en  
responsabilité délictuelle intentée contre eux, la  
délivrance de permis d'exploitation forestière sans que  
soit respectée l'obligation de consultation et en violation  
de leurs droits issus du traité — Les membres individuels  
ont-ils qualité pour faire valoir en défense des droits  
collectifs?*

*Civil procedure — Abuse of process — Motion to strike pleadings — Members of Aboriginal community blocking access to logging site and subsequently asserting in defence to tort action against them that issuance of logging licences breached duty to consult and treaty rights — Whether raising defences constituted abuse of process.*

After the Crown had granted licences to a logging company to harvest timber in two areas on the territory of the Fort Nelson First Nation in British Columbia, a number of individuals from that First Nation erected a camp that, in effect, blocked the company's access to the logging sites. The company brought a tort action against the members of the Aboriginal community, who argued in their defences that the licences were void because they had been issued in breach of the constitutional duty to consult and because they violated their treaty rights. The logging company filed a motion to strike these defences. The courts below held that the individual members of the Aboriginal community did not have standing to assert collective rights in their defence; only the community could invoke such rights. They also concluded that such a challenge to the validity of the licences amounted to a collateral attack or an abuse of process, as the members of the community had failed to challenge the validity of the licences when they were issued.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The duty to consult exists to protect the collective rights of Aboriginal peoples and is owed to the Aboriginal group that holds them. While an Aboriginal group can authorize an individual or an organization to represent it for the purpose of asserting its Aboriginal or treaty rights, here, it does not appear from the pleadings that the First Nation authorized the community members to represent it for the purpose of contesting the legality of the licences. Given the absence of an allegation of authorization, the members cannot assert a breach of the duty to consult on their own.

Certain Aboriginal and treaty rights may have both collective and individual aspects, and it may well be that in appropriate circumstances, individual members can assert them. Here, it might be argued that because of a connection between the rights at issue and a specific geographic location within the First Nation's territory, the community members have a greater interest in the

*Procédure civile — Abus de procédure — Requête en radiation — Membres d'une collectivité autochtone bloquant l'accès à un site d'exploitation forestière et alléguant subséquemment, en défense à une action en responsabilité délictuelle intentée contre eux, la délivrance de permis de vente de bois sans que soit respectée l'obligation de consultation et en violation de leurs droits issus du traité — Le fait de soulever ces moyens de défense constitue-t-il un abus de procédure?*

Après que la Couronne eût accordé à une société forestière des permis pour récolter du bois dans deux secteurs du territoire de la Première Nation de Fort Nelson en Colombie-Britannique, des membres de cette Première Nation ont érigé un camp qui, de fait, empêchait la société forestière d'avoir accès aux sites d'exploitation forestière. La société forestière a intenté une action en responsabilité délictuelle contre ces membres de la collectivité autochtone. Ceux-ci ont allégué en défense l'invalidité des permis parce qu'ils auraient été délivrés sans que soit respectée l'obligation constitutionnelle de consultation et qu'ils violeraient leurs droits issus de traités. La société forestière a demandé par requête la radiation de ces moyens de défense. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que les membres de la collectivité autochtone n'avaient pas qualité pour faire valoir des droits collectifs dans leur défense; seule la collectivité pouvait invoquer ces droits. Ils ont aussi décidé que cette contestation de la validité des permis constituait une attaque indirecte ou un abus de procédure, les membres de la collectivité n'ayant pas attaqué la validité de ces permis au moment de leur délivrance.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

L'obligation de consultation existe pour la protection des droits collectifs des peuples autochtones et elle est due au groupe autochtone qui en est titulaire. Un groupe autochtone peut autoriser un individu ou un organisme à le représenter en vue de faire valoir ses droits issus d'un traité, mais en l'espèce, il ne ressort pas des actes de procédure que la Première Nation a autorisé les membres de la collectivité à la représenter en vue de contester la validité des permis. En l'absence d'allégation d'une autorisation, les membres ne peuvent eux-mêmes invoquer un manquement à l'obligation de consultation.

Certains droits ancestraux ou issus de traités peuvent posséder des attributs à la fois collectifs et individuels, et il se peut fort bien que, lorsque les circonstances s'y prêtent, des membres d'une collectivité puissent les invoquer à titre individuel. En l'espèce, on pourrait soutenir qu'en raison de l'existence d'un lien entre les droits en cause et une région géographique spécifique du territoire

protection of the rights on their traditional family territory than do other members of the First Nation, and that this connection gives them a certain standing to raise the violation of their particular rights as a defence to the tort claim. However, a definitive pronouncement in this regard cannot be made in the circumstances of this case.

Raising a breach of the duty to consult and of treaty rights as a defence was an abuse of process in the circumstances of this case. Neither the First Nation nor the community members had made any attempt to legally challenge the licences when the Crown granted them. Had they done so, the logging company would not have been led to believe that it was free to plan and start its operations. Furthermore, by blocking access to the logging sites, the community members put the logging company in the position of having either to go to court or to forego harvesting timber after having incurred substantial costs. To allow the members to raise their defence based on treaty rights and on a breach of the duty to consult at this point would be tantamount to condoning self-help remedies and would bring the administration of justice into disrepute. It would also amount to a repudiation of the duty of mutual good faith that animates the discharge of the Crown's constitutional duty to consult First Nations.

### Cases Cited

**Referred to:** *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Komoyue Heritage Society v. British Columbia (Attorney General)*, 2006 BCSC 1517, 55 Admin. L.R. (4th) 236; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *Toronto (City) v.*

de la Première Nation, des membres de la collectivité possèdent, pour la protection de ces droits sur leur territoire familial traditionnel, un intérêt plus important que celui que peuvent détenir les autres membres de la Première Nation et que ce lien leur confère, dans une certaine mesure, qualité pour soulever la violation de leurs droits particuliers en défense à l'action en responsabilité délictuelle. Dans les circonstances de l'espèce, toutefois, la Cour doit s'abstenir de se prononcer de manière définitive sur cette question.

Le fait d'invoquer comme moyens de défense le manquement à l'obligation de consultation et la violation de droits issus de traités constituait, dans les circonstances de l'espèce, un abus de procédure. Ni la Première Nation ni les membres de la collectivité n'ont tenté, de quelque manière que ce soit, de contester en justice les permis au moment où la Couronne les a accordés. S'ils l'avaient fait, la société forestière n'aurait alors pas été amenée à croire qu'elle pouvait préparer et entreprendre ses opérations. En outre, en bloquant l'accès aux sites d'exploitation forestière, les membres de la collectivité n'ont laissé d'autre choix à la société forestière que de s'adresser aux tribunaux ou de renoncer à la possibilité de couper du bois après avoir engagé des frais considérables. Permettre aux membres à ce stade de soulever une défense fondée sur des droits issus d'un traité et sur un manquement à l'obligation de consultation équivaldrait à tolérer le recours à l'autoredressement et déconsidérerait l'administration de la justice. En outre, on ferait ainsi fi de l'obligation mutuelle de bonne foi qui sous-tend l'obligation constitutionnelle de la Couronne de consulter les Premières Nations.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Komoyue Heritage Society c. British Columbia (Attorney General)*, 2006 BCSC 1517, 55 Admin. L.R. (4th) 236; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *R. c. Sappier*, 2006

*C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481, rev'd 2002 SCC 63, [2002] 3 S.C.R. 307; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act*, 1982, s. 35.  
*Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157.  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 9-5(1).  
*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 [rep.], r. 19(24).

### Treaties and Agreements

Treaty No. 8 (1899).

### Authors Cited

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich, 2009.  
 Perrell, Paul M. "A Survey of Abuse of Process", in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2007, 243.  
 Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2012, release 5).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Chiasson and Frankel JJ.A.), 2011 BCCA 311, 20 B.C.L.R. (5th) 35, 309 B.C.A.C. 15, 523 W.A.C. 15, [2011] 3 C.N.L.R. 271, 335 D.L.R. (4th) 330, [2011] B.C.J. No. 1271 (QL), 2011 CarswellBC 1693, affirming a decision of Hinkson J., 2010 BCSC 506, [2010] 4 C.N.L.R. 132, [2010] B.C.J. No. 665 (QL), 2010 CarswellBC 889. Appeal dismissed.

*Robert J. M. Janes and Karey M. Brooks*, for the appellants.

*Charles F. Willms and Bridget Gilbride*, for the respondent Moulton Contracting Ltd.

CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Canam Enterprises Inc. c. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481, inf. par 2002 CSC 63, [2002] 3 R.C.S. 307; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307.

### Lois et règlements cités

*Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5.  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, règle 9-5(1).  
*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 [abr.], règle 19(24).

### Traités et conventions

Traité n° 8 (1899).

### Doctrine et autres documents cités

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon : Purich, 2009.  
 Perrell, Paul M. « A Survey of Abuse of Process », in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2007*. Toronto : Thomson Carswell, 2007, 243.  
 Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2012, release 5).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Chiasson et Frankel), 2011 BCCA 311, 20 B.C.L.R. (5th) 35, 309 B.C.A.C. 15, 523 W.A.C. 15, [2011] 3 C.N.L.R. 271, 335 D.L.R. (4th) 330, [2011] B.C.J. No. 1271 (QL), 2011 CarswellBC 1693, qui a confirmé une décision du juge Hinkson, 2010 BCSC 506, [2010] 4 C.N.L.R. 132, [2010] B.C.J. No. 665 (QL), 2010 CarswellBC 889. Pourvoi rejeté.

*Robert J. M. Janes et Karey M. Brooks*, pour les appelants.

*Charles F. Willms et Bridget Gilbride*, pour l'intimée Moulton Contracting Ltd.

*Keith J. Phillips and Joel Oliphant*, for the respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

*Brian McLaughlin*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Allisun Rana and Julie Tannahill*, for the interveners Chief Liz Logan, on behalf of herself and all other members of the Fort Nelson First Nation and the said Fort Nelson First Nation.

*John Hurley and François Dandonneau*, for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority.

*Christopher G. Devlin and John W. Gailus*, for the interveners Chief Sally Sam and the Maiyoo Keyoh Society.

*John J. L. Hunter, Q.C., Mark S. Oulton and Stephanie McHugh*, for the interveners the Council of Forest Industries and the Alberta Forest Products Association.

*Jean Teillet and Nuri G. Frame*, for the intervener the Moose Cree First Nation.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction — Overview

[1] This appeal raises issues of standing and abuse of process in the context of relations between members of an Aboriginal community, a logging company, and a provincial government. After the Crown had granted licences to a logging company to harvest timber in two areas on the territory of the Fort Nelson First Nation (“FNFN”) in British Columbia, a number of individuals from that First Nation erected a camp that, in effect, blocked the company’s access to the logging sites. The company brought a tort action against these members of the Aboriginal community, who argued in their defence that the licences were void because they had been

*Keith J. Phillips et Joel Oliphant*, pour l’intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

*Brian McLaughlin*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Allisun Rana et Julie Tannahill*, pour les intervenants Chef Liz Logan, en son nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Fort Nelson et ladite Première Nation de Fort Nelson.

*John Hurley et François Dandonneau*, pour les intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie.

*Christopher G. Devlin et John W. Gailus*, pour les intervenantes Chef Sally Sam et la Société Maiyoo Keyoh.

*John J. L. Hunter, c.r., Mark S. Oulton et Stephanie McHugh*, pour les intervenants Council of Forest Industries et Alberta Forest Products Association.

*Jean Teillet et Nuri G. Frame*, pour l’intervenante la Première Nation Moose Cree.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction — Aperçu

[1] Le pourvoi soulève des questions concernant la qualité pour agir et l’abus de procédure dans le contexte des relations entre des membres d’une collectivité autochtone, une société forestière et un gouvernement provincial. Après que la Couronne eût accordé à une société forestière des permis pour récolter du bois dans deux secteurs du territoire de la Première Nation de Fort Nelson (« PNFN ») en Colombie-Britannique, des membres de cette Première Nation ont érigé un camp qui, de fait, empêchait la société forestière d’avoir accès aux sites d’exploitation forestière. La société forestière a intenté une action en responsabilité délictuelle

issued in breach of the constitutional duty to consult and because they violated the community members' treaty rights.

[2] The logging company filed a motion to strike these defences. The courts below held that the individual members of the Aboriginal community (the "Behns") did not have standing to assert collective rights in their defence; only the community could raise such rights. The courts below also concluded that such a challenge to the validity of the licences amounted to a collateral attack or an abuse of process, as the Behns had failed to challenge the validity of the licences when they were issued.

[3] The Court is asked to consider in this appeal whether an individual member or group of members of an Aboriginal community can raise a breach of Aboriginal and treaty rights as a defence to a tort action and, if so, in what circumstances. But, as this question of standing is not determinative for the purposes of this appeal, the Court must also decide whether the doctrine of abuse of process applies in this case.

[4] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

## II. Facts

[5] As this is an appeal from a decision on a motion to strike pleadings, the following facts are taken from the pleadings. The Behns are, with one exception, members of the FNFN, a "band" within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. The FNFN is a party to Treaty No. 8 of 1899, which covers an area comprising parts of Alberta, British Columbia, Saskatchewan and the Northwest Territories. The Behns allege that they have traditionally hunted and trapped on a part of the FNFN's territory that has historically been allocated to their family.

contre ces membres de la collectivité autochtone. Ceux-ci ont allégué en défense l'invalidité des permis parce qu'ils auraient été délivrés sans que soit respectée l'obligation constitutionnelle de consultation et qu'ils violeraient leurs droits issus de traités.

[2] La société forestière a demandé par requête la radiation de ces moyens de défense. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que les membres de la collectivité autochtone (les « Behn ») n'avaient pas qualité pour faire valoir des droits collectifs en défense; seule la collectivité pouvait invoquer ces droits. Ils ont aussi décidé que cette contestation de la validité des permis constituait une attaque indirecte ou un abus de procédure, les appelants n'ayant pas attaqué la validité de ces permis au moment de leur délivrance.

[3] La Cour est appelée à examiner en l'espèce la question de savoir si un membre ou un groupe de membres d'une collectivité autochtone peuvent, comme moyen de défense à une action en responsabilité délictuelle, invoquer une violation de droits ancestraux et issus de traités et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances il leur est possible de le faire. Mais comme cette question de qualité pour agir n'est pas déterminante pour l'issue de ce pourvoi, la Cour doit aussi déterminer si la doctrine de l'abus de procédure trouve application en l'espèce.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

## II. Les faits

[5] Comme il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'une décision relative à une requête en radiation, les faits suivants sont tirés des actes de procédure. Les Behn sont, à une exception près, tous membres de la PNFN, une « bande » au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. La PNFN a adhéré au Traité n° 8 de 1899, qui concerne un territoire englobant des parties de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, et des Territoires du Nord-Ouest. Les Behn affirment avoir, dans le passé, chassé et piégé dans une partie du territoire de la PNFN historiquement attribuée à leur famille.

[6] Moulton Contracting Ltd. (“Moulton”) is a company incorporated pursuant to the laws of British Columbia. On June 27, 2006, the British Columbia Ministry of Forests (“MOF”) granted Moulton two timber sale licences and a road permit (the “Authorizations”) pursuant to the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157. These Authorizations entitled Moulton to harvest timber on two parcels of land within the FNFN’s territory, both of which are within the Behn family trapline. The Behns stated in their Amended Statement of Defence that the FNFN manages its territory by allocating parts of it (called traplines) to specific families:

While the rights provided for in the Treaty # 8 extended throughout the tract described in the treaty, most of the aboriginal people comprising the Fort Nelson First Nation traditionally ordered themselves so that the rights to hunt and trap set out in Treaty 8 were exercised in tracts of land associated with different extended families. These extended families were headed by a headman. [A.R., at p. 89]

[7] Before granting the Authorizations, the MOF had contacted representatives of the FNFN and individual trappers, including George Behn, the headman of the Behn family, in developing and amending its forest development plan (“FDP”). The MOF contacted the FNFN in August 2004 and individual trappers, including Mr. Behn, in September 2004 to notify them that additional harvesting blocks were being proposed. The trappers it contacted were invited to advise it of any concerns they had or provide it with comments by October 20, 2004. MOF officials met a representative of the FNFN in November 2004 to discuss consultation on the proposed amendment to the FDP. The issue of funding to enable the FNFN to provide information to the MOF was discussed at that meeting. Funding was ultimately refused. On January 31, 2005, the MOF wrote to the FNFN to advise it that archaeological impact assessments would be conducted for certain areas proposed for harvesting in the amendment to the FDP. Two archaeological impact assessments were completed in August 2005, and copies of them were delivered to the FNFN. The MOF and the FNFN met again

[6] Moulton Contracting Ltd. (« Moulton ») est une société constituée sous le régime des lois de la Colombie-Britannique. Le 27 juin 2006, le ministère des Forêts de la Colombie-Britannique (« MDF ») a octroyé à Moulton deux permis de vente de bois et un permis autorisant la construction d’une route (les « autorisations ») en vertu de la *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157. Ces autorisations permettaient à Moulton de récolter du bois sur deux parcelles de terre se trouvant dans le territoire de la PNFN, et dans le territoire de piégeage de la famille Behn. Dans leur défense modifiée, les Behn affirment que, suivant le mode de gestion de son territoire, la PNFN en attribue des parties (appelées territoire de piégeage) à des familles en particulier :

[TRADUCTION] Bien que les droits accordés par le Traité n° 8 touchent l’ensemble du territoire décrit dans le traité, traditionnellement, la plupart des peuples autochtones constituant la Première Nation de Fort Nelson se sont organisés de façon à ce que les droits de chasse et de piégeage reconnus dans le Traité n° 8 s’exercent dans des parcelles de terre associées à différentes familles élargies, chacune ayant à sa tête un chef de famille. [d.a., p. 89]

[7] Avant d’accorder les autorisations, le MDF avait communiqué avec des représentants de la PNFN et avec des trappeurs, dont George Behn, le chef de la famille Behn, en vue d’élaborer et de modifier son plan d’aménagement forestier (« PAF »). Le MDF a communiqué avec la PNFN au mois d’août 2004 et, au mois de septembre de la même année, avec des trappeurs, dont M. Behn, pour les informer de son intention de créer de nouveaux blocs de récolte. Il a invité les trappeurs concernés à faire connaître leurs préoccupations ou à formuler leurs commentaires au plus tard le 20 octobre 2004. Des représentants du MDF ont rencontré un représentant de la PNFN au mois de novembre 2004 relativement à la tenue de consultations sur le projet de modification du PAF. Lors de cette rencontre, la question du financement dont aurait besoin la PNFN pour lui permettre de fournir des renseignements au MDF a été abordée. Mais finalement, le financement a été refusé. Le 31 janvier 2005, le MDF a écrit à la PNFN pour l’informer que des évaluations d’impacts archéologiques seraient effectuées dans certains secteurs où le PAF modifié prévoyait la récolte de bois. Deux rapports d’évaluation des

on September 21, 2005 to discuss the proposed amendment further.

[8] The MOF approved the amendment to the FDP. On June 2, 2006, it put the two timber sale licences relevant to this appeal up for sale. After granting the Authorizations to Moulton, the MOF wrote to George Behn on June 28, 2006, to advise him that Moulton had been awarded licences to harvest timber within his trapping area. In that letter, George Behn was advised to contact Moulton directly to confirm the date its harvesting operations were to commence. The MOF again wrote to Mr. Behn on July 17, 2006, to advise him that the operations would begin on August 1, 2006. On August 31, 2006, George Behn wrote to the MOF, requesting that the Authorizations granted to Moulton be cancelled and seeking consultation. No copy of this letter was sent to Moulton.

[9] Between September 19 and September 22, 2006, Moulton started moving its equipment to one of the two sites to which the Authorizations applied. On September 25, 2006, the MOF notified Moulton that there was a potential problem with George Behn. The MOF requested that Moulton move its operations to the second site. Moulton replied that it could not do so because it had commitments to a mill to deliver timber from the first site.

[10] In early October 2006, the Behns erected a camp on the access road leading to the parcels of land to which the Authorizations applied. The camp blocked access to the land where Moulton was authorized to harvest timber.

[11] On November 23, 2006, Moulton filed a statement of claim in the British Columbia Supreme Court against the Behns, Chief Logan on behalf of herself and the PNFN, and the Crown. Moulton claimed damages from the Behns for interference with contractual relations. In their statement of

impacts archéologiques ont été achevés au mois d'août 2005 et des exemplaires de ces rapports ont été remis à la PNFN. Une autre rencontre a eu lieu entre le MDF et la PNFN le 21 septembre 2005 pour poursuivre les discussions sur les modifications proposées au PAF.

[8] Le MDF a approuvé le PAF modifié. Le 2 juin 2006, le MDF a mis en vente les deux permis de vente de bois en cause dans le présent pourvoi. Après avoir octroyé des autorisations à Moulton, le MDF a écrit à George Behn le 28 juin 2006 pour l'informer que Moulton avait obtenu les permis de récolte de bois dans son territoire de piégeage. Dans cette lettre, on invitait George Behn à communiquer directement avec Moulton pour confirmer la date du début des activités d'exploitation. Le 17 juillet 2006, le MDF a envoyé à M. Behn une autre lettre pour lui faire savoir que les activités commenceraient le 1<sup>er</sup> août 2006. Le 31 août 2006, George Behn a demandé par lettre au MDF d'annuler les autorisations accordées à Moulton et de procéder à des consultations. Toutefois, il n'a pas envoyé à Moulton une copie de cette lettre.

[9] Entre le 19 et le 22 septembre 2006, Moulton a commencé à acheminer son équipement sur l'un des deux sites visés par les autorisations. Le 25 septembre 2006, le MDF a informé Moulton que la situation risquait de se compliquer avec George Behn. Le MDF a alors demandé à Moulton de déménager ses équipements sur le deuxième site. Moulton a répondu qu'elle ne pouvait le faire parce qu'elle s'était engagée à fournir à une scierie du bois récolté sur le premier site.

[10] Au début d'octobre 2006, les Behn ont érigé un camp sur le chemin d'accès menant aux parcelles de terre visées par les autorisations. Le camp empêchait l'accès au territoire où Moulton était autorisée à récolter du bois.

[11] Le 23 novembre 2006, Moulton a introduit devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique une action contre les Behn, la chef Logan en son propre nom et au nom de la PNFN, et la Couronne. Moulton réclamait des Behn des dommages-intérêts pour entrave à des relations contractuelles. Dans leur

defence, the Behns denied that their conduct was unlawful. They alleged that the Authorizations were illegal for two reasons. First, the Crown had failed to fulfil its duty to consult in issuing the Authorizations. Second, the Authorizations infringed their hunting and trapping rights under Treaty No. 8.

[12] Moulton applied under Rule 19(24) of the *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 [repealed] (now Rule 9-5(1), *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009), to have a number of paragraphs struck out of the Behns' statement of defence on the ground (1) that it was plain and obvious that they did not disclose a reasonable defence, or (2) that the relief being sought in them constituted an abuse of process. In substance, the paragraphs Moulton sought to have struck related to the Behns' allegations that the Authorizations were invalid because they had been issued in breach of the Crown's duty to consult and because they violated the Behns' treaty rights, and to their allegations that their acts were neither illegal nor tortious. The Crown supported Moulton's application and further submitted that the Behns lacked standing to raise a breach of the duty to consult or of treaty rights, as only the FNFN had such standing.

### III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court, 2010 BCSC 506, [2010] 4 C.N.L.R. 132*

[13] Hinkson J. held that the Behns lacked standing to raise the defences pertaining to the duty to consult and treaty rights. He stated that although Aboriginal and treaty rights are exercised by individuals, they are collective in nature. As a result, they are not possessed by nor do they reside with individuals. He mentioned that collective rights can be asserted by individuals only if the individuals are authorized to do so by the collective. Hinkson J. found that the FNFN had not authorized the Behns to assert these rights.

défense, les Behn ont allégué que leur conduite n'était pas illégale, ajoutant que les autorisations étaient elles-mêmes illégales pour deux raisons. D'abord, en accordant les autorisations, la Couronne ne s'était pas acquittée de son obligation de consultation. Ensuite, les autorisations auraient porté atteinte à leurs droits de chasse et de piégeage reconnus par le Traité n° 8.

[12] Conformément au par. 19(24) des *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 [abrogé] (devenu le par. 9-5(1), *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009), Moulton a demandé la radiation de plusieurs paragraphes de la défense des Behn au motif (1) qu'ils ne révélaient manifestement aucun moyen de défense raisonnable, ou (2) que les conclusions recherchées constituaient un abus de procédure. Pour l'essentiel, les paragraphes dont Moulton demandait la radiation avaient trait aux allégations des Behn suivant lesquelles les autorisations étaient invalides parce qu'elles avaient été délivrées sans que soit respectée l'obligation de consultation de la Couronne et qu'elles violaient leurs droits issus de traités, ainsi qu'aux allégations suivant lesquelles les Behn n'avaient posé aucun acte illégal ou de nature délictuelle. La Couronne a appuyé la demande de Moulton et a en outre fait valoir que seule la PNFN, et non les Behn, avait qualité pour invoquer un manquement à l'obligation de consultation ou la violation de droits issus de traités.

### III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2010 BCSC 506, [2010] 4 C.N.L.R. 132*

[13] Le juge Hinkson a conclu que les Behn n'avaient pas qualité pour invoquer en défense l'obligation de consultation et des droits issus de traités. Il a affirmé que les droits ancestraux et issus de traités, bien qu'ils soient exercés par des individus, sont des droits collectifs. Par conséquent, ils n'appartiennent pas à des individus ni ne s'attachent à eux. Il a ajouté que les individus ne peuvent faire valoir des droits collectifs que si la collectivité les y autorise, et il a conclu que la PNFN n'avait pas autorisé les Behn à faire valoir ces droits.

[14] Hinkson J. also held that the impugned paragraphs in which the Behns submitted that the Authorizations were invalid had to be struck out as an abuse of process under Rule 19(24) of the *Supreme Court Rules*. He reasoned that the Behns could not be permitted to introduce the subject matter of the invalidity of the Authorizations now in their statement of defence, as they should instead have applied for judicial review.

[15] It should be noted that the trial then proceeded from September to November 2011 in the British Columbia Supreme Court on the basis of the paragraphs that had survived the motion to strike. The trial judge has reserved his judgment until this Court disposes of this appeal.

*B. British Columbia Court of Appeal, 2011 BCCA 311, 20 B.C.L.R. (5th) 35*

[16] Saunders J.A., writing for the Court of Appeal, agreed with Hinkson J. that the Behns lacked standing to assert that the duty to consult owed to the FNFN had not been met and that collective rights had been infringed by the issuance of the Authorizations. She said, at para. 39, that “an attack on a non-Aboriginal party’s rights, on the basis of treaty or constitutional propositions, requires authorization by the collective in whom the treaty and constitutional rights inhere”. In this case, the Behns had received no such authorization by the FNFN. Saunders J.A. was careful to point out that she was not suggesting that collective rights could never provide a defence to individual members of an Aboriginal community.

[17] Saunders J.A. also concluded that the defences raised by the Behns constituted an impermissible collateral attack upon the Authorizations granted to Moulton. She added that this conclusion was not incompatible with the proper administration of justice, since the FNFN, as a collective, had the capacity to challenge the Authorizations through

[14] Le juge Hinkson a également conclu que les paragraphes contestés, par lesquels les Behn plaidaient l’invalidité des autorisations, devaient être radiés pour cause d’abus de procédure en application du par. 19(24) des *Supreme Court Rules*. Selon le juge Hinkson, on ne saurait permettre aux Behn de soulever dans leur défense la question de l’invalidité des autorisations, alors qu’ils auraient dû plutôt présenter une demande de contrôle judiciaire.

[15] Il convient de signaler que de septembre à novembre 2011, le procès a suivi son cours devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique sur la base des paragraphes non radiés dans la défense. Le juge de première instance a mis l’affaire en délibéré en attendant que la Cour se prononce sur le présent pourvoi.

*B. Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 311, 20 B.C.L.R. (5th) 35*

[16] S’exprimant au nom de la Cour d’appel, la juge Saunders a souscrit à l’opinion du juge Hinkson selon laquelle les Behn n’avaient pas qualité pour invoquer un manquement à l’obligation de consultation de la Couronne envers la PNFN et pour faire valoir que la délivrance des autorisations avait porté atteinte à des droits collectifs. La juge Saunders écrit, au par. 39, que [TRADUCTION] « pour attaquer les droits que possède une partie non autochtone sur le fondement d’arguments s’appuyant sur des traités ou sur la Constitution, il faut en avoir obtenu l’autorisation de la collectivité investie des droits constitutionnels et issus de traités en question ». En l’espèce, les Behn n’avaient pas obtenu cette autorisation de la PNFN. La juge Saunders a pris soin de souligner qu’elle ne voulait pas donner à penser que des droits collectifs ne pouvaient jamais être invoqués comme moyen de défense par un membre d’une collectivité autochtone.

[17] La juge Saunders a également conclu que les moyens de défense soulevés par les Behn constituaient une attaque indirecte prohibée contre les autorisations accordées à Moulton. Elle a ajouté que cette conclusion n’était pas inconciliable avec la bonne administration de la justice puisque la PNFN, en tant que collectivité, avait qualité pour contester les autorisations par divers

a number of legal avenues. She therefore upheld Hinkson J.'s conclusion that the impugned defences constituted an abuse of process.

#### IV. Analysis

##### A. *Issues*

[18] Three issues must be addressed in this appeal. First, can the Behns, as individual members of an Aboriginal community, assert a breach of the duty to consult? This issue raises the question to whom the Crown owes a duty to consult. Second, can treaty rights be invoked by individual members of an Aboriginal community? These two issues relate to standing.

[19] The third issue relates to abuse of process. Does it amount to an abuse of process for the Behns to challenge the validity of the Authorizations now that they are being sued by Moulton after having failed to take legal action when the Authorizations were first issued even though they objected to their validity at the time?

##### B. *Positions of the Parties*

###### (1) Behns

[20] The Behns submit that the Court of Appeal erred in holding that they lacked standing to assert defences based on treaty rights and that challenging the validity of the Authorizations constituted an impermissible collateral attack. The Behns contend that the principles related to standing apply to the assertion of a claim, not of a defence. As a result, they do not apply in this case, since the Behns are simply defending against an action. In the alternative, the Behns assert that they have standing because, as members of the FNFN, they have a substantial and direct interest in their rights under Treaty No. 8.

[21] On the collateral attack issue, the Behns argue, relying on *Garland v. Consumers' Gas Co.*,

moyens juridiques. Elle a donc maintenu la conclusion du juge Hinkson selon laquelle les moyens de défense en cause constituaient un abus de procédure.

#### IV. Analyse

##### A. *Questions en litige*

[18] Le pourvoi soulève trois questions. Il faut en premier lieu déterminer si les Behn, en tant que membres individuels d'une collectivité autochtone, peuvent invoquer un manquement à l'obligation de consultation. Cette question soulève celle de savoir à qui est due l'obligation de consultation de la Couronne. En deuxième lieu, il s'agit de déterminer si les membres individuels d'une collectivité autochtone peuvent invoquer des droits issus de traités. Ces deux questions ont trait à la qualité pour agir.

[19] La troisième question porte sur l'abus de procédure. Les Behn ont-ils commis un abus de procédure en attaquant la validité des autorisations, maintenant qu'ils sont poursuivis par Moulton, alors qu'ils n'ont exercé aucun recours après la délivrance de ces autorisations qu'ils estimaient invalides?

##### B. *Positions des parties*

###### (1) Les Behn

[20] Les Behn soutiennent que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'ils n'avaient pas qualité pour invoquer en défense des droits issus de traités et que la contestation de la validité des autorisations constituait une attaque indirecte prohibée. Ils font valoir que les principes relatifs à la qualité pour agir ont trait à la présentation d'une demande et ne constituent pas un moyen de défense. Ils ne s'appliquent donc pas en l'espèce étant donné que les Behn ne font que répondre à une action. Subsidiairement, les Behn plaident qu'ils ont qualité pour agir parce que, en tant que membres de la PNFN, ils ont un intérêt important et direct dans les droits que confère le Traité n° 8.

[21] À propos de la question de l'attaque indirecte, les Behn font valoir, en s'appuyant sur *Garland*

2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, that the defences they assert do not constitute a collateral attack, since they are not parties to the Authorizations. Alternatively, they submit that, if the impugned paragraphs do constitute a collateral attack, the attack is permissible, because the legislature did not intend that any attempt to question the lawfulness of the Authorizations could be made only by applying for judicial review.

[22] Finally, the Behns submit that the principle of the rule of law will be violated if they cannot assert their defences. They contend that whether their conduct was lawful cannot be determined without also addressing the lawfulness of the Authorizations.

(2) Moulton

[23] Moulton responds that the Behns have no standing to raise a defence based on Aboriginal or treaty rights, because only the FNFN, as the collective, can assert a claim that these rights have been infringed. Moulton also contends that the Crown's duty to consult is owed to the collective, not to individual members of the collective. Responding to the Behns' submission that they have standing because they are only seeking the dismissal of the action, Moulton submits that they are relying on an affirmative defence that requires an order declaring the Authorizations to be invalid. Moulton adds that the activity for which the Behns are now being sued — erecting and participating in a blockade — is not a right protected under Treaty No. 8. Finally, since the Behns could have challenged the legality of the Authorizations by applying for judicial review when they were issued, Moulton submits that it amounts to a collateral attack for the Behns to challenge their validity now as a defence to a tort claim.

(3) Crown

[24] According to the Crown, the collective nature of Aboriginal and treaty rights means that claims in relation to such rights must be brought by, or on behalf of, the Aboriginal community. Although the Crown recognizes the Behns' interest in their

*c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, que les moyens de défense qu'ils mettent de l'avant ne constituent pas une attaque indirecte étant donné qu'ils ne sont pas parties aux autorisations. Subsidiairement, ils plaident que si les paragraphes contestés attaquent indirectement la validité des autorisations, cette attaque est permise puisque le législateur n'a pas voulu que la demande de contrôle judiciaire constitue le seul moyen de contester la légalité des autorisations.

[22] Enfin, les Behn plaident qu'en les empêchant d'invoquer leurs moyens de défense, on portera atteinte au principe de la primauté du droit. Ils soutiennent qu'on ne peut déterminer la légalité de leur conduite sans se prononcer sur la validité des autorisations.

(2) Moulton

[23] Moulton répond que les Behn n'ont pas qualité pour invoquer en défense des droits ancestraux ou issus de traités parce que seule la PNFN, en tant que collectivité, peut faire valoir que ces droits ont été violés. Moulton soutient en outre que l'obligation de consultation de la Couronne est due à la collectivité et non à ses membres individuels. En réponse à l'argument des Behn voulant qu'ils aient qualité pour agir parce qu'ils s'en tiennent à demander le rejet de l'action, Moulton plaide qu'ils invoquent un moyen de défense affirmatif qui exige une déclaration d'invalidité des autorisations. Moulton ajoute que les gestes des Behn à l'origine de la poursuite intentée contre eux — l'érection d'un barrage et la participation à un barrage — ne constituent pas des droits protégés par le Traité n° 8. Enfin, selon Moulton, puisque les Behn auraient pu contester la validité des autorisations au moment de leur délivrance, en présentant une demande de contrôle judiciaire, le fait de contester la validité de ces autorisations en défense à une action délictuelle constitue une attaque indirecte.

(3) La Couronne

[24] Selon la Couronne, en raison de la nature collective des droits ancestraux et issus de traités, les recours relatifs à ces droits doivent être présentés par une collectivité autochtone ou en son nom. Bien que la Couronne reconnaisse l'intérêt des

treaty rights, it submits that their position on this issue disregards two factors: (1) the issue arising in the litigation concerns a defence to a claim related to a blockade, not to the exercise of hunting or trapping rights; and (2) the FNFN is named as a party to the proceedings and therefore represents the community in them. The Crown further submits that having a substantial and direct interest in a treaty right does not entitle an individual to bring a treaty rights claim or defence.

[25] On whether the impugned paragraphs constitute an impermissible collateral attack, the Crown submits that the question is whether the claimant is content to let the government's decision stand. In the instant case, the impugned defences raise an unequivocal challenge to the validity and legal force of the Authorizations. Furthermore, the Crown submits that the Behns could have challenged the validity of the Authorizations by applying for judicial review instead of blockading a road.

### C. *Standing*

#### (1) Duty to Consult

[26] In defence to Moulton's claim, as I mentioned above, the Behns argue, *inter alia*, that their conduct was not illegal, because the Crown had issued the Authorizations in breach of the duty to consult and the Authorizations were therefore invalid. The question that arises with respect to this particular defence is whether the Behns can assert the duty to consult on their own in the first place.

[27] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, this Court confirmed that the Crown has a duty to consult Aboriginal peoples and explained the scope of application of that duty in respect of Aboriginal rights, stating that "consultation and accommodation before final claims resolution, while challenging, is not impossible, and indeed

Behn dans leurs droits issus de traités, elle plaide que la position de ces derniers à cet égard néglige deux facteurs : (1) la question en litige concerne un moyen de défense soulevé à l'encontre d'une poursuite relative à un barrage et non l'exercice de droits de chasse et de piégeage, et (2) la PNFN est désignée comme partie aux procédures et y représente donc la collectivité. La Couronne plaide de plus que le fait de posséder un intérêt important et direct dans un droit issu d'un traité n'autorise pas un individu à intenten un recours fondé sur l'existence de ce droit ou à l'invoquer en défense.

[25] Au sujet de la question de déterminer si les paragraphes contestés constituent une attaque indirecte prohibée, la Couronne soutient qu'il faut se demander s'il s'agit d'un cas où une partie ne s'oppose pas à ce que la décision gouvernementale continue de s'appliquer. En l'espèce, les moyens de défense attaqués contestent clairement la validité et la force exécutoire des autorisations. La Couronne ajoute que les Behn auraient pu contester la validité des autorisations par une demande de contrôle judiciaire plutôt qu'en bloquant une route.

### C. *Qualité pour agir*

#### (1) Obligation de consultation

[26] Comme je l'ai déjà mentionné, en défense à l'action intentée contre eux par Moulton, les Behn soutiennent notamment que leur conduite n'était pas illégale parce que la Couronne avait délivré les autorisations sans respecter son obligation de consultation, et que les autorisations étaient par conséquent invalides. Pour disposer de ce moyen de défense, il faut tout d'abord décider si les Behn peuvent eux-mêmes invoquer l'obligation de consultation.

[27] Dans *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, notre Cour a confirmé l'existence de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et a expliqué les paramètres de l'exécution de cette obligation en ce qui touche les droits des Autochtones. La Cour a estimé que « bien que le respect des obligations de consultation et

is an essential corollary to the honourable process of reconciliation that s. 35 [of the *Constitution Act, 1982*] demands”: para. 38. In *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, the Court held that the duty to consult applies in the context of treaty rights: paras. 32-34. The Crown cannot in a treaty contract out of its duty to consult Aboriginal peoples, as this duty “applies independently of the expressed or implied intention of the parties”: *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 61.

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 essentiel du processus honorable de conciliation imposé par l’art. 35 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*] » : para. 38. Dans *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, la Cour a reconnu que l’obligation de consulter s’applique dans le contexte des droits issus de traités : para. 32-34. La Couronne ne peut se soustraire par traité à l’obligation de consulter les peuples autochtones puisque cette obligation « s’applique indépendamment de l’intention expresse ou implicite des parties » : *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 61.

[28] The duty to consult is both a legal and a constitutional duty: *Haida Nation*, at para. 10; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6; see also J. Woodward, *Native Law*, vol. 1 (loose-leaf), at p. 5-38. This duty is grounded in the honour of the Crown: *Haida Nation*, *Beckman*, at para. 38, *Kapp*, at para. 6. As Binnie J. said in *Beckman*, at para. 44, “[t]he 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.” The duty to consult is part of the process for achieving “the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown”: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 186, quoting *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 31; *Haida Nation*, at para. 17; see also D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009).

[28] L’obligation de consultation revêt un caractère à la fois juridique et constitutionnel : *Nation haïda*, par. 10; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6; voir également J. Woodward, *Native Law*, vol. 1 (feuilles mobiles), p. 5-38. Cette obligation a ses racines dans le principe de l’honneur de la Couronne : *Nation haïda*, *Beckman*, par. 38, *Kapp*, par. 6. Comme le juge Binnie l’a indiqué dans l’arrêt *Beckman*, au par. 44, « [s]i 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. » L’obligation de consultation s’inscrit dans le processus visant à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté » : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 186, citant *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 31; *Nation haïda*, par. 17; voir également D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009).

[29] The duty to consult is triggered “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”: *Haida Nation*, at para. 35. The content of the duty varies depending on the context, as it lies on a spectrum of different actions to be taken by the Crown: *Haida Nation*, at para. 43. An important

[29] L’obligation de consultation entre en jeu « 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 » : *Nation haïda*, par. 35. Le contenu de l’obligation varie selon le contexte; différents actes peuvent devoir être accomplis par la Couronne à

component of the duty to consult is a requirement that good faith be shown by both the Crown and the Aboriginal people in question: *Haida Nation*, at para. 42. Both parties must take a reasonable and fair approach in their dealings. The duty does not require that an agreement be reached, nor does it give Aboriginal peoples a veto: *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at paras. 2 and 22; *Haida Nation*, at para. 48.

[30] The duty to consult exists to protect the collective rights of Aboriginal peoples. For this reason, it is owed to the Aboriginal group that holds the s. 35 rights, which are collective in nature: *Beckman*, at para. 35; Woodward, at p. 5-55. But an Aboriginal group can authorize an individual or an organization to represent it for the purpose of asserting its s. 35 rights: see, e.g., *Komoyue Heritage Society v. British Columbia (Attorney General)*, 2006 BCSC 1517, 55 Admin. L.R. (4th) 236.

[31] In this appeal, it does not appear from the pleadings that the FNFN authorized George Behn or any other person to represent it for the purpose of contesting the legality of the Authorizations. I note, though, that it is alleged in the pleadings of other parties before this Court that the FNFN had implicitly authorized the Behns to represent it. As a matter of fact, the FNFN was a party in the proceedings in the courts below, because Moulton was arguing that it had combined or conspired with others to block access to Moulton's logging sites. The FNFN is also an intervener in this Court. But, given the absence of an allegation of an authorization from the FNFN, in the circumstances of this case, the Behns cannot assert a breach of the duty to consult on their own, as that duty is owed to the Aboriginal community, the FNFN. Even if it were assumed that such a claim by individuals is possible, the allegations in the pleadings provide no basis for one in the context of this appeal.

l'intérieur d'un « continuum » : *Nation haïda*, par. 43. La bonne foi qui doit animer tant la Couronne que les groupes autochtones constitue un élément important de l'obligation de consulter : *Nation haïda*, par. 42. Les deux parties doivent agir de façon équitable et raisonnable dans leurs rapports. Il n'est pas essentiel que les parties parviennent à une entente, et l'existence de l'obligation de consultation ne donne pas un droit de veto aux groupes autochtones : *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 2 et 22; *Nation haïda*, par. 48.

[30] L'obligation de consultation existe pour la protection des droits collectifs des peuples autochtones. C'est pourquoi elle est due au groupe autochtone titulaire des droits protégés par l'art. 35, qui sont par nature des droits collectifs : *Beckman*, par. 35; Woodward, p. 5-55. Un groupe autochtone peut toutefois autoriser un individu ou un organisme à le représenter en vue de faire valoir ses droits garantis par l'art. 35 : voir, p. ex., *Komoyue Heritage Society c. British Columbia (Attorney General)*, 2006 BCSC 1517, 55 Admin. L.R. (4th) 236.

[31] Dans le présent pourvoi, il ne ressort pas des actes de procédure que la PNFN a autorisé George Behn ou une autre personne à la représenter en vue de contester la validité des autorisations. Je fais cependant remarquer que des intervenants ont allégué dans leurs actes de procédure devant notre Cour que la PNFN avait accordé aux Behn une autorisation implicite de la représenter. En fait, la PNFN était partie aux procédures devant les tribunaux d'instance inférieure parce que Moulton alléguait que la PNFN avait comploté ou s'était coalisée avec d'autres en vue de bloquer l'accès aux sites d'exploitation forestière. La PNFN agit également en qualité d'intervenante devant notre Cour. Mais en l'absence d'allégation d'une autorisation accordée par la PNFN, dans les circonstances de l'espèce, les Behn ne peuvent eux-mêmes invoquer un manquement à l'obligation de consultation puisque cette obligation est due à la collectivité autochtone, soit la PNFN. Même si l'on suppose que des particuliers pourraient invoquer un manquement de la sorte, les faits allégués dans les actes de procédure ne permettent pas de l'invoquer dans le contexte du présent pourvoi.

(2) Aboriginal or Treaty Rights

[32] The Behns also challenge the legality of the Authorizations on the basis that they breach their rights to hunt and trap under Treaty No. 8. This is an important issue, but a definitive pronouncement in this regard cannot be made in the circumstances of this case. I would caution against doing so at this stage of the proceedings and of the development of the law.

[33] The Crown argues that claims in relation to treaty rights must be brought by, or on behalf of, the Aboriginal community. This general proposition is too narrow. It is true that Aboriginal and treaty rights are collective in nature: see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1112; *Delgamuukw*, at para. 115; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, at para. 36; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, at paras. 17 and 37; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at para. 31; *Beckman*, at para. 35. However, certain rights, despite being held by the Aboriginal community, are nonetheless exercised by individual members or assigned to them. These rights may therefore have both collective and individual aspects. Individual members of a community may have a vested interest in the protection of these rights. It may well be that, in appropriate circumstances, individual members can assert certain Aboriginal or treaty rights, as some of the interveners have proposed.

[34] Some interesting suggestions have been made in respect of the classification of Aboriginal and treaty rights. For example, the interveners Grand Council of the Crees and Cree Regional Authority propose in their factum, at para. 14, that a distinction be made between three types of Aboriginal and treaty rights: (a) rights that are exclusively collective; (b) rights that are mixed; and (c) rights that are predominantly individual. These interveners also attempt to classify a variety of rights on the basis of these three categories.

(2) Droits ancestraux ou issus de traités

[32] Les Behn contestent en outre la validité des autorisations au motif qu'elles portent atteinte aux droits de chasser et de piéger que leur confère le Traité n° 8. Il s'agit d'une question importante, mais le contexte de la présente affaire ne permet pas à la Cour de la trancher de façon définitive. Je tiens à rappeler que la Cour doit s'abstenir de se prononcer de manière définitive sur cette question à ce stade de l'instance et de l'évolution du droit.

[33] La Couronne soutient que les demandes fondées sur des droits issus de traités doivent être présentées par la collectivité autochtone ou en son nom. Cette proposition générale est trop restrictive. Il est vrai que les droits ancestraux et issus de traités sont, de par leur nature, des droits collectifs : voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1112; *Delgamuukw*, par. 115; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 36; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 17 et 37; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 31; *Beckman*, par. 35. Toutefois, certains droits, bien que la collectivité autochtone en soit titulaire, sont néanmoins exercés par des membres à titre individuel ou attribués à ceux-ci. De tels droits peuvent par conséquent posséder des attributs à la fois collectifs et individuels. Il est possible que des membres de la collectivité possèdent à titre individuel un intérêt acquis dans la protection de ces droits. Comme certains intervenants l'ont fait valoir, il se peut fort bien que, lorsque les circonstances s'y prêtent, des membres d'une collectivité puissent être en mesure d'invoquer à titre individuel certains droits ancestraux ou issus de traités.

[34] Des suggestions intéressantes ont été faites à propos de la catégorisation des droits ancestraux et issus de traités. Par exemple, les intervenants le Grand Conseil des Cris et l'Administration régionale crie en font état dans leur mémoire, au par. 14. Ils y proposent de distinguer trois types de droits ancestraux et issus de traités : a) les droits exclusivement collectifs, b) les droits mixtes et c) les droits essentiellement individuels. Ces intervenants ont également cherché à classer divers droits dans ces trois catégories.

[35] These suggestions bear witness to the diversity of Aboriginal and treaty rights. But I would not, on the occasion of this appeal and at this stage of the development of the law, try to develop broad categories for these rights and to slot each right in the appropriate one. It will suffice to acknowledge that, despite the critical importance of the collective aspect of Aboriginal and treaty rights, rights may sometimes be assigned to or exercised by individual members of Aboriginal communities, and entitlements may sometimes be created in their favour. In a broad sense, it could be said that these rights might belong to them or that they have an individual aspect regardless of their collective nature. Nothing more need be said at this time.

[36] In this appeal, the Behns assert in their defence that the Authorizations are illegal because they breach their treaty rights to hunt and trap. They recognize that these rights have traditionally been held by the FNFN, which is a party to Treaty No. 8. But they also allege that specific tracts of land have traditionally been assigned to and associated with particular family groups. They assert in their pleadings that the Authorizations granted to Moulton are for logging in specific areas within the territory traditionally assigned to the Behns, where they have exercised their rights to hunt and trap. On the basis of an allegation of a connection between their rights to hunt and trap and a specific geographic location within the FNFN territory, the Behns assert that they have a greater interest in the protection of hunting and trapping rights on their traditional family territory than do other members of the FNFN. It might be argued that this connection gives them a certain standing to raise the violation of their particular rights as a defence to Moulton's tort claim. But a final decision on this issue of standing is not necessary in this appeal, because another issue will be determinative, that of abuse of process.

[35] Ces suggestions témoignent de la diversité des droits ancestraux et issus de traités, mais j'éviterai, dans ce pourvoi, à ce stade de l'évolution du droit, de procéder à une catégorisation générale de ces droits et de tenter de tous les faire entrer dans la catégorie appropriée. Il suffit de reconnaître qu'en dépit de l'importance cruciale que revêt l'aspect collectif des droits ancestraux et issus de traités, des droits peuvent parfois être attribués à des membres des collectivités autochtones ou exercés par eux sur une base individuelle, ou encore être créés en leur faveur. On pourrait affirmer, de façon générale, que ces droits leur appartiendraient peut-être ou qu'ils comporteraient un aspect individuel malgré leur nature collective. Il ne convient pas d'en dire davantage pour l'instant.

[36] Dans le présent pourvoi, les Behn plaident en défense l'illégalité des autorisations parce qu'elles porteraient atteinte à leurs droits de chasse et de piégeage issus d'un traité. Ils reconnaissent que dans le passé, la PNFN, qui a adhéré au Traité n° 8, a détenu ces droits. Mais ils prétendent aussi que, suivant la tradition, certaines parcelles de terres ont été attribuées et associées à certains groupes familiaux. Ils font valoir dans leurs actes de procédure que les autorisations accordées à Moulton lui permettent de couper du bois dans des secteurs précis du territoire qui leur est traditionnellement attribué et où ils ont exercé leurs droits de chasse et de piégeage. Parce qu'ils allèguent l'existence d'un lien entre leurs droits de chasse et de piégeage et une région géographique spécifique du territoire de la PNFN, les Behn affirment posséder, pour la protection de ces droits sur leur territoire familial traditionnel, un intérêt plus important que celui que peuvent détenir les autres membres de la PNFN. On pourrait alors soutenir que ce lien confère aux Behn, dans une certaine mesure, qualité pour soulever la violation de leurs droits particuliers en défense à l'action en responsabilité délictuelle intentée par Moulton. Il n'est toutefois pas nécessaire en l'espèce de trancher de manière définitive cette question de la qualité pour agir parce qu'une autre question, celle de l'abus de procédure, est déterminante.

*D. Abuse of Process*

[37] The key issue in this appeal is whether the Behns' acts constitute an abuse of process. In my opinion, in the circumstances of this case, raising a breach of the duty to consult and of treaty rights as a defence was an abuse of process. If the Behns were of the view that they had standing, themselves or through the FNFN, they should have raised the issue at the appropriate time. Neither the Behns nor the FNFN had made any attempt to legally challenge the Authorizations when the British Columbia government granted them. It is common ground that the Behns did not apply for judicial review, ask for an injunction or seek any other form of judicial relief against the province or against Moulton. Nor did the FNFN make any such move.

[38] Had the Behns acted when the Authorizations were granted, clause 9.00 of the timber sale agreements provided that the Timber Sales Manager had the power to suspend the Authorizations until the legal issues were resolved: trial judgment, at para. 16. Moulton would not then have been led to believe that it was free to plan and start its logging operations. Moreover, legal issues like standing could have been addressed at the proper time and in the appropriate context.

[39] In *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, Arbour J. wrote for the majority of this Court that the doctrine of abuse of process has its roots in a judge's inherent and residual discretion to prevent abuse of the court's process: para. 35; see also P. M. Perell, "A Survey of Abuse of Process", in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2007* (2007), 243. Abuse of process was described in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616, as the bringing of proceedings that are "unfair to the point that they are contrary to the interest of justice", and in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659,

*D. Abus de procédure*

[37] En effet, le pourvoi soulève la question clé de savoir si les gestes posés par les Behn constituent un abus de procédure. J'estime que, dans les circonstances de l'espèce, le fait d'invoquer comme moyens de défense le manquement à l'obligation de consultation et la violation de droits issus de traités constituait un abus de procédure. Si les Behn estimaient avoir qualité pour agir, eux-mêmes ou par l'entremise de la PNFN, ils auraient dû soulever la question au moment opportun. Ni les Behn ni la PNFN n'ont tenté, de quelque manière que ce soit, de contester en justice les autorisations au moment où le gouvernement de la Colombie-Britannique les a accordées. Nul ne conteste que les Behn n'ont pas demandé un contrôle judiciaire, n'ont pas réclamé d'injonction, ni sollicité devant les tribunaux quelque autre forme de redressement à l'encontre de la province ou de Moulton. La PNFN n'a pris aucune initiative non plus.

[38] Si les Behn avaient agi au moment où les autorisations ont été accordées, la clause 9.00 des ententes de vente forestière prévoyait que le directeur des ventes forestières pouvait suspendre les autorisations jusqu'à ce que les questions juridiques soient résolues : décision de première instance, par. 16. Moulton n'aurait alors pas été amenée à croire qu'elle pouvait préparer et entreprendre ses opérations forestières. En outre, les questions de droit comme la qualité pour agir auraient pu être examinées au moment opportun et dans le contexte approprié.

[39] Dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, la juge Arbour a exposé au nom de la majorité que la doctrine de l'abus de procédure émane du pouvoir discrétionnaire résiduel inhérent que possèdent les juges d'empêcher que les procédures du tribunal soient utilisées abusivement : par. 35; voir également P. M. Perell, « A Survey of Abuse of Process », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation 2007* (2007), 243. La notion d'abus de procédure a été décrite dans *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 616, comme consistant en des procédures « injustes au point qu'elles

at p. 1667, as “oppressive treatment”. In addition to proceedings that are oppressive or vexatious and that violate the principles of justice, McLachlin J. (as she then was) said in her dissent in *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 1007, that the doctrine of abuse of process evokes the “public interest in a fair and just trial process and the proper administration of justice”. Arbour J. observed in *C.U.P.E.* that the doctrine is not limited to criminal law, but applies in a variety of legal contexts: para. 36.

[40] The doctrine of abuse of process is characterized by its flexibility. Unlike the concepts of *res judicata* and issue estoppel, abuse of process is unencumbered by specific requirements. In *Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), Goudge J.A., who was dissenting, but whose reasons this Court subsequently approved (2002 SCC 63, [2002] 3 S.C.R. 307), stated at paras. 55-56 that the doctrine of abuse of process

engages the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would be manifestly unfair to a party to the litigation before it or would in some other way bring the administration of justice into disrepute. It is a flexible doctrine unencumbered by the specific requirements of concepts such as issue estoppel. See *House of Spring Gardens Ltd. v. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347 [(C.A.)], at p. 358 . . .

One circumstance in which abuse of process has been applied is where the litigation before the court is found to be in essence an attempt to relitigate a claim which the court has already determined. See *Solomon v. Smith*, *supra*. It is on that basis that Nordheimer J. found that this third party claim ought to be terminated as an abuse of process. [Emphasis added.]

[41] As can be seen from the case law, the administration of justice and fairness are at the heart of the doctrine of abuse of process. In *Canam Enterprises* and in *C.U.P.E.*, the doctrine was used

sont contraires à l’intérêt de la justice », et dans *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667, comme consistant en un « traitement [ . . . ] oppressif ». En plus de mentionner des procédures oppressives ou vexatoires qui violent les principes fondamentaux de la justice, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a précisé dans des motifs dissidents dans *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 1007, que la doctrine de l’abus de procédure fait appel à « l’intérêt du public à un régime de procès justes et équitables et à la bonne administration de la justice ». De plus, la juge Arbour a fait observer dans *S.C.F.P.* que la doctrine ne se limite pas au droit criminel, mais s’applique dans des contextes juridiques divers : par. 36.

[40] La doctrine de l’abus de procédure se caractérise par sa souplesse. Contrairement aux notions de chose jugée et de préclusion découlant d’une question déjà tranchée, la doctrine de l’abus de procédure ne s’encombre pas d’exigences particulières. Dans *Canam Enterprises Inc. c. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), le juge Goudge, dans des motifs dissidents approuvés par la suite par notre Cour (2002 CSC 63, [2002] 3 R.C.S. 307), a indiqué aux par. 55-56 que la doctrine de l’abus de procédure

[TRADUCTION] met en jeu le pouvoir inhérent du tribunal d’empêcher que ses procédures soient utilisées abusivement, d’une manière qui serait manifestement injuste envers une partie au litige, ou qui aurait d’une autre façon pour effet de discréditer l’administration de la justice. Cette doctrine souple ne s’encombre pas d’exigences particulières telles que la notion d’irrecevabilité. Voir *House of Spring Gardens Ltd. c. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347 [(C.A.)], p. 358 . . .

La doctrine de l’abus de procédure a notamment été appliquée lorsque le tribunal s’est dit convaincu que le litige a essentiellement pour but de rouvrir une question qu’il a déjà tranchée. Voir *Solomon c. Smith*, précité. C’est en se fondant sur l’abus de procédure que le juge Nordheimer a décidé de mettre un terme à cette demande de mise en cause. [Je souligne.]

[41] Comme il ressort de la jurisprudence, l’administration de la justice et la notion d’équité se trouvent au cœur de la doctrine de l’abus de procédure. Dans les arrêts *Canam Enterprises* et *S.C.F.P.*, cette

to preclude relitigation of an issue in circumstances in which the requirements for issue estoppel were not met. But it is not limited to preventing relitigation. For example, in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, the Court held that an unreasonable delay that causes serious prejudice could amount to an abuse of process: paras. 101-21. The doctrine of abuse of process is flexible, and it exists to ensure that the administration of justice is not brought into disrepute.

[42] In my opinion, the Behns' acts amount to an abuse of process. The Behns clearly objected to the validity of the Authorizations on the grounds that the Authorizations infringed their treaty rights and that the Crown had breached its duty to consult. On the face of the record, whereas they now claim to have standing to raise these issues, the Behns did not seek to resolve the issue of standing, nor did they contest the validity of the Authorizations by legal means when they were issued. They did not raise their concerns with Moulton after the Authorizations were issued. Instead, without any warning, they set up a camp that blocked access to the logging sites assigned to Moulton. By doing so, the Behns put Moulton in the position of having either to go to court or to forgo harvesting timber pursuant to the Authorizations it had received after having incurred substantial costs to start its operations. To allow the Behns to raise their defence based on treaty rights and on a breach of the duty to consult at this point would be tantamount to condoning self-help remedies and would bring the administration of justice into disrepute. It would also amount to a repudiation of the duty of mutual good faith that animates the discharge of the Crown's constitutional duty to consult First Nations. The doctrine of abuse of process applies, and the appellants cannot raise a breach of their treaty rights and of the duty to consult as a defence.

doctrine a été appliquée pour empêcher la réouverture de litiges dans des circonstances où les exigences de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'étaient pas respectées. Toutefois, l'application de la doctrine ne se limite pas à empêcher la réouverture d'un litige. À titre d'exemple, dans *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, la Cour a conclu qu'un délai déraisonnable causant un préjudice grave pouvait constituer un abus de procédure : par. 101-121. La doctrine de l'abus de procédure est souple et permet d'éviter que l'administration de la justice soit déconsidérée.

[42] Les gestes posés par les Behn constituent selon moi un abus de procédure. Les Behn ont clairement contesté la validité des autorisations aux motifs qu'elles portaient atteinte à leurs droits issus de traités et que la Couronne ne s'était pas acquittée de son obligation de consultation. Au vu du dossier, bien qu'ils prétendent aujourd'hui avoir qualité pour soulever ces questions, les Behn n'ont pas cherché à résoudre la question de la qualité pour agir ni contesté devant les tribunaux la validité des autorisations lorsque celles-ci ont été accordées. Ils n'ont pas fait part de leurs préoccupations à Moulton après la délivrance des autorisations. Ils ont plutôt, sans aucun avertissement, érigé un camp qui bloquait l'accès aux sites d'exploitation forestière attribués à Moulton. Ce faisant, les Behn n'ont laissé d'autre choix à Moulton que de s'adresser aux tribunaux ou de renoncer à la possibilité de couper du bois, comme le lui permettaient les autorisations qu'elle avait obtenues, après avoir engagé des frais considérables pour entreprendre ses travaux. Permettre aux Behn, à ce stade, de soulever une défense fondée sur leurs droits issus d'un traité et sur un manquement à l'obligation de consultation équivaudrait à tolérer le recours à l'autoredressement et déconsidérerait l'administration de la justice. En outre, on ferait ainsi fi de l'obligation mutuelle de bonne foi qui sous-tend l'obligation constitutionnelle de la Couronne de consulter les Premières Nations. La doctrine de l'abus de procédure s'applique, et les appelants ne peuvent invoquer en défense l'atteinte aux droits issus de traités et le manquement à l'obligation de consultation.

V. Conclusion

[43] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs to the respondent Moulton.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Moulton Contracting Ltd.: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners Chief Liz Logan, on behalf of herself and all other members of the Fort Nelson First Nation and the said Fort Nelson First Nation: Rana Law, Calgary.*

*Solicitors for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority: Gowling Lafleur Henderson, Montréal.*

*Solicitors for the interveners Chief Sally Sam and the Maiyoo Keyoh Society: Devlin Gailus, Victoria.*

*Solicitors for the interveners the Council of Forest Industries and the Alberta Forest Products Association: Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Moose Cree First Nation: Pape Salter Teillet, Toronto.*

V. Conclusion

[43] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimée Moulton.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée Moulton Contracting Ltd. : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants Chef Liz Logan, en son nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Fort Nelson et ladite Première Nation de Fort Nelson : Rana Law, Calgary.*

*Procureurs des intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.*

*Procureurs des intervenantes Chef Sally Sam et la Société Maiyoo Keyoh : Devlin Gailus, Victoria.*

*Procureurs des intervenants Council of Forest Industries et Alberta Forest Products Association : Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Première Nation Moose Cree : Pape Salter Teillet, Toronto.*

## TAB 2

# COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: *Chartrand v. British Columbia (Forests, Lands  
and Natural Resource Operations)*,  
2015 BCCA 345

Date: 20150729  
Docket: CA41351

Between:

**Chief Verna Chartrand, on her own behalf and on behalf  
of all members of the Kwakiutl First Nation**

Respondents  
Appellants on Cross Appeal  
(Petitioners)

And

**The District Manager, North Island Central Coast Forest District,  
The Minister of Forests and Range, The Attorney General of  
British Columbia on behalf of Her Majesty the Queen in right  
of the Province of British Columbia**

Appellants  
Respondents on Cross Appeal  
(Respondents)

And

**Western Forest Products Inc. and  
The Attorney General of Canada**

Respondents  
(Respondents)

Corrected Judgment: on the title page the initials of counsel  
for the respondent were corrected on July 29, 2015.

Corrected Judgment: on the title page the names of counsel for the  
appellants were corrected to be co-counsel on November 4, 2015.

Before: The Honourable Madam Justice Kirkpatrick  
The Honourable Mr. Justice Groberman  
The Honourable Mr. Justice Willcock

On appeal from: An order of the Supreme Court of British Columbia, dated  
June 17, 2013 (*Chartrand v. The District Manager*, 2013 BCSC 1068,  
Vancouver Docket S082589).

Counsel for the Appellants District Manager,  
North Island Central Coast Forest District,  
the Minister of Forests and Range, the  
Attorney General of British Columbia on  
behalf of Her Majesty The Queen in right of  
the Province of BC:

G.R. Thompson & M.C. Akey

Counsel for the Respondent Chief Verna  
Chartrand, Kwakiutl First Nation:

L. Mandell, Q.C., C. Sharvit,  
& M. Bissonnette

Counsel for the Respondent Western Forest  
Products:

G. Plant, Q.C. & J. Thackeray

Counsel for the Respondent Attorney  
General of Canada:

C. Cameron & E.M. Tully

Place and Date of Hearing:

Vancouver, British Columbia  
March 18, 19, & 20, 2015

Place and Date of Judgment:

Vancouver, British Columbia  
July 29, 2015

**Written Reasons by:**

The Honourable Mr. Justice Willcock

**Concurred in by:**

The Honourable Madam Justice Kirkpatrick  
The Honourable Mr. Justice Groberman

**Summary:**

*Appeal from a judicial review of a decision of the Minister of Forests and Range and two decisions of the District Manager of the Central Coast Forest District. The petitioner First Nation sought an order (1) quashing the decisions on the ground that the Provincial Crown did not meet its duty of consultation and (2) requiring the Federal Crown to participate in future consultations. The reviewing judge dismissed the petition but declared the Provincial Crown has an ongoing duty to consult and seek accommodation. The Crown appeals the declaration. The First Nation cross appeals the dismissal of its petition. Held: Appeal allowed. Cross appeal allowed in part. The declaration inappropriately addressed issues that were not before the Court on judicial review. The First Nation was not adequately consulted by the Provincial Crown; but the reviewing judge properly dismissed the petition for a declaration that the Provincial Crown should have engaged the Federal Crown in consultation.*

**Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Willcock:**

**Introduction**

[1] On February 8, 1851, James Douglas, acting as agent for the Hudson's Bay Company, seeking to secure coal deposits on the northeast coast of Vancouver Island for the company, entered into treaties with the Queackar and Quakeolth Tribes, the predecessors of what is now the Kwakiutl First Nation ("the KFN"). The treaties ("the KFN Treaties"), identical in their substantive terms, and similar to 12 other Vancouver Island treaties executed between 1850 and 1854 ("the Douglas Treaties"), read, in their entirety, as follows:

Know all men, that we the chiefs and people of the Tribe called [Queackar/Quakeolth] who have signed our names and made our marks to this deed on the eighth day of February, one thousand eight hundred and fifty-one, do consent to surrender, entirely and for ever, to James Douglas, the agent of the Hudson's Bay Company in Vancouver Island, that is to say for the Governor, Deputy Governor and Committee of the same, the whole of the lands situated and lying between McNeill's Harbour and Hardy Bay, inclusive of these ports, and extending two miles into the interior of the Island.

The conditions of our understanding of this sale is this, that our village sites and enclosed fields are to be kept for our own use, for the use of our children, and for those who may follow after us and the land shall be properly surveyed hereafter. It is understood, however, that the land itself, with these small exceptions, becomes the entire property of the white people for ever; it is also understood that we are at liberty to hunt over the unoccupied lands, and to carry on our fisheries as formerly.

We have received, as payment, [Eighty-six pounds/sixty-four pounds] sterling.

In token whereof, we have signed our names and made our marks, at Fort Rupert, Beaver Harbour, on the eighth of February, one thousand eight hundred and fifty-one.

[2] The KFN is engaged in ongoing efforts to exercise and secure the rights guaranteed by the KFN Treaties and to assert claims of Aboriginal title, rights and interests in and over lands that it says are outside the treaty area and were not ceded by the KFN Treaties. In 1997, it filed a territorial claim in the treaty negotiation process administered by the B.C. Treaty Commission, asserting unextinguished Aboriginal title to and rights in its traditional territory. It has been a party to or supported litigation with a view toward establishing that unoccupied territory was not surrendered by the KFN Treaties and has sought relief for breaches of its rights under the KFN Treaties to carry on fisheries as formerly: *Hunt v. Halcan Log Services Ltd.* (1987), 34 D.L.R. (4th) 504, 15 B.C.L.R. (2d) 165; and *R. v. Hunt*, [1995] 3 C.N.L.R. 135, [1995] B.C.W.L.D. 2043.

[3] It is settled law that the reconciliation of rights embedded in claims such as those made in this case by the KFN with the sovereignty of the Crown requires that those rights be determined, recognized and respected. While those rights are being determined, the Crown, acting honourably, must consult with the First Nation before making decisions that might affect their rights or claims and, where indicated, accommodate their interests.

[4] This is an appeal from orders made on judicial review of three land management and forest stewardship decisions of the Provincial Crown (“the Decisions”) that are said by the KFN to have been made without appropriate consultation:

a) The Private Land Removal Decision:

On January 31, 2007, the Minister of Forests and Range of the Province of British Columbia signed an agreement with Western Forest Products (“WFP”) by which the boundaries of Tree Farm License 6 (“TFL 6”) were

changed to remove private lands from the license, pursuant to s. 39.1(2)(b) of the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157;

b) The North Island Forest Stewardship Plan Approval Decision:

On May 22, 2007, the District Manager of the Central Coast Forest District, exercising authority under the *Forest Act* and s. 16(1) of the *Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, c. 69, approved the WFP North Vancouver Island Forest Stewardship Plan (“the North Island FSP”), thereby granting WFP a five-year renewable authorization to conduct commercial forestry operations in TFL 6; and

c) The North Island FSP Extension Decision:

On May 18, 2012, the North Island FSP was extended for an additional five-year period.

[5] The KFN says the Provincial Crown was obliged to consult with it in good faith in relation to the Decisions because of their potential impact upon the KFN’s claims to treaty rights within and outside the treaty territory and to unextinguished Aboriginal rights, title and interests in its traditional territory.

[6] The KFN petitioned for orders quashing the Decisions; declaring that the Provincial Crown had breached its obligation to consult the KFN in good faith in relation to the Decisions; and compelling the Federal Crown to engage in consultations with respect to land management and forest stewardship decisions affecting the KFN’s claimed Aboriginal and treaty rights. On June 17, 2013, G.C. Weatherill J., for reasons indexed as 2013 BCSC 1068, dismissed the petition. Despite dismissing the petition, the judge granted the petitioners some declaratory relief. He declared that the Provincial Crown has an ongoing duty to consult with the KFN in good faith and endeavour to seek accommodations regarding the KFN’s claim of unextinguished Aboriginal rights, titles and interests.

[7] The Provincial Crown appeals the order granting that declaratory relief.

[8] The KFN cross appeals the dismissal of its petition for a declaration that the Provincial Crown breached its obligation to consult in good faith; and the dismissal of its petition for an order compelling the Province to engage the Federal Crown in the consultative process with respect to land management and forest stewardship decisions. It no longer seeks an order quashing the Decisions and does not cross appeal from the dismissal of its claim for that relief.

### **Background**

[9] Consideration of the issues on appeal requires an appreciation of the nature of the Decisions and their potential impact on the asserted rights and claims.

#### **The Private Land Removal Decision**

[10] In July 2005, WFP applied to have all private land withdrawn from TFL 6. In August 2005, the KFN was advised by letter from the Ministry of Forests and Range of the proposed removal of WFP's private lands. The Ministry of Forests and Range did not initiate any consultation with the KFN regarding that removal.

[11] Private lands make up approximately 5% of the lands managed by WFP and total 28,000 hectares. WFP estimated its private lands to be equivalent to 8% of the total territory asserted by the KFN to be traditional territory. Some of the private lands are less than two miles from the coast and thus within the treaty area; other private lands are outside the treaty area. Some of the private lands appear from the maps in evidence to be in the vicinity of sites said by the KFN to be unsurveyed village sites.

[12] WFP indicated it had plans to manage the private lands under the *Private Managed Forest Land Act*, S.B.C. 2003, c. 80, if it continued to own the lands, but was evaluating whether it was in its interests to sell the lands in whole or in part. WFP offered to meet with the KFN to discuss the withdrawal request. In response, KFN advised the Provincial Crown that it had Aboriginal title and rights assertions over the area in which WFP's private lands were located, and proven and accepted rights under the KFN Treaties. It opposed logging activity by third parties within the

treaty area because “these lands, which contain evidence of our interests as well as culturally and spiritually sensitive areas, should be protected while we determine through litigation, negotiation or both, the extent and nature of our interests in the Douglas Treaty area. We say we own these lands outright”.

[13] The KFN objected to alteration of the boundaries of TFL 6 without negotiation and accommodation and objected to the removal of any fee simple lands from TFL 6. The Provincial Crown offered to meet with the KFN “to consult with [the KFN] regarding the deletion of private land from TFL 6 ... and how this may impact [the KFN’s] treaty rights in respect of the Crown land portions”. The Crown did not offer to consult on KFN’s claimed Aboriginal rights.

[14] In response, the KFN sought funding from the Provincial Crown to permit it to review and assess the information provided to it by the Ministry of Forests and Range and WFP. The Provincial Crown rejected the request for financial assistance.

[15] The KFN attempted to establish at the petition hearing that the removal of private lands from TFL 6 would have significant adverse effects upon its rights and interests in the lands. The private lands would no longer be subject to provincial forestry regulation and would therefore be available for increased harvesting. WFP would be able to harvest old-growth cedar without any obligation to consult with the KFN or accommodate its interests. WFP would be able to fence its lands and exclude the KFN from accessing them for the purpose of exercising its treaty and Aboriginal rights. WFP would be able to sell the lands for development, which would effectively make the lands unavailable for the future exercise of the KFN’s treaty rights.

[16] The removal of WFP’s private lands from the provincially managed forest land base, without any provision or guarantee that the lands would continue to be available to meet the KFN’s needs for old-growth cedar, was “a grave concern” to the KFN. Removal of the lands, in its submission, might lead to an increased rate of harvest. The KFN took the position that it could not measure the extent of that risk

because of the difficult technical nature of the calculations that would have to be done to calculate the permissible harvest on the remaining lands within TFL 6.

[17] The KFN identified its concern that the Crown's original grant of WFP's private lands was made in breach of the KFN Treaties. Further, the KFN was concerned that the Provincial Crown was making decisions that would allow WFP to profit from logging on lands subject to KFN's unextinguished Aboriginal title and rights and treaty rights without providing for any benefit to the KFN from that harvesting.

### **The Forest Stewardship Plan Approval Decision**

[18] In August 2006, the KFN received notice from WFP of the proposed North Island FSP. The KFN was given 60 days for review and comment. In late August 2006, the KFN was advised by the Provincial Crown that the Ministry of Forests and Range would meet with it to share information with respect to the proposed plan. The economic development manager of the KFN was unable to determine the relationship between the Forest Development Units depicted on the maps of the North Island FSP and the lands and resources subject to KFN title and rights. The manager says the North Island FSP strategies to protect riparian habitat are important to the KFN because of the treaty right to carry on Kwakwilt fisheries "as formerly". The KFN found the strategy for protecting riparian habitat set out in the information provided to the KFN to be very difficult to understand. The economic development manager deposed that he was unable to determine, by examining the North Island FSP, whether the proposed strategy would be sufficient to protect the KFN's interests. Information in the plan is general and expressed in technical terms.

[19] The KFN took the position that the implementation of a new FSP would make it more difficult for the KFN to determine where WFP intended to cut timber. The North Island FSP did not make any provision for identifying and protecting areas important to the KFN's treaty or Aboriginal rights.

[20] The KFN was concerned about the effect of logging on streams and rivers with a view toward protecting its treaty right to fish. It claims to have rejected proposals made by WFP and the Ministry of Forests and Range to provide them with staff to assist them in understanding the information because it was not prepared to rely on WFP or Provincial Crown staff to advise it about how to address decisions being made by WFP and the Ministry of Forests and Range, and required independent and impartial assistance.

### **Consultation Process**

[21] The KFN's economic development officer deposed that the Provincial Crown has a policy of negotiating accommodation agreements regarding forestry with First Nations in British Columbia (Forests and Range Opportunities Agreements). The KFN does not have an agreement or any type of interim economic accommodation agreement regarding forestry with the Province. A Forests and Range Opportunities Agreement has not been made available to the KFN because the Provincial Crown has taken the position that, as a Douglas Treaty Nation, the KFN is not entitled to accommodation through such an agreement.

[22] The correspondence between the KFN and the Provincial Crown was of the same nature for both decisions: the Provincial Crown offered to consult with the KFN on the impact of the decisions on its *treaty rights* but denied the funding to do so, and the KFN asserted both its Aboriginal and treaty rights over the lands and communicated its inability to garner the requested funding to enable it to participate in consultation. The parties met twice, on October 4, 2006 and on October 18, 2006, in Port Hardy, at meetings hosted by the KFN, to discuss the proposed removal of WFP's private lands from TFL 6 and the North Island FSP.

[23] The KFN says at the October 4, 2006 meeting, it advised the Provincial Crown of its concerns, including its concern that forestry operations would destroy or damage the cultural and archaeological resources that would assist the KFN in identifying and proving the location of the village sites and enclosed fields within the treaty area. It informed the Provincial Crown that without technical assistance it

could not respond knowledgeably to the technical issues raised by the proposed removal of lands from TFL 6 or the draft North Island FSP.

[24] Following the October 2006 meetings, there were no further meetings between the Provincial Crown and the KFN before the Private Land Removal Decision and the Forest Stewardship Plan Approval Decision. The KFN says its capacity and technical constraints impaired its ability to review and assess the North Island FSP and there was little point to continued meetings with the Ministry of Forests and Range given that inability. Subsequent to the approval of the North Island FSP, the KFN did receive referrals regarding forestry operations under the North Island FSP, but declined to comment on referrals because it was of the view that the North Island FSP had been improperly approved without appropriate consultation. The KFN voiced concern that because the Integrated Land Management Bureau could not designate an old-growth management area on WFP's privately held lands without WFP's consent, the Provincial Crown's ability to ensure KFN's continued access to old-growth cedar on those lands would be restricted or eliminated by the proposed removal of private lands from TFL 6. The KFN argues: "This is the type of negative impact to KFN that we would have liked to explore during consultation process, if we had the time and resources to do so" (Affidavit of Randy Black at 22).

### **The Supreme Court Judgment**

[25] The judicial review was commenced by petition filed on April 11, 2008. The KFN experienced difficulty funding the proceedings and they did not progress until an amended petition was filed on March 31, 2011. The petition was further amended on March 5, 2013. It came on for hearing over five days in May 2013. Judgment was reserved to June 17, 2013.

[26] The KFN sought extensive relief, including orders quashing the Decisions; declaring the Provincial Crown to have breached its consultation obligations; requiring the Provincial Crown and Federal Crown to engage jointly in consultations;

and directing the Provincial Crown to assess, determine and develop interim economic accommodation.

### **Adequacy of Consultation**

[27] The Provincial Crown argued before the chambers judge it was inappropriate to grant the relief sought on an interlocutory application. It acknowledged it was obliged to engage in limited consultation with respect to the KFN treaty rights only and maintains it discharged that obligation.

[28] The Provincial Crown and the Federal Crown argued there is no constitutional foundation for joint consultation and no mandatory injunctive relief available to the KFN. An order compelling the Federal Crown to engage in consultation, they argued, would be an unwarranted intrusion upon provincial responsibilities and an inappropriate order.

[29] The chambers judge reviewed the long history of the KFN claims preceding the filing of the petition, dating back to the negotiation of the Douglas Treaties. A particularly sad aspect of that history was the fact that between the signing of the KFN Treaties and the reservation of any lands for the predecessors of the KFN, the native population was ravaged by smallpox. Village sites were not surveyed, as they ought to have been according to the terms of the treaties. When lands were reserved for the KFN in 1886, relatively small allotments were made to the small number of surviving Kwakiutl. In 1914, the judge pointed out, the KFN initiated efforts to have village sites identified and surveyed. Those efforts apparently came to naught. Subsequent measures taken by the KFN to identify and pursue claims, including territorial, treaty and legal claims, were canvassed by the chambers judge with a view toward describing the manner in which the claims in issue can be said to have been drawn to the attention of the Provincial Crown.

[30] The chambers judge then turned to the history of the administrative decisions from the initiation of the efforts to remove the private lands from TFL 6 in 2005. He noted that on a number of occasions, the Provincial Crown and WFP sought to

involve the KFN in some fashion in the discussion leading to the Private Land Removal Decision. He also reviewed in detail the process leading to the North Island FSP Approval Decision and the attempts to involve the KFN in that process.

[31] The judge found the KFN had met the test described in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, for establishing the existence of a duty to consult in relation to the impact of the Decisions upon the KFN's treaty and Aboriginal claims.

[32] First, the Provincial Crown was aware of the claimed Aboriginal rights of the KFN in addition to its treaty rights. In relation to the claimed Aboriginal rights he held:

[141] The Provincial Crown has long been aware of the KFN's claims to Aboriginal rights and title over the KFN Traditional Territory. It was certainly aware of such claims at the time for many years prior to the Decisions. Among the sources of information regarding these claims were the territorial claim filed in 1997 by the KFN in the treaty negotiation process administered by the BCTC and the pleading in the 2001 Fisheries Action.

[33] Second, he was satisfied that the Decisions could be said to affect a potential Aboriginal claim or right, noting:

[143] This element has been easily satisfied. Western's private lands cover approximately 8% of the KFN Traditional Territory. Over 50% of the KFN Traditional Territory was affected by the NIFSP Decision. Plainly, the Decisions engage potential Aboriginal rights and title as well as the KFN Treaty rights.

[34] Last, he held the KFN had shown a causal relationship between the Decisions and a potentially adverse impact on asserted Aboriginal or treaty rights. The Private Land Removal Decision was said to clearly pose a threat:

[145] The casual [*sic*] relationship in this case is clear. The removal of private lands from TFL 6 would potentially affect access to old growth cedar, fishery streams, create a risk of harm to cultural, archaeological and spiritual sites, harvesting forest plants for food, medicinal and ceremonial purposes and the ability to continue hunting and trapping traditions. The Land Removal Decision significantly changes the governance regime overseeing the management of the affected private lands. The removed private lands are subject to a much less stringent management regime and significantly reduced Provincial Crown control. Removal of the private lands may reduce

and potentially eliminate the KFN's access to those lands for their continued traditional practices.

[35] The Forest Stewardship Plan Approval Decision, similarly, was found to pose a risk:

[146] The NIFSP is the key strategic planning document that establishes the strategies, standards, values and measures that will guide Western's forestry operations within the KFN Traditional Territory, including its plans for road building and logging. Even though the NIFSP is only a step in the process of moving from obtaining the right to harvest timber to exercising that right, it nevertheless carries the potential to adversely affect the KFN's claims and treaty rights. For instance, the KFN expressed concern that the NIFSP covered lands that included un-surveyed KFN Treaty Lands, giving rise to concern for the potential existence of KFN village sites that could be adversely affected. Similar findings were drawn by Mr. Justice Grauer in *Klahoose First Nation v. Sunshine Coast Forest District*, 2008 BCSC 1642 at para. 68.

[36] Having found there was a duty to engage in consultation, the chambers judge then turned to the question of whether the Provincial Crown had breached that duty. That question required him to examine the nature and extent of consultation required in the circumstances and to determine whether the opportunity afforded to the KFN to engage in consultation was sufficient. He noted that in *William v. British Columbia*, 2012 BCCA 285, this Court held the Crown's duty in relation to unproven claims required it to treat such claims seriously by making a preliminary evaluation of their strength and by entering into consultations commensurate with that evaluation. The judge noted:

[149] The Provincial Crown did not treat the KFN's claims regarding unextinguished rights, titles and interests seriously or attempt to address them head on. It did not even begin the process of performing a preliminary evaluation of the strength of those claims. Instead, it adopted a rigid and unyielding position on the meaning and effect of the KFN Treaties without any consideration of their historical context, or the fact that their wording differs from the other Douglas Treaties. It steadfastly maintained that the KFN was bound by its interpretation of the KFN Treaties and that there was no duty to consult regarding decisions that may affect land beyond the KFN Treaty Lands.

[37] The finding that the Provincial Crown had misapprehended the merits of the Aboriginal claim did not end the analysis. The judge held it was unclear whether the

Decisions would have any “actual impact” upon the KFN’s asserted Aboriginal and treaty rights. The Private Land Removal Decision changed the regulatory regime that applied to the removed lands and the North Island FSP Approval Decision, similarly, “set out the strategies, policies, and higher-level planning criteria that will guide future forestry operations” but neither approved any specific forestry activity.

[38] The judge noted consultation that proceeds on the basis of a misunderstanding of the treaty or a mischaracterization of the rights the treaty protects cannot be considered reasonable (at para. 157). He further held that a failure to consider the strength of the claim or the degree of infringement represents a complete failure of consultation based on the criteria that are constitutionally required. Having done so, he appears to have placed significant weight upon the views expressed by Neilson J. (as she then was) at para. 178 of the decision in *Wii’litswx v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139 [*Wii’litswx* #1], which reads, in part, as follows:

... Ultimately, the adequacy of the Crown’s approach will be judged by whether its actions, viewed as a whole, provided reasonable interim accommodation for the asserted aboriginal interests, given the context of balance and compromise that is required.

[39] He concluded that deep consultation was not required, because there was no evidence of specific effects of the Decisions on treaty and asserted rights. He held that both the KFN and the Provincial Crown entered the consultation process equally inflexibly, without balance or compromise. He held the Provincial Crown pressed ahead with the Decisions, knowing that the KFN had not fully engaged in the consultation process because the Crown was refusing to acknowledge any claim to unextinguished rights. Noting that the KFN declined offers of technical assistance from the Crown and WFP on the basis that the resources offered were not sufficiently “independent”, he concluded:

[165] The KFN was not entitled to a particular form of consultation and it cannot complain if it failed to avail itself of reasonable assistance offered by the Provincial Crown: *Brokenhead Ojibway* at para. 42.

[40] This led the judge to address the question of whether the Provincial Crown's duty was met in the following terms:

[168] Perfect satisfaction of the Provincial Crown's duty is not required: *Ahousaht Indian Band v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2008 FCA 212 at para. 54. The question is not whether the consultation proceeded on the correct basis. Rather, the question is whether, at the end of the day, there was an adequate opportunity to identify, understand and address the potential risks of the Decisions such that the consultation was sufficient to meet the Provincial Crown's duty. In *Wii'litswx #1*, the Court described this duty as "meaningful", "characterized by good faith and an attempt by both parties to understand each other's concerns, and move to address them in the context of the ultimate goal of reconciliation of the Crown's sovereignty with the aboriginal rights enshrined in s. 35 of the *Constitution Act*" (para. 178). In *Taku River*, the Court held that while the extent of the duty will vary with the circumstances, it will always require "meaningful, good faith consultation and willingness on the part of the Crown to make changes based on information that emerges during the process" (para. 29).

[Emphasis in original.]

[41] That question was answered as follows:

[172] Although the Provincial Crown approached the consultation process from a flawed perspective regarding the KFN's claims for unextinguished rights, title and interests over the portion of the KFN Traditional Territory beyond the KFN Treaty Lands, it did not do so in respect of the KFN Treaty Lands themselves. It had a full and clear understanding of what the KFN Treaties meant as pertaining to the KFN Treaty Lands. The consultation did not proceed on a misunderstanding or mischaracterization of the rights that the KFN Treaties protect.

[173] The Provincial Crown properly notified the KFN of the proposed Decisions, sought its input and offered reasonable accommodations in terms of assistance and expertise before the Decisions were made. The KFN was given full opportunity to provide input regarding the impacts the Decisions would have on its asserted rights, titles and interests. The process offered the KFN the proper level of input. Any shortcomings in the Provincial Crown's approach to the consultation process did not result in the process itself being inadequate. As stated in *Haida*, at para. 62:

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":

[174] I find that, in the circumstances, the Provincial Crown satisfied its duty to consult in respect of the Decisions.

[42] No distinction was drawn between the Decisions. The analysis leading to the conclusion that consultation was adequate in the circumstances did not differentiate

between the impact of each of the Decisions on the asserted Aboriginal or treaty rights.

### **The Role of the Federal Crown**

[43] The KFN sought an order or direction from the judge requiring the Federal Crown to engage in consultation regarding the Decisions, under the Court's supervision. It acknowledged that the Federal Crown did not owe it a duty of consultation, but argued that because the Decisions engaged treaty rights, the Provincial Crown could not exercise its s. 92 jurisdiction "without Federal Crown oversight". It argued that the involvement of the Federal Crown is required so that proper accommodation of treaty rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), c. 11 [*Constitution Act*], can be achieved. It sought the imposition of a framework for consultations under the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, and the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241.

[44] The Provincial Crown opposed the granting of such an order or direction, arguing its duty to consult adequately protects the KFN's Aboriginal and treaty rights. The Federal Crown argued the KFN was seeking an order in the nature of *mandamus* against the Federal Crown, and that remedy can be granted only in the Federal Court under s. 18 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. The judge noted that in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, and subsequent cases, courts have rejected the argument that the Federal Crown owes a duty to consult regarding the potential impact of provincial decisions on asserted Aboriginal and treaty rights. The honour of the Crown in such circumstances extends to the Provincial Crown: see *Keewatin v. Ontario (Minister of Natural Resources)*, 2013 ONCA 158.

[45] The judge concluded:

[200] The central issue over which this Court has jurisdiction is the question whether a duty to consult was triggered and whether it was adequately carried out. As laudable as the KFN's proposed framework may be, I cannot lose sight of the fact that this is an application for judicial review of decisions

of a statutory decision maker. As was stated by the Court in *Haida*, “the remedy tail cannot wag the liability dog”: (*Haida* at para. 55). I have decided this application within the confines of the legal system and principles that bind me. When considering the issues of whether there was a duty to consult and if so, whether that consultation was reasonable, the court is confined to examining whether there were adverse impacts on the KFN’s asserted and treaty rights from those decisions: *Rio Tinto* at para. 53. The consultation does not go beyond the proposed decisions and engage the larger issue of how outstanding issues related to the existence of Aboriginal rights and title should be negotiated: *Upper Nicola Indian Band v. British Columbia (Minister of Environment)*, 2011 BCSC 388 at paras. 119 and 123. In my view, the Provincial Crown’s duty to consult, if properly undertaken, adequately protects the KFN’s asserted and treaty rights.

### **The Declaratory Order**

[46] There is relatively little discussion in the reasons for judgment of the basis upon which the judge granted declaratory relief. He noted:

[178] Given my finding that the duty to consult was satisfied, a discussion of the appropriate remedy is unnecessary. However, counsel for the KFN made passionate submissions regarding the need for the Federal Crown to become involved in the consultation process where treaties are involved. Those submissions are worthy of comment.

[47] After dismissing the application for an order or direction requiring the Federal Crown to engage in consultations, the judge simply granted a declaration in favor of the petitioners in the following terms:

[207] The petitioners are entitled to a declaration that the Provincial Crown has an ongoing duty to the KFN to consult with them in good faith and endeavour to seek accommodations regarding their claim of unextinguished Aboriginal rights, titles and interests in respect of the KFN Traditional Territory.

[208] Although this declaration does not provide the relief the KFN advocated for in terms of their quest for a resolution of their Aboriginal land claims, neither does it ignore the problem. I encourage and challenge both the Federal Crown and the Provincial Crown to engage the KFN regarding the KFN’s asserted and treaty rights, titles and interests with a view to the negotiation of a treaty without any further litigation, expense or delay.

[209] All other relief sought in the petition is dismissed.

**Grounds of Appeal**

[48] The Provincial Crown argues the judge erred in making the declaratory order. Once the Court resolved the issue of whether the Provincial Crown had met its consultation duty in relation to the Decisions under judicial review, the Provincial Crown argues, there was no longer a live dispute, and the declaration had no practical effect. Further, the appellant argues, the Supreme Court of Canada has established a process for deciding when a duty of consultation arises, and for determining the proper scope of that duty, consistent with honourable reconciliation, in the circumstances of each case. The declaration in this case may cause the Provincial Crown to run afoul of that process, as it imposes on the Provincial Crown the same duty of consultation, regardless of the circumstances that may exist.

**Grounds of Cross Appeal**

[49] The KFN says the judge erred in finding the Provincial Crown had not breached its duty to engage in appropriate consultations before making the Decisions. It says that error was a result of:

- a) mischaracterizing the Crown's treaty obligations and, as a result, concluding that the Provincial Crown had "a full and clear understanding of what the KFN Treaties meant" (at para. 172);
- b) concluding that there was no evidence the Decisions would have a specific adverse impact on rights or interests asserted, in part, by attaching inappropriate weight to site-specific impact and failing to consider expert evidence that some KFN village sites would be directly affected by the Private Land Removal Decision; and
- c) finding that the KFN failed to adequately reciprocate in consultation by refusing to participate on the terms proposed by the Provincial Crown.

[50] Further, the KFN says the judge erred in law in concluding that the engagement of the Federal Crown in the consultations was not required in the circumstances of this case.

**Discussion and Analysis**

**The Appeal**

[51] The Provincial Crown says the declaration issued by the chambers judge was not sought by the KFN but was issued by the chambers judge “at his own discretion.” As a result, there was no argument in the Supreme Court on the scope of the Court’s capacity to issue declaratory orders.

[52] It says that the order was made on an interim application and the assessment of the merits of the case was preliminary and founded upon the limited material before the Court on the application. The material was insufficient to permit the Court to finally determine the KFN’s legal rights or the Crown’s duties at large. An assessment of the nature and extent of the duty to consult on the basis of the evidence available to the court in relation to the specific decision under review is required for each alleged breach of the duty to consult. The Provincial Crown says the duty to consult does not exist in the abstract but, rather, exists in relation to the exercise of Crown powers which may have an adverse impact on a claim or right asserted. The declaration is said to be inconsistent with the reasons for judgment because it imposes upon the Crown an ongoing duty to consult and seek accommodations irrespective of the factors described in *Haida* at paras. 35-37, which the judge acknowledged govern the consideration of the scope and nature of the duty to consult.

[53] The Provincial Crown argues the Court did not have jurisdiction to issue interim declarations, citing *Te’mexw Treaty Association v. W.L.C. Developments Ltd.*, [1998] B.C.J. No. 1833, [1999] 1 C.N.L.R. 249, and *Novopharm Limited v. British Columbia (Health)*, 2008 BCSC 82. In *Novopharm*, Ehrcke J. fully canvassed the availability of declaratory orders as interim remedies, concluding:

[28] This result was endorsed in *Snuneymuxw First Nation v. British Columbia* 2004 BCSC 205, where Groberman J. at para. 49 explained why an interlocutory declaration is not available as an alternative to an interlocutory injunction:

49 A difficulty arises, however, with respect to interlocutory matters. An interlocutory injunction is not normally based on a determination of the rights of the parties, but rather on an assessment of how best to protect their positions from harm pending trial. It is not possible at the interlocutory stage for the court to issue a meaningful declaration of the rights of the parties.

[29] The same result was reached by Powers J. in *Millership v. Kamloops (City)* 2001 BCSC 1692, and by Halfyard J. in *Vesuna v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 2007 BCSC 1359.

[54] The Provincial Crown argues courts should exercise their discretion to grant declaratory relief sparingly, in accordance with the general description of the power to grant declaratory relief in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821 at 830-833. Declaratory relief is directed to real and not hypothetical disputes and has no practical effect in relation to disputes that have not yet arisen: *Wii'litswx v. HMTQ*, 2008 BCSC 1620 [*Wii'litswx* #2] at paras. 14 and 22.

[55] The Provincial Crown says inappropriate or unnecessary declarations amount to an injustice, justifying the intervention of the appellate court: *Yanke v. Salmon Arm (City)*, 2011 BCCA 309. It further says there is inappropriate ambiguity in the declaration of the sort commented upon with disapproval in *Yanke* at paras. 8, 64 and 68.

[56] The KFN says the declaration here, like the declaration in *Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 1712, was intended to guide honourable Crown conduct by describing the ongoing duty to meaningfully consult in relation to existing and ongoing decisions. Citing *Western Canada Wilderness Committee v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2014 FC 148, the KFN relies upon the court's broad discretionary power in relation to the granting of declaratory relief.

[57] The KFN argues that the declaration is consistent with the relief sought and was made in order to address a live issue between the parties and to avoid real conflict. The KFN says the Provincial Crown took the position that its obligation to consult arose only in respect of rights set out in the KFN Treaties and refused to

acknowledge the legitimacy of claims to Aboriginal rights and title in the KFN's traditional territory. The KFN says the declaration addresses the core disagreement between the parties about the KFN Treaties, a disagreement that poses a barrier to honourable Crown conduct and meaningful consultation. As a result, the KFN says the declaration is necessary as it addresses the real threat that the Provincial Crown will not change the manner in which it consults with the KFN. It says:

The Declaration ensures that the Province consults with the KFN appropriately. The Court did not err in providing a declaration to guide the parties and future consultation. In *Solosky*, the Supreme Court of Canada held that it would not be improper to issue a declaration in relation to letters that had not yet been written.

[58] It says the future implementation of the North Island FSP in relation to cutting and road permits will give rise to an ongoing obligation to consult and a declaration recognizing that obligation is one that is prospective in nature and valuable in relation to an ongoing issue. It also says a declaratory judgment may have a preventative function: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, 18 D.L.R. 481.

[59] The cases cited by the KFN are examples of the exceptional use of the court's discretion to serve the interests of justice. In *Western Canada Wilderness Committee*, Mactavish J. expressed the view that declaratory relief was necessary because it would have a "practical effect":

[93] ... [T]he issues that were originally raised by these applications are "genuine, not moot or hypothetical" insofar as there remain numerous species at risk for which the posting of proposed recovery strategies is long overdue: *Danada Enterprises Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 403, 407 F.T.R. 268 at para. 67. I am, moreover, satisfied that a declaration will serve a useful purpose and will have a "practical effect" in resolving the problems identified by these cases: see *Solosky*, above, at 832-833.

[60] In *Hupacasath*, the declaratory relief granted was prospective but was also very specific. L. Smith J., at paras. 292, 294, made two prospective declarations:

- a) "that the Minister of Forests ... continues to have, a duty to consult with the Hupacasath in good faith and to endeavour to seek accommodation

between their aboriginal rights and the objectives of the Crown to manage TFL 44 in accordance with the public interest, both aboriginal and non-aboriginal”; and

- b) “that the Chief Forester ... continues to have a duty to meaningfully consult in good faith with the Hupacasath and to endeavour to seek accommodation between their aboriginal rights and the objectives of the Crown to manage TFL 44 in accordance with the public interest, both aboriginal and non-aboriginal”.

[61] The general approach to the granting of declarations was clearly stated in *Operation Dismantle*, by Dickson J. (as he then was):

[33] ... [T]he preventative function of the declaratory judgment must be based on more than mere hypothetical consequences; there must be a cognizable threat to a legal interest before the courts will entertain the use of its process as a preventive measure. As this Court stated in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, a declaration could issue to affect future rights, but not where the dispute in issue was merely speculative. In *Solosky*, *supra*, one of the questions was whether an order by a director of a prison to censor correspondence between the appellant inmate and his solicitor could be declared unlawful. The dispute had already arisen as a result of the existence of the censorship order and the declaration sought was a direct and present challenge to this order. This Court found that the fact that the relief sought would relate to letters not yet written, and thereby affect future rights, was not in itself a bar to the granting of a declaration. The Court made it clear, however, at p. 832:

... that a declaration will not normally be granted when the dispute is over and has become academic, or where the dispute has yet to arise and may not arise.

[Emphasis added.]

[62] In my view, the declaration goes much further than addressing the present dispute between the parties. It does not address a cognizable threat to a legal interest. I agree with the Crown’s submission that the Court ought not to make a declaration intended to describe the duty to consult in relation to decisions that are not before the Court. To the extent the declaration made in this case describes the law, it is unnecessary. To the extent it does more, it is inappropriate, because it

addresses questions that were not before the Court, which was called upon to consider specific issues on a preliminary basis on limited evidence.

[63] I would allow the appeal of the declaratory order and set it aside.

**The Cross Appeal: Adequacy of Consultation**

[64] The judge concluded that the KFN had met the test, described in *Rio Tinto*, for establishing the existence of a duty to consult in relation to the impact of the decisions upon both the treaty rights and the claimed Aboriginal rights. It is not disputed that the Provincial Crown ought to have been aware the Decisions might have an impact on previously asserted Aboriginal and treaty rights of the KFN.

[65] The judge concluded that both the Private Land Removal Decision and the Forest Stewardship Plan Approval Decision could potentially adversely affect the KFN's access to resources – old-growth cedar and fishery streams – and create a risk of harm to cultural, archaeological and spiritual sites. The Private Land Removal Decision changed the regulatory regime that applied to the removed private lands; the Forest Stewardship Plan Approval Decision set out the strategies, policies, and higher-level planning criteria guiding future forestry operations in that area. The KFN argued that strategic level decisions engage consultation with respect to how Aboriginal interests will be recognized and accommodated at that level and what procedures will be implemented to protect Aboriginal claims and rights when policies are being formulated.

[66] The judge found the Provincial Crown had failed to engage in the process described in *William*. It failed to engage in a preliminary evaluation of the strength of the Aboriginal title claim and steadfastly clung to the view that there was no duty to consult regarding decisions affecting lands outside the KFN treaty lands. The judge expressly noted that consultation founded upon a fundamental misconception of the Aboriginal interests at stake does not discharge the Crown's obligation to consult in good faith, but found the Crown to have discharged its obligation to the KFN. That decision hinged upon the following findings:

- a) it was unclear whether the Decisions would have any “actual impact” upon the KFN’s asserted and treaty rights;
- b) deep consultation with respect to the Decisions was not required;
- c) the KFN was not entitled to a particular form of consultation and it cannot complain if it failed to avail itself of reasonable assistance offered by the Provincial Crown and the question is whether, at the end of the day, there was an adequate opportunity to identify, understand and address the potential risks of the Decisions; and
- d) the Provincial Crown had a full and clear understanding of what the KFN Treaties meant as pertaining to the KFN treaty lands, and the consultation did not proceed on a misunderstanding or mischaracterization of the rights that the KFN Treaties protect.

[67] In my view, this analysis is flawed.

[68] The reviewing judge ought to have approached the task of judicial review with the attitude described in the following passage from the decision in *Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697 at para. 94

[*Huu-Ay-Aht First Nation*], approved by this Court in *Wii’litswx #1*:

[94] *Haida* ... and *Taku River* ... established that the principle of the honour of the Crown requires the Crown to consult and, if necessary, accommodate Aboriginal peoples prior to proof of asserted Aboriginal rights and title. This is a corollary of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, in which reconciliation of Aboriginal and Crown sovereignty implies a continuing process of negotiation which is different from the administrative duty of fairness that is triggered by an administrative decision that affects rights, privileges, or interests (*Haida* at paras. 28-32). The obligation is a free standing enforceable legal and equitable duty (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209 at para. 55, 2002 BCCA 147 [*Haida Nation* (2002)]; *Squamish Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2004), 34 B.C.L.R. (4th) 280, 2004 BCSC 1320 at para. 73 [*Squamish Nation*]). The courts may review government conduct to determine whether the Crown has discharged its duty to consult and accommodate pending claims resolution (*Haida* at para. 60). In its review, the court should not give narrow or technical construction to the duty, but must give full effect to the Crown’s honour to promote the reconciliation process (*Taku* at para. 24). It is not a question,

therefore, of review of a decision but whether a constitutional duty has been fulfilled (*Gitksan Houses v. British Columbia (Minister of Forests)* (2002), 10 B.C.L.R. (4th) 126 at para. 65, 2002 BCSC 1701...).

[69] There was no consultation with a view toward accommodation of the Aboriginal title claim. The KFN ought not to be faulted for failing to participate in consultations premised on the assumption that they had no rights other than those protected by the KFN Treaties. It cannot be said that offering the KFN an opportunity to participate in fundamentally inadequate consultations preserves the honour of the Crown. In my view, for reasons set out in more detail below, the judge gave a narrow or technical construction to the duty and did not give full effect to the Crown's honour to promote the reconciliation process.

***“Actual impact” on asserted and treaty rights***

[70] The evidence of adverse impact to the KFN was that the Decisions affected the regulatory regime in a manner that threatened to reduce the KFN's ability to participate in decision-making that would have an impact upon its access to land, its exercise of hunting and fishing rights and the protection of cedar trees. In the circumstances, in my view, the KFN ought not to have been obliged to demonstrate any impact other than the reduction in its ongoing ability to affect policy. High-level decisions might be expected to have high-level effects. As the KFN argued, strategic-level decisions engage consultation with respect to how Aboriginal interests will be recognized and accommodated at the higher strategic level. It ought to have sufficed to show that the Private Land Removal Decision and the Forest Stewardship Plan Approval Decision would have an impact upon decision-making in relation to lands and resources over which the KFN was actively advancing claims.

[71] As the Court noted in *Wii'litswx #1*, consultation at the high level of forest planning is as necessary as consultation at the operational level to protect Aboriginal interests. In that case, Neilson J. (as she then was) noted at para. 163, that consultation at the operational level has not always been successful in minimizing the effect of logging on Aboriginal interests. At para. 186 she observed:

The Supreme Court of Canada in *Haida* and *Taku* has made it clear that meaningful consultation and accommodation at the strategic level has an important role to play in achieving the ultimate constitutional goal of reconciliation, and should not be supplanted by delegation to operational levels.

***Deep consultation was not required***

[72] The extent of consultation consistent with the maintenance of the honour of the Crown may be measured by considering the strength of the claim and the potential impact of the Crown action upon the rights or claim asserted. A claim founded upon treaty rights starts from a relatively firm footing. Even before the duty to consult in relation to unproven claims was settled in *Haida*, the Crown acknowledged a duty to consult and accommodate where the government has taken on the obligation of protecting a specific Aboriginal interest or where it seeks to limit an established Aboriginal interest. Treaty claims rightly occupy the high end of the spectrum of claims demanding deep consultation.

[73] Unsettled Aboriginal claims do not uniformly require deep consultation, but it must be said in this case that in negotiating the KFN Treaties, the Governor, Deputy Governor and Committee of the Hudson's Bay Company recognized the Queackar and Quakeolth tribes as the owners of at least the lands purchased: the whole of the lands situated and lying between McNeill's Harbour and Hardy Bay and extending two miles into the interior of the island. While the judge did not expressly engage in the preliminary assessment of the strength of the case suggested in *Haida*, he clearly concluded that there was an arguable case the KFN Treaties did not extinguish Aboriginal claims to KFN traditional territory. The KFN claims were not, in the words used by the Supreme Court in *Haida*, so "dubious or peripheral" as to attract only a duty of notice.

[74] The conclusion that deep consultation was not required was not founded upon weakness of the claim but, rather, upon the view that there was inadequate evidence of adverse effects. As I have noted above, the KFN should not have been required to establish such specific effects. Deep consultation may be appropriate

even in respect of high level forestry decisions, such as the approval of a FSP: *Wii'litswx #1*. In my view, it was an error to say deep consultation was not required in this case.

***Refusal of the KFN to engage in limited consultation***

[75] The judge, citing *Brokenhead Ojibway First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 484, found that the KFN “cannot complain if it failed to avail itself of reasonable assistance offered by the Provincial Crown”.

[76] As the judge rightly observed, the constitutional duty of the Crown is to offer to engage in meaningful consultation in good faith in an attempt to understand Aboriginal concerns, and to address those concerns with a view toward reconciliation of the Crown’s sovereignty with the Aboriginal rights enshrined in s. 35 of the *Constitution Act*. Where, as in *Ahousaht First Nation v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2008 FCA 212, *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1999 BCCA 470, and *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, the Crown has demonstrated an intention to substantially address Aboriginal concerns through a meaningful process of consultation but consultation has been frustrated, the Crown is not precluded from acting. In such circumstances, the Crown may honourably engage in resource management pending claims resolution. It may not do so, however, if it has offered inappropriately limited consultation, as in this case.

[77] In my view, the judge erred in finding the Provincial Crown’s duty had been met, despite finding that the offer of consultation made to the KFN was inadequate. The judge found that the Crown’s offer was based on a flawed understanding of the rights and claims the KFN might assert, but reasoned that the KFN might nevertheless have identified its interests and made its claim in the process that was offered to them. There must be more than an available process; the process must be meaningful. In this regard, I agree with the views of Neilson J. in *Wii'litswx #1* at para. 178: “The Crown’s obligation to reasonably consult is not fulfilled simply by providing a process within which to exchange and discuss information”. That obligation was described by Finch J.A. (as he then was) in *Halfway River* at

para. 160 as “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”.

[78] In *Brokenhead Ojibway*, the authority upon which the judge relied, the Court expressly found that the First Nations had an accessible opportunity for meaningful consultation:

[42] I am satisfied that the process of consultation and accommodation employed by the NEB was sufficient to address the specific concerns of Aboriginal communities potentially affected by the Pipeline Projects including the Treaty One First Nations. The fact that the Treaty One First Nations may not have availed themselves fully of the opportunity to be heard before the NEB does not justify the demand for a separate or discrete consultation with the Crown. To the extent that regulatory procedures are readily accessible to Aboriginal communities to address their concerns about development projects like these, there is a responsibility to use them. First Nations cannot complain about a failure by the Crown to consult where they have failed to avail themselves of reasonable avenues for seeking relief. That is so because the consultation process is reciprocal and cannot be frustrated by the refusal of either party to meet or participate: see *Ahousaht v. Canada*, 2008 FCA 212, [2008] F.C.J. No. 946 at paras. 52-53. This presupposes, of course, that available regulatory processes are accessible, adequate and provide First Nations an opportunity to participate in a meaningful way.

[Emphasis added.]

[79] In my view, the judge erred in concluding that the question was “not whether the consultation proceeded on the correct basis” but “whether, at the end of the day, there was an adequate opportunity to identify, understand and address the potential risks of the Decisions”. That conclusion is at odds with the jurisprudence, which requires the Crown to identify the asserted Aboriginal right and address it in good faith. It cannot be sustained in light of the judge’s findings that the Crown did not treat the KFN’s claims regarding unextinguished rights, titles and interests seriously; adopted a rigid and unyielding position on the meaning and effect of the KFN Treaties; and “steadfastly maintained that the KFN was bound by its interpretation of

the KFN Treaties and that there was no duty to consult regarding decisions that may affect land beyond the KFN Treaty Lands” (at para. 149).

***Appropriate characterization of the KFN’s treaty rights***

[80] The judge’s finding that the consultation process offered to the KFN was adequate appears to be based substantially upon the view that the Provincial Crown “had a full and clear understanding of what the KFN Treaties meant as pertaining to the KFN Treaty Lands”. The consultation in which the Crown was prepared to engage in relation to the removal of the private lands from TFL 6 was particularly narrow, in light of the line of cases interpreting the Douglas Treaties, including this Court’s decisions in *R. v. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, [1964] B.C.J. No. 212; *R. v. Bartleman* (1984), 12 D.L.R. (4th) 73, 55 B.C.L.R. 78; and *Saanichton Marina Ltd. v. Claxton* (1989), 57 D.L.R. (4th) 161, 36 B.C.L.R. (2d) 79. The offer of limited consultation does not suggest that the Crown had a full and clear understanding of this Court’s judgment in *Bartleman*. In that case, the question was whether a Douglas Treaty gave the accused a right to hunt on unoccupied lands outside the treaty area, in an area said by the accused to be within the traditional territory of the Saanich people. At 94, Lambert J.A. said:

In the present case, there are a number of possible interpretations of the agreement that was reached between the Hudson’s Bay Company and the Saanich people ....

[81] He listed three interpretations, the third of which he held to be the correct interpretation:

That the rights of the Indians to hunt and fish were to be confirmed with respect to the land being ceded to the Hudson’s Bay Company by the treaty, so long as it was unoccupied, but also were to be confirmed generally with respect to all the land where the Saanich tribe had traditionally hunted and fished, so long as that land was unoccupied.

[82] That case was followed in *Saanichton Marina* where this Court held that the right to fish “as formerly” in a Douglas Treaty afforded to the Tsawout people an independent source of protection of their right to carry on their fisheries that was not limited to unoccupied lands and included the right to travel to and from the fishery.

Injunctive relief was granted to prevent development that would have a harmful impact on that right.

[83] In *Hupacasath*, L. Smith J. thoroughly reviewed much of the jurisprudence in this area, including the manner in which administrative tribunals have grappled with the duty to consult First Nations. One of the decisions, *TimberWest Forest Corp. v. British Columbia (Deputy Administrator, Pesticide Control Act)*, [2003] B.C.E.A. No. 31, was referred to with approval:

[133] Before the Environmental Appeal Board, TimberWest argued that the PMP restrictions were based on irrelevant considerations, one of which was the Deputy Administrator's consultation with the CFN. Based on the Court of Appeal decisions in *Haida Nation*, (2000), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147, and *Taku River*, (2000), 98 B.C.L.R. (3d) 16, 2002 BCCA 59, the Panel acknowledged that the Deputy Administrator had a duty to consult and accommodate with aboriginals in the circumstances, and held that aboriginal rights and title are not subordinate to the rights of a fee simple owner.

[134] The Panel also held that where the Crown performs a regulatory role, the infringement of an aboriginal right can occur whenever the Crown exercises its decision making powers, regardless of the tenure of lands affected, reasoning:

... limiting aboriginal people to challenging only the original grant of fee simple, rather than any subsequent Crown authorized use of the private land, would be contrary to the purpose of section 35 of the *Constitution Act, 1982* ... (para. 203).

[84] Even if the Crown did, in fact, have a full and clear understanding of what the KFN Treaties meant, in my view, it cannot discharge its constitutional duty by engaging in meaningful consultation while steadfastly denying claims worthy of consideration. Neither the Private Land Removal decision nor the Forest Stewardship Plan Approval Decision affected treaty rights alone and the exercise of treaty and Aboriginal rights might be adversely affected by measures limiting First Nations' access to unoccupied private lands or interfering with fisheries.

[85] Further, there was some evidence that recognition of the potential Aboriginal claim might have significantly improved the KFN's ability to engage in meaningful consultation, in relation to both treaty and Aboriginal rights. The Crown's view that the KFN could not assert Aboriginal rights resulted in the KFN being considered to

be ineligible for accommodation through the Forests and Range Opportunities Agreement. There was evidence of financial hardship that precluded the KFN from seeking independent advice. The misconception of their rights and claims, in my view, resulted in the KFN being offered inadequate consultation.

**The Cross Appeal: the Role of the Federal Crown**

[86] The KFN petitioned for an Order that included a direction that the Provincial Crown and the KFN “engage the Attorney General of Canada in such consultations regarding the Decisions as are ordered or directed by this Court, such engagement to be in accordance with this Court’s reasons for judgment and subject to this Court’s supervision”. The claim for that relief was dismissed.

[87] The remedy sought by the KFN on the cross appeal in relation to the Federal Crown is a “declaration that the Province’s failure to engage Canada in accommodation about the decisions was a breach of the duty to consult.” (Factum para. 117). The KFN thereby seeks, by indirect means, to ensure the involvement of Canada in consultation and accommodation, an order for which it cannot obtain directly. Except in rare circumstances, which do not exist in the case at bar, an injunction cannot issue in the Superior Courts of a Province against the Crown in Right of Canada. As Ehrcke J. noted in *Novopharm*:

[20] ... by reason of s. 11 of the *Crown Proceeding Act*, [the Plaintiff] cannot obtain an injunction against the government and cannot obtain an injunction against an officer of the government if its effect would be equivalent to enjoining the government. There is a narrow exception recognized in the jurisprudence for injunctions in constitutional cases, but that has no application here, as the plaintiff does not allege any unconstitutional conduct on the part of the defendants.

[88] In *Te’Mexw Treaty Association*, Davies J. accurately summarized the jurisprudence as follows:

[8] ... [To] obtain an injunction the plaintiffs must show that the government and/or a Minister is acting illegally. In this case they would have to show that the new procedure now implemented by the Province to market surplus Crown lands is unlawful. I do not believe that such a determination

should be made at this stage of the action. This is an issue which must be decided at trial when there can be a thorough investigation of all of the facts.

[89] The KFN makes a strong appeal for the engagement of the Federal Crown in the process of accommodation. It argues that the Federal Crown has the primary constitutional responsibility to safeguard the KFN's interest in land and that the Federal Crown has an obligation to protect s. 35 rights from "provincial encroachment". It argues "Once the Crown was aware that the decisions involved the Reserved Lands [referring to the unsurveyed village sites and enclosed fields], Canada's involvement was required in determining accommodations and fulfilling the duty of the Crown". The KFN submits the lands at issue in the Decisions encompass "Reserved Lands" which are protected from conflicting provincial laws through the doctrine of paramountcy, s. 88 of the *Indian Act* and s. 109 of the *Constitution Act*. The conflict, the KFN says, is that the Decisions enable lands reserved by Treaty which remain subject to survey to be used by owners in fee simple and preclude the KFN's use, enjoyment, benefit and laws from engaging on the same landscape.

[90] It considers the Federal Crown's involvement in the accommodation process to be necessary because the Federal Crown is the "exclusive intermediary between the Indian peoples in the province in the reserve creation process", citing the decision of Slade J. of the Specific Claims Tribunal in *Williams Lake Indian Band v. Canada*, 2014 SCTC 3 at para. 264, where he said:

Federal jurisdiction positioned the Crown, Canada, as the exclusive intermediary between the Indian peoples and the Province in the reserve creation process and constituted the Crown a fiduciary with defined, albeit limited, duties:

Here, as in *Ross River*, the nature and importance of the appellant bands' interest in these lands prior to 1938, and the Crown's intervention as the exclusive intermediary to deal with others (including the province) on their behalf, imposed on the Crown a fiduciary duty to act with respect to the interest of the aboriginal peoples with loyalty, good faith, full disclosure appropriate to the subject matter and with "ordinary" diligence in what it reasonably regarded as the best interest of the beneficiaries. [Emphasis added; *Wewaykum, supra* at para. 97]

[91] The Provincial Crown argues there are three related and erroneous assumptions that form the basis of the KFN's submissions on the necessity of the Federal Crown's participation in consultations.

[92] The first is an assumption that the village sites and enclosed fields referred to in the KFN Treaties are "Reserved Lands". The Crown says that is incorrect. The sites have not been identified and the claim these specific lands have been reserved must be regarded as an unresolved claim.

[93] Second, the Crown says the claim that the Federal Crown must be involved in consultation is founded upon the assumption that accommodation necessarily flows from the consultation process. The Provincial Crown says the Federal Crown does not have an obligation to engage in consultation in relation to the exercise of provincial powers, even where it may play some role in accommodation. The Provincial Crown says the courts have rightly resisted dictating a particular form consultation or accommodation should take: *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, and *Wii'litswx #2*.

[94] As Neilson J. noted in *Wii'litswx #2* at para. 23:

... [It] is not for the court to grant declaratory relief that dictates a particular form of accommodating aboriginal interests. In *Musqueam Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2005 BCCA 128, 251 D.L.R. (4th) 717 at paras. 99-100 and 104-105, both Hall and Lowry J.J.A. observed that the courts ought not become involved in directing appropriate accommodation in treaty processes and negotiations between the Crown and First Nations. Instead, the parties should be left to engage in "the broadest consideration of appropriate arrangements". Lowry J.A. at para. 105 stated:

There is little in the decided cases from which assistance can be drawn with respect to the measure of interim accommodation that may be required in the circumstances that prevail in this case. Where, as here, no aboriginal title has been finally established, there may well be questions about whether and to what extent economic compensation or other forms of what might be said to be non-reversible accommodation are necessary or appropriate. Given the disposition of the appeal, I consider these and other related questions that were not directly addressed in argument before us are now best left entirely to the parties unfettered by judicial commentary.

[95] Third, the Provincial Crown says the claim is founded upon the assumption that consultation and accommodation must involve a process whereby the Federal Crown, the Provincial Crown and the KFN negotiate and implement the terms of the treaty according to the KFN's interpretation. To this the Provincial Crown says there is no legal basis for the proposition that the only consultation possible on decisions that may impact claimed treaty rights must involve the granting of those very same disputed rights.

[96] The Federal Crown says what the KFN seeks, in effect, is an order in the nature of *mandamus*, and the British Columbia Supreme Court lacks jurisdiction. Exclusive jurisdiction for such an order has been granted to the Federal Court pursuant to the *Federal Courts Act*. It says the Provincial Crown has the duty and the authority to consult and, if appropriate, accommodate Aboriginal groups in relation to decisions within provincial authority. It says that in *Haida*, the Supreme Court of Canada addressed the constitutional duty of the Provincial Crown to engage in appropriate consultation with respect to the exercise of its powers in the following terms:

[57] The Province of British Columbia argues that any duty to consult or accommodate rests solely with the federal government. I cannot accept this argument.

[58] 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 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.

[97] That duty to consult extends to decisions within provincial jurisdiction that impact upon treaty rights. As the Court noted in *Grassy Narrows First Nation v. Ontario (Natural Resources)*, 2014 SCC 48:

[33] ... [T]his Court has held that Crown obligations to First Nations such as the duty to consult are owed by both levels of government (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511) and that a change in the level of government responsible for regulating hunting rights did not constitute a modification of a treaty (*R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901). Furthermore, in *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), Lord Watson concluded that Treaty 3 purported to be "from beginning to end a transaction between the Indians and the Crown", not an agreement between the Government of Canada and the Ojibway people (p. 60). In the same vein,

it is abundantly clear that the commissioners who represented Her Majesty, whilst they had full authority to accept a surrender to the Crown, had neither authority nor power to take away from Ontario the interest which had been assigned to that province by the Imperial Statute of 1867. [*ibid.*]

[34] Similar views were expressed in *Dominion of Canada v. Province of Ontario*, [1910] A.C. 637 (P.C.), at p. 645, and *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554, at pp. 562-65.

[35] The promises made in Treaty 3 were promises of the Crown, not those of Canada. Both levels of government are responsible for fulfilling these promises when acting within the division of powers under the *Constitution Act, 1867*. Thus, when the lands covered by the treaty were determined to belong to the Province of Ontario, the Province became responsible for their governance with respect to matters falling under its jurisdiction by virtue of ss. 109, 92(5) and 92A of the *Constitution Act, 1867*, subject to the terms of the treaty. It follows that the Province is entitled to take up lands under the treaty for forestry purposes.

[98] In response to the KFN argument that the doctrine of paramountcy requires federal involvement in consultation, the Federal Crown says there is no applicable federal legislation that would trigger the doctrine of paramountcy and there is no conflict or inconsistency between provincial and federal law, in the sense of impossibility of dual compliance or frustration of federal purpose: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44 at para. 130. The Federal Crown says s. 88 of the

*Indian Act* and s. 109 of the *Constitution Act* are inapplicable in this appeal because the provisions at issue in this judicial review are laws of general application squarely within the legislative jurisdiction of the province. It says there is no precedent for ordering a party who has no part in a particular decision-making process to be involved in the consultation.

[99] It is the constitutional duty of the Provincial Crown to consult with the KFN in relation to the Decisions under judicial review. The order sought would not compel the Federal Crown to participate in that consultation. It would require the Provincial Crown to engage in a specific form of consultation which the Province might not be able to bring about. The chambers judge, properly in my view, refused to make that order. Here, as in *Wii'litswx #2*, the parties should be left to engage in “the broadest consideration of appropriate arrangements”, without further direction from the Court.

[100] I would dismiss the appeal from the refusal to make the declaration requiring the Province “to engage Canada in accommodation”.

“The Honourable Mr. Justice Willcock”

**I agree:**

“The Honourable Madam Justice Kirkpatrick”

**I agree:**

“The Honourable Mr. Justice Groberman”

TAB 3

**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.

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] 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).

[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] 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

[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.*

TAB 4

**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 J.J.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]on-sultation’ 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.*

TAB 5

**Delgamuukw, also known as Earl Muldoe, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Delgamuukw and Haaxw (and others suing on their own behalf and on behalf of thirty-eight Gitksan Houses and twelve Wet'suwet'en Houses as shown in Schedule 1)** *Appellants/ Respondents on the cross-appeal*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia** *Respondent/ Appellant on the cross-appeal*

and

**The Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**The First Nations Summit, the Musqueam Nation et al. (as shown in Schedule 2), the Westbank First Nation, the B.C. Cattlemen's Association et al. (as shown in Schedule 3), Skeena Cellulose Inc., Alcan Aluminum Ltd.** *Interveners*

INDEXED AS: DELGAMUUKW v. BRITISH COLUMBIA

File No.: 23799.

1997: June 16, 17; 1997: December 11.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka\*, Cory, McLachlin and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Aboriginal rights — Aboriginal land title — Claim made for large tract — Content of aboriginal title — How aboriginal title protected by s. 35(1) of Constitution Act, 1982 — What required to*

\*Sopinka J. took no part in this judgment.

**Delgamuukw, connu également sous le nom d'Earl Muldoe, en son propre nom et au nom de tous les membres des maisons Delgamuukw et Haaxw (et d'autres personnes en leur propre nom et au nom des membres de trente-huit maisons Gitksan et de douze maisons Wet'suwet'en, selon ce qui est indiqué à l'annexe 1)** *Appellants/ Intimés dans le pourvoi incident*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique** *Intimée/ Appelante dans le pourvoi incident*

et

**Le procureur général du Canada** *Intimé*

et

**Le First Nations Summit, la Nation Musqueam et autres (selon ce qui est indiqué à l'annexe 2), la Première nation de Westbank, la B.C. Cattlemen's Association et autres (selon ce qui est indiqué à l'annexe 3), Skeena Cellulose Inc., Alcan Aluminium Ltée** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: DELGAMUUKW c. COLOMBIE-BRITANNIQUE

Nº du greffe: 23799.

1997: 16 et 17 juin; 1997: 11 décembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka\*, Cory, McLachlin et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Titre aborigène sur des terres — Revendication d'un vaste territoire — Contenu du titre aborigène — Comment l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 protège-*

\*Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

*prove aboriginal title — Whether claim to self-government made out — Whether province could extinguish aboriginal rights after 1871, either under own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the Indian Act (incorporating provincial laws of general application by reference) — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88.*

*Constitutional law — Aboriginal rights — Aboriginal land title — Evidence — Oral history and native law and tradition — Weight to be given evidence — Ability of Court to interfere with trial judge's factual findings.*

*Courts — Procedure — Land claims — Aboriginal title and self-government — Claim altered but no formal amendments to pleadings made — Whether pleadings precluded the Court from entertaining claims.*

The appellants, all Gitksan or Wet'suwet'en hereditary chiefs, both individually and on behalf of their "Houses", claimed separate portions of 58,000 square kilometres in British Columbia. For the purpose of the claim, this area was divided into 133 individual territories, claimed by the 71 Houses. This represents all of the Wet'suwet'en people, and all but 12 of the Gitksan Houses. Their claim was originally for "ownership" of the territory and "jurisdiction" over it. (At this Court, this was transformed into, primarily, a claim for aboriginal title over the land in question.) British Columbia counterclaimed for a declaration that the appellants have no right or interest in and to the territory or alternatively, that the appellants' cause of action ought to be for compensation from the Government of Canada.

At trial, the appellants' claim was based on their historical use and "ownership" of one or more of the territories. In addition, the Gitksan Houses have an "adaawk" which is a collection of sacred oral tradition about their ancestors, histories and territories. The Wet'suwet'en each have a "kungax" which is a spiritual song or dance or performance which ties them to their land. Both of these were entered as evidence on behalf of the appellants. The most significant evidence of spiritual connection between the Houses and their territory

*t-il le titre aborigène? — Quels sont les éléments de preuve requis pour établir le titre aborigène? — Le bien-fondé de la revendication de l'autonomie gouvernementale a-t-il été établi? — La province pouvait-elle, après 1871, éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens (qui incorpore par renvoi les lois provinciales d'application générale)? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.*

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Titre aborigène sur des terres — Preuve — Récits oraux et règles de droit et traditions autochtones — Poids à donner aux éléments de preuve — Pouvoir d'intervention de la Cour quant aux conclusions de fait du juge de première instance.*

*Tribunaux — Procédure — Revendications territoriales — Titre aborigène et autonomie gouvernementale — Revendication modifiée mais sans modification formelle des actes de procédure — Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'entendre les revendications?*

Les appelants, tous des chefs héréditaires Wet'suwet'en ou Gitksan, revendiquent tant en leur propre nom qu'au nom de leurs «maisons» des parties distinctes d'un territoire de 58 000 kilomètres carrés situé en Colombie-Britannique. Aux fins de la revendication, ce grand territoire a été divisé en 133 territoires distincts, revendiqués par les 71 maisons. Y sont représentés tous les Wet'suwet'en et toutes les maisons Gitksan, à l'exception de 12. Initialement, les appelants revendiquaient la «propriété» du territoire et la «compétence» sur celui-ci. (Devant la Cour, cette revendication a changé et est devenue principalement la revendication d'un titre aborigène sur le territoire en question.) La Colombie-Britannique a présenté une demande reconventionnelle dans laquelle elle sollicite une déclaration portant que les appelants n'ont aucun droit ou intérêt dans le territoire, ou, subsidiairement, que la cause d'action des appelants devrait être l'obtention d'une indemnité de la part du gouvernement du Canada.

Au procès, les appelants ont fondé leur revendication sur la «propriété» et l'utilisation historiques d'un ou de plusieurs des territoires. En outre, les maisons Gitksan ont un «adaawk», c'est-à-dire un ensemble de traditions orales sacrées au sujet de leurs ancêtres, de leur histoire et de leurs territoires. Chaque maison Wet'suwet'en possède un «kungax», c'est-à-dire un chant, une danse ou une représentation spirituelle qui les rattache à leur territoire. Ces deux éléments ont été déposés en preuve au nom des appelants. Le signe le plus important du lien

was a feast hall where the Gitksan and Wet'suwet'en peoples tell and retell their stories and identify their territories to remind themselves of the sacred connection that they have with their lands. The feast has a ceremonial purpose but is also used for making important decisions.

The trial judge did not accept the appellants' evidence of oral history of attachment to the land. He dismissed the action against Canada, dismissed the plaintiffs' claims for ownership and jurisdiction and for aboriginal rights in the territory, granted a declaration that the plaintiffs were entitled to use unoccupied or vacant land subject to the general law of the province, dismissed the claim for damages and dismissed the province's counterclaim. No order for costs was made. On appeal, the original claim was altered in two different ways. First, the claims for ownership and jurisdiction were replaced with claims for aboriginal title and self-government, respectively. Second, the individual claims by each House were amalgamated into two communal claims, one advanced on behalf of each nation. There were no formal amendments to the pleadings to this effect. The appeal was dismissed by a majority of the Court of Appeal.

The principal issues on the appeal, some of which raised a number of sub-issues, were as follows: (1) whether the pleadings precluded the Court from entertaining claims for aboriginal title and self-government; (2) what was the ability of this Court to interfere with the factual findings made by the trial judge; (3) what is the content of aboriginal title, how is it protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and what is required for its proof; (4) whether the appellants made out a claim to self-government; and, (5) whether the province had the power to extinguish aboriginal rights after 1871, either under its own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the *Indian Act*.

*Held:* The appeal should be allowed in part and the cross-appeal should be dismissed.

spirituel entre les différentes maisons et leur territoire est la salle des célébrations. C'est là que les Wet'suwet'en et les Gitksan disent et redisent leurs récits et identifient leurs territoires afin de se rappeler le lien sacré qu'ils entretiennent avec leurs terres. Ces célébrations ont une fin rituelle, mais elles sont aussi l'occasion de prise de décisions importantes.

Le juge de première instance n'a pas accepté les récits oraux que les appelants présentaient comme éléments de preuve de leur attachement au territoire. Il a rejeté l'action contre le Canada, il a rejeté les revendications, par les demandeurs, de la propriété du territoire, de la compétence sur celui-ci ou de droits ancestraux à son égard, il a accordé une déclaration portant que les demandeurs avaient le droit d'utiliser toute terre inoccupée ou vacante, sous réserve du respect des lois d'application générale de la province, il a rejeté la demande de dommages-intérêts et il a rejeté la demande reconventionnelle de la province. Il n'a rendu aucune ordonnance concernant les dépens. En appel, la revendication initiale a été modifiée de deux façons. Premièrement, les revendications relatives à la propriété des territoires et à la compétence sur ceux-ci ont été remplacées respectivement par la revendication du titre aborigène et la revendication de l'autonomie gouvernementale. Deuxièmement, les revendications individuelles présentées par chaque maison ont été fusionnées en deux revendications collectives, une au nom de chaque nation. Aucune modification en ce sens n'a été apportée formellement aux actes de procédure. L'appel a été rejeté par la Cour d'appel à la majorité.

Les principales questions dans le pourvoi sont les suivantes: (1) Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'examiner les revendications relatives au titre aborigène et à l'autonomie gouvernementale? (2) Quel pouvoir notre Cour a-t-elle de modifier les conclusions de fait du juge de première instance? (3) Quel est le contenu du titre aborigène, comment est-il protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et comment fait-on la preuve de son existence? (4) Les appelants ont-ils établi le bien-fondé de leur revendication de l'autonomie gouvernementale? (5) La province avait-elle, après 1871, le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli en partie et le pourvoi incident est rejeté.

*Whether the Claims Were Properly Before the Court*

*Per* Lamer C.J. and Cory, McLachlin, and Major J.J.: The claims were properly before the Court. Although the pleadings were not formally amended, the trial judge did allow a *de facto* amendment to permit a claim for aboriginal rights other than ownership and jurisdiction. The respondents did not appeal this *de facto* amendment and the trial judge's decision on this point must accordingly stand.

No amendment was made with respect to the amalgamation of the individual claims brought by the individual Gitksan and Wet'suwet'en Houses into two collective claims, one by each nation, for aboriginal title and self-government. The collective claims were simply not in issue at trial and to frame the case on appeal in a different manner would retroactively deny the respondents the opportunity to know the appellants' case.

A new trial is necessary. First, the defect in the pleadings prevented the Court from considering the merits of this appeal. The parties at a new trial would decide whether any amendment was necessary to make the pleadings conform with the other evidence. Then, too, appellate courts, absent a palpable and overriding error, should not substitute their own findings of fact even when the trial judge misapprehended the law which was applied to those facts. Appellate intervention is warranted, however, when the trial court fails to appreciate the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims when applying the rules of evidence and interpreting the evidence before it.

*Per* La Forest and L'Heureux-Dubé J.J.: The amalgamation of the appellants' individual claims technically prevents a consideration of the merits. However, there is a more substantive problem with the pleadings. The appellants sought a declaration of "aboriginal title" but attempted, in essence, to prove that they had complete control over the territory. It follows that what the appellants sought by way of declaration and what they set out

*La Cour était-elle régulièrement saisie des revendications?*

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: La Cour était régulièrement saisie des revendications. Même si les actes de procédure n'ont pas été formellement modifiés, le juge de première instance a bel et bien accepté une modification *de facto* pour permettre la revendication de droits ancestraux autres que la propriété et la compétence. Les intimés n'ont pas interjeté appel contre cette modification *de facto* et la décision du juge de première instance sur ce point doit être maintenue.

Aucune modification n'a été apportée en ce qui a trait à la fusion des revendications individuelles présentées par les maisons Wet'suwet'en et Gitksan en deux revendications collectives, une pour chaque nation, sollicitant un titre aborigène et l'autonomie gouvernementale. Les revendications collectives n'étaient tout simplement pas en litige en première instance, et redéfinir le litige en appel aurait pour effet de nier rétroactivement aux intimés la possibilité de savoir quelle est la cause des appelants.

Il est nécessaire de tenir un nouveau procès. Premièrement, le vice dans les actes de procédure a empêché la Cour d'examiner le fond du pourvoi. Il reviendra aux parties à un nouveau procès de se demander si une modification est nécessaire pour rendre les actes de procédure conformes à la preuve. En outre, sauf erreur manifeste et dominante, les cours d'appel ne devraient pas substituer leurs propres conclusions de fait à celles du juge de première instance, même lorsque ce dernier a mal saisi le droit qu'il a appliqué aux faits en question. Par contre, une cour d'appel est justifiée d'intervenir dans le cas où le juge de première instance n'a pas tenu compte des difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications de droits ancestraux, lorsqu'il a appliqué les règles de preuve et a interprété la preuve qui lui était présentée.

*Les juges* La Forest et L'Heureux-Dubé: La fusion des revendications individuelles des appelants a empêché, sur le plan de la forme, la Cour d'examiner le fond de l'affaire. Cependant, les actes de procédure posent un problème encore plus substantiel. Même si les appelants ont sollicité un jugement déclarant l'existence d'un «titre aborigène», ils ont essentiellement tenté d'établir qu'ils exerçaient un contrôle complet sur le territoire en question. Il s'ensuit que ce que les appelants ont demandé à la Cour de leur reconnaître, par voie de jugement déclaratoire, et ce qu'ils se sont efforcés d'établir

to prove by way of the evidence were two different matters. A new trial should be ordered.

McLachlin J. was in substantial agreement.

*The Ability of the Court to Interfere with the Trial Judge's Factual Findings*

*Per* Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major J.J.: The factual findings made at trial could not stand because the trial judge's treatment of the various kinds of oral histories did not satisfy the principles laid down in *R. v. Van der Peet*. The oral histories were used in an attempt to establish occupation and use of the disputed territory which is an essential requirement for aboriginal title. The trial judge refused to admit or gave no independent weight to these oral histories and then concluded that the appellants had not demonstrated the requisite degree of occupation for "ownership". Had the oral histories been correctly assessed, the conclusions on these issues of fact might have been very different.

*The Content of Aboriginal Title, How It Is Protected by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982, and the Requirements Necessary to Prove It*

*Per* Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major J.J.: Aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures. The protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group's attachment to that land.

Aboriginal title is *sui generis*, and so distinguished from other proprietary interests, and characterized by several dimensions. It is inalienable and cannot be transferred, sold or surrendered to anyone other than the Crown. Another dimension of aboriginal title is its sources: its recognition by the *Royal Proclamation, 1763* and the relationship between the common law which recognizes occupation as proof of possession and systems of aboriginal law pre-existing assertion of British sovereignty. Finally, aboriginal title is held communally.

par la preuve, étaient deux choses différentes. La tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée.

Le juge McLachlin est largement en accord avec ces motifs.

*Le pouvoir de la Cour de modifier les conclusions de fait du juge de première instance*

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Les conclusions de fait tirées en première instance ne pouvaient être maintenues en raison du fait que le traitement accordé aux divers types de récits oraux par le juge de première instance ne respecte pas les principes établis dans *R. c. Van der Peet*. Ces récits ont été invoqués pour tenter d'établir l'occupation et l'utilisation du territoire contesté, condition essentielle à l'existence du titre aborigène. Après avoir refusé d'admettre ces récits oraux ou de leur accorder quelque valeur probante indépendante que ce soit, le juge de première instance est arrivé à la conclusion que les appelants n'avaient pas démontré l'existence du degré d'occupation requis du territoire pour fonder la «propriété» de celui-ci. Si le juge du procès avait apprécié correctement les récits oraux, ses conclusions sur ces questions de fait auraient pu être très différentes.

*Le contenu du titre aborigène, la façon dont il est protégé par le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et les exigences en matière de preuve de son existence*

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Le titre aborigène comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour différentes fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive. Ces utilisations protégées ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour ces terres.

Le titre aborigène est un droit *sui generis*; il se distingue de ce fait des autres intérêts de propriété et est caractérisé par différentes dimensions. Le titre aborigène est inaliénable et ne peut être transféré, cédé ou vendu à personne d'autre que la Couronne. Les origines du titre aborigène constituent une autre dimension de celui-ci: sa reconnaissance par la *Proclamation royale de 1763* et le rapport entre la common law, qui reconnaît l'occupation comme preuve de la possession en droit, et les systèmes juridiques autochtones qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté britannique. Finalement, le titre aborigène est détenu collectivement.

The exclusive right to use the land is not restricted to the right to engage in activities which are aspects of aboriginal practices, customs and traditions integral to the claimant group's distinctive aboriginal culture. Canadian jurisprudence on aboriginal title frames the "right to occupy and possess" in broad terms and, significantly, is not qualified by the restriction that use be tied to practice, custom or tradition. The nature of the Indian interest in reserve land which has been found to be the same as the interest in tribal lands is very broad and incorporates present-day needs. Finally, aboriginal title encompasses mineral rights and lands held pursuant to aboriginal title should be capable of exploitation. Such a use is certainly not a traditional one.

The content of aboriginal title contains an inherent limit in that lands so held cannot be used in a manner that is irreconcilable with the nature of the claimants' attachment to those lands. This inherent limit arises because the relationship of an aboriginal community with its land should not be prevented from continuing into the future. Occupancy is determined by reference to the activities that have taken place on the land and the uses to which the land has been put by the particular group. If lands are so occupied, there will exist a special bond between the group and the land in question such that the land will be part of the definition of the group's distinctive culture. Land held by virtue of aboriginal title may not be alienated because the land has an inherent and unique value in itself, which is enjoyed by the community with aboriginal title to it. The community cannot put the land to uses which would destroy that value. Finally, the importance of the continuity of the relationship between an aboriginal community and its land, and the non-economic or inherent value of that land, should not be taken to detract from the possibility of surrender to the Crown in exchange for valuable consideration. On the contrary, the idea of surrender reinforces the conclusion that aboriginal title is limited. If aboriginal peoples wish to use their lands in a way that aboriginal title does not permit, then they must surrender those lands and convert them into non-title lands to do so.

Aboriginal title at common law was recognized well before 1982 and is accordingly protected in its full form by s. 35(1). The constitutionalization of common law aboriginal rights, however, does not mean that those rights exhaust the content of s. 35(1). The existence of an aboriginal right at common law is sufficient, but not

Le droit exclusif d'utiliser les terres ne comprend pas simplement le droit d'exercer des activités qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit. La jurisprudence canadienne relative au titre aborigène définit le «droit d'occuper et de posséder» en termes généraux et, fait important, ne l'assortit pas d'une réserve le limitant aux utilisations liées à des coutumes, pratiques ou traditions. La nature du droit des Indiens sur les terres des réserves, qui a été déclaré être le même que leur droit sur les terres tribales, est très générale et intègre les besoins actuels des collectivités autochtones. Finalement, le titre aborigène comprend les droits miniers, et les terres détenues en vertu d'un titre aborigène devraient pouvoir être exploitées pour ces ressources, ce qui ne constitue certes pas une utilisation traditionnelle.

Le contenu du titre aborigène comporte une limite intrinsèque, savoir que les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'ont les revendicateurs pour ces terres. Cette limite intrinsèque découle du fait que rien ne devrait empêcher ce rapport de continuer dans le futur. L'occupation est définie en fonction des activités qui ont été exercées sur les terres et des utilisations qui ont été faites de celles-ci par le groupe en question. Si des terres font l'objet d'une telle occupation, il existera entre ce groupe et les terres visées un lien spécial tel que les terres feront partie intégrante de la définition de la culture distinctive du groupe. Les terres détenues en vertu d'un titre aborigène sont inaliénables parce qu'elles ont en elles-mêmes une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci. La collectivité ne peut pas faire de ces terres des utilisations qui détruiraient cette valeur. Enfin, l'importance de la continuité du rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec ses terres et la valeur non économique ou intrinsèque de celles-ci ne devraient pas être considérées comme faisant obstacle à la possibilité d'une cession à la Couronne moyennant contrepartie de valeur. Au contraire, l'idée de cession renforce la conclusion que le titre aborigène est limité. Si les autochtones désirent utiliser leurs terres d'une manière que ne permet pas le titre, ils doivent alors les céder et les convertir en terres non visées par un titre aborigène.

Le titre aborigène a été reconnu en common law bien avant 1982 et est par conséquent protégé dans sa forme complète par le par. 35(1). Toutefois, la constitutionnalisation par le par. 35(1) des droits ancestraux reconnus en common law ne signifie pas que ces droits épuisent le contenu du par. 35(1). L'existence d'un droit ancestral

necessary, for the recognition and affirmation of that right by s. 35(1).

Constitutionally recognized aboriginal rights fall along a spectrum with respect to their degree of connection with the land. At the one end are those aboriginal rights which are practices, customs and traditions integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the right but where the use and occupation of the land where the activity is taking place is not sufficient to support a claim of title to the land. In the middle are activities which, out of necessity, take place on land and indeed, might be intimately related to a particular piece of land. Although an aboriginal group may not be able to demonstrate title to the land, it may nevertheless have a site-specific right to engage in a particular activity. At the other end of the spectrum is aboriginal title itself which confers more than the right to engage in site-specific activities which are aspects of the practices, customs and traditions of distinctive aboriginal cultures. Site-specific rights can be made out even if title cannot. Because aboriginal rights can vary with respect to their degree of connection with the land, some aboriginal groups may be unable to make out a claim to title, but will nevertheless possess aboriginal rights that are recognized and affirmed by s. 35(1), including site-specific rights to engage in particular activities.

Aboriginal title is a right to the land itself. That land may be used, subject to the inherent limitations of aboriginal title, for a variety of activities, none of which need be individually protected as aboriginal rights under s. 35(1). Those activities are parasitic on the underlying title. Section 35(1), since its purpose is to reconcile the prior presence of aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty, must recognize and affirm both aspects of that prior presence — first, the occupation of land, and second, the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land.

The test for the identification of aboriginal rights to engage in particular activities and the test for the identification of aboriginal title, although broadly similar, are

reconnu en common law est donc suffisante, mais pas nécessaire, pour la reconnaissance et la confirmation de ce droit par le par. 35(1).

Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a le cas des droits ancestraux qui sont des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe qui revendique le droit en question mais où l'occupation et l'utilisation du territoire sur lequel l'activité est pratiquée sont insuffisantes pour étayer la revendication du titre sur celui-ci. Au milieu du spectre, on trouve les activités qui, par nécessité, sont pratiquées sur le territoire et, de fait, pourraient même être étroitement rattachées à une parcelle de terrain particulière. Bien qu'un groupe autochtone puisse être incapable de démontrer l'existence d'un titre sur le territoire, il peut quand même avoir le droit — spécifique à un site — de s'adonner à une activité particulière. À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit, qui confère quelque chose de plus que le droit d'exercer des activités spécifiques à un site qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions de cultures autochtones distinctives. L'existence de droits spécifiques à un site peut être établie même si l'existence d'un titre ne peut pas l'être. Étant donné que les droits ancestraux peuvent varier en fonction de leur degré de rattachement au territoire, il est possible que certains groupes autochtones soient incapables d'établir le bien-fondé de leur revendication d'un titre, mais qu'ils possèdent néanmoins des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), notamment des droits spécifiques à un site d'exercer des activités particulières.

Le titre aborigène est le droit au territoire lui-même. Sous réserve des limites inhérentes au titre aborigène, ce territoire peut être utilisé pour diverses activités, dont aucune ne doit nécessairement être protégée individuellement en tant que droit ancestral prévu au par. 35(1). Ces activités sont des parasites du titre sous-jacent. Comme l'objet du par. 35(1) est de concilier la présence antérieure des peuples autochtones en Amérique du Nord avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, cette disposition doit reconnaître et confirmer les deux aspects de cette préexistence, savoir l'occupation du territoire, d'une part, et l'organisation sociale antérieure et les cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire, d'autre part.

Bien que le critère applicable pour déterminer l'existence de droits ancestraux autorisant l'exercice d'activités particulières et le critère applicable pour détermi-

distinct in two ways. First, under the test for aboriginal title, the requirement that the land be integral to the distinctive culture of the claimants is subsumed by the requirement of occupancy. Second, whereas the time for the identification of aboriginal rights is the time of first contact, the time for the identification of aboriginal title is the time at which the Crown asserted sovereignty over the land.

In order to establish a claim to aboriginal title, the aboriginal group asserting the claim must establish that it occupied the lands in question at the time at which the Crown asserted sovereignty over the land subject to the title. In the context of aboriginal title, sovereignty is the appropriate time period to consider for several reasons. First, from a theoretical standpoint, aboriginal title arises out of prior occupation of the land by aboriginal peoples and out of the relationship between the common law and pre-existing systems of aboriginal law. Aboriginal title is a burden on the Crown's underlying title. The Crown, however, did not gain this title until it asserted sovereignty and it makes no sense to speak of a burden on the underlying title before that title existed. Aboriginal title crystallized at the time sovereignty was asserted. Second, aboriginal title does not raise the problem of distinguishing between distinctive, integral aboriginal practices, customs and traditions and those influenced or introduced by European contact. Under common law, the act of occupation or possession is sufficient to ground aboriginal title and it is not necessary to prove that the land was a distinctive or integral part of the aboriginal society before the arrival of Europeans. Finally, the date of sovereignty is more certain than the date of first contact.

Both the common law and the aboriginal perspective on land should be taken into account in establishing the proof of occupancy. At common law, the fact of physical occupation is proof of possession at law, which in turn will ground title to the land. Physical occupation may be established in a variety of ways, ranging from the construction of dwellings through cultivation and enclosure of fields to regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources. In considering whether occupation sufficient

ner l'existence d'un titre aborigène comportent de grandes similitudes, ils se distinguent l'un de l'autre de deux façons: premièrement, dans le cadre du critère relatif au titre aborigène, l'exigence que le territoire fasse partie intégrante de la culture distincte des demandeurs est subsumée sous l'exigence d'occupation; deuxièmement, alors que c'est le moment du premier contact avec les Européens qui est le moment pertinent pour la détermination des droits ancestraux, dans le cas du titre aborigène, c'est le moment de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur le territoire.

Pour établir le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique le titre doit démontrer qu'il occupait les terres en question au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté sur ces terres. Lorsqu'il est question de titre aborigène, la période de l'affirmation de la souveraineté est celle qui doit être prise en considération, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, d'un point de vue théorique, le titre aborigène découle de l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones et du rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants. Le titre aborigène grève le titre sous-jacent de la Couronne. Cependant, celle-ci n'a acquis ce titre qu'à compter du moment où elle a affirmé sa souveraineté sur le territoire en question et il serait absurde de parler d'une charge grevant le titre sous-jacent avant que celui-ci ait existé. Le titre aborigène s'est cristallisé au moment de l'affirmation de la souveraineté. Deuxièmement, le titre aborigène ne soulève pas le problème que pose la distinction entre les coutumes, pratiques et traditions distinctives faisant partie intégrante d'une société autochtone et celles qui ont été introduites par suite du contact avec les Européens ou influencées par celui-ci. En vertu de la common law, le fait de l'occupation ou de la possession suffit pour fonder un titre aborigène, et il n'est pas nécessaire de prouver que le territoire en question faisait partie intégrante de la société autochtone visée avant l'arrivée des Européens ou qu'il était un élément distinctif de celle-ci. Finalement, la date de l'affirmation de la souveraineté a un caractère plus certain que celle du premier contact avec les Européens.

Tant la common law que le point de vue des autochtones à l'égard du territoire devraient être pris en compte dans la démonstration de l'occupation. En common law, l'occupation physique fait preuve de la possession en droit, fait qui à son tour fondera le droit au titre sur les terres. L'occupation physique peut être prouvée par différents faits, allant de la construction de bâtiments à l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation de ses ressources, en pas-

to ground title is established, the group's size, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed must be taken into account. Given the occupancy requirement, it was not necessary to include as part of the test for aboriginal title whether a group demonstrated a connection with the piece of land as being of central significance to its distinctive culture. Ultimately, the question of physical occupation is one of fact to be determined at trial.

If present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation. Since conclusive evidence of pre-sovereignty occupation may be difficult, an aboriginal community may provide evidence of present occupation as proof of pre-sovereignty occupation in support of a claim to aboriginal title. An unbroken chain of continuity need not be established between present and prior occupation. The fact that the nature of occupation has changed would not ordinarily preclude a claim for aboriginal title, as long as a substantial connection between the people and the land is maintained. The only limitation on this principle might be that the land not be used in ways which are inconsistent with continued use by future generations of aboriginals.

At sovereignty, occupation must have been exclusive. This requirement flows from the definition of aboriginal title itself, which is defined in terms of the right to exclusive use and occupation of land. The test must take into account the context of the aboriginal society at the time of sovereignty. The requirement of exclusive occupancy and the possibility of joint title can be reconciled by recognizing that joint title can arise from shared exclusivity. As well, shared, non-exclusive aboriginal rights short of aboriginal title but tied to the land and permitting a number of uses can be established if exclusivity cannot be proved. The common law should develop to recognize aboriginal rights as they were rec-

sant par la délimitation et la culture de champs. Dans l'examen de la question de savoir si on a fait la preuve d'une occupation suffisante pour fonder un titre aborigène, il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées. Compte tenu de l'exigence d'occupation, il n'est pas nécessaire d'inclure dans le critère relatif au titre aborigène la question de savoir si le groupe concerné a démontré que le lien qui le rattache au territoire visé est d'une importance fondamentale pour sa culture distinctive. En définitive, la preuve de l'occupation physique est une question de fait à trancher au procès.

Si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, il faut qu'il y ait une continuité entre l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté et l'occupation actuelle. Étant donné qu'il peut s'avérer difficile d'apporter des éléments de preuve concluants d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, une collectivité autochtone peut produire, au soutien de la revendication d'un titre aborigène, des éléments de preuve de l'occupation actuelle comme preuve de l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté. Il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une continuité parfaite entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure. Le fait que la nature de l'occupation ait changé ne fera généralement pas obstacle à la revendication d'un titre aborigène, dans la mesure où un lien substantiel entre le peuple et le territoire en question a été maintenu. La seule restriction à ce principe pourrait être qu'il ne soit pas fait du territoire des utilisations incompatibles avec son usage continu par les générations autochtones futures.

L'occupation doit avoir été exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté. Cette exigence d'exclusivité découle de la définition même du titre aborigène, défini comme étant le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées. Le critère doit prendre en compte le contexte de la société autochtone au moment de l'affirmation de la souveraineté. Il est possible de concilier l'exigence d'occupation exclusive et l'existence possible d'un titre conjoint en reconnaissant qu'un titre conjoint peut découler d'une exclusivité partagée. De même, l'existence de droits ancestraux non exclusifs partagés ne constituant pas un titre, mais par ailleurs liés au territoire et permettant certaines utilisations, peut être établie, même si l'exclusivité ne peut être prouvée. La common law doit évoluer pour reconnaître les droits ancestraux qui étaient reconnus soit par

ognized by either *de facto* practice or by aboriginal systems of governance.

*Per* La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: "Aboriginal title" is based on the continued occupation and use of the land as part of the aboriginal peoples' traditional way of life. This *sui generis* interest is not equated with fee simple ownership; nor can it be described with reference to traditional property law concepts. It is personal in that it is generally inalienable except to the Crown and, in dealing with this interest, the Crown is subject to a fiduciary obligation to treat the aboriginal peoples fairly. There is reluctance to define more precisely the right of aboriginal peoples to live on their lands as their forefathers had lived.

The approach to defining the aboriginal right of occupancy is highly contextual. A distinction must be made between (1) the recognition of a general right to occupy and possess ancestral lands and (2) the recognition of a discrete right to engage in an aboriginal activity in a particular area. The latter has been defined as the traditional use, by a tribe of Indians, that has continued from pre-contact times of a particular area for a particular purpose. By contrast, a general claim to occupy and possess vast tracts of territory is the right to use the land for a variety of activities related to the aboriginal society's habits and mode of life. As well, in defining the nature of "aboriginal title", reference need not be made to statutory provisions and regulations dealing with reserve lands.

In defining the nature of "aboriginal title", reference need not be made to statutory provisions and regulations dealing specifically with reserve lands. Though the interest of an Indian band in a reserve has been found to be derived from, and to be of the same nature as, the interest of an aboriginal society in its traditional tribal lands, it does not follow that specific statutory provisions governing reserve lands should automatically apply to traditional tribal lands.

The "key" factors for recognizing aboriginal rights under s. 35(1) are met in the present case. First, the nature of an aboriginal claim must be identified precisely with regard to particular practices, customs and traditions. When dealing with a claim of "aboriginal

une pratique *de facto*, soit par un régime de gestion autochtone.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: Le «titre aborigène» se fonde sur l'occupation et l'utilisation ininterrompues des terres visées par le peuple autochtone dans le cadre de son mode de vie traditionnel. Ce droit *sui generis* n'équivaut pas à la propriété en fief simple et il ne peut pas non plus être décrit au moyen des concepts traditionnels du droit des biens. Il est personnel en ce sens qu'il est généralement inaliénable, sauf en faveur de la Couronne qui, dans ses opérations concernant un tel droit, est assujettie à une obligation de fiduciaire, savoir celle de traiter équitablement les peuples autochtones. On hésite à définir avec plus de précision le droit des peuples autochtones de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres.

Le point de vue adopté pour définir le droit d'occupation ancestral est éminemment contextuel. Il est nécessaire de faire la distinction entre les deux aspects suivants: (1) la reconnaissance d'un droit général d'occuper et de posséder des terres ancestrales; (2) la reconnaissance d'un droit distinct d'exercer une activité autochtone dans une région particulière. Ce dernier aspect a été défini comme étant l'utilisation traditionnelle — remontant avant l'arrivée des Européens — que fait une tribu indienne d'un territoire donné, à une fin particulière. À l'opposé, une revendication générale visant le droit d'occuper et de posséder de vastes étendues de territoire concerne le droit d'utiliser ces terres pour y exercer différentes activités liées aux habitudes et au mode de vie de la société autochtone concernée. En outre, en définissant la nature du «titre aborigène», il n'est pas nécessaire de se référer aux dispositions législatives et réglementaires concernant les terres des réserves.

En définissant la nature du «titre aborigène», il n'est pas nécessaire de se référer aux dispositions législatives et réglementaires visant spécifiquement les terres des réserves. Même s'il a été jugé que le droit que possède une bande indienne sur une réserve découle du droit de la société autochtone sur ses terres tribales traditionnelles, il ne s'ensuit aucunement que les dispositions législatives particulières régissant les terres des réserves s'appliquent automatiquement aux terres tribales traditionnelles.

Il est satisfait, dans le présent pourvoi, aux facteurs «clés» permettant de reconnaître des droits ancestraux en vertu du par. 35(1). Premièrement, la nature d'une revendication autochtone doit être rattachée précisément à des coutumes, pratiques et traditions particulières. Le

title”, the court will focus on the occupation and use of the land as part of the aboriginal society’s traditional way of life.

Second, an aboriginal society must specify the area that has been continuously used and occupied by identifying general boundaries. Exclusivity means that an aboriginal group must show that a claimed territory is indeed its ancestral territory and not the territory of an unconnected aboriginal society. It is possible that two or more aboriginal groups may have occupied the same territory and therefore a finding of joint occupancy would not be precluded.

Third, the aboriginal right of possession is based on the continued occupation and use of traditional tribal lands since the assertion of Crown sovereignty. However, the date of sovereignty may not be the only relevant time to consider. Continuity may still exist where the present occupation of one area is connected to the pre-sovereignty occupation of another area. Also, aboriginal peoples claiming a right of possession may provide evidence of present occupation as proof of prior occupation. Further, it is not necessary to establish an unbroken chain of continuity.

Fourth, if aboriginal peoples continue to occupy and use the land as part of their traditional way of life, the land is of central significance to them. Aboriginal occupancy refers not only to the presence of aboriginal peoples in villages or permanently settled areas but also to the use of adjacent lands and even remote territories used to pursue a traditional mode of life. Occupancy is part of aboriginal culture in a broad sense and is, therefore, absorbed in the notion of distinctiveness. The *Royal Proclamation, 1763* supports this approach to occupancy.

McLachlin J. was in substantial agreement.

*Infringements of Aboriginal Title: The Test of Justification*

*Per* Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major JJ.: Constitutionally recognized aboriginal rights are not absolute and may be infringed by the federal and pro-

tribunal qui examine la revendication d’un «titre aborigène» se demande principalement si l’occupation et l’utilisation des terres visées faisaient partie du mode de vie traditionnel de la société autochtone concernée.

Deuxièmement, la société autochtone doit spécifier le territoire qui a été utilisé et occupé de façon ininterrompue en en indiquant les limites générales. L’exclusivité signifie que le groupe autochtone doit établir que le territoire qu’il revendique est, en fait, son territoire ancestral et non celui d’une autre société autochtone avec laquelle il n’a aucun lien. Comme il est possible que deux groupes autochtones ou plus aient occupé le même territoire, il est donc possible de conclure à l’existence d’une occupation conjointe.

Troisièmement, le droit de possession ancestral se fonde sur l’occupation et l’utilisation ininterrompues de terres tribales traditionnelles depuis l’affirmation par la Couronne de sa souveraineté. Cependant, il est possible que la date de l’affirmation de la souveraineté ne soit pas le seul moment pertinent dont il faille tenir compte. Il peut encore y avoir continuité lorsque l’occupation actuelle d’une région est liée à l’occupation d’une autre région avant l’affirmation de la souveraineté. En outre, les peuples autochtones qui revendiquent un droit de possession peuvent présenter des éléments de preuve de l’occupation actuelle du territoire visé pour établir son occupation antérieure. De plus, il n’est pas nécessaire de faire la preuve d’une continuité parfaite.

Quatrièmement, si des peuples autochtones continuent d’occuper et d’utiliser le territoire visé dans le cadre de leur mode de vie traditionnel, ce territoire a une importance fondamentale pour eux. La notion d’occupation d’un territoire par des autochtones ne s’entend pas seulement de la présence de peuples autochtones dans des villages ou des établissements permanents, mais également de l’utilisation de terres adjacentes et même de territoires éloignés dans le cadre d’un mode de vie traditionnel. L’occupation constitue un aspect de la culture autochtone prise dans un sens large et s’intègre, par conséquent, à la notion de caractère distinctif. Cette approche relative à la nature de l’occupation est étayée par la *Proclamation royale de 1763*.

Le juge McLachlin est largement en accord avec ces motifs.

*Les atteintes au titre aborigène: le critère de justification*

*Le* juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Les droits ancestraux reconnus et confirmés par la Constitution ne sont pas absolus, et tant le gouver-

vincial governments if the infringement (1) furthers a compelling and substantial legislative objective and (2) is consistent with the special fiduciary relationship between the Crown and the aboriginal peoples. The development of agriculture, forestry, mining and hydroelectric power, the general economic development of the interior of British Columbia, protection of the environment or endangered species, and the building of infrastructure and the settlement of foreign populations to support those aims, are objectives consistent with this purpose. Three aspects of aboriginal title are relevant to the second part of the test. First, the right to exclusive use and occupation of land is relevant to the degree of scrutiny of the infringing measure or action. Second, the right to choose to what uses land can be put, subject to the ultimate limit that those uses cannot destroy the ability of the land to sustain future generations of aboriginal peoples, suggests that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples may be satisfied by the involvement of aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands. There is always a duty of consultation and, in most cases, the duty will be significantly deeper than mere consultation. And third, lands held pursuant to aboriginal title have an inescapable economic component which suggests that compensation is relevant to the question of justification as well. Fair compensation will ordinarily be required when aboriginal title is infringed.

*Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.:* Rights that are recognized and affirmed are not absolute. Government regulation can therefore infringe upon aboriginal rights if it meets the test of justification under s. 35(1). The approach is highly contextual.

The general economic development of the interior of British Columbia, through agriculture, mining, forestry and hydroelectric power, as well as the related building of infrastructure and settlement of foreign populations, are valid legislative objectives that, in principle, satisfy the first part of the justification analysis. Under the second part, these legislative objectives are subject to accommodation of the aboriginal peoples' interests. This accommodation must always be in accordance with

nement fédéral que les gouvernements provinciaux peuvent y porter atteinte si (1) l'atteinte au droit ancestral visé se rapporte à la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel; (2) l'atteinte est compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones. L'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins, sont des types d'objectifs compatibles avec cet objet. Trois aspects du titre aborigène sont pertinents quant à la deuxième étape du critère. Premièrement, le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées est pertinent pour ce qui est du degré d'examen auquel est soumis la mesure ou l'acte qui porte atteinte au titre. Deuxièmement, le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites de ces terres, sous réserve de la restriction ultime que ces usages ne sauraient détruire la capacité de ces terres d'assurer la subsistance des générations futures de peuples autochtones, indique qu'il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres. Il y a toujours obligation de consultation et, dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Troisièmement, les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ont une composante économique inéluctable qui montre que l'indemnisation est également un facteur pertinent à l'égard de la question de la justification. Il sera généralement nécessaire de verser une juste indemnité en cas d'atteinte à un titre aborigène.

*Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé:* Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus. Des mesures de réglementation prises par le gouvernement peuvent porter atteinte aux droits ancestraux si elles satisfont au critère de justification des atteintes aux droits visés au par. 35(1). La méthode adoptée est éminemment contextuelle.

Le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique par l'agriculture, l'exploitation minière, la foresterie et l'énergie hydroélectrique, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ce développement sont des objectifs législatifs réguliers qui, en principe, satisfont au premier volet du critère de justification. Dans le cadre du second volet de ce critère, ces objectifs législatifs doivent tenir compte des intérêts des peuples

the honour and good faith of the Crown. One aspect of accommodation of “aboriginal title” entails notifying and consulting aboriginal peoples with respect to the development of the affected territory. Another aspect is fair compensation.

McLachlin J. was in substantial agreement.

#### *Self-Government*

*Per* The Court: The errors of fact made by the trial judge, and the resultant need for a new trial, made it impossible for this Court to determine whether the claim to self-government had been made out.

#### *Extinguishment*

*Per* Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major J.J.: Section 91(24) of the *Constitution Act, 1867* (the federal power to legislate in respect of Indians) carries with it the jurisdiction to legislate in relation to aboriginal title, and by implication, the jurisdiction to extinguish it. The ownership by the provincial Crown (under s. 109) of lands held pursuant to aboriginal title is separate from jurisdiction over those lands. Notwithstanding s. 91(24), provincial laws of general application apply *proprio vigore* to Indians and Indian lands.

A provincial law of general application cannot extinguish aboriginal rights. First, a law of general application cannot, by definition, meet the standard “of clear and plain intention” needed to extinguish aboriginal rights without being *ultra vires* the province. Second, s. 91(24) protects a core of federal jurisdiction even from provincial laws of general application through the operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. That core has been described as matters touching on “Indianness” or the “core of Indianness”.

Provincial laws which would otherwise not apply to Indians *proprio vigore* are allowed to do so by s. 88 of the *Indian Act* which incorporates by reference provincial laws of general application. This provision, however, does not “invigorate” provincial laws which are invalid because they are in relation to Indians and Indian lands.

autochtones. Cette prise en compte doit toujours être faite conformément à l’obligation de la Couronne d’agir honorablement et de bonne foi. L’un des aspects de cette prise en compte, dans un tel contexte, consiste à informer et à consulter les peuples autochtones relativement au développement du territoire visé. Un autre aspect de la prise en compte est la question de la juste indemnisation.

Le juge McLachlin est largement en accord avec ces motifs.

#### *L’autonomie gouvernementale*

*La* Cour: En raison des erreurs de fait commises par le juge de première instance et de la nécessité de tenir un nouveau procès qui en a découlé, il est impossible pour la Cour de décider si le bien-fondé de la revendication de l’autonomie gouvernementale a été établi.

#### *L’extinction*

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (le pouvoir du fédéral de légiférer sur les Indiens) emporte le pouvoir de légiférer relativement au titre aborigène et par implication, celui d’éteindre ce titre. Le droit de propriété de la province sur les terres détenues en vertu d’un titre aborigène (en vertu de l’art. 109) est distinct de la compétence exercée à l’égard de ces terres. Malgré le par. 91(24), les lois provinciales d’application générale s’appliquent *proprio vigore* (d’elles-mêmes) aux Indiens et aux terres indiennes.

Une loi provinciale d’application générale ne peut pas éteindre des droits ancestraux. Premièrement, par définition, une loi provinciale d’application générale ne peut pas, sans être *ultra vires*, respecter la norme de l’«intention claire et expresse» établie à l’égard de l’extinction des droits ancestraux. Deuxièmement, le par. 91(24) protège le fondement de la compétence du fédéral, même contre les lois provinciales d’application générale, par l’application du principe de l’exclusivité des compétences. Il a été dit que ce fondement se rapporte à des questions touchant à la «quiddité indienne», ou indianité, ou à l’«essentiel de l’indianité».

Des règles de droit provinciales qui autrement ne s’appliqueraient pas d’elles-mêmes aux Indiens peuvent le faire par l’effet de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui incorpore par renvoi les lois provinciales d’application générale. Cependant, cette disposition ne «revigore» pas des règles de droit provinciales qui sont invalides parce qu’elles se rapportent aux Indiens et aux terres indiennes.

*Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.*: The province had no authority to extinguish aboriginal rights either under the *Constitution Act, 1867* or by virtue of s. 88 of the *Indian Act*.

McLachlin J. was in substantial agreement.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Considered:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, aff'g sub nom. *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; **referred to:** *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Mabo v. Queensland* (1992), 107 A.L.R. 1; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Uukw v. R.*, [1987] 6 W.W.R. 155; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285.

By La Forest J.

**Considered:** *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R.

*Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé*: La province n'avait pas le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les indiens*.

Le juge McLachlin est largement en accord avec ces motifs.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts examinés:** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, conf. sub nom. *St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; **arrêts mentionnés:** *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Mabo c. Queensland* (1992), 107 A.L.R. 1; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Uukw c. R.*, [1987] 6 W.W.R. 155; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; *United States c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285.

Citée par le juge La Forest

**Arrêts examinés:** *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2

507; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **referred to:** *R. v. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774; *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642, aff'g *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150.

R.C.S. 507; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés:** *R. c. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774; *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642, conf. *R. c. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867*, ss. 91(24), 109.  
*Constitution Act, 1982*, s. 35(1).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 18, 88.  
*Indian Oil and Gas Act*, R.S.C., 1985, c. I-7, s. 6(2).  
*Royal Proclamation, 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No.1.  
*Treaty Between Her Majesty And The United States Of America, For The Settlement Of The Oregon Boundary (Oregon Boundary Treaty, 1846)*, TS 120.

### Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24), 109.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1).  
*Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. (1985), ch. I-7, art. 6(2).  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 18, 88.  
*Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.  
*Treaty Between Her Majesty And The United States Of America, For The Settlement Of The Oregon Boundary (Oregon Boundary Treaty, 1846)*, TS 120.

### Authors Cited

Burn, E. H. *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 14th ed. London: Butterworths, 1988.  
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vols. 1 (*Looking Forward, Looking Back*) and 2 (*Restructuring the Relationship*). Ottawa: The Commission, 1996.  
 Gagne, Jocelyn. "The Content of Aboriginal Title at Common Law: A Look at the Nishga Claim" (1982-83), 47 *Sask. L. Rev.* 309.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.  
 Howard, Michael Newman, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. *Phipson on Evidence*, 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.  
 Macklem, Patrick. "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 *McGill L.J.* 382.  
 McLeod, Clay. "The Oral Histories of Canada's Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada's Fiduciary Duty to First Nations: Breaking Down the Barriers of the Past" (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1276.  
 McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.  
 McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.

### Doctrine citée

Burn, E. H. *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 14th ed. London: Butterworths, 1988.  
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1 (*Un passé, un avenir*) et 2 (*Une relation à redéfinir*). Ottawa: La Commission, 1996.  
 Gagne, Jocelyn. "The Content of Aboriginal Title at Common Law: A Look at the Nishga Claim" (1982-83), 47 *Sask. L. Rev.* 309.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.  
 Howard, Michael Newman, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. *Phipson on Evidence*, 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.  
 Macklem, Patrick. "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 *R.D. McGill* 382.  
 McLeod, Clay. "The Oral Histories of Canada's Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada's Fiduciary Duty to First Nations: Breaking Down the Barriers of the Past" (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1276.  
 McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.  
 McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.

McNeil, Kent. "The Meaning of Aboriginal Title". In Michael Asch, ed., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*. Vancouver: U.B.C. Press, 1997.

Megarry, Robert E., and H. W. R. Wade. *The Law of Real Property*, 4th ed. London: Stevens, 1975.

O'Reilly, James. "La Loi constitutionnelle de 1982, droit des autochtones" (1984), 25 *C. de D.* 125.

Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II — Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.

Sanders, Douglas. "Pre-Existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada". In Gerald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 707.

Sanders, Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314.

Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.

Slattery, Brian. "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1982-83), 8 *Queen's L.J.* 232.

Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 30 B.C.A.C. 1, 49 W.A.C. 1, 104 D.L.R. (4th) 470, [1993] 5 W.W.R. 97, [1993] 5 C.N.L.R. 1, [1993] B.C.J. No. 1395 (QL), varying an order of McEachern C.J., [1991] 3 W.W.R. 97, [1991] 5 C.N.L.R. xiii, (1991), 79 D.L.R. (4th) 185, [1991] B.C.J. No. 525 (QL), and dismissing British Columbia's cross-appeal as abandoned. Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed.

*Stuart Rush, Q.C., Peter Grant, Michael Jackson, Louise Mandell and David Paterson*, for the appellants and respondents on the cross-appeal, the Gitksan Hereditary Chiefs *et al.*

*Marvin R. V. Storrow, Q.C., Joanne R. Lysyk and Joseph C. McArthur*, for the appellants and respondents on the cross-appeal, the Wet'suwet'en Hereditary Chiefs *et al.*

McNeil, Kent. «The Meaning of Aboriginal Title». In Michael Asch, ed., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*. Vancouver: U.B.C. Press, 1997.

Megarry, Robert E., and H. W. R. Wade. *The Law of Real Property*, 4th ed. London: Stevens, 1975.

O'Reilly, James. «La Loi constitutionnelle de 1982, droit des autochtones» (1984), 25 *C. de D.* 125.

Pentney, William. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.

Sanders, Douglas. «Les droits préexistants: les peuples autochtones du Canada». Dans Gerald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 779.

Sanders, Douglas. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.

Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.

Slattery, Brian. «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1982-83), 8 *Queen's L.J.* 232.

Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 30 B.C.A.C. 1, 49 W.A.C. 1, 104 D.L.R. (4th) 470, [1993] 5 W.W.R. 97, [1993] 5 C.N.L.R. 1, [1993] B.C.J. No. 1395 (QL), modifiant une ordonnance du juge en chef McEachern, [1991] 3 W.W.R. 97, [1991] 5 C.N.L.R. xiii, (1991), 79 D.L.R. (4th) 185, [1991] B.C.J. No. 525 (QL), et rejetant le pourvoi incident de la Colombie-Britannique pour cause d'abandon. Pourvoi accueilli en partie; pourvoi incident rejeté.

*Stuart Rush, c.r., Peter Grant, Michael Jackson, Louise Mandell et David Paterson*, pour les appelants et intimés dans le pourvoi incident, les chefs héréditaires Gitksan et autres.

*Marvin R. V. Storrow, c.r., Joanne R. Lysyk et Joseph C. McArthur*, pour les appelants et intimés dans le pourvoi incident, les chefs héréditaires Wet'suwet'en et autres.

*Joseph J. Arvay, Q.C., Mark G. Underhill and Brenda Edwards*, for the respondent and appellant on the cross-appeal, Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

*Graham Garton, Q.C., Judith Bowers, Q.C., Murray T. Wolf and Geoffrey S. Lester*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Arthur Pape, Harry A. Slade, Peter Hogg and Jean Teillet*, for the intervener the First Nations Summit.

*Jack Woodward and Albert C. Peeling*, for the intervener the Westbank First Nation.

*Marvin R. V. Storrow, Q.C., Joanne R. Lysyk and Joseph C. McArthur*, for the interveners the Musqueam Nation *et al.*

*J. Keith Lowes*, for the interveners the B.C. Cattlemen's Association *et al.*

*Charles F. Willms*, for the intervener Skeena Cellulose Inc.

*J. Edward Gouge, Q.C., and Jill M. Marks*, for the intervener Alcan Aluminum Ltd.

The judgment of Lamer C.J. and Cory and Major JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

<sup>1</sup>

This appeal is the latest in a series of cases in which it has fallen to this Court to interpret and apply the guarantee of existing aboriginal rights found in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Although that line of decisions, commencing with *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, proceeding through the *Van der Peet* trilogy (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723), and ending in *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, and *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, have laid down the jurisprudential framework for s. 35(1), this appeal raises a set of

*Joseph J. Arvay, c.r., Mark G. Underhill et Brenda Edwards*, pour l'intimée et appelante dans le pourvoi incident, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

*Graham Garton, c.r., Judith Bowers, c.r., Murray T. Wolf et Geoffrey S. Lester*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

*Arthur Pape, Harry A. Slade, Peter Hogg et Jean Teillet*, pour l'intervenant le First Nations Summit.

*Jack Woodward et Albert C. Peeling*, pour l'intervenante la Première nation de Westbank.

*Marvin R. V. Storrow, c.r., Joanne R. Lysyk et Joseph C. McArthur*, pour les intervenants la Nation Musqueam et autres.

*J. Keith Lowes*, pour les intervenants la B.C. Cattlemen's Association et autres.

*Charles F. Willms*, pour l'intervenante Skeena Cellulose Inc.

*J. Edward Gouge, c.r., et Jill M. Marks*, pour l'intervenante Alcan Aluminium Ltée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

Le présent pourvoi est le plus récent d'une série d'affaires où notre Cour a été appelée à interpréter et à appliquer la garantie relative aux droits ancestraux existants prévue au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bien que cette série de décisions — qui a commencé par l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, s'est poursuivie par la trilogie *Van der Peet* (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723), et s'est terminée par les arrêts *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, et *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 — ait établi le cadre jurisprudentiel d'analyse du

interrelated and novel questions which revolve around a single issue — the nature and scope of the constitutional protection afforded by s. 35(1) to common law aboriginal title.

In *Adams*, and in the companion decision in *Côté*, I considered and rejected the proposition that claims to aboriginal rights must also be grounded in an underlying claim to aboriginal title. But I held, nevertheless, that aboriginal title was a distinct species of aboriginal right that was recognized and affirmed by s. 35(1). Since aboriginal title was not being claimed in those earlier appeals, it was unnecessary to say more. This appeal demands, however, that the Court now explore and elucidate the implications of the constitutionalization of aboriginal title. The first is the specific content of aboriginal title, a question which this Court has not yet definitively addressed, either at common law or under s. 35(1). The second is the related question of the test for the proof of title, which, whatever its content, is a right in land, and its relationship to the definition of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) in *Van der Peet* in terms of activities. The third is whether aboriginal title, as a right in land, mandates a modified approach to the test of justification first laid down in *Sparrow* and elaborated upon in *Gladstone*.

In addition to the relationship between aboriginal title and s. 35(1), this appeal also raises an important practical problem relevant to the proof of aboriginal title which is endemic to aboriginal rights litigation generally — the treatment of the oral histories of Canada's aboriginal peoples by the courts. In *Van der Peet*, I held that the common law rules of evidence should be adapted to take into account the *sui generis* nature of aboriginal

par. 35(1), le présent pourvoi soulève un ensemble de nouvelles questions interreliées, qui concernent une seule et même question — la nature et la portée de la protection constitutionnelle accordée par le par. 35(1) au titre aborigène reconnu en common law.

Dans *Adams*, ainsi que dans l'arrêt connexe *Côté*, j'ai examiné et rejeté l'argument voulant qu'une revendication visant des droits ancestraux doive aussi s'appuyer sur une revendication sous-jacente visant un titre aborigène. J'ai néanmoins conclu que le titre aborigène était une espèce distincte de droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1). Comme aucun titre aborigène n'était revendiqué dans ces pourvois antérieurs, il n'était pas nécessaire d'en dire davantage. Cependant, dans le cadre du présent pourvoi, la Cour doit examiner et élucider les conséquences de la constitutionnalisation du titre aborigène. La première conséquence a trait au contenu précis du titre aborigène, question à laquelle notre Cour n'a pas encore répondu de manière définitive, tant au regard de la common law que du par. 35(1). La deuxième est la question connexe du critère applicable pour faire la preuve du titre qui, quel que soit son contenu, est un droit foncier, et de sa relation avec la définition des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) qui a été donnée dans *Van der Peet* en fonction de la notion d'activités. La troisième est la question de savoir si le titre aborigène, en tant que droit foncier, commande une approche modifiée à l'égard du critère de justification qui d'abord a été énoncé dans *Sparrow* puis précisé dans *Gladstone*.

En plus du rapport entre le titre aborigène et le par. 35(1), le présent pourvoi soulève aussi un problème pratique important en matière de preuve du titre aborigène, problème généralement commun à tout litige portant sur des droits ancestraux, soit le traitement réservé par les tribunaux aux récits oraux des peuples autochtones du Canada. Dans *Van der Peet*, j'ai conclu que les règles de la common law en matière de preuve devaient être adaptées pour tenir compte du caractère *sui generis* des droits ancestraux. Dans le présent pourvoi, notre

2

3

rights. In this appeal, the Court must address what specific form those modifications must take.

Cour doit se demander quelle forme précise doivent prendre ces modifications.

4 Finally, given the existence of aboriginal title in British Columbia, this Court must address, on cross-appeal, the question of whether the province of British Columbia, from the time it joined Confederation in 1871, until the entrenchment of s. 35(1) in 1982, had jurisdiction to extinguish the rights of aboriginal peoples, including aboriginal title, in that province. Moreover, if the province was without this jurisdiction, a further question arises — whether provincial laws of general application that would otherwise be inapplicable to Indians and Indian lands could nevertheless extinguish aboriginal rights through the operation of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

Finalement, vu l'existence du titre aborigène en Colombie-Britannique, notre Cour doit examiner, dans un pourvoi incident, la question de savoir si, à compter de son entrée dans la Confédération en 1871 jusqu'à l'inscription du par. 35(1) dans la Constitution en 1982, la province de la Colombie-Britannique a eu le pouvoir d'éteindre, sur son territoire, les droits des peuples autochtones, y compris le titre aborigène. En outre, si la province n'avait pas ce pouvoir, se pose alors une autre question: est-ce que les lois provinciales d'application générale, qui seraient normalement inapplicables aux Indiens et à leurs terres, pourraient néanmoins éteindre les droits ancestraux sous l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

## II. Facts

## II. Les faits

5 At the British Columbia Supreme Court, McEachern C.J. heard 374 days of evidence and argument. Some of that evidence was not in a form which is familiar to common law courts, including oral histories and legends. Another significant part was the evidence of experts in genealogy, linguistics, archeology, anthropology, and geography.

En Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge en chef McEachern a présidé à 374 jours de déposition et d'argumentation. Une partie de la preuve n'était pas dans une forme familière aux tribunaux de common law et comportait notamment des récits oraux et des légendes. Un autre bloc considérable d'éléments de preuve était constitué de témoignages d'experts en généalogie, en linguistique, en archéologie, en anthropologie et en géographie.

6 The trial judge's decision (reported at [1991] 3 W.W.R. 97) is nearly 400 pages long, with another 100 pages of schedules. Although I am of the view that there must be a new trial, I nevertheless find it useful to summarize some of the relevant facts, so as to put the remainder of the judgment into context.

La décision du juge de première instance (publié à [1991] 3 W.W.R. 97) compte près de 400 pages, auxquelles s'ajoute une autre centaine de pages d'annexes. Même si je suis d'avis qu'il faut un nouveau procès, je crois néanmoins utile de résumer certains des faits pertinents, de manière à mettre en contexte le reste du jugement.

### A. *The Claim at Trial*

### A. *La revendication au procès*

7 This action was commenced by the appellants, who are all Gitksan or Wet'suwet'en hereditary chiefs, who, both individually and on behalf of their "Houses" claimed separate portions of 58,000 square kilometres in British Columbia. For the purpose of the claim, this area was divided into

La présente action a été engagée par les appelants, tous des chefs héréditaires Wet'suwet'en ou Gitksan, qui, tant en leur propre nom qu'au nom de leurs «maisons», revendiquent des parties distinctes d'un territoire de 58 000 kilomètres carrés situé en Colombie-Britannique. Aux fins de la revendi-

133 individual territories, claimed by the 71 Houses. This represents all of the Wet'suwet'en people, and all but 12 of the Gitksan Houses. Their claim was originally for "ownership" of the territory and "jurisdiction" over it. (At this Court, this was transformed into, primarily, a claim for aboriginal title over the land in question.) The province of British Columbia counterclaimed for a declaration that the appellants have no right or interest in and to the territory or alternatively, that the appellants' cause of action ought to be for compensation from the Government of Canada.

*B. The Gitksan and Wet'suwet'en Peoples*

(1) Demography

The Gitksan consist of approximately 4,000 to 5,000 persons, most of whom now live in the territory claimed, which is generally the watersheds of the north and central Skeena, Nass and Babine Rivers and their tributaries. The Wet'suwet'en consist of approximately 1,500 to 2,000 persons, who also predominantly live in the territory claimed. This territory is mainly in the watersheds of the Bulkley and parts of the Fraser-Nechako River systems and their tributaries. It lies immediately east and south of the Gitksan.

Of course, the Gitksan and Wet'suwet'en are not the only people living in the claimed territory. As noted by both McEachern C.J. at trial (at p. 440) and Lambert J.A. on appeal (at p. 243), there are other aboriginals who live in the claimed territory, notably the Carrier-Sekani and Nishga peoples. Some of these people have unsettled land claims overlapping with the territory at issue here. Moreover, there are also numerous non-aboriginals living there. McEachern C.J. found that, at the time of the trial, the non-aboriginal population in the territory was over 30,000.

cation, ce grand territoire a été divisé en 133 territoires distincts, revendiqués par les 71 maisons. Y sont représentés tous les Wet'suwet'en et toutes les maisons Gitksan, à l'exception de 12. Initialement, les appelants revendiquaient la «propriété» du territoire et la «compétence» sur celui-ci. (Devant notre Cour, cette revendication a changé et est devenue principalement la revendication d'un titre aborigène sur le territoire en question.) La province de la Colombie-Britannique a présenté une demande reconventionnelle dans laquelle elle sollicite une déclaration portant que les appelants n'ont aucun droit ou intérêt dans le territoire, ou, subsidiairement, que la cause d'action des appelants devrait être l'obtention d'une indemnité de la part du gouvernement du Canada.

*B. Les Gitksan et les Wet'suwet'en*

(1) La démographie

Les Gitksan sont un groupe d'environ 4 000 à 5 000 personnes, dont la plupart vivent maintenant dans le territoire revendiqué, c'est-à-dire de façon générale le bassin centre-nord des rivières Skeena, Nass et Babine et de leurs affluents. Les Wet'suwet'en, qui sont environ 1 500 à 2 000, habitent eux aussi de façon prédominante le territoire revendiqué. Leur territoire est situé principalement dans le bassin de la rivière Bulkley et, en partie, dans le système hydrographique formé par les rivières Fraser et Nechako et leurs affluents. Ce territoire se trouve immédiatement à l'est et au sud de celui des Gitksan.

Les Gitksan et les Wet'suwet'en ne sont évidemment pas les seules personnes vivant dans le territoire revendiqué. Comme l'ont souligné tant le juge en chef McEachern en première instance (à la p. 440) que le juge Lambert en appel (à la p. 243), d'autres autochtones vivent sur ce territoire, notamment les Carrier-Sekani et les Nishga. Certains d'entre eux ont des revendications territoriales pendantes qui chevauchent en partie le territoire en cause dans la présente affaire. En outre, de nombreux non-autochtones y vivent. Le juge en chef McEachern a conclu que, au moment du procès, la population non autochtone du territoire dépassait 30 000 personnes.

8

9

(2) History

10

There were numerous theories of the history of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples before the trial judge. His conclusion from the evidence was that their ancestors migrated from Asia, probably through Alaska, and spread south and west into the areas which they found to be liveable. There was archeological evidence, which he accepted, that there was some form of human habitation in the territory and its surrounding areas from 3,500 to 6,000 years ago, and intense occupation of the Hagwilget Canyon site (near Hazelton), prior to about 4,000 to 3,500 years ago. This occupation was mainly in or near villages on the Skeena River, the Babine River or the Bulkley River, where salmon, the staple of their diet, was easily obtainable. The other parts of the territory surrounding and between their villages and rivers were used for hunting and gathering for both food and ceremonial purposes. The scope of this hunting and gathering area depended largely on the availability of the required materials in the areas around the villages. Prior to the commencement of the fur trade, there was no reason to travel far from the villages for anything other than their subsistence requirements.

(3) North American Exploration

11

There was little European influence in western Canada until the arrival of Capt. Cook at Nootka on Vancouver Island in 1778, which led to the sea otter hunt in the north Pacific. This influence grew with the establishment of the first Hudson's Bay trading post west of the Rockies (although east of the territories claimed) by Simon Fraser in 1805-1806. Trapping for the commercial fur trade was not an aboriginal practice, but rather one influenced by European contact. The trial judge held that the time of direct contact between the Aboriginal Peoples in the claimed territory was approximately 1820, after the trader William Brown

(2) L'histoire

De nombreuses thèses ont été présentées au juge de première instance sur l'histoire des Gitksan et des Wet'suwet'en. De la preuve présentée, il a conclu que leurs ancêtres ont émigré d'Asie, probablement en passant par l'Alaska, et qu'ils se sont dispersés au sud et à l'ouest dans les régions qu'ils jugèrent habitables. Il a accepté des éléments de preuve archéologique indiquant que le territoire et ses alentours ont connu une certaine forme d'occupation humaine il y a de 3 500 à 6 000 ans et qu'il y a eu une occupation intense du site du canyon Hagwilget (près de Hazelton) il y a plus de 4 000 à 3 500 ans. Cette occupation s'est faite principalement dans des villages ou près de villages situés sur les rivières Skeena, Babine ou Bulkley, où le saumon, l'élément principal de leur régime alimentaire, était abondant. Les autres parties du territoire, autour des villages et des rivières ou entre ceux-ci, étaient utilisées pour la chasse et la cueillette tant à des fins alimentaires que rituelles. L'étendue de ce territoire de chasse et de cueillette était largement tributaire de la disponibilité des denrées requises autour des villages. Avant le début du commerce des fourrures, les personnes qui habitaient les villages n'avaient aucune raison de s'en éloigner si ce n'était pour assurer leur subsistance.

(3) L'exploration de l'Amérique du Nord

L'influence européenne ne s'est vraiment fait sentir dans l'Ouest du Canada qu'à l'arrivée du capitaine Cook à Nootka, sur l'île de Vancouver, en 1778, événement qui a entraîné la chasse à la loutre de mer dans le Pacifique Nord. Cette influence a crû par suite de l'établissement du premier poste de traite de la Baie d'Hudson à l'ouest des Rocheuses (quoiqu'à l'est des territoires revendiqués) par Simon Fraser en 1805 et 1806. Le trapage des fourrures à des fins commerciales n'était pas une pratique autochtone, mais plutôt une pratique qui a été induite par le contact avec les Européens. Le juge de première instance a statué que la date approximative du contact direct entre les peuples autochtones habitant le territoire revendiqué et les Européens était 1820, après l'arrivée

arrived and Hudson's Bay had merged with the North West Company.

(4) Present Social Organization

McEachern C.J. set out a description of the present social organization of the appellants. In his opinion, this was necessary because "one of the ingredients of aboriginal land claims is that they arise from long-term communal rather than personal use or possession of land" (at p. 147). The fundamental premise of both the Gitksan and the Wet'suwet'en peoples is that they are divided into clans and Houses. Every person born of a Gitksan or Wet'suwet'en woman is automatically a member of his or her mother's House and clan. There are four Gitksan and four Wet'suwet'en clans, which are subdivided into Houses. Each House has one or more Hereditary Chief as its titular head, selected by the elders of their House, as well as possibly the Head Chief of the other Houses of the clan. There is no head chief for the clans, but there is a ranking order of precedence within communities or villages, where one House or clan may be more prominent than others.

At trial, the appellants' claim was based on their historical use and "ownership" of one or more of the territories. The trial judge held that these are marked, in some cases, by physical and tangible indicators of their association with the territories. He cited as examples totem poles with the Houses' crests carved, or distinctive regalia. In addition, the Gitksan Houses have an "adaawk" which is a collection of sacred oral tradition about their ancestors, histories and territories. The Wet'suwet'en each have a "kungax" which is a spiritual song or dance or performance which ties them to their land. Both of these were entered as evidence on behalf of the appellants (see my discussion of the trial judge's view of this evidence, *infra*).

The most significant evidence of spiritual connection between the Houses and their territory is a

du commerçant William Brown et la fusion de la Baie d'Hudson et de la Compagnie du Nord-Ouest.

(4) L'organisation sociale actuelle

Le juge en chef McEachern a décrit l'organisation sociale actuelle des appelants. À son avis, il était nécessaire de le faire parce que [TRADUCTION] «l'un des éléments des revendications territoriales des autochtones est qu'elles reposent sur une longue utilisation ou possession collective — plutôt qu'individuelle — du territoire» (à la p. 147). La caractéristique fondamentale de l'organisation sociale des Gitksan et des Wet'suwet'en est qu'ils sont divisés en clans et en maisons. Toute personne dont la mère est Gitksan ou Wet'suwet'en est d'office membre de la maison et du clan de sa mère. Il y a quatre clans Gitksan et quatre clans Wet'suwet'en, clans qui sont subdivisés en maisons. Chaque maison compte un ou plusieurs chefs héréditaires qui agissent à titre de chef titulaire et sont choisis par les aînés de leur maison, et aussi, parfois, par le grand chef des autres maisons du clan. Le clan n'a pas de grand chef, mais il y a un ordre de préséance au sein des collectivités ou des villages où une maison ou un clan prédomine.

Au procès, les appelants ont fondé leur revendication sur la «propriété» et l'utilisation historiques d'un ou de plusieurs des territoires. Le juge de première instance a conclu que, dans certains cas, ces faits sont marqués par des indices physiques et tangibles de l'association des individus avec les territoires visés. Il a donné comme exemples les mâts totémiques sculptés aux emblèmes ou insignes distinctifs des maisons. En outre, les maisons Gitksan ont un «adaawk», c'est-à-dire un ensemble de traditions orales sacrées au sujet de leurs ancêtres, de leur histoire et de leurs territoires. Chaque maison Wet'suwet'en possède un «kungax», c'est-à-dire un chant, une danse ou une représentation spirituelle qui les rattache à leur territoire. Ces deux éléments ont été déposés en preuve au nom des appelants (voir, plus loin, mon analyse de l'opinion du juge de première instance sur ces éléments de preuve).

Le signe le plus important du lien spirituel entre les différentes maisons et leur territoire est la salle

12

13

14

feast hall. This is where the Gitksan and Wet'suwet'en peoples tell and retell their stories and identify their territories to remind themselves of the sacred connection that they have with their lands. The feast has a ceremonial purpose, but is also used for making important decisions. The trial judge also noted the *Criminal Code* prohibition on aboriginal feast ceremonies, which existed until 1951.

des célébrations. C'est là que les Wet'suwet'en et les Gitksan disent et redisent leurs récits et identifient leurs territoires afin de se rappeler le lien sacré qu'ils entretiennent avec leurs terres. Ces célébrations ont une fin rituelle, mais elles sont aussi l'occasion de prise de décisions importantes. Le juge de première instance a également souligné que, jusqu'en 1951, le *Code criminel* interdisait les cérémonies rituelles autochtones.

### III. Judgments Below

#### A. *Supreme Court of British Columbia*

##### (1) General Principles

15 The trial judge began his analysis by considering the significant cases in this area: *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577, *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.), *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, and *Sparrow*, *supra*. On the basis of this jurisprudence, he set out four propositions of law. First, aboriginal interests arise out of occupation or use of specific land for aboriginal purposes for an indefinite or long, long time before the assertion of sovereignty. Second, aboriginal interests are communal, consisting of subsistence activities and are not proprietary. Third, at common law, aboriginal rights exist at the pleasure of the Crown and may be extinguished when the intention of the Crown is clear and plain. This power reposed with the Imperial Crown during the colonial period. Upon Confederation the province obtained title to all Crown land in the province subject to the "interests" of the Indians. Finally, unextinguished aboriginal rights are not absolute. Crown action and aboriginal rights may, in proper circumstances, be reconciled. Generally speaking, aboriginal rights may be regulated by the Crown only when such regulation operates to interfere with aboriginal rights pursuant to legitimate Crown objectives which can honourably be justified, without undue interference with such rights. Moreover, when regulating, government must be mindful of the appropriate level

### III. Les juridictions inférieures

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

##### (1) Principes généraux

Le juge de première instance a commencé son analyse par l'examen des décisions importantes dans le domaine: *St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577, *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (1<sup>re</sup> inst.), *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, et *Sparrow*, précité. Se fondant sur cette jurisprudence, il a énoncé quatre propositions de droit. Premièrement, les droits ancestraux découlent de l'occupation ou de l'utilisation, à des fins autochtones, d'un territoire précis pendant une période indéfinie ou très longue avant l'affirmation de la souveraineté. Deuxièmement, les droits ancestraux sont des droits collectifs, qui consistent en des activités de subsistance et non en des droits de propriété. Troisièmement, en common law, les droits ancestraux existent selon le bon plaisir de la Couronne et ils peuvent être éteints lorsque l'intention de la Couronne de le faire est claire et expresse. C'est la Couronne impériale qui détenait ce pouvoir au cours de la période coloniale. À la Confédération, la province a obtenu le titre relatif à toutes les terres publiques situées dans la province sous réserve de tout «intérêt» des Indiens. Finalement, les droits ancestraux non éteints ne sont pas absolus. Dans les circonstances appropriées, il est possible de concilier les actes de la Couronne et les droits ancestraux. De façon générale, les droits ancestraux peuvent être réglementés par l'État,

of priority which aboriginal rights have over competing, inconsistent activities.

mais seulement si cette réglementation ne porte pas atteinte de manière excessive à ces droits et qu'elle vise la poursuite par l'État d'objectifs légitimes qui peuvent être honorablement justifiés. En outre, lorsqu'il réglemente des activités, le gouvernement doit tenir compte du degré de priorité approprié qui doit être accordé à l'exercice de droits ancestraux sur l'exercice d'autres activités concurrentes et incompatibles.

With respect to the appellants' claims, McEachern C.J. divided his analysis into three parts: (1) jurisdiction over the territory; (2) ownership of the territory; and (in the alternative) (3) particular aboriginal rights over the territory. In the ownership claim, the appellants asserted they were "absolutely entitled to occupy and possess the individual territories" claimed (at p. 126). The claim to jurisdiction was understood by the trial judge as comprising jurisdiction over land and people in the territory, and amounted to aboriginal sovereignty, a right to "govern the territory free of provincial control in all matters where their aboriginal laws conflict with the general law" (at p. 128). Although the claim advanced at trial was advanced by individual chiefs on behalf of themselves or their House members, the trial judge held that since aboriginal rights are communal in nature, any judgment must be for the benefit of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples generally.

Le juge en chef McEachern a divisé son analyse des revendications des appelants en trois parties: (1) la compétence sur le territoire; (2) la propriété du territoire; (3) (subsidiairement) les droits ancestraux particuliers visant le territoire. Dans leur revendication de la propriété, les appelants ont affirmé qu'ils avaient [TRADUCTION] «le droit absolu à la possession et à l'occupation des différents territoires» revendiqués (à la p. 126). Le juge de première instance a considéré que la revendication relative à la compétence visait la compétence sur le territoire et sur les personnes l'habitant, et qu'elle équivalait à la souveraineté autochtone, c'est-à-dire au droit de [TRADUCTION] «gouverner le territoire, libre de tout contrôle provincial sur les diverses questions où leurs règles de droit entrent en conflit avec le droit d'application générale» (à la p. 128). Bien que, en première instance, la revendication ait été présentée par chacun des chefs, en son propre nom et au nom des membres de sa maison, le juge de première instance a conclu que, vu la nature collective des droits ancestraux, tout jugement doit être prononcé au bénéfice des Gitksan et des Wet'suwet'en en général.

16

## (2) Aboriginal Ownership

McEachern C.J. started from the proposition, for which he cited *St. Catharines Milling*, that aboriginal rights are not proprietary in nature, but rather "personal and usufructuary", and dependent upon the good will of the Sovereign. He was satisfied that at the date of British sovereignty, the appellants' ancestors were living in their villages on the great rivers, in a form of communal society. He was satisfied that they were occupying or possessing fishing sites and the adjacent lands, as their ancestors had done for the purpose of hunting and

## (2) La propriété autochtone

Le juge en chef McEachern est parti de la proposition — au soutien de laquelle il a cité l'arrêt *St. Catharines Milling* — que les droits ancestraux ne sont pas, par nature, des droits de propriété, mais plutôt des droits «personnels et usufructuaires», tributaires du bon vouloir du souverain. Il était convaincu que, au moment de l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques, les ancêtres des appelants vivaient dans leurs villages en bordure des grandes rivières, dans une forme de société communautaire. Il était convaincu qu'ils

17

gathering that which they required for sustenance. However, he was not satisfied that they owned the territory in its entirety in any sense that would be recognized by the law.

occupaient et possédaient des sites de pêche et les terres adjacentes, comme leurs ancêtres l'avaient fait pour y chasser et y cueillir ce dont ils avaient besoin pour assurer leur subsistance. Cependant, il n'était pas convaincu qu'ils étaient propriétaires de l'ensemble du territoire, dans quelque sens qui serait reconnu par le droit.

18

There were several specific claims of the plaintiffs as to their uses of the land before the assertion of sovereignty. He concluded that the appellants' ancestors lived within the territory, but predominantly at the village sites. He accepted, at p. 372, that they harvested the resources of the lands, but that there was only evidence of "commonsense subsistence practices . . . entirely compatible with bare occupation for the purposes of subsistence". He was not persuaded that there was any system of governance or uniform custom relating to land outside the villages. He refused to accept that the spiritual beliefs exercised within the territory were necessarily common to all the people or that they were universal practices. He was not persuaded that the present institutions of the plaintiffs' society were recognized by their ancestors. Rather, he found, at p. 373, that "they more likely acted as they did because of survival instincts". He stated that the maintenance and protection of the boundaries were unproven because of the numerous intrusions into the territory by other peoples. The oral histories, totem poles and crests were not sufficiently reliable or site specific to discharge the plaintiff's burden of proof. Although McEachern C.J. recognized the social importance of the feast system and the fact that it evolved from earlier practices, he did not accept its role in the management and allocation of lands, particularly after the fur trade. McEachern C.J. concluded, at p. 383, that "I cannot infer from the evidence that the Indians possessed or controlled any part of the territory, other than for village sites and for aboriginal

Les demandeurs ont fait valoir plusieurs revendications particulières visant des utilisations qu'ils faisaient du territoire avant l'affirmation de la souveraineté. Le juge de première instance a conclu que les ancêtres des appelants vivaient à l'intérieur du territoire, mais principalement dans le site des villages. Il a accepté, à la p. 372, qu'ils récoltaient les ressources du territoire, mais que la preuve étayait seulement l'existence de [TRADUCTION] «pratiques rationnelles de subsistance [. . .] tout à fait compatibles avec une simple occupation à des fins de subsistance». Il n'était pas convaincu qu'il existait quelque système de gestion ou de coutume uniforme visant les terres situées à l'extérieur des villages. Il a refusé de reconnaître que les croyances spirituelles respectées au sein du territoire étaient nécessairement communes à tous les autochtones et qu'elles constituaient des pratiques universelles. Il n'était pas convaincu que les institutions actuelles de la société des demandeurs étaient celles de leurs ancêtres. Il a plutôt conclu, à la p. 373, qu'[TRADUCTION] «il est plus vraisemblable qu'ils agissaient ainsi par instinct de survie». Il a affirmé que, compte tenu des nombreuses intrusions d'autres peuples dans le territoire, on n'avait pas fait la preuve du maintien et de la protection de frontières. Les récits oraux, les mâts totémiques et les emblèmes n'étaient pas des éléments suffisamment fiables ou spécifiques à un site pour permettre aux demandeurs de s'acquitter de la charge de la preuve qui leur incombait. Même si le juge en chef McEachern a reconnu l'importance sociale de la pratique des célébrations et son évolution depuis ses premières manifestations, il n'a pas accepté le rôle qu'on lui attribuait dans la gestion et l'attribution des terres, particulièrement après le début du commerce des fourrures. Le juge en chef McEachern a conclu ainsi, à la p. 383: [TRADUCTION] «je ne peux inférer de la preuve que les Indiens possédaient ou contrôlaient

use in a way that would justify a declaration equivalent to ownership”.

Although he was of the opinion that the status of the villages and their immediate surrounding area may be different from the territory as a whole, they were already predominantly reserve lands. Hence, the question of the Gitksan and Wet’suwet’en peoples’ rights to these particular lands did not need to be dealt with. Moreover, to the extent that there were hunting grounds not included on those lands, McEachern C.J. believed he had no jurisdiction to extend their boundaries.

### (3) Aboriginal Sovereignty

McEachern C.J. interpreted the appellants’ claim for “jurisdiction” as a claim to govern the territories in question. This would include the right to enforce existing aboriginal law, as well as make and enforce new laws, as required for the governance of the people and their land. Most notably, this would also include a right to supersede the laws of British Columbia if the two were in conflict. McEachern C.J. rejected the appellants’ claim for a right of self-government, relying on both the sovereignty of the Crown at common law, and what he considered to be the relative paucity of evidence regarding an established governance structure. First, he stated, at p. 386, that when British Columbia was united with Canada, “all legislative jurisdiction was divided between Canada and the province, and there was no room for aboriginal jurisdiction or sovereignty which would be recognized by the law or the courts”. Second, he characterized the Gitksan and Wet’suwet’en legal system, at p. 379, as a “most uncertain and highly flexible set of customs which are frequently not followed by the Indians themselves”. He continued, at pp. 379-80, stating:

une partie quelconque du territoire, à l’exception du site des villages, et qu’ils l’utilisaient d’une manière qui justifierait une déclaration équivalente au droit de propriété».

Même s’il était d’avis que les villages et leurs environs immédiats avait pu avoir un statut différent de celui du territoire pris dans son ensemble, ils étaient déjà constitués principalement de terres de réserve. Par conséquent, il n’était pas nécessaire d’examiner la question des droits des Gitksan et des Wet’suwet’en sur ces terres. De plus, s’il y avait des territoires de chasse qui n’étaient pas compris dans les limites de ces terres, le juge en chef McEachern était d’avis qu’il n’avait pas compétence pour élargir leurs limites.

### (3) La souveraineté autochtone

Le juge en chef McEachern a considéré la revendication des appelants relative à la «compétence» comme étant la revendication du pouvoir de gouverner les territoires en question, notamment le droit d’appliquer les règles de droit autochtones existantes ainsi que le droit d’en adopter de nouvelles et de les faire respecter, selon ce qui est requis pour la gouverne des individus et leur territoire. De façon plus particulière, cela emporterait le droit d’écarter l’application des lois de la Colombie-Britannique en cas de conflit. Le juge en chef a rejeté la revendication par les appelants du droit à l’autonomie gouvernementale, fondant sa décision à la fois sur la souveraineté de la Couronne en common law et sur la rareté relative, selon lui, de preuves de l’existence d’une structure gouvernementale établie. Il a d’abord affirmé, à la p. 386, que, lorsque la Colombie-Britannique a été unie au Canada, [TRADUCTION] «toutes les compétences législatives ont été réparties entre le Canada et la province, et il n’y avait aucune place pour quelque compétence ou souveraineté autochtone qui serait reconnue par le droit ou les tribunaux». Deuxièmement, il a qualifié le système juridique des Gitksan et des Wet’suwet’en, à la p. 379, d’[TRADUCTION] «ensemble de coutumes des plus incertaines et extrêmement souples qui, fréquemment, ne sont pas suivies par les Indiens eux-mêmes». Il a ajouté ceci, aux pp. 379 et 380:

19

20

I heard many instances of prominent Chiefs conducting themselves other than in accordance with these rules, such as logging or trapping on another chief's territory, although there always seemed to be an aboriginal exception which made almost any departure from aboriginal rules permissible. In my judgment, these rules are so flexible and uncertain that they cannot be classified as laws.

As a result of the flexibility and uncertainty of the customs and rules, McEachern C.J. rejected the appellants' claim to jurisdiction or sovereignty over the territories.

#### (4) Aboriginal Rights

21 After rejecting the appellants' claim for ownership of and jurisdiction over the disputed territories, McEachern C.J. turned to the possibility that the appellants nevertheless have aboriginal rights exercisable therein. He set out, at p. 388, the four part test from *Baker Lake* for an aboriginal right:

1. That they (the plaintiffs) and their ancestors were members of an organized society.
2. That the organized society occupied the specific territory over which they assert the aboriginal title.
3. That the occupation was to the exclusion of other organized societies.
4. That the occupation was an established fact at the time sovereignty was asserted by England.

McEachern C.J. noted that the requirement for an organized society had been satisfied, even though he did not believe the appellants' ancestors had institutions and governed themselves. However, he held that no specific level of sophistication ought to be required in satisfying this requirement. He then stated that there was evidence that the ancestors of the plaintiffs occupied specific locations in the territory (the villages) and they used surrounding lands. Although there was evidence that the Gitksan and Wet'suwet'en would not have been able to keep invaders or traders out of their terri-

[TRADUCTION] On m'a fait état de nombreux cas où des chefs en vue ne se sont pas conformés à ces règles, par exemple en faisant du piégeage ou en coupant du bois sur le territoire d'un autre chef, quoiqu'il semblait toujours y avoir une exception autochtone qui rendait licite presque toute dérogation aux règles autochtones. Selon moi, ces règles sont si souples et incertaines qu'elles ne peuvent être qualifiées de règles de droit.

En raison de la souplesse et de l'incertitude des coutumes et des règles, le juge en chef McEachern a rejeté la revendication de compétence ou de souveraineté sur les territoires visés qu'ont présentée les appelants.

#### (4) Les droits ancestraux

Après avoir rejeté la revendication des appelants relative à la propriété des territoires en cause et à la compétence sur ceux-ci, le juge en chef McEachern a ensuite examiné la possibilité que les appelants possèdent néanmoins des droits ancestraux pouvant y être exercés. Il a énoncé, à la p. 388, les quatre parties du critère établi dans *Baker Lake*, précité, pour la reconnaissance d'un droit ancestral:

- [TRADUCTION] 1. Il faut que (les demandeurs) et leurs ancêtres aient été membres d'une société organisée;
2. que cette société organisée ait occupé le territoire particulier à l'égard duquel ses membres revendiquent un titre aborigène;
  3. que cette occupation ait été à l'exclusion d'autres sociétés organisées;
  4. que l'occupation ait été un fait établi au moment de l'affirmation de la souveraineté par l'Angleterre.

Le juge en chef McEachern a souligné qu'on avait satisfait à l'exigence concernant l'existence d'une société organisée, même s'il ne croyait pas que les ancêtres des appelants avaient des institutions et se gouvernaient eux-mêmes. Cependant, il a statué qu'aucun degré particulier de raffinement ne devrait être requis pour satisfaire à cette exigence. Il a ensuite affirmé qu'il y avait des éléments de preuve indiquant que les ancêtres des demandeurs avaient occupé des lieux précis dans le territoire (les villages) et qu'ils avaient utilisé les terres environnantes. Même si la preuve indiquait que les

tory, no other organized societies had established themselves in the core areas on any permanent basis. Moreover, he noted at the outset of his reasons on this point that he was uncertain about the requirement for exclusivity.

The activities that were to be protected were only those carried on at the time of contact or European influence and that were still carried on at the time of sovereignty. This included “all those sustenance practices and the gathering of all those products of the land and waters of the territory I shall define which they practised and used before exposure to European civilization (or sovereignty) for subsistence or survival” (at p. 391). This did not include trapping for the fur trade, or other land-based commercial enterprise. McEachern C.J. ultimately concluded, at p. 395 that “the plaintiffs have established, as of the date of British sovereignty, the requirements for continued residence in their villages, and for non-exclusive aboriginal sustenance rights within [certain] portions of the territory”.

##### (5) Extinguishment and Fiduciary Duties

McEachern C.J. started with the proposition, at pp. 396-97, that the law “never recognized that the settlement of new lands depended upon the consent of the Indians”. All aboriginal rights existed at the pleasure of the Crown, and could be extinguished by unilateral act. He accepted the “clear and plain” intention test for extinguishment, but took the view that it need not be express or even mention aboriginal rights, if the intention can be identified by necessary implication. An example of such implied extinguishment might be a fee simple

Gitksan et les Wet’suwet’en n’auraient pas été capables d’interdire leur territoire aux envahisseurs ou aux commerçants, aucune autre société organisée ne s’était établie avec quelque permanence que ce soit dans les principaux emplacements. De plus, au début de la partie de ses motifs sur ce point, le juge a souligné qu’il était incertain en ce qui concerne cette exigence d’exclusivité.

Les activités qui devaient être protégées se limitaient à celles qui étaient exercées au moment du contact avec les Européens ou au moment où l’influence de ceux-ci s’est fait sentir et qui étaient encore exercées au moment de l’affirmation de la souveraineté. Ces activités comprenaient effectivement: [TRADUCTION] «toutes les pratiques de subsistance ainsi que les activités de récolte des produits des terres et des eaux du territoire que je vais définir, qu’ils suivaient et exerçaient — avant d’être exposés à la civilisation européenne (ou avant l’affirmation de la souveraineté) — à des fins de subsistance ou de survie» (à la p. 391). Ceci ne comprenait pas le trappage en vue du commerce des fourrures ou d’autres entreprises commerciales fondées sur l’exploitation du territoire. Le juge en chef McEachern a finalement conclu, à la p. 395, que [TRADUCTION] «les demandeurs ont établi qu’il était satisfait, à la date de l’affirmation de la souveraineté britannique, aux exigences relatives à la résidence continue dans leurs villages et à l’existence de droits ancestraux d’exploitation à des fins de subsistance non exclusifs sur [certaines] parties du territoire».

##### (5) L’extinction des droits et les obligations de fiduciaire

Le juge en chef McEachern a commencé en énonçant, aux pp. 396 et 397, la proposition suivante laquelle le droit [TRADUCTION] «n’a jamais reconnu que la colonisation de nouvelles terres était subordonnée au consentement des Indiens». L’existence de tous les droits ancestraux dépendait du bon plaisir de la Couronne et ces droits pouvaient être éteints par un acte unilatéral de cette dernière. Il a accepté l’application du critère de l’intention «claire et expresse» pour statuer sur la question de l’extinction, mais il s’est dit d’avis

22

23

grant to a third party, or a grant of a lease, licence, permit or other tenure inconsistent with continuing aboriginal interest.

qu'il n'est pas nécessaire que l'intention ait été expresse ni même qu'on mentionne les droits ancestraux, si cette intention peut être dégagée par implication nécessaire. Un exemple d'une telle extinction implicite serait un acte de concession en fief simple au bénéfice d'un tiers ou l'octroi d'un bail, d'une licence, d'un permis ou de quelque autre forme de tenure incompatible avec le maintien d'un droit ancestral.

24 McEachern C.J. held that any aboriginal rights to the land had been extinguished. The extinguishment arose out of certain colonial enactments which demonstrated an intention to manage Crown lands in a way that was inconsistent with continuing aboriginal rights. He stated, at p. 411, that "the Crown with full knowledge of the local situation fully intended to settle the colony and to grant titles and tenures unburdened by any aboriginal interests". Crown grantees who received land in colonial times were clearly intended to receive the land free from any aboriginal encumbrances. Moreover, this intention to extinguish did not only apply to lands that had actually been granted to third parties, but rather all Crown land in British Columbia. However, it should be noted that he was careful to distinguish between land and fishing rights. Since McEachern C.J. was of the view that all aboriginal title to the territories in question had been extinguished during colonial times, it was not necessary to consider whether the province had the power to extinguish aboriginal rights after Confederation.

Le juge en chef McEachern a conclu que tout droit ancestral au territoire avait été éteint. Cette extinction était le résultat de certains textes de loi coloniaux qui démontraient l'intention de gérer les terres publiques d'une façon incompatible avec le maintien des droits ancestraux. Il a déclaré, à la p. 411, que [TRADUCTION] «la Couronne, pleinement consciente de la situation locale, avait pleinement eu l'intention d'établir une colonie et d'accorder des titres et tenures qui ne soient grevés d'aucun droit ancestral». On entendait clairement que ceux qui se voyaient accorder des concessions par l'État à l'époque coloniale les reçoivent libres de toute charge dont seraient titulaires les autochtones. En outre, cette intention d'extinction s'appliquait non seulement aux terres qui, de fait, avaient été cédées à des tiers, mais également à toutes les terres publiques en Colombie-Britannique. Cependant, il convient de souligner que le juge a pris soin de distinguer entre les droits fonciers et les droits de pêche. Étant donné que le juge en chef McEachern était d'avis que tout titre aborigène sur les territoires en question avait été éteint pendant l'époque coloniale, il ne lui était pas nécessaire de se demander si la province avait le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux après la Confédération.

25 Notwithstanding the complete extinguishment of all aboriginal rights in land, McEachern C.J. held, at p. 417, that the Crown was under a fiduciary obligation to continue to allow native persons to use vacant crown lands for lawful purposes until the land "is dedicated to another purpose". This is not an aboriginal "right", to which s. 35 can be applied, since any such "rights" over the land had been extinguished. However, he held that where the Crown extinguishes an aboriginal right, and

Nonobstant l'extinction complète de tous les droits ancestraux sur le territoire, le juge en chef McEachern a conclu, à la p. 417, que la Couronne avait l'obligation de fiduciaire de continuer de permettre aux autochtones d'utiliser, à des fins licites, les terres publiques inoccupées jusqu'à ce que le territoire en question [TRADUCTION] «soit affecté à une autre fin». Il ne s'agit pas d'un «droit» ancestral auquel l'art. 35 peut être appliqué, puisque tous ces «droits» au territoire ont été éteints. Tou-

makes a promise regarding use of Crown land at the same time, this creates the same fiduciary obligation as if the aboriginal people had surrendered the land to the Crown. In articulating guidelines for the application of the Crown's fiduciary obligation, McEachern C.J. made it clear that the Crown must be free to direct resource management in the province in the best interests of both the aboriginal and non-aboriginal persons in the province. However, Crown authorities should always keep the "aboriginal interests of the plaintiffs very much in mind" (at p. 423) in developing policies for the territory, and should ensure that aboriginal activities on the land are not unduly impaired.

#### (6) Damages

Since the plaintiffs failed to establish that existing ownership, jurisdiction, or aboriginal rights had been breached, the claim for damages for wrongful appropriation of their territory was dismissed by McEachern C.J.

#### (7) Lands Subject to Aboriginal Rights at Sovereignty

McEachern C.J. felt it necessary to delineate the boundaries of the lands that were subject to aboriginal rights at the time of sovereignty in case he was wrong that these rights had been extinguished. He considered the evidence regarding the external boundary of the territory, and the internal boundaries therein. He found numerous inconsistencies, and generally did not find it to be reliable. He rejected the boundaries as put forth by the appellants.

Nevertheless, since he had held that the Gitksan and Wet'suwet'en had aboriginal sustenance rights over part of the land, he had to delineate their

tefois, le juge en chef a statué que, dans les cas où la Couronne éteint un droit ancestral, et fait en même temps une promesse au sujet de l'utilisation de terres publiques, cela a pour effet de créer une obligation de fiduciaire au même titre que si les autochtones concernés avaient cédé le territoire à la Couronne. Dans la formulation de lignes directrices concernant l'application de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, le juge en chef McEachern a clairement indiqué que celle-ci doit être libre de gérer les ressources de la province au mieux des intérêts tant des autochtones que des non-autochtones de la province. Cependant, les autorités étatiques devraient toujours avoir [TRA-DUCTION] «bien à l'esprit les droits ancestraux des demandeurs» (à la p. 423) lorsqu'elles élaborent des politiques relatives au territoire, en plus de veiller à ce que les activités exercées par les autochtones sur le territoire ne soient pas trop perturbées.

#### (6) Les dommages-intérêts

Comme les demandeurs n'ont pas réussi à établir la violation de droits existants — propriété, compétence ou droits ancestraux — le juge en chef McEachern a rejeté leur demande en dommages-intérêts fondée sur l'appropriation illicite de leur territoire.

#### (7) Les terres visées par des droits ancestraux au moment de l'affirmation de la souveraineté

Le juge en chef McEachern a estimé nécessaire de tracer les limites des terres qui étaient visées par des droits ancestraux au moment de l'affirmation de la souveraineté, au cas où il aurait tort de conclure à l'extinction de ces droits. Il a examiné la preuve déposée au sujet des limites externes et internes du territoire. Il y a constaté de nombreuses incohérences et, de façon générale, ne l'a pas jugée fiable. Il a rejeté les limites tracées par les appelants.

Néanmoins comme il avait statué que les Gitksan et les Wet'suwet'en possédaient des droits ancestraux les autorisant à exploiter à des fins de

26

27

28

boundaries. He put forth three alternatives, and ultimately chose "Map 5" (at p. 400). This area recognized that the plaintiffs' ancestors likely used more distant areas in the territory. However, McEachern C.J. was not persuaded of such use in either the northernmost or southernmost portions of the territory. The northern boundary was drawn through the centre of the Skeena River, with 20 miles on the north side of the river being added. The southern boundary was drawn following some of the internal boundaries, but excluding several of the southern Wet'suwet'en individual territories. He selected this alternative because it worked less injustice for the Wet'suwet'en who lived more spread out and less concentrated near the rivers. However, he cut off the north and south portions of the claimed territory because he did not have confidence in the presence of the Gitksan or Wet'suwet'en in the areas north or south of the boundaries he drew.

#### (8) Other Matters

29

McEachern C.J. concluded his reasons by rejecting the province's argument that the plaintiffs' aboriginal rights to some of the lands had been abandoned. He did not think courts should be quick to treat aboriginal lands as abandoned. He could not say with confidence which lands should be abandoned, and which should not, even though there was clearly declining aboriginal use of some of the lands. He also stressed that the onus of demonstrating abandonment rested with the province and that they had not discharged that onus. He also rejected the argument that the plaintiffs had waived their rights by accepting and using reserves and by conforming to the general law of the province. The honour of the Crown precluded the province from relying on this defence.

subsistance certaines parties du territoire, il se devait d'en tracer les limites. Après avoir exposé trois possibilités, il a finalement retenu la [TRADUCTION] «carte 5» (à la p. 400). Ce tracé reconnaissait que les ancêtres des demandeurs utilisaient vraisemblablement des régions plus éloignées dans le territoire. Toutefois, le juge en chef McEachern n'était pas convaincu qu'une telle utilisation avait été faite dans les parties situées à l'extrême nord et à l'extrême sud du territoire. Le tracé de la limite nord passait par le centre de la rivière Skeena, et ajoutait une aire de 20 milles du côté nord de la rivière. Le tracé de la limite sud suivait certaines limites internes, mais excluait plusieurs territoires Wet'suwet'en au sud. Le juge en chef McEachern a retenu cette solution parce qu'il en résultait une moins grande injustice pour les Wet'suwet'en, qui vivaient de façon plus dispersée et en moins grande concentration près des rivières. Il a cependant éliminé les parties nord et sud du territoire revendiqué parce qu'il n'était pas certain de la présence des Gitksan ou des Wet'suwet'en dans les parties situées au nord ou au sud des limites qu'il avait tracées.

#### (8) Les autres questions

Le juge en chef McEachern a conclu ses motifs en rejetant l'argument avancé par la province que les droits ancestraux des demandeurs à l'égard de certaines terres avaient été abandonnés. Il était d'avis que les tribunaux ne devaient pas s'empres- ser de conclure à l'abandon de terres par les autochtones. Il ne pouvait pas dire avec certitude quelles terres devraient être considérées comme abandonnées, et lesquelles ne devraient pas l'être, même s'il y avait clairement un déclin dans l'utili- sation de certaines terres par les autochtones. Il a aussi souligné qu'il incombait à la province de prouver l'abandon et qu'elle ne s'était pas acquit- tée de cette charge. Il a aussi rejeté l'argument que les demandeurs avaient renoncé à leurs droits en acceptant et en utilisant les réserves, et en se con- formant aux lois générales de la province. L'obli- gation de la Couronne d'agir honorablement inter- disait à la province de s'appuyer sur ce moyen de défense.

(9) Final Order

In result, therefore, McEachern C.J. dismissed the action against Canada, dismissed the plaintiffs' claims for ownership and jurisdiction and for aboriginal rights in the territory, granted a declaration that the plaintiffs were entitled to use unoccupied or vacant land subject to the general law of the province, dismissed the claim for damages and dismissed the province's counterclaim. No order for costs was made.

B. *British Columbia Court of Appeal*(1) Judgment of Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring)

Macfarlane J.A. set out the following propositions of law which he indicated were the starting points for analysing aboriginal rights in land, which he garnered from *Baker Lake*, *Calder*, *Guerin*, *Sparrow*, and *Mabo v. Queensland* (1992), 107 A.L.R. 1 (H.C.). First, such rights arise from historic occupation and possession of the aboriginal peoples' tribal lands. Second, they arise by operation of law and do not depend on a grant from the Crown. Third, they are not absolute, but they are subject to regulation and extinguishment. Fourth, they are *sui generis* communal rights. Fifth, they cannot be alienated other than to the Crown. Finally, they are related to aboriginal activities which formed an integral part of traditional Indian life prior to sovereignty.

(a) *Ownership Rights*

Examining the appellants' ownership claim, Macfarlane J.A. agreed that an exclusive right to occupy land is required to support a claim akin to ownership. He noted that the use of the term "ownership" (which was used in the plaintiffs in their pleadings) was unfortunate, since *Guerin* specifically held that the aboriginal interest does not

(9) L'ordonnance finale

En définitive, le juge en chef McEachern a rejeté l'action contre le Canada, il a rejeté les revendications, par les demandeurs, de la propriété du territoire, de la compétence sur celui-ci ou de droits ancestraux à son égard, il a accordé une déclaration portant que les demandeurs avaient le droit d'utiliser toute terre inoccupée ou vacante, sous réserve du respect des lois d'application générales de la province, il a rejeté la demande de dommages-intérêts et, enfin, il a rejeté la demande reconventionnelle de la province. Il n'a rendu aucune ordonnance concernant les dépens.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique*(1) La décision du juge Macfarlane (à laquelle le juge Taggart a souscrit)

Le juge Macfarlane a énoncé les propositions de droit suivantes qui, a-t-il indiqué, étaient les éléments de départ qu'il avait dégagés des arrêts *Baker Lake*, *Calder*, *Guerin*, *Sparrow* et *Mabo c. Queensland* (1992), 107 A.L.R. 1 (H.C.), en vue de l'analyse des droits fonciers ancestraux. Premièrement, ces droits découlent de la possession et de l'occupation historiques par les peuples autochtones de terres tribales. Deuxièmement, ils découlent de l'application de la common law et ne dépendent pas d'une concession de la Couronne. Troisièmement, ils ne sont pas absolus mais sujets à réglementation et à extinction. Quatrièmement, ce sont des droits collectifs *sui generis*. Cinquièmement, ils ne peuvent être aliénés qu'en faveur de la Couronne. Finalement, ils sont liés à des activités autochtones qui faisaient partie intégrante de la vie traditionnelle indienne avant l'affirmation de la souveraineté.

a) *Les droits de propriété*

Examinant la revendication par les appelants de la propriété du territoire, le juge Macfarlane a convenu qu'un droit d'occupation exclusif du territoire est requis pour étayer la revendication d'un droit analogue à la propriété. Il a souligné que l'utilisation du terme «propriété» (que les demandeurs ont utilisé dans leurs actes de procédure) était malheu-

30

31

32

amount to beneficial ownership. In his view, the trial judge properly applied the law to the plaintiffs' claim of ownership. Similarly, he found no merit in the appellants' challenge to the trial judge's findings of fact on a number of points. Although some of the areas of the evidence were cause for concern, he concluded that the issues required an interpretation of the evidence as a whole and that it would be inappropriate for this court to intervene and substitute its opinions for that of the trial judge. Hence, he did not disturb the judge's conclusion with regard to ownership of the territory, nor his conclusion that any interest which the appellants have in the land is not proprietary.

(b) *Aboriginal Sustenance Rights*

33 Macfarlane J.A. canvassed the trial judge's findings regarding aboriginal sustenance rights. He noted that McEachern C.J.'s error in requiring a "time-depth" of a long time prior to contact in order to establish the rights did not affect his view of the territorial limits of the right. He agreed with the trial judge's application of the *Baker Lake* test. In particular, he viewed the significant question to be whether the practices were integral to aboriginal society or had only resulted from European influences. Macfarlane J.A. concluded that it would be inappropriate to intervene and substitute his view for that of the trial judge with respect to the weight of the evidence. Hence, if the appellants succeeded on the appeal with respect to extinguishment, they were entitled to sustenance rights in the area as identified by McEachern C.J. on Map 5.

reux, étant donné que l'arrêt *Guerin* avait précisément établi que le droit des autochtones n'équivait pas au droit de propriété à titre bénéficiaire. À son avis, le juge de première instance a bien appliqué le droit en ce qui concerne la revendication par les demandeurs de la propriété du territoire. De même, il n'a trouvé aucun fondement à la contestation par les appelants des conclusions de fait tirées par le juge de première instance sur un certain nombre de points. Même si certains éléments de preuve soulevaient des interrogations, il a conclu que les questions en litige nécessitaient une interprétation globale de la preuve et qu'il ne convenait pas que la cour intervienne et substitue ses opinions à celles du juge de première instance. En conséquence, il n'a pas modifié la conclusion de ce dernier quant à la propriété du territoire, ni sa conclusion que tout intérêt que possèdent les appelants dans le territoire n'est pas un droit de propriété.

b) *Le droit des autochtones d'assurer leur subsistance*

Le juge Macfarlane a examiné les conclusions du juge de première instance quant au droit des autochtones d'assurer leur subsistance. Il a souligné que l'erreur que le juge en chef McEachern a commise en exigeant la preuve d'une [TRADUCTION] «durée» — savoir une longue période avant le contact avec les Européens — pour établir l'existence des droits n'avait pas d'effet sur son opinion quant aux limites territoriales du droit. Il était d'accord avec la façon dont le juge de première instance avait appliqué le critère énoncé dans *Baker Lake*. En particulier, il était d'avis que la question importante était de savoir si les pratiques faisaient partie intégrante de la vie sociale des autochtones ou si elles étaient seulement le résultat des influences européennes. Le juge Macfarlane a conclu qu'il ne convenait pas qu'il intervienne et substitue son point de vue à celui du juge de première instance quant au poids à accorder à la preuve. Par conséquent, si les appelants obtenaient gain de cause en appel sur la question de l'extinction, ils avaient le droit d'assurer leur subsistance dans le territoire délimité par le juge en chef McEachern sur la carte 5.

(c) *Jurisdiction*

Macfarlane J.A. essentially agreed with the trial judge with respect to his analysis of the jurisdiction, or sovereignty issue. He characterized the claim as the right to control and manage the use of lands and resources in the territory, as well as the right to govern the people within the territory, to the possible exclusion of laws of general application within the province. He stated that the Gitksan and Wet'suwet'en peoples do not need a court declaration to permit internal self-regulation, if they consent to be governed. However, the rights of self-government encompassing a power to make general laws governing the land, resources, and people in the territory are legislative powers which cannot be awarded by the courts. Such jurisdiction is inconsistent with the *Constitution Act, 1867* and its division of powers. When the Crown imposed English law on all the inhabitants of the colony and when British Columbia entered Confederation, the aboriginal people became subject to Canadian (and provincial) legislative authority. For this reason, the claim to jurisdiction failed.

(d) *Extinguishment*

Macfarlane J.A. began by noting that treaty-making is the most desirable way to resolve aboriginal land issues. However, he noted that prior to 1982, the rights of aboriginal people could be extinguished by the unilateral act of the sovereign, without the consent of the aboriginal people. Intention to extinguish must be clear and plain. Although express language is not strictly necessary, the honour of the Crown requires its intentions to be either express or manifested by unavoidable implication. Unavoidable implication should not be easily found — it occurs only where the interpretation of the instrument permits no other result. This, in turn, depends on the nature of the aboriginal interest and of the impugned grant.

c) *La compétence*

Le juge Macfarlane s'est dit essentiellement d'accord avec l'analyse du juge de première instance relativement à la question de la compétence ou souveraineté. Il a dit que l'on revendiquait le droit de contrôler et de gérer l'utilisation des terres et des ressources du territoire, ainsi que le droit de gouverner la population y habitant, d'une manière pouvant aller jusqu'à l'exclusion des lois d'application générale en vigueur dans la province. Il a affirmé que les Gitksan et les Wet'suwet'en n'ont pas besoin d'une déclaration de la cour autorisant l'autoréglementation interne, s'ils consentent à être gouvernés. Cependant, les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale, y compris le pouvoir de faire des lois générales régissant les terres, les ressources et la population du territoire, sont des pouvoirs législatifs qui ne peuvent être accordés par les tribunaux. Une telle compétence est incompatible avec la *Loi constitutionnelle de 1867* et le partage des pouvoirs qu'elle établit. Lorsque la Couronne a imposé le droit anglais à tous les habitants de la colonie et lorsque la Colombie-Britannique est entrée dans la Confédération, les autochtones sont devenus assujettis aux pouvoirs législatifs du Canada (et de la province). Pour ce motif, la revendication relative à la compétence a été rejetée.

d) *L'extinction*

Le juge Macfarlane a d'abord indiqué que la conclusion de traités est la façon la plus souhaitable de résoudre les questions relatives aux terres autochtones. Cependant, il a souligné que, avant 1982, les droits des peuples autochtones pouvaient être éteints par acte unilatéral du souverain, sans leur consentement. L'intention d'éteindre un droit doit être claire et expresse. Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire que l'intention soit exprimée en termes exprès, l'honneur de la Couronne exige que ses intentions ressortent de façon expresse ou par implication inéluctable. Une implication inéluctable n'est pas facile à trouver — elle n'existe que lorsque l'interprétation de l'instrument ne permet aucun autre résultat. Ce résultat dépend pour sa part de la nature de l'intérêt autochtone en jeu et de la concession contestée.

34

35

36

Macfarlane J.A. disagreed with the trial judge that the colonial instruments manifested the required clear and plain intention to extinguish all aboriginal interests in land. The purpose of the colonial instruments in question was to facilitate an orderly settlement of the province, and to give the Crown control over grants to third parties. It is not inevitable, upon a reading of the statutory scheme, that the aboriginal interest was to be disregarded. They did not foreclose the possibility of treaties or of co-existence of aboriginal and Crown interests. Similarly, even fee simple grants to third parties do not necessarily exclude aboriginal use. For example, uncultivated vacant land held in fee simple does not necessarily preclude the exercise of hunting rights. Moreover, it is clear that, at common law, two or more interests in land less than fee simple can co-exist. However, since the record was not sufficiently specific to permit the detailed analysis of such issues, Macfarlane J.A. suggested that these issues be dealt with in negotiation. He concluded that extinguishment by a particular grant needed to be determined on a case by case basis.

Le juge Macfarlane n'était pas d'accord avec le juge de première instance que les instruments coloniaux manifestaient l'intention claire et expresse requise pour éteindre tous les droits fonciers des autochtones. Les instruments coloniaux en question visaient à faciliter la colonisation ordonnée de la province et à donner à la Couronne le pouvoir d'octroyer des concessions aux tiers. La lecture des textes législatifs n'amène pas inévitablement à conclure qu'il ne fallait pas tenir compte des droits des autochtones. Ces textes ne faisaient pas obstacle à la possibilité de conclure des traités ou à la coexistence des droits des autochtones et de ceux de la Couronne. De la même façon, même un acte de concession en fief simple à un tiers n'écarter pas nécessairement l'utilisation par les autochtones du territoire visé. Par exemple, le fait qu'une terre non cultivée et inoccupée soit détenue en fief simple n'exclut pas nécessairement l'exercice de droits de chasse. En outre, il est clair que, en common law, deux intérêts ou plus qui sont inférieurs au fief simple peuvent coexister. Cependant, comme le dossier n'était pas suffisamment précis pour permettre l'analyse détaillée de ces questions, le juge Macfarlane a suggéré qu'elles fassent l'objet de négociations. Il a conclu que la question de savoir si une concession donnée entraînait l'extinction de certains droits devait être tranchée au cas par cas.

37

Macfarlane J.A. considered the constitutional power of the province to extinguish aboriginal rights after 1871, and in particular, whether valid provincial legislation could extinguish aboriginal rights in land by incidental effect. After 1871, the exclusive power to legislate in relation to "Indians, and Lands reserved for the Indians" was given to the federal government by virtue of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Valid provincial legislation may apply to Indians, so long as it is a law of general application and not one that affects their Indianness, their status, or their core values (*Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309). However, the proposition that provincial laws could extinguish Indian title by incidental effect

Le juge Macfarlane a examiné le pouvoir constitutionnel de la province d'éteindre des droits ancestraux après 1871, et, en particulier, la question de savoir si une loi provinciale valide pouvait éteindre de façon incidente des droits fonciers ancestraux. Après 1871, la compétence exclusive de légiférer sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens» a été attribuée au gouvernement fédéral par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une loi provinciale valide peut s'appliquer aux Indiens s'il s'agit d'une loi d'application générale et non d'une loi touchant leur quiddité indienne ou indianité, leur statut ou leurs valeurs fondamentales (*Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309). Cepen-

must be examined in light of federal authority relating to Indians and of the aboriginal perspective. The traditional homelands of aboriginal people are integral to their traditional way of life and their self-concept. If the effect of provincial legislation were to strip the aboriginal people of the use and occupation of their traditional homelands, it would be an impermissible intrusion into federal jurisdiction, as such a law would “trench on the very core of the subject matter of s. 91(24)” (at p. 169). Hence, he concluded that provincial legislatures do not have the constitutional competence to extinguish common law aboriginal rights. Moreover, extinguishment by adverse dominion could only be accomplished by the federal government. Similarly, s. 88 of the *Indian Act* did not assist the province. Laws of general application which do not affect the “core of Indianness” apply by their own force. However, provincial laws which do affect that core rely on s. 88, which referentially incorporates them into federal law. For s. 88 of the *Indian Act* to give the province authority to extinguish aboriginal rights, it would have to show a clear and plain intention to do so. Since no such intention exists in s. 88 in particular or the *Indian Act* in general, it cannot authorize outright extinguishment. However, it may authorize provincial regulation of and interference with aboriginal rights. Of course, now the operation of such regulations are now subject to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

(e) *Relief Allowed*

Macfarlane J.A. granted a declaration that the plaintiffs’ aboriginal rights were not all extinguished by the colonial instruments enacted prior to British Columbia’s entry into Confederation in

dant, la proposition suivant laquelle les lois provinciales pourraient éteindre un titre indien de manière incidente doit être examinée à la lumière de la compétence du fédéral sur les questions indiennes et en tenant compte du point de vue des autochtones. Les terres traditionnelles des Indiens font partie intégrante de leur mode de vie traditionnel et de la façon dont ils se définissent. Si une loi provinciale avait pour effet de dépouiller les autochtones du droit d’utiliser et d’occuper leurs terres traditionnelles, il s’agirait d’une intrusion inadmissible dans un champ de compétence fédéral, étant donné qu’une telle loi [TRADUCTION] «empiéterait sur l’essentiel de l’objet du par. 91(24)» (à la p. 169). Par conséquent, le juge Macfarlane a conclu que les législatures provinciales n’ont pas, en vertu de la Constitution, compétence pour éteindre les droits ancestraux reconnus par la common law. En outre, seul le gouvernement fédéral peut éteindre des droits par possession adversative. De même, l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens* n’a été d’aucun secours pour la province. Les lois d’application générale qui ne touchent pas le «fondement même de la quiddité indienne» s’appliquent d’elles-mêmes. Au contraire, celles qui touchent à ce fondement s’appuient sur l’art. 88, qui les incorpore par renvoi au droit fédéral. Pour que l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens* accorde à la province le pouvoir d’éteindre des droits ancestraux, il faudrait trouver dans son texte une intention claire et expresse à cet égard. Comme on ne trouve une telle intention ni dans l’art. 88 en particulier, ni dans la *Loi sur les Indiens* en général, cet article ne peut autoriser d’extinction pure et simple. Il peut cependant autoriser la réglementation par les provinces des droits ancestraux et des atteintes à ces droits. Évidemment, l’application d’une telle réglementation est maintenant assujettie à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

e) *La réparation accordée*

Le juge Macfarlane a prononcé une déclaration portant que les droits ancestraux des demandeurs n’avaient pas tous été éteints par les instruments coloniaux édictés avant l’entrée de la Colombie-

1871. He also granted a declaration that the appellants have unextinguished, non-exclusive aboriginal rights, formerly protected at common law, and now protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. These rights are not ownership or property rights, and are located within the area indicated on Map 5. Their characteristics may vary depending on the particular context in which the rights are said to exist, and are dependent on the specific facts of each case.

Britannique dans la Confédération en 1871. Il a aussi prononcé une déclaration portant que les appelants possèdent des droits ancestraux non éteints et non exclusifs, auparavant protégés par la common law et qui le sont maintenant par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces droits, qui ne sont ni la propriété ni des droits de propriété, existent à l'intérieur du territoire délimité sur la carte 5. Leurs caractéristiques peuvent varier en fonction du contexte où ils sont invoqués, et ils dépendent des faits propres à chaque affaire.

39

Macfarlane J.A. did not grant a declaration with respect to jurisdiction over land and resources or people within the territory, leaving this to negotiation. He also did not interfere with the decision of the trial judge that the claim for damages must be dismissed. He noted that the parties wished to negotiate the precise location, scope, content and consequences of the aboriginal rights which the trial judge has held may be exercised in that part of the territory, the approximate area of which is illustrated on Map 5. However, no order of the court was required to permit the parties to enter into such negotiations.

Le juge Macfarlane n'a pas prononcé de déclaration relativement à la compétence sur les terres, les ressources ou la population du territoire, laissant ces questions à la négociation. Il n'a pas modifié non plus la décision du juge de première instance rejetant la demande en dommages-intérêts. Il a souligné que les parties désiraient négocier l'emplacement, la portée, les conséquences et le contenu précis des droits ancestraux qui, de conclure le juge de première instance, peuvent être exercés dans cette partie du territoire dont les limites approximatives sont indiquées sur la carte 5. Cependant, aucune ordonnance de la cour n'était nécessaire pour permettre aux parties d'engager de telles négociations.

40

Finally, Macfarlane J.A. stated that he would not give effect to the alternative declarations sought by the province relating to the alleged extinguishment of aboriginal rights by grants of fee simple and of lesser interests in the period from 1871-1982. The province did not have the power after 1871 to extinguish aboriginal rights. However, some provincial land and resource laws affecting aboriginal rights may be given force as federal laws through the operation of s. 88 of the *Indian Act*. The effect of fee simple and lesser grants on the particular aboriginal rights would require a detailed and complete analysis, which neither the record nor the

Finalement, le juge Macfarlane a affirmé qu'il ne donnerait pas effet aux déclarations subsidiaires demandées par la province quant à sa prétention que des droits ancestraux avaient été éteints par suite de la concession, de 1871 à 1982, de fiefs simples et d'intérêts inférieurs au fief simple. La province n'avait plus, après 1871, le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux. Cependant, certaines lois provinciales relatives aux terres et aux ressources et affectant les droits ancestraux peuvent produire leurs effets à titre de lois fédérales par application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. L'effet de la concession de fiefs simples ou d'intérêts inférieurs sur les droits ancestraux en cause aurait nécessité une analyse approfondie que ni le dossier, ni les observations présentées ne permettraient d'effectuer. Le juge Macfarlane n'a

submissions permitted. He made no order for costs, adopting the reasons of the trial judge.

(2) Wallace J.A. (concurring)

(a) *Scope of Appellate Review*

Wallace J.A. considered the appropriate principles for appellate review of a trial judge's findings of fact. An appellate court should find error on the part of the trial judge with respect to those aspects of the finding of facts which involve questions of credibility or weight to be given the evidence of a witness only if it is established that the trial judge made some "palpable and overriding error" which affected his assessment of the material facts. Such an error exists in three situations: firstly, when it can be demonstrated there was no evidence to support a material finding of fact of the trial judge; secondly, when the trial judge wrongly overlooked admissible evidence relevant and material to the issue before the court; or thirdly, where the trial judge's finding of fact cannot be supported as reasonable. In reversing the trial judge for "palpable and overriding error" the Court of Appeal must designate the specific error and state why the nature of the error justifies reversing the trial judge's finding of fact. Wallace J.A. held that these principles applied to the trial judge's determination of the nature and territorial scope of the aboriginal activities, the question of jurisdiction and control over the territory, and the weight to be attributed to the evidence of the various witnesses.

(b) *General Principles*

Wallace J.A. stated that aboriginal rights of occupation and use originate in the Indians' historic occupation and use of their tribal lands, and is recognized by the common law. Unlike the trial judge, he recognized that these rights may resem-

rendu aucune ordonnance concernant les dépens, adoptant les motifs du juge de première instance.

(2) Le juge Wallace (opinion concordante)

a) *La portée de l'examen en appel*

Le juge Wallace s'est penché sur les principes à suivre dans le cadre de l'examen, en appel, des conclusions de fait du juge de première instance. Une cour d'appel ne devrait pas conclure que le juge de première instance a fait erreur sur les aspects des conclusions de fait qui se rattachent à la question de la crédibilité ou de la valeur probante d'un témoignage que s'il est établi que le juge de première instance a commis une [TRADUCTION] «erreur manifeste et dominante» ayant influé sur son appréciation des faits substantiels. Une telle erreur existe dans les trois cas suivants: premièrement, lorsqu'il peut être démontré qu'une conclusion de fait importante tirée par le juge de première instance ne s'appuie sur aucune preuve; deuxièmement, lorsque le juge de première instance a omis à tort de tenir compte d'éléments de preuve admissibles qui étaient pertinents et substantiels relativement à la question dont était saisi le tribunal; troisièmement, lorsque la conclusion de fait du juge de première instance ne peut être qualifiée de raisonnable. La cour d'appel qui infirme la décision du juge de première instance en raison d'une «erreur manifeste et dominante» doit indiquer de façon précise l'erreur qui a été commise et dire pourquoi la nature de cette erreur justifie l'infirmer de la conclusion de fait du juge de première instance. Le juge Wallace a statué que ces principes s'appliquaient à la détermination par le juge de première instance de la nature et de la portée territoriale des activités autochtones, à la question du contrôle du territoire et de la compétence sur celui-ci et au poids à accorder aux divers témoignages.

b) *Les principes généraux*

Le juge Wallace a affirmé que les droits ancestraux d'occupation et d'utilisation tirent leur origine de l'occupation et de l'utilisation historiques par les Indiens de leurs terres tribales, et que ces droits sont reconnus par la common law. Contrai-

41

42

ble a proprietary title, not unlike those in western property law systems, or they may be restricted to certain uses of the land. He set out the requirements for establishing aboriginal rights, varying from the *Baker Lake* test used by the trial judge. In Wallace J.A.'s formulation of the test, the practices supporting the rights in question had to be integral to the claimants' distinctive and traditional society or culture. Moreover, he resolved the trial judge's concerns about the requirement of exclusivity as follows: if the plaintiffs claim exclusive occupation and use, the traditional occupation had to be to the exclusion of other organized societies.

(c) *Aboriginal Ownership*

43

Wallace J.A. considered there to be reasonable support for the trial judge's conclusions regarding the nature and scope of the appellants' interest in the territory. The standard of occupation required to support the claim of ownership depended on the nature of the interest. The appellants' claim was to manage the lands and natural resources. This suggests exclusive control and possession of the territory, requiring the appellants to demonstrate exclusive possession. Since they could not do so, he concluded that the trial judge correctly dismissed their claim for ownership.

(d) *Aboriginal Rights of Occupation and Use of Traditional Lands*

44

Even if the appellants' claim were characterized as a claim for aboriginal title, rather than ownership, Wallace J.A. agreed with the criteria applied by the trial judge: the occupation of specific territory, the exclusion of other organized societies, occupation at the time of British sovereignty and long-time aboriginal practices. Applying these principles to the trial judge's findings of fact, Wallace J.A. concluded that the appellants had not

rement au juge de première instance, il a reconnu que ces droits peuvent ressembler à un titre de propriété, qu'ils ne sont pas sans similitudes avec ceux reconnus dans les systèmes occidentaux de droit des biens et qu'ils peuvent se limiter à certaines utilisations du territoire. Il a énoncé les exigences à satisfaire pour démontrer l'existence de droits ancestraux, s'écarter du critère établi dans *Baker Lake* qu'avait utilisé le juge de première instance. Dans sa formulation du critère, le juge Wallace a indiqué que les pratiques sous-tendant les droits en question devaient faire partie intégrante de la société ou culture traditionnelle distinctive des demandeurs. Il a en outre dissipé de la façon suivante l'incertitude du juge de première instance quant à l'exigence d'exclusivité: si les demandeurs revendiquent une occupation et une utilisation exclusives, l'occupation traditionnelle doit avoir été à l'exclusion d'autres sociétés organisées.

c) *Droit de propriété ancestral*

Le juge Wallace a considéré que les conclusions du juge de première instance au sujet de la nature et de la portée de l'intérêt des appelants dans le territoire étaient raisonnablement étayées. La norme d'occupation exigée pour appuyer la revendication de la propriété dépendait de la nature de l'intérêt en cause. Les appelants revendiquaient la gestion des terres et des ressources naturelles. Cela suppose la possession et le contrôle exclusifs du territoire et exige que les appelants fassent la démonstration d'une possession exclusive. Comme ils n'y sont pas parvenus, il a conclu que le juge de première instance avait eu raison de rejeter leur revendication du droit de propriété.

d) *Droits ancestraux d'occupation et d'utilisation des terres traditionnelles*

Même si la revendication des appelants était qualifiée de revendication du titre aborigène, plutôt que de revendication du droit de propriété, le juge Wallace a souscrit aux critères appliqués par le juge de première instance: l'occupation d'un territoire précis, l'exclusion des autres sociétés organisées, l'occupation au moment de l'affirmation de la souveraineté des Britanniques et l'existence de pratiques autochtones de longue date. Appliquant

established a manifest or palpable error in concluding that the appellants' rights were non-exclusive, and confined to user rights. However, he was of the view that the court was not in a position to express an opinion on the specific territorial scope of these rights.

(e) *Aboriginal Jurisdiction or Self-Government*

Wallace J.A. agreed that the claim for "jurisdiction" was for an undefined form of government over land and people in the territory, which would be paramount as against provincial laws in the case of a conflict. Wallace J.A. held, at p. 225, that this claim was "incompatible with every principle of the parliamentary sovereignty which vested in the Imperial Parliament in 1846". Moreover, British Columbia's entry into Canada in 1871 exhaustively distributed legislative power between the province and the federal government. Section 35 of the *Constitution Act, 1982* could not revive and protect any sovereignty rights which the Gitksan and Wet'suwet'en may have had.

(f) *Extinguishment*

Wallace J.A. agreed with Macfarlane J.A. on this issue. He set out the test ("clear and plain intention") and decided that the rights of use and occupation discussed above had not been extinguished.

(g) *Miscellaneous*

Wallace J.A. agreed that the appellants' damages claim should be dismissed, without deciding whether damages might be payable for wrongful interference with the Gitksan's and Wet'suwet'en's non-exclusive aboriginal rights in the territory. He also considered the appellants' claim that the appeal be adjourned in part for two years, during

ces principes aux conclusions de fait du juge de première instance, le juge Wallace a statué que les appelants n'avaient pas établi que le juge avait commis une erreur manifeste ou dominante en concluant que les droits des appelants n'étaient pas exclusifs et qu'ils se limitaient à des droits d'utilisation. Toutefois, il était d'avis que la cour n'était pas en mesure d'exprimer une opinion quant à la portée territoriale précise de ces droits.

e) *Droit ancestral à la compétence ou l'autonomie gouvernementale*

Le juge Wallace a convenu que la revendication relative à la «compétence» visait une forme indéterminée de gouvernement sur les terres et la population du territoire, qui aurait prépondérance sur les lois provinciales en cas de conflit. Le juge Wallace a conclu, à la p. 225, que cette revendication était [TRADUCTION] «incompatible avec tous les principes touchant la souveraineté parlementaire dont était investi le parlement impérial en 1846». Qui plus est, à l'entrée de la Colombie-Britannique dans le Canada en 1871, le pouvoir législatif avait été réparti de manière exhaustive entre la province et le gouvernement fédéral. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne pouvait faire renaître et protéger quelque droit à la souveraineté qu'avaient pu avoir les Gitksan et les Wet'suwet'en.

f) *L'extinction*

Le juge Wallace a souscrit à la décision du juge Macfarlane sur cette question. Il a exposé le critère applicable (celui de l'«intention claire et expresse») et a décidé que les droits d'utilisation et d'occupation examinés précédemment n'avaient pas été éteints.

g) *Les autres questions*

Le juge Wallace a convenu que la demande en dommages-intérêts des appelants devait être rejetée, sans toutefois décider si des dommages-intérêts pourraient être payables pour atteinte fautive aux droits ancestraux non exclusifs des Gitksan et des Wet'suwet'en sur le territoire. Il a aussi examiné la demande des appelants que l'appel soit

45

46

47

which time the parties would attempt to negotiate an agreement regarding the geographic parameters of the claimed territory. The court would retain jurisdiction to determine issues or refer them to the trial court if the parties failed to reach an agreement during the two-year period. However, he noted that the role of the Court of Appeal is not to tailor its judgment to facilitate negotiation. The Court of Appeal is restricted to declaring the legal status of rights claimed, on the basis of the trial record.

(3) Lambert J.A. (dissenting)

(a) *General Principles*

48

Lambert J.A. considered at length the leading cases with regard to aboriginal rights in British Columbia. He set out a number of conclusions. He recognized that aboriginal title and aboriginal rights are *sui generis*, and not easily explicable in terms of ordinary western jurisprudential analysis or common law concepts. He noted that aboriginal title is a form of aboriginal rights, and is therefore protected by s. 35. All rights arise from the practices, customs and traditions which form an integral part of the distinctive culture of the aboriginal people, and were part of the social fabric of aboriginal society at the time of the arrival of the first Europeans. This co-existed with the settlers' common law rights from the time of contact until sovereignty. After that time, aboriginal rights that continued as part of the social fabric of the aboriginal society were protected by both their own internal institutions and the common law.

49

Lambert J.A. believed that aboriginal rights were not frozen at the time of contact. Rather, they must be permitted to maintain contemporary relevance in relation to the needs of the holders of the rights as those needs change along with the changes in overall society. The rights may be individual, or they may be collective, depending on

ajourné en partie pendant deux ans, période au cours de laquelle les parties tenteraient de négocier un accord sur les paramètres géographiques du territoire revendiqué. La cour conserverait compétence pour trancher les questions en litige ou les renvoyer au tribunal de première instance si les parties ne parvenaient pas à s'entendre pendant ces deux ans. Toutefois, il a souligné que le rôle de la Cour d'appel n'est pas de façonner sa décision afin de faciliter les négociations. La Cour d'appel n'a d'autre rôle que celui de statuer sur l'existence juridique des droits revendiqués au vu du dossier de première instance.

(3) Le juge Lambert (dissident)

a) *Les principes généraux*

Le juge Lambert a longuement examiné les arrêts clés en matière de droits ancestraux en Colombie-Britannique. Il a énoncé un certain nombre de conclusions. Il a reconnu que le titre aborigène et les droits ancestraux avaient un caractère *sui generis* et que ces notions n'étaient pas faciles à expliquer par l'analyse juridique occidentale ordinaire ou par les concepts de common law. Il a souligné que le titre aborigène est une forme de droit ancestral et qu'il est donc protégé par l'art. 35. Tous ces droits découlent des coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive des autochtones visés et qui faisaient partie du tissu social de la société autochtone au moment de l'arrivée des premiers Européens. À partir du moment du contact avec les Européens jusqu'à l'affirmation de la souveraineté, ces droits ont coexisté avec ceux reconnus aux colons par la common law. Par la suite, les droits ancestraux qui ont continué de faire partie du tissu social de la société autochtone étaient protégés par leurs propres institutions internes et par la common law.

Le juge Lambert a estimé que les droits ancestraux n'ont pas été figés au moment du contact avec les Européens, mais qu'il faut plutôt permettre à ces droits de garder leur pertinence dans le monde actuel eu égard aux besoins de leurs titulaires, besoins qui changent à mesure qu'évolue l'ensemble de la société. Ces droits peuvent être

how they were and are treated by aboriginal people. Moreover, they do not come from aboriginal practice dating from time immemorial. Rather, they come, under the doctrine of continuity, from the practices, customs and traditions of the aboriginal people.

Aboriginal rights are neither abrogated by the fact that similar rights may be held by non-aboriginal people nor because the holders of the rights participate in the wage or cash economy. A right to occupy, possess, use and enjoy land to the exclusion of all others does not mean that it must be confined to the activities carried on in 1846, or that its exercise requires a renunciation of the contemporary world.

(b) *Extinguishment*

Lambert J.A. considered the test for extinguishment from *Calder*, and expressly rejected Judson J.'s views. He derived the authority to do so from the way in which extinguishment was dealt with in *Sparrow*. In considering implicit extinguishment, he stated that it will only be held to occur where no other conclusion is possible from the particular instrument or conduct. It could not take place through adverse dominion. In the case of an inconsistency between a Crown grant of land and aboriginal title, the title should not necessarily give way in the absence of a clear and plain intention to extinguish. In any case, no grants or other interests were granted in the territory prior to 1871, and after that date, the British Columbia legislature had no power to legislate to extinguish, by adverse dominion, or otherwise. Lambert J.A. recognized, at p. 312, that because of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, and the doctrine of interjurisdictional immunity, provincial legislation could not affect "Indians in their Indianness". This included aboriginal rights, since they are an integral part of aboriginal culture. This is not affected by s. 88 of the *Indian Act*.

soit individuels soit collectifs, selon la façon dont les autochtones les ont traités et les traitent. En outre, ils ne découlent pas de pratiques autochtones immémoriales. Ils viennent plutôt, selon la doctrine de la continuité, des coutumes, pratiques et traditions des autochtones.

Des droits ancestraux ne sont pas abrogés parce qu'il est possible que des droits similaires soient détenus par des non-autochtones, ni parce que leurs titulaires participent à l'économie salariale ou monétaire. Le droit d'occuper, de posséder, d'utiliser un territoire et d'en jouir à l'exclusion d'autrui ne signifie pas que ce droit doive se limiter aux activités pratiquées en 1846, ou que son exercice requière la renonciation au monde contemporain.

(b) *L'extinction*

Le juge Lambert a examiné le critère établi dans l'arrêt *Calder* à l'égard de l'extinction et il a expressément rejeté l'opinion du juge Judson. Pour ce faire, il s'est appuyé sur la manière dont cette question a été traitée dans *Sparrow*. Relativement à l'extinction implicite, il a affirmé qu'on ne conclura à l'existence d'une telle situation que dans les cas où il est impossible de tirer quelque autre conclusion de l'instrument ou de la conduite en cause. Il ne peut y avoir extinction par possession adversative. En cas d'incompatibilité entre une concession accordée par l'État et un titre aborigène, le titre ne devrait pas nécessairement disparaître en l'absence d'une intention claire et expresse de l'éteindre. De toute façon, ni concession ni quelque autre intérêt visant le territoire en cause n'ont été accordés avant 1871 et, après cette date, la législature de la Colombie-Britannique n'avait pas le pouvoir de légiférer à des fins d'extinction, par possession adversative ou autrement. Le juge Lambert a reconnu à la p. 312 que, en raison du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la doctrine de l'exclusivité des compétences, la législation provinciale ne pouvait affecter les [TRADUCTION] «Indiens dans leur indianité», y compris leurs droits ancestraux, étant donné que ces droits font partie intégrante de la culture autochtone. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* ne change rien à cette situation.

50

51

52

Lambert J.A. applied the same principles to a consideration of whether the right to self-government had been extinguished. Neither the assertion of sovereignty nor the colonial enactments mentioned by the trial judge were sufficient to extinguish aboriginal rights in the claimed territory. He saw no incompatibility between statements that the Crown owned the land of the province and the notion that aboriginal title was a burden on the Crown's radical title. Moreover, there was no "inescapable inference" that the colonial enactments were intended to extinguish aboriginal interests. If this were the case, aboriginal peoples would instantly become trespassers on any lands not reserved for them as soon as the Crown took title. Finally, the evidence that the aboriginal peoples of northern British Columbia surrendered their title under Treaty No. 8 also suggested that they had title interests to surrender.

(c) *Findings at Trial*

53

Lambert J.A. considered the factual findings made by the trial judge and made a number of general observations. First, if a finding of fact is necessary to the decision in the case, it should be given more deference than a fact which is merely made in the course of the decision or for some incidental reason. Second, findings of historical fact based on historical or anthropological evidence given by historians and anthropologists should be given only the kind of weight that other historians or anthropologists might have given them. These social scientists do not always agree, circumstances change, and new material is discovered and interpreted. Third, the appellants' oral evidence should be weighed, like all evidence, against the weight of countervailing evidence and not against an absolute standard so long as it is enough to support an air of reality. Fourth, with the election of an NDP government in British Columbia in 1991, the province reconsidered its legal stance in this case. As such, it invited the court to confirm the existence of aboriginal rights of unspecified content over unspecified areas and to permit the parties to negotiate the precise content and the precise areas. In Lambert J.A.'s view, the

Le juge Lambert a appliqué les mêmes principes à la question de savoir si le droit à l'autonomie gouvernementale avait été éteint. Ni l'affirmation de la souveraineté ni les textes de loi coloniaux mentionnés par le juge de première instance n'ont suffi pour éteindre les droits ancestraux dans le territoire revendiqué. Il n'a vu aucune incompatibilité entre les affirmations selon lesquelles l'État est propriétaire des terres de la province et la notion que le titre aborigène constituait une charge grevant le titre absolu de l'État. En outre, il n'y avait aucune [TRADUCTION] «inférence inéluctable» que les textes de lois coloniaux visaient l'extinction des droits ancestraux. Si cela avait été le cas, les autochtones seraient automatiquement devenus des intrus sur toute terre qui ne leur était pas réservée dès que l'État en acquerrait le titre. Finalement, la preuve indiquant que les autochtones du nord de la Colombie-Britannique ont cédé leur titre aux termes du Traité n° 8 suggérerait également qu'ils avaient des droits de cette nature à céder.

c) *Les conclusions de fait en première instance*

Le juge Lambert a examiné les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et a fait un certain nombre d'observations générales. Premièrement, si une conclusion de fait est nécessaire pour rendre décision dans une affaire, une plus grande retenue devrait être manifestée à son égard qu'à l'endroit de celles qui sont simplement tirées dans le cours de la décision ou pour quelque raison incidente. Deuxièmement, il ne devrait pas être accordé aux conclusions de fait d'ordre historique fondées sur les témoignages d'historiens et d'anthropologues une valeur probante plus grande que celle qu'ont pu leur accorder d'autres historiens ou anthropologues. Ces spécialistes des sciences sociales ne sont pas toujours d'accord, les circonstances changent et de nouveaux éléments sont découverts et interprétés. Troisièmement, le témoignage des appelants devrait, comme tout témoignage, être apprécié en regard de la valeur probante de la preuve contraire et non en regard d'une norme absolue, dans la mesure où il est suffisamment vraisemblable. Quatrièmement, à la suite de l'élection du gouvernement du parti néo-démocrate en Colombie-Britannique en 1991, la province a révisé sa position juridique dans cette

Crown, by adopting the position that it wished to negotiate the content and territorial scope of aboriginal rights, must be taken to have waived the argument that the findings of the trial judge must stand and that any aboriginal rights held by the Gitksan and Wet'suwet'en peoples must be confined to non-exclusive sustenance rights over the area covered by Map 5. In short, reliance on the findings of fact of the trial judge is entirely inconsistent with negotiation.

Nonetheless, Lambert J.A. was of the view that the findings of fact with respect to boundaries and with respect to the scope and content of aboriginal rights, including both rights in land and rights of self-government, cannot stand even in accordance with the usual principles governing the consideration of findings of fact, because they are flawed by errors of law.

With regard to the ownership claim, Lambert J.A. identified the following errors in the trial judge's reasons. In his view, the trial judge erred: (1) in not treating the ownership claim as a claim to aboriginal title and applied incorrect legal standards as a result; (2) in treating the claim to aboriginal title as a claim to a proprietary interest in land; (3) in applying a test of indefinite or long, long time use and occupation before the assertion of sovereignty; (4) in treating evidence of commercial interaction with the first Europeans as not being evidence of aboriginal practices; (5) in treating the rights to trap as being the exercise of rights other than aboriginal rights; (6) in rejecting evidence about commercial trapping and the evidence of Dr. Ray, a historical geographer who gave evidence at trial; (7) in rejecting possession, occupation, use, and enjoyment in a social sense as sufficient to establish aboriginal title; (8) in treating the test of possession and occupation as being whether

affaire. En conséquence, elle a invité la cour à confirmer l'existence de droits ancestraux de contenu indéterminé et visant des territoires non précisés, et à permettre aux parties de négocier ce contenu et ces territoires. Selon le juge Lambert, il faut considérer que, ayant décidé qu'il désirait négocier le contenu et la portée territoriale des droits ancestraux, l'État est réputé avoir renoncé à l'argument que les conclusions du juge de première instance doivent être maintenues et que tout droit ancestral dont sont titulaires les Gitksan et les Wet'suwet'en se limite à des droits d'exploitation à des fins de subsistance non exclusifs visant le territoire délimité par la carte 5. Bref, le fait de se fonder sur les conclusions de fait du juge de première instance est tout à fait incompatible avec la tenue de négociations.

Néanmoins, le juge Lambert était d'avis que les conclusions de fait relatives aux limites du territoire ainsi qu'à la portée et au contenu des droits ancestraux, y compris les droits fonciers et les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale, ne sauraient être maintenues, même en regard des principes ordinaires régissant l'appréciation des conclusions de fait, étant donné qu'elles sont entachées d'erreurs de droit.

En ce qui concerne la revendication de la propriété, le juge Lambert a décelé les erreurs suivantes dans les motifs du juge de première instance. Selon lui, le juge de première instance a fait erreur (1) en ne traitant pas la revendication de la propriété comme la revendication du titre aborigène, et en appliquant, en conséquence, des normes juridiques incorrectes; (2) en traitant la revendication du titre aborigène comme la revendication d'un intérêt de propriété sur le territoire; (3) en appliquant le critère de l'utilisation et de l'occupation pendant une période indéfinie ou très longue avant l'affirmation de la souveraineté; (4) en considérant que la preuve relative aux échanges commerciaux avec les premiers Européens n'était pas une preuve des pratiques autochtones; (5) en considérant les droits de piégeage comme l'exercice de droits autres que des droits ancestraux; (6) en rejetant la preuve relative au piégeage commercial et le témoignage du professeur Ray, spécialiste

54

55

there was a law which would have required a trespasser to depart; (9) in considering that aboriginal rights cannot be held jointly by more than one people; (10) in not concluding that aboriginal title could rest on occupation, possession, use, and enjoyment of land even though that occupation may have diminished in the period after contact; (11) in his treatment of blanket extinguishment of aboriginal title; and (12) in concluding that all aboriginal rights had been extinguished by the colonial instruments. These errors of law led to an incorrect conclusion on the part of the trial judge about the existence of aboriginal title. His findings of fact can be reconsidered on appellate review.

de la géographie historique qui a témoigné au procès; (7) en rejetant les notions de possession, d'occupation, d'utilisation et de jouissance prises dans leur sens social comme des éléments suffisants pour établir l'existence d'un titre aborigène; (8) en considérant que le critère de la possession et de l'occupation revenait à se demander s'il existait une règle de droit qui aurait forcé un intrus à quitter les lieux; (9) en considérant que des droits ancestraux ne peuvent être détenus conjointement par différents peuples; (10) en ne concluant pas que le titre aborigène pouvait reposer sur l'occupation, la possession, l'utilisation et la jouissance du territoire, même si cette occupation a pu diminuer dans la période qui a suivi le contact avec les Européens; (11) en examinant comme il l'a fait la question de l'extinction générale du titre aborigène; (12) en concluant que tous les droits ancestraux avaient été éteints par les instruments coloniaux. Ces erreurs de droit ont entraîné une conclusion erronée de la part du juge de première instance quant à l'existence du titre aborigène. Ses conclusions de fait peuvent être réexaminées en appel.

56 With regard to the jurisdiction claim, Lambert J.A. stated that the trial judge erred: (1) in treating the claim to jurisdiction as a claim to govern territory and assert sovereignty over the territory; (2) in trying to define the appellants' claim in terms of the answers given by one witness in cross-examination; (3) in concluding that the claim to jurisdiction must fail because the nature of aboriginal self-government and self-regulation was such that it does not produce a set of binding and enforceable laws; and (4) in considering that the existence of a legislative institution is an essential part of the existence of an aboriginal right to self-government. Because of these errors of law, the trial judge's conclusions were wrong.

En ce qui a trait à la revendication relative à la compétence, le juge Lambert a affirmé que le juge de première instance avait fait erreur (1) en considérant cette revendication comme la revendication par les demandeurs du droit de gouverner le territoire et d'affirmer leur souveraineté sur celui-ci; (2) en essayant de définir la revendication des appelants au moyen des réponses données par un témoin en contre-interrogatoire; (3) en concluant que la revendication relative à la compétence doit être rejetée parce que l'autonomie gouvernementale et l'autoréglementation autochtones étaient de nature telle qu'elles ne constituent pas un ensemble de règles de droit applicables et obligatoires; (4) en considérant que l'existence d'une institution législative est un élément essentiel de l'existence d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. En raison de ces erreurs de droit, les conclusions du juge de première instance étaient erronées.

57 With regard to the claim to aboriginal rights, Lambert J.A. was of the view that the trial judge erred: (1) in not treating the evidence of occupa-

Relativement à la revendication de droits ancestraux, le juge Lambert était d'avis que le juge de première instance avait fait erreur (1) en ne consi-

tion, possession, use, and enjoyment of the territory in an organized way by the appellants for their purposes, but particularly for sustenance, as being sufficient to establish aboriginal title to much of the land within the territory; (2) in separating commercial practices of aboriginal people from other practices and saying that commercial practices were not aboriginal practices; (3) in not considering the evidence of trading practices with neighbouring peoples; (4) in his treatment of the question of exclusivity both in relation to aboriginal title and sustenance rights; and (5) in considering participation in the wage or cash economy in relation to the existence (or non-existence) of aboriginal title. Again, given these errors of law, Lambert J.A. asserted that an appellate court had jurisdiction to intervene and set aside the trial judge's findings.

(d) *Substituted Findings*

In light of these errors, Lambert J.A. substituted his own findings of fact for those of the trial judge. In his view, the evidence established that in 1846, the Gitksan and Wet'suwet'en peoples occupied, possessed, used and enjoyed their traditional ancestral lands in accordance with their own practices, customs and traditions which were an integral part of their distinctive culture. Those ancestral lands extend throughout the claimed territory, well beyond the area indicated in Map 5. In areas where there were no conflicting claims to user rights, the appellants' rights should be characterized as aboriginal title. In areas of shared occupancy and use, the appellants' title would be shared-exclusive aboriginal title. In areas where the Gitksan and Wet'suwet'en peoples did not occupy, possess or use the land as an integral part of their culture, they would not have title, but may have aboriginal sustenance rights. These rights were not extinguished through any blanket extinguishment in the colonial period. Precise legislation related to a specific area may have extinguished some rights. However, no such legislation was before the court. The geographic scope of the

dérant pas que la preuve de l'occupation, de la possession, de l'utilisation et de la jouissance du territoire par les appelants, d'une façon organisée et pour leurs propres fins, mais particulièrement à des fins de subsistance, était suffisante pour établir le titre aborigène sur une grande partie des terres du territoire; (2) en séparant les pratiques commerciales des autochtones des autres pratiques, et en disant que les pratiques commerciales n'étaient pas des pratiques autochtones; (3) en ne tenant pas compte de la preuve de pratiques commerciales avec les peuples voisins; (4) en examinant comme il l'a fait la question de l'exclusivité tant en rapport avec le titre aborigène qu'avec les droits d'exploitation à des fins de subsistance; (5) en tenant compte de la participation à l'économie salariale ou monétaire pour statuer sur l'existence (ou l'inexistence) du titre aborigène. À nouveau, compte tenu de ces erreurs de droit, le juge Lambert a affirmé qu'une cour d'appel a compétence pour intervenir et infirmer les conclusions du juge de première instance.

d) *La substitution des conclusions*

À la lumière de ces erreurs, le juge Lambert a substitué ses propres conclusions de fait à celles du juge de première instance. Selon lui, la preuve établissait que, en 1846, les Gitksan et les Wet'suwet'en occupaient, possédaient et utilisaient leurs terres ancestrales traditionnelles et en avaient la jouissance conformément à leurs propres coutumes, pratiques et traditions qui faisaient partie intégrante de leur culture distinctive. Ces terres ancestrales s'étendent sur l'ensemble du territoire revendiqué, bien au-delà du territoire délimité sur la carte 5. Dans les secteurs où il n'y avait pas de revendications conflictuelles de droits d'utilisation, les droits des appelants devraient être qualifiés de titre aborigène. Dans les secteurs où il y a occupation et utilisation partagées, le titre des appelants serait un titre aborigène exclusif-partagé. Dans les secteurs où les Gitksan et les Wet'suwet'en n'ont pas occupé, possédé ou utilisé les terres en tant que partie intégrante de leur culture, ils n'auraient pas de titre, mais ils pourraient y avoir des droits ancestraux d'exploitation à des fins de subsistance. Aucune mesure d'extinction générale n'a éteint ces droits pendant la période coloniale. Il est possible

rights was a matter to be negotiated between the parties, and failing negotiation, needed to be determined by a new trial.

qu'un texte de loi donné, visant un secteur particulier, ait éteint certains droits, mais aucun texte de ce genre n'a été présenté à la cour. La portée géographique des droits était une question devant faire l'objet de négociations entre les parties ou, à défaut de négociations, être tranchée dans le cadre d'un nouveau procès.

59 Lambert J.A. also concluded that in 1846, the appellants' ancestors had rights of self-government and self-regulation, which rested on the practices, customs and traditions of those people which formed an integral part of their distinctive cultures. It is true that the rights may have been diminished by the assertion of British sovereignty, but those rights that continue are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Le juge Lambert a aussi conclu que, en 1846, les ancêtres des appelants possédaient des droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation qui reposaient sur leurs coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de leur culture distinctive. Il est vrai que ces droits ont pu être diminués par l'affirmation de la souveraineté des Britanniques, mais ceux qui existent encore sont protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

60 Turning to aboriginal sustenance rights, Lambert J.A. stated that they are entirely encompassed within aboriginal title in those areas where Gitksan and Wet'suwet'en aboriginal title exists. They also may exist in areas outside of title lands. In areas where such rights were shared by a number of peoples, the appellants' rights may be limited to specific sustenance activities as opposed to exclusive or shared-exclusive use and occupation.

Abordant ensuite la question des droits ancestraux d'exploitation à des fins de subsistance, le juge Lambert a affirmé qu'ils sont entièrement compris dans le titre aborigène visant les terres à l'égard desquelles les Gitksan et les Wet'suwet'en possèdent un tel titre. Ils peuvent également exister à l'égard de secteurs non compris dans des terres visées par un titre. Sur les terres où ces droits étaient partagés par un certain nombre de peuples, il est possible que les droits des appelants se limitent à certaines activités précises de subsistance, par opposition à une utilisation et à une occupation exclusives ou exclusives-partagées.

(e) *Other Issues*

e) *Les autres questions*

61 With regard to the *Royal Proclamation, 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1, Lambert J.A. expressed no views on its application or effect in the claimed territory and its inhabitants. With regard to infringement or denial of the appellants' rights in the claimed territory, Lambert J.A. concluded that the evidence in the case did not permit a proper consideration of the issues. Each infringement or denial would have to be examined in relation to the specific circumstances.

En ce qui concerne la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1, le juge Lambert n'a exprimé aucune opinion quant à l'application ou à l'effet de ce texte sur le territoire revendiqué et sur ses habitants. Pour ce qui est de l'atteinte aux droits des appelants ou de la négation de ces droits, le juge Lambert a conclu que, en l'espèce, la preuve ne permettait pas de faire un examen adéquat de ces questions. Chaque atteinte ou négation devrait être examinée en fonction des circonstances particulières à chaque cas.

(f) *Disposition*

Lambert J.A. would have allowed the appeal, and made a number of declarations. First, he would declare that the Gitksan and Wet'suwet'en peoples had, at the time of the assertion of British sovereignty in 1846, aboriginal title to occupy, possess, use and enjoy all or some of the land within the claimed territory. The land covered by aboriginal title at that time extended far beyond village sites and the immediate areas surrounding. Second, he would declare that the Gitksan and Wet'suwet'en peoples may have had aboriginal sustenance rights, including hunting, fishing, gathering, and similar rights over any parts of the land within the claimed territory to which aboriginal title did not extend. He would also declare that the aboriginal title and the aboriginal sustenance rights described may have been exclusive to the Gitksan in certain areas and exclusive to the Wet'suwet'en in others, and in some they may have shared with each other, or other aboriginal peoples, or non-aboriginals.

Lambert J.A. would have also declared that the appellants' ancestors had, at the time of the assertion of British sovereignty in 1846, aboriginal rights of self-government and self-regulation relating to their own organized society, its members, its institutions and its sustenance rights. These rights were recognized by, incorporated into, and protected by the common law after 1846. They have not been extinguished by any form of blanket extinguishment. Hence, they exist in modern form, subject only to specific extinguishment of the specific title or specific sustenance right in a specific area. However, the right of aboriginal self-government did not include any rights that were inconsistent with British sovereignty, any rights that are repugnant to natural justice, equity and good conscience, and have not been modified to overcome that repugnancy, and any rights which are contrary to the part of the common law that applied to the

f) *Le dispositif*

Le juge Lambert aurait accueilli l'appel et prononcé certaines déclarations. Premièrement, il était d'avis de déclarer que les Wet'suwet'en et les Gitksan possédaient, à l'époque de l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques en 1846, un titre aborigène fondant leur occupation, possession, utilisation et jouissance de tout ou partie des terres comprises dans le territoire revendiqué. Les terres visées par ce titre aborigène à l'époque s'étendaient bien au-delà du site des villages et de leurs environs. Deuxièmement, le juge Lambert aurait déclaré que les Gitksan et les Wet'suwet'en ont pu avoir des droits ancestraux d'exploitation à des fins de subsistance — y compris des droits de chasse, de pêche et de cueillette, ainsi que d'autres droits analogues — sur certaines parties du territoire revendiqué non visées par le titre aborigène. Il était aussi d'avis de déclarer que le titre aborigène et les droits ancestraux susmentionnés ont pu appartenir exclusivement aux Gitksan à certains endroits et exclusivement aux Wet'suwet'en à d'autres, et qu'à certains endroits les deux groupes ont pu les partager soit ensemble soit avec d'autres peuples autochtones ou avec des non-autochtones.

Le juge Lambert aurait aussi déclaré que les ancêtres des appelants possédaient, à l'époque de l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques en 1846, des droits ancestraux à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation visant leur propre société organisée, ainsi que ses membres, ses institutions et ses droits d'exploitation à des fins de subsistance de cette société. Après 1846, ces droits ont été intégrés à la common law et protégés par celle-ci. Ils n'ont pas été éteints par quelque mesure d'extinction générale que ce soit. Par conséquent, ils existent sous une forme contemporaine, sous réserve seulement de l'extinction d'un titre particulier ou d'un droit d'exploitation à des fins de subsistance particulier visant un territoire précis. Cependant, le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale ne comportait ni droit inconciliable avec la souveraineté britannique, ni droit incompatible avec la justice naturelle, l'équité et la bonne conscience qui n'aurait pas été modifié pour éliminer cette incom-

62

63

territory, the Gitksan and Wet'suwet'en peoples and their institutions.

patibilité, ni droit contraire à la partie de la common law qui s'appliquait au territoire, ainsi qu'aux Gitksan, aux Wet'suwet'en et à leurs institutions.

64 Lambert J.A. would also declare that these aboriginal title rights, aboriginal rights of self-government and self-regulation, and aboriginal sustenance rights may have been subject, after 1846 to specific extinguishment by the clear and plain extinguishing intention of the Sovereign Power, legislatively expressed by Parliament. Any specific extinguishment of specific rights might have been express or implicit, and, if implicit, it may have been brought about by the legislation itself (implied extinguishment) or by acts authorized by the legislation (extinguishment by adverse dominion), provided the intention to extinguish was contained within the legislative expression and was clear and plain. Instances of such specific extinguishment could not be decided on this appeal.

Le juge Lambert était aussi d'avis de déclarer que ces droits au titre aborigène, ainsi que ces droits ancestraux à l'autonomie gouvernementale, à l'autoréglementation et à l'exploitation à des fins de subsistance ont pu faire l'objet, après 1846, d'une extinction particulière par la manifestation de l'intention claire et expresse à cette fin du pouvoir du Souverain, exprimée législativement par le Parlement. Toute mesure d'extinction particulière de droits donnés aurait été expresse ou implicite et, dans ce dernier cas, aurait pu découler soit du texte de loi lui-même (extinction implicite) soit d'actes autorisés par ce texte (extinction par possession adversative), à la condition que cette intention d'extinction ait été présente dans la mesure législative et qu'elle ait été claire et expresse. Les cas d'extinction de ce genre ne pouvaient pas être tranchés dans le cadre de l'appel.

65 Lambert J.A. would declare that the present aboriginal rights of self-government and self-regulation of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples, exercisable in relation to their aboriginal title, would include the specific rights claimed in this appeal by the plaintiffs in relation to aboriginal title. He would also declare that the present aboriginal rights of self-government and self-regulation of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples would include rights of self-government and self-regulation exercisable through their own institutions to preserve and enhance their social, political, cultural, linguistic and spiritual identity.

Le juge Lambert aurait déclaré que seraient compris parmi les droits ancestraux actuels des Gitksan et des Wet'suwet'en à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation — droits pouvant être exercés relativement à leur titre aborigène — les droits précis revendiqués en appel par les demandeurs relativement à ce titre. Il était également d'avis de déclarer que ces droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation comprendraient aussi les droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation pouvant être exercés par l'entremise de leurs propres institutions pour préserver et renforcer leur identité sociale, politique, culturelle, linguistique et spirituelle.

66 Finally, Lambert J.A. would remit a number of questions back to trial. These include the question of the territorial boundaries for both title and sustenance rights; the degree of exclusivity or shared exclusivity which the appellants hold, on both the territories over which they have title and the territories over which they have sustenance rights; the scope and content of the sustenance rights; the scope and content of the rights to self-government and self-regulation; and all questions relating to

Finalement, le juge Lambert aurait renvoyé un certain nombre de questions au tribunal de première instance, dont celle des limites territoriales tant du titre aborigène que des droits d'exploitation à des fins de subsistance; le degré d'exclusivité ou d'exclusivité partagée dont sont titulaires les appelants, à la fois sur les territoires à l'égard desquels ils ont un titre et sur ceux où ils possèdent des droits d'exploitation à des fins de subsistance; la portée et le contenu de ces droits d'exploitation à

the plaintiffs' entitlement to damages and the quantum of damages. He would have also awarded the plaintiffs their costs, both in the Court of Appeal, and at trial.

(4) Hutcheon J.A. (dissenting in part)

(a) *Rights to Land*

Hutcheon J.A. agreed with the trial judge that the *Royal Proclamation, 1763* did not apply to the territory or its inhabitants. Nonetheless, the policy reflected in the *Proclamation* was, generally speaking, acceptance of aboriginal rights to land. Moreover, Hutcheon J.A. concluded on the basis of *Calder* and *Sparrow* that the colonial enactments did not extinguish the aboriginal rights in the claimed territory. He found it unnecessary to decide whether a grant in fee simple extinguishes aboriginal title or whether entitlement to compensation arises in such circumstances.

(b) *Nature of the Rights*

Hutcheon J.A. accepted that aboriginal rights to land existed prior to 1846 over the claimed territory. He found it sufficient to say, at p. 389, that aboriginal rights can "compete on an equal footing" with proprietary interests. Additionally, he noted that these rights are collective, inalienable except to the Crown, and extend to the traditional territory of the particular people.

(c) *Territory*

Hutcheon J.A. disagreed with the trial judge's conclusion that the appellants' ancestors occupied or controlled only the villages in the territory and the immediately surrounding areas. In Hutcheon J.A.'s view, the trial judge misapprehended the legal test for occupation and disregarded the independent evidence which showed that the territory occupied or controlled by the appellants extended far beyond the villages.

des fins de subsistance; la portée et le contenu des droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation; ainsi que toutes les questions relatives au droit des demandeurs à des dommages-intérêts et au montant de ceux-ci. Il était d'avis aussi d'accorder aux demandeurs leurs dépens, tant devant la Cour d'appel qu'en première instance.

(4) Le juge Hutcheon (dissident en partie)

a) *Les droits fonciers*

Le juge Hutcheon était d'accord avec le juge de première instance que la *Proclamation royale de 1763* ne s'appliquait pas au territoire ou à ses habitants. Néanmoins, la *Proclamation* reflétait, de façon générale, une politique d'acceptation des droits fonciers ancestraux. En outre, le juge Hutcheon a conclu, en se fondant sur les arrêts *Calder* et *Sparrow*, que les lois coloniales n'avaient pas éteint les droits ancestraux sur le territoire revendiqué. Il a jugé qu'il n'était pas nécessaire de décider si une concession en fief simple éteint le titre aborigène ou si le droit à une indemnité naît dans de telles circonstances.

b) *La nature des droits*

Le juge Hutcheon a accepté que des droits fonciers ancestraux existaient avant 1846 à l'égard du territoire revendiqué. Il a estimé suffisant de dire, à la p. 389, que les droits ancestraux peuvent [TRA-DUCTION] «concurrer sur un pied d'égalité» des droits de propriété. De plus, il a souligné que ces droits sont collectifs, qu'ils sont inaliénables sauf en faveur de l'État et qu'ils s'étendent au territoire traditionnel du peuple concerné.

c) *Le territoire*

Le juge Hutcheon a exprimé son désaccord avec la conclusion du juge de première instance que les ancêtres des appelants n'avaient occupé ou contrôlé que les villages se trouvant dans le territoire et leurs environs immédiats. Selon le juge Hutcheon, le juge de première instance a mal saisi le critère juridique relatif à l'occupation et il n'a pas tenu compte de la preuve indépendante qui démontrait que le territoire occupé ou contrôlé par les appelants s'étendait bien au-delà des villages.

67

68

69

(d) *Self-Regulation*

70

The traditions of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples existed long before 1846 and continued thereafter. They included the right to names and titles, the use of masks and symbols in rituals, the use of ceremonial robes, and the right to occupy and control places of economic importance. The traditions also included the institution of the clans and the Houses in which membership descended through the mother and the feast system. They regulated marriage and relations with neighbouring societies. The right to practise these traditions was not lost, although the *Indian Act* and provincial laws have affected the appellants' right to self-regulation. Only negotiations will define with greater specificity the areas and terms under which the appellants and the federal and provincial governments will exercise jurisdiction in respect of the appellants, their institutions, and laws.

(e) *Disposition*

71

Hutcheon J.A. would have allowed the appeal and have made a number of declarations. First, he would declare that all of the aboriginal rights of the appellants were not extinguished before 1871. Second, the appellants continue to have existing aboriginal rights to undefined portions of land within the claimed territory. Third, the appellants have rights of self-regulation exercisable through their own institutions to preserve and enhance their social, political, cultural, linguistic and spiritual identity. He would have remitted the outstanding matters to the Supreme Court of British Columbia, and stayed the proceedings for two years from the date of the judgment, or such shorter or longer period, in order for the parties to agree about the lands in respect of which the appellants have aboriginal rights, the scope of such rights on and to such lands, the scope of the right of self-regulation, and the appellants' entitlement to and quantum of

d) *L'autoréglementation*

Les traditions des Gitksan et des Wet'suwet'en existaient bien avant 1846 et elles ont continué d'exister par la suite. Elles comprenaient le droit de porter des noms et des titres, d'utiliser des masques et des symboles dans des rituels, d'utiliser des vêtements cérémoniels et d'occuper et de contrôler les lieux ayant une importance économique. Les traditions comprenaient aussi l'institution de clans et de maisons auxquels l'appartenance était régie par la filiation matrilineaire, et le système des célébrations. Ces traditions régissaient le mariage et les relations entre sociétés voisines. Le droit de pratiquer ces traditions n'a pas été perdu, bien que la *Loi sur les Indiens* et les lois provinciales aient affecté le droit des appelants à l'autoréglementation. Seules des négociations permettront de définir avec plus de précision les territoires où les appelants et les gouvernements fédéral et provinciaux exerceront leurs compétences sur les appelants, sur leurs institutions et sur leurs règles de droit, ainsi que les modalités d'exercices de ces compétences.

e) *Le dispositif*

Le juge Hutcheon était d'avis d'accueillir l'appel et de prononcer un certain nombre de déclarations. Premièrement, il aurait déclaré que tous les droits ancestraux des appelants n'ont pas été éteints avant 1871. Deuxièmement, les appelants continuent d'avoir des droits ancestraux existants sur des parties indéterminées du territoire revendiqué. Troisièmement, les appelants possèdent des droits à l'autoréglementation qu'ils peuvent exercer par l'entremise de leurs propres institutions pour préserver et renforcer leur identité sociale, politique, culturelle, linguistique et spirituelle. Il aurait renvoyé les questions non résolues à la Cour suprême de la Colombie-Britannique et suspendu les procédures pendant deux ans à compter de la date du jugement, ou pour une période plus courte ou plus longue, afin de permettre aux parties de s'entendre sur les terres à l'égard desquelles les appelants possèdent des droits ancestraux, sur la portée de tels droits à ces terres et sur celles-ci, sur la portée du droit à l'autoréglementation et sur le droit des appelants à des dommages-intérêts et sur

damages. Hutcheon J.A. would have awarded the appellants their costs throughout the proceedings.

#### IV. Issues

The following are the principal issues which must be addressed in this appeal. As will become apparent in my analysis, some of these issues in turn raise a number of sub-issues which I will address as well:

- A. Do the pleadings preclude the Court from entertaining claims for aboriginal title and self-government?
- B. What is the ability of this Court to interfere with the factual findings made by the trial judge?
- C. What is the content of aboriginal title, how is it protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and what is required for its proof?
- D. Has a claim to self-government been made out by the appellants?
- E. Did the province have the power to extinguish aboriginal rights after 1871, either under its own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the *Indian Act*?

#### V. Analysis

- A. *Do the pleadings preclude the Court from entertaining claims for aboriginal title and self-government?*

In their pleadings, the appellants, 51 Chiefs representing most of the Houses of the Gitksan and Wet'suwet'en nations, originally advanced 51 individual claims on their own behalf and on behalf of their houses for "ownership" and "jurisdiction" over 133 distinct territories which together comprise 58,000 square kilometres of northwestern British Columbia. On appeal, that original claim was altered in two different ways. First, the claims for ownership and jurisdiction have been replaced with claims for aboriginal title and self-govern-

le montant de ceux-ci. Le juge Hutcheon aurait accordé aux appelants leurs dépens dans toutes les cours.

#### IV. Les questions en litige

Les principales questions qui doivent être tranchées dans le présent pourvoi sont énoncées ci-dessous. Comme il ressortira de mon analyse, certaines de ces questions soulèvent des sous-questions, que j'examinerai également:

- A. Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'examiner les revendications relatives au titre aborigène et à l'autonomie gouvernementale?
- B. Quel pouvoir notre Cour a-t-elle de modifier les conclusions de fait du juge de première instance?
- C. Quel est le contenu du titre aborigène, comment est-il protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et comment fait-on la preuve de son existence?
- D. Les appelants ont-ils établi le bien-fondé de leur revendication de l'autonomie gouvernementale?
- E. La province avait-elle, après 1871, le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

#### V. L'analyse

- A. *Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'examiner les revendications relatives au titre aborigène et à l'autonomie gouvernementale?*

Dans leurs actes de procédure, les appelants — 51 chefs représentant la plupart des maisons des nations Gitksan et Wet'suwet'en — ont initialement présenté, en leur propre nom et au nom de leurs maisons, 51 revendications individuelles sollicitant la «propriété» de 133 territoires distincts totalisant 58 000 kilomètres carrés dans la partie nord-ouest de la Colombie-Britannique, ainsi que la «compétence» sur ces territoires. En appel, cette revendication initiale a été modifiée de deux façons. Premièrement, les revendications relatives

ment, respectively. Second, the individual claims by each house have been amalgamated into two communal claims, one advanced on behalf of each nation. However, there were no formal amendments to the pleadings to this effect, and the respondents accordingly argue that claims which are central to this appeal are not properly before the Court. Furthermore, the respondents argue that they have suffered prejudice as a result because they might have conducted the defence quite differently had they known the case to meet.

à la propriété des territoires et à la compétence sur ceux-ci ont été remplacées respectivement par la revendication du titre aborigène et la revendication de l'autonomie gouvernementale. Deuxièmement, les revendications individuelles présentées par chaque maison ont été fusionnées en deux revendications collectives, une au nom de chaque nation. Toutefois, aucune modification en ce sens n'a été apportée formellement aux actes de procédure, et les intimés affirment par conséquent que la Cour n'est pas régulièrement saisie de revendications qui sont au centre du présent pourvoi. En outre, les intimés prétendent qu'ils ont en conséquence subi un préjudice, puisqu'ils auraient peut-être présenté leur défense d'une tout autre façon s'ils avaient su ce à quoi ils devaient répondre.

74 I reject the respondents' submission with respect to the substitution of aboriginal title and self-government for the original claims of ownership and jurisdiction. Although it is true that the pleadings were not formally amended, the trial judge, at p. 158, did allow a *de facto* amendment to permit "a claim for aboriginal rights other than ownership and jurisdiction". Had the respondents been concerned about the prejudice arising from this ruling, they could have appealed accordingly. However, they did not, and, as a result, the decision of the trial judge on this point must stand.

Je rejette l'argument des intimés en ce qui a trait à la substitution de la revendication du titre aborigène et de l'autonomie gouvernementale aux revendications initiales relatives à la propriété et à la compétence. Même s'il est vrai que les actes de procédure n'ont pas été formellement modifiés, le juge de première instance, à la p. 158, a bel et bien accepté une modification *de facto* pour permettre [TRADUCTION] «la revendication de droits ancestraux autres que la propriété et la compétence». Si les intimés avaient cru que cette décision pouvait leur porter préjudice, ils auraient pu en appeler. Cependant, ils ne l'ont pas fait et, par conséquent, la décision du juge de première instance sur ce point doit être maintenue.

75 Moreover, in my opinion, that ruling was correct because it was made against the background of considerable legal uncertainty surrounding the nature and content of aboriginal rights, under both the common law and s. 35(1). The content of common law aboriginal title, for example, has not been authoritatively determined by this Court and has been described by some as a form of "ownership". As well, this case was pleaded prior to this Court's decision in *Sparrow*, *supra*, which was the first statement from this Court on the types of rights that come within the scope of s. 35(1). The law has rapidly evolved since then. Accordingly, it was just and appropriate for the trial judge to allow for

En outre, je suis d'avis que cette décision était exacte, parce qu'elle a été prise dans un contexte d'incertitude juridique considérable quant à la nature et au contenu des droits ancestraux, tant en vertu de la common law qu'en vertu du par. 35(1). Par exemple, notre Cour n'a pas encore statué de façon définitive sur le contenu du titre aborigène en common law, que certains ont décrit comme une forme de «propriété». Par ailleurs, la présente affaire a été plaidée avant que notre Cour rende l'arrêt *Sparrow*, précité, où elle se prononçait pour la première fois sur le type de droits qui sont visés au par. 35(1). Le droit a évolué rapidement depuis. Par conséquent, il était juste et convenable que le

an amendment to pleadings which were framed when the jurisprudence was in its infancy.

However, no such amendment was made with respect to the amalgamation of the individual claims brought by the 51 Gitksan and Wet'suwet'en Houses into two collective claims, one by each nation, for aboriginal title and self-government. Given the absence of an amendment to the pleadings, I must reluctantly conclude that the respondents suffered some prejudice. The appellants argue that the respondents did not experience prejudice since the collective and individual claims are related to the extent that the territory claimed by each nation is merely the sum of the individual claims of each House; the external boundaries of the collective claims therefore represent the outer boundaries of the outer territories. Although that argument carries considerable weight, it does not address the basic point that the collective claims were simply not in issue at trial. To frame the case in a different manner on appeal would retroactively deny the respondents the opportunity to know the appellants' case.

This defect in the pleadings prevents the Court from considering the merits of this appeal. However, given the importance of this case and the fact that much of the evidence of individual territorial holdings is extremely relevant to the collective claims now advanced by each of the appellants, the correct remedy for the defect in pleadings is a new trial, where, to quote the trial judge at p. 368, "[i]t will be for the parties to consider whether any amendment is required in order to make the pleadings conform with the evidence". Moreover, as I will now explain, there are other reasons why a new trial should be ordered.

juge de première instance permette la modification d'actes de procédure qui ont été rédigés lorsque la jurisprudence en était encore à ses balbutiements.

Cependant, aucune modification de la sorte n'a été apportée en ce qui a trait à la fusion des revendications individuelles présentées par les 51 maisons Wet'suwet'en et Gitksan en deux revendications collectives, une pour chaque nation, sollicitant un titre aborigène et l'autonomie gouvernementale. Étant donné l'absence de modification des actes de procédure, je dois, avec réticence, conclure que les intimés ont subi un certain préjudice. Les appelants affirment que les intimés n'ont pas subi de préjudice puisque les revendications collectives et individuelles sont liées, dans la mesure où le territoire revendiqué par chaque nation est simplement la somme des revendications individuelles de chaque maison, les limites extrêmes des revendications collectives représentant donc les limites extérieures des territoires externes. Même si cet argument a un poids considérable, il ne répond pas au point fondamental que les revendications collectives n'étaient tout simplement pas en litige en première instance. Redéfinir le litige en appel aurait pour effet de nier rétroactivement aux intimés la possibilité de savoir quelle est la cause des appelants.

Ce vice dans les actes de procédure empêche notre Cour d'examiner le fond du présent pourvoi. Toutefois, vu l'importance de l'affaire et le fait qu'une grande partie de la preuve relative aux divers territoires possédés est extrêmement pertinente à l'égard des revendications collectives que présentent maintenant les appelants, la réparation convenable à l'égard du vice dont sont entachés les actes de procédure est la tenue d'un nouveau procès au cours duquel, comme l'a dit le juge de première instance, à la p. 368, [TRADUCTION] «[i]l reviendra aux parties de se demander si une modification est nécessaire pour rendre les actes de procédure conformes à la preuve». En outre, comme je vais maintenant l'expliquer, il y a d'autres raisons pour lesquelles un nouveau procès doit être ordonné.

76

77

B. *What is the ability of this Court to interfere with the factual findings made by the trial judge?*

(1) General Principles

78

I recently reviewed the principles governing the appellate review of findings of fact in *Van der Peet*, *supra*. As a general rule, this Court has been extremely reluctant to interfere with the findings of fact made at trial, especially when those findings of fact are based on an assessment of the testimony and credibility of witnesses. Unless there is a “palpable and overriding error”, appellate courts should not substitute their own findings of fact for those of the trial judge. The leading statement of this principle can be found in *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802, *per* Ritchie J., at p. 808:

These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial.

The same deference must be accorded to the trial judge’s assessment of the credibility of expert witnesses: see *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247.

79

The policy reason underlying this rule is protection of “[t]he autonomy and integrity of the trial process” (*Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at p. 278), which recognizes that the trier of fact, who is in direct contact with the mass of the evidence, is in the best position to make findings of fact, particularly those which turn on credibility. Moreover, *Van der Peet* clarified that deference was owed to findings of fact even when the trial judge misapprehended the law which was applied to those facts, a problem which can arise in quickly

B. *Quel pouvoir notre Cour a-t-elle de modifier les conclusions de fait du juge de première instance?*

(1) Les principes généraux

Récemment, dans l’arrêt *Van der Peet*, précité, j’ai examiné les principes régissant la révision, en appel, des conclusions de fait. De façon générale, notre Cour s’est montrée extrêmement réticente à modifier des conclusions de fait tirées en première instance, particulièrement lorsque ces conclusions de fait sont fondées sur l’appréciation des témoignages et de la crédibilité des témoins. Sauf «erreur manifeste et dominante», les cours d’appel ne devraient pas substituer leurs propres conclusions de fait à celles du juge de première instance. L’énoncé jurisprudentiel de ce principe qui fait autorité a été exposé par le juge Ritchie dans *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808:

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu’elles ne doivent pas être modifiées à moins qu’il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d’appel ait l’obligation de réexaminer la preuve afin de s’assurer qu’aucune erreur de ce genre n’a été commise, j’estime qu’il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès.

Il faut faire montre de la même retenue à l’égard de l’appréciation par le juge de première instance de la crédibilité des témoins experts: voir *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247.

La raison de principe qui sous-tend cette règle est la protection de «l’autonomie et [de] l’intégrité du procès» (*Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la p. 278), qui reconnaît que le juge des faits — qui est en contact direct avec l’ensemble de la preuve — est le mieux placé pour tirer des conclusions de fait, particulièrement celles concernant la crédibilité. En outre, l’arrêt *Van der Peet* a précisé qu’il faut faire montre de retenue à l’égard des conclusions de fait, même lorsque le juge du procès a mal saisi le droit qu’il a appliqué aux faits en

evolving areas of law such as the jurisprudence surrounding s. 35(1).

I recently held, in *Van der Peet*, that these general principles apply to cases litigated under s. 35(1). On the other hand, while accepting the general principle of non-interference, this Court has also identified specific situations in which an appeal court can interfere with a finding of fact made at trial. For example, appellate intervention is warranted “where the courts below have misapprehended or overlooked material evidence”: see *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474, at p. 493. In cases involving the determination of aboriginal rights, appellate intervention is also warranted by the failure of a trial court to appreciate the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims when, first, applying the rules of evidence and, second, interpreting the evidence before it. As I said in *Van der Peet*, at para. 68:

In determining whether an aboriginal claimant has produced evidence sufficient to demonstrate that her activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to a distinctive aboriginal culture, 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. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case. [Emphasis added.]

The justification for this special approach can be found in the nature of aboriginal rights themselves. I explained in *Van der Peet* that those rights are aimed at the reconciliation of the prior occupation of North America by distinctive aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory. They attempt to achieve that

question, problème susceptible de survenir dans les domaines du droit qui évoluent rapidement comme celui de la jurisprudence relative au par. 35(1).

J’ai récemment statué, dans *Van der Peet*, que ces principes généraux s’appliquent aux affaires plaidées en vertu du par. 35(1). Par contre, tout en acceptant le principe général de non-intervention, la Cour a aussi indiqué des situations précises où une cour d’appel peut modifier une conclusion de fait tirée en première instance. Ainsi, une cour d’appel est justifiée d’intervenir «dans le cas où les premiers juges se sont mépris sur une preuve importante ou l’ont méconnue»: voir *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474, à la p. 493. Dans les affaires de détermination de droits ancestraux, l’intervention de la cour d’appel est également justifiée dans les cas où le tribunal de première instance n’a pas tenu compte des difficultés de preuve inhérentes à l’examen des revendications de droits ancestraux, premièrement, lorsqu’il a appliqué les règles de preuve et, deuxièmement, lorsqu’il a interprété la preuve qui lui était présentée. Comme je l’ai dit dans *Van der Peet*, au par. 68:

Pour déterminer si un demandeur autochtone a produit une preuve suffisante pour établir que ses activités sont un aspect d’une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante d’une culture autochtone distinctive, le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d’un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n’étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d’accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple. [Je souligne.]

La justification de cette approche spéciale découle de la nature même des droits ancestraux. Dans *Van der Peet*, j’ai expliqué que ces droits visent à concilier l’occupation antérieure de l’Amérique du Nord par des sociétés autochtones distinctives avec l’affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire du Canada. Ils visent à

80

81

reconciliation by “their bridging of aboriginal and non-aboriginal cultures” (at para. 42). Accordingly, “a court must take into account the perspective of the aboriginal people claiming the right... while at the same time taking into account the perspective of the common law” such that “[t]rue reconciliation will, equally, place weight on each” (at paras. 49 and 50).

réaliser cette conciliation en établissant un «rapprochement entre les cultures autochtones et non autochtones» (au par. 42). Par conséquent, «le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit [...] [tout en tenant compte] de la common law» de sorte que «[l]a conciliation véritable accordée, également, de l'importance à chacun de ces éléments» (aux par. 49 et 50).

82

In other words, although the doctrine of aboriginal rights is a common law doctrine, aboriginal rights are truly *sui generis*, and demand a unique approach to the treatment of evidence which accords due weight to the perspective of aboriginal peoples. However, that accommodation must be done in a manner which does not strain “the Canadian legal and constitutional structure” (at para. 49). Both the principles laid down in *Van der Peet* — first, that trial courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims, and second, that trial courts must interpret that evidence in the same spirit — must be understood against this background.

En d'autres termes, bien que la doctrine des droits ancestraux soit une doctrine de common law, les droits ancestraux sont véritablement des droits *sui generis* qui exigent, quant au traitement de la preuve, une approche unique, accordant le poids qu'il faut au point de vue des peuples autochtones. Toutefois, l'adaptation doit se faire d'une manière qui ne fasse pas entorse à «l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada» (au par. 49). Les deux principes exposés dans *Van der Peet* — premièrement, le fait que les tribunaux de première instance doivent aborder les règles de preuve en tenant compte des difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications de droits ancestraux, et, deuxièmement, le fait que les tribunaux de première instance doivent interpréter cette preuve dans le même esprit — doivent être compris dans ce contexte.

83

A concrete application of the first principle can be found in *Van der Peet* itself, where I addressed the difficulties inherent in demonstrating a continuity between current aboriginal activities and the pre-contact practices, customs and traditions of aboriginal societies. As I reiterate below, the requirement for continuity is one component of the definition of aboriginal rights (although, as I explain below, in the case of title, the issue is continuity from sovereignty, not contact). However, given that many aboriginal societies did not keep written records at the time of contact or sovereignty, it would be exceedingly difficult for them to produce (at para. 62) “conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and

On peut trouver une application concrète du premier principe dans l'arrêt *Van der Peet* même, où je me suis penché sur les difficultés inhérentes à la démonstration de la continuité entre les activités autochtones actuelles et les coutumes, pratiques et traditions des sociétés autochtones qui existaient avant le contact avec les Européens. Comme je le réitère ci-dessous, l'exigence de continuité est un élément de la définition des droits ancestraux (quoique, comme je l'explique ci-après, dans le cas du titre, il s'agit de la continuité à partir de l'affirmation de la souveraineté, et non du contact avec les Européens). Toutefois, comme bon nombre de sociétés autochtones ne conservaient pas d'écrits à l'époque du contact avec les Européens, il leur serait excessivement difficile de produire (au par. 62), «relativement [à leurs] coutumes, pratiques et traditions [...], une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les

traditions of their community”. Accordingly, I held that (at para. 62):

The evidence relied upon by the applicant and the courts may relate to aboriginal practices, customs and traditions post-contact; it simply needs to be directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. [Emphasis added.]

The same considerations apply when the time from which title is determined is sovereignty.

This appeal requires us to apply not only the first principle in *Van der Peet* but the second principle as well, and adapt the laws of evidence so that the aboriginal perspective on their practices, customs and traditions and on their relationship with the land, are given due weight by the courts. In practical terms, this requires the courts to come to terms with the oral histories of aboriginal societies, which, for many aboriginal nations, are the only record of their past. Given that the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) are defined by reference to pre-contact practices or, as I will develop below, in the case of title, pre-sovereignty occupation, those histories play a crucial role in the litigation of aboriginal rights.

A useful and informative description of aboriginal oral history is provided by the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 1 (*Looking Forward, Looking Back*), at p. 33:

The Aboriginal tradition in the recording of history is neither linear nor steeped in the same notions of social progress and evolution [as in the non-Aboriginal tradition]. Nor is it usually human-centred in the same way as the western scientific tradition, for it does not assume that human beings are anything more than one — and not necessarily the most important — element of the

Européens». Par conséquent, j’ai statué ainsi (au par. 62):

La preuve sur laquelle s’appuient le demandeur et les tribunaux peut se rapporter aux coutumes, pratiques et traditions autochtones postérieures au contact avec les Européens. Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d’avant le contact avec les Européens. [Je souligne.]

Les mêmes facteurs s’appliquent lorsque l’affirmation de la souveraineté est le moment servant à statuer sur l’existence d’un titre.

Le présent pourvoi exige que nous appliquions non seulement le premier principe établi dans *Van der Peet* mais aussi le second, et que nous adaptions les règles du droit de la preuve de manière à ce que les tribunaux accordent le poids qui convient au point de vue des autochtones sur leurs coutumes, pratiques et traditions, de même que sur les rapports qu’ils entretiennent avec le territoire. En pratique, cela exige que les tribunaux acceptent les récits oraux des sociétés autochtones, récits qui, pour bon nombre de nations autochtones, sont les seuls témoignages de leur passé. Étant donné que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) sont définis en regard des pratiques antérieures au contact avec les Européens ou, comme je vais l’expliquer ci-après, dans le cas d’un titre, en regard de l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté, ces récits jouent un rôle crucial dans les litiges portant sur les droits ancestraux.

On trouve des explications utiles et instructives quant aux récits oraux autochtones dans le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 1 (*Un passé, un avenir*), à la p. 35:

La tradition autochtone, pour ce qui est de l’enregistrement des faits historiques, n’est ni linéaire ni fondée sur les mêmes notions d’évolution et de progrès sociaux [comme dans la tradition non autochtone]. D’habitude, elle n’est pas non plus centrée au même degré sur l’humain et part du principe que celui-ci n’est qu’un élément parmi d’autres — et pas nécessairement le plus impor-

84

85

natural order of the universe. Moreover, the Aboriginal historical tradition is an oral one, involving legends, stories and accounts handed down through the generations in oral form. It is less focused on establishing objective truth and assumes that the teller of the story is so much a part of the event being described that it would be arrogant to presume to classify or categorize the event exactly or for all time.

In the Aboriginal tradition the purpose of repeating oral accounts from the past is broader than the role of written history in western societies. It may be to educate the listener, to communicate aspects of culture, to socialize people into a cultural tradition, or to validate the claims of a particular family to authority and prestige. . . .

Oral accounts of the past include a good deal of subjective experience. They are not simply a detached recounting of factual events but, rather, are “facts enmeshed in the stories of a lifetime”. They are also likely to be rooted in particular locations, making reference to particular families and communities. This contributes to a sense that there are many histories, each characterized in part by how a people see themselves, how they define their identity in relation to their environment, and how they express their uniqueness as a people.

tant — de l’ordre naturel de l’univers. De plus, la tradition historique autochtone est une tradition orale, c’est-à-dire que les légendes, histoires et récits mythiques sont transmis de vive voix aux générations subséquentes. Elle vise moins à déterminer en quoi consiste la vérité objective, et suppose que le conteur de l’histoire est si directement concerné par l’événement en question que ce serait faire preuve d’arrogance que de vouloir classer celui-ci dans une catégorie précise et perpétuelle.

Dans la tradition autochtone, la transmission orale des récits poursuit un objectif qui dépasse le rôle de l’histoire écrite dans les sociétés occidentales. Cet objectif consiste peut-être à renseigner l’auditeur, à communiquer certains aspects de la culture, à socialiser la population en lui donnant une tradition culturelle, ou encore à valider l’autorité et le prestige que revendique telle ou telle famille . . .

Les récits oraux du passé reposent en grande partie sur des expériences subjectives. Ce ne sont pas de simples comptes rendus factuels, mais des «faits auxquels viennent se greffer les histoires de toute une vie». Il est également probable qu’ils soient associés à des lieux précis et qu’ils fassent allusion à des familles et à des collectivités précises. Tout cela donne l’impression d’une multitude d’histoires, dont chacune est influencée en partie par la façon dont un peuple se perçoit, se définit par rapport à l’environnement et exprime son unicité.

86

Many features of oral histories would count against both their admissibility and their weight as evidence of prior events in a court that took a traditional approach to the rules of evidence. The most fundamental of these is their broad social role not only “as a repository of historical knowledge for a culture” but also as an expression of “the values and mores of [that] culture”: Clay McLeod, “The Oral Histories of Canada’s Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada’s Fiduciary Duty to First Nations: Breaking Down the Barriers of the Past” (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1276, at p. 1279. Dickson J. (as he then was) recognized as much when he stated in *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at p. 109, that “[c]laims to aboriginal title are woven with history, legend, politics and moral obligations.” The difficulty with these features of oral histories is that they are tangential to the ultimate purpose of the fact-finding process at trial — the determina-

Devant un tribunal qui adopterait une approche traditionnelle à l’égard des règles de preuve, un grand nombre des caractéristiques des récits oraux joueraient contre l’admissibilité de ces récits et la valeur probante qui doit leur être accordée en tant que preuve d’événements passés. La plus fondamentale de ces caractéristiques est le rôle social général qu’ils jouent, non seulement [TRADUCTION] «en tant que moyen de conservation du savoir historique d’une culture» mais aussi comme expression «des valeurs et des mœurs de [cette] culture»: Clay McLeod, «The Oral Histories of Canada’s Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada’s Fiduciary Duty to First Nations: Breaking Down the Barriers of the Past» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1276, à la p. 1279. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a reconnu ce fait lorsqu’il a affirmé, dans l’arrêt *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, à la p. 109, que «[l]es revendications de titres aborigènes reposent aussi sur

tion of the historical truth. Another feature of oral histories which creates difficulty is that they largely consist of out-of-court statements, passed on through an unbroken chain across the generations of a particular aboriginal nation to the present-day. These out-of-court statements are admitted for their truth and therefore conflict with the general rule against the admissibility of hearsay.

Notwithstanding the challenges created by the use of oral histories as proof of historical facts, the laws of evidence must be adapted in order that this type of evidence can be accommodated and placed on an equal footing with the types of historical evidence that courts are familiar with, which largely consists of historical documents. This is a long-standing practice in the interpretation of treaties between the Crown and aboriginal peoples: *Sioui*, *supra*, at p. 1068; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.), at p. 232. To quote Dickson C.J., given that most aboriginal societies “did not keep written records”, the failure to do so would “impose an impossible burden of proof” on aboriginal peoples, and “render nugatory” any rights that they have (*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 408). This process must be undertaken on a case-by-case basis. I will take this approach in my analysis of the trial judge’s findings of fact.

On a final note, it is important to understand that even when a trial judge has erred in making a finding of fact, appellate intervention does not proceed automatically. The error must be sufficiently serious that it was “overriding and determinative in the assessment of the balance of probabilities with respect to that factual issue” (*Schwartz*, *supra*, at p. 281).

l’histoire, les légendes, la politique et les obligations morales.» La difficulté que posent ces caractéristiques des récits oraux est qu’elles sont tangentielles à la finalité du processus de découverte des faits en première instance — savoir la découverte de la vérité historique. Une autre difficulté créée par les récits oraux est le fait qu’ils sont dans une large mesure constitués de déclarations extrajudiciaires, qui ont été transmises de façon ininterrompue jusqu’à nos jours, au fil des générations d’une nation autochtone. Ces déclarations extrajudiciaires sont admises pour leur véracité, et elles entrent donc en conflit avec la règle générale d’inadmissibilité du *ouï-dire*.

Malgré les problèmes que crée l’utilisation des récits oraux comme preuve de faits historiques, le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse être placé sur un pied d’égalité avec les différents types d’éléments de preuve historique familiers aux tribunaux, le plus souvent des documents historiques. Il s’agit d’une pratique appliquée de longue date dans l’interprétation des traités entre l’État et les peuples autochtones: *Sioui*, précité, à la p. 1068; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.), à la p. 232. Ainsi que l’a dit le juge en chef Dickson, comme la plupart des sociétés autochtones «ne tenaient aucun registre», le fait de ne pas suivre cette pratique «[imposerait un] fardeau de preuve impossible» aux peuples autochtones et «enlèverait [...] toute valeur» aux droits qu’ils ont (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 408). Cette méthode doit être appliquée au cas par cas. Je vais appliquer cette approche dans mon analyse des conclusions de fait du juge de première instance.

En terminant, je tiens à souligner qu’il est important de comprendre que, même lorsque le juge de première instance a commis une erreur en tirant une conclusion de fait, il n’y a pas systématiquement intervention de la juridiction d’appel. L’erreur doit être suffisamment grave pour avoir constitué une erreur «dominant[e] et déterminant[e]» dans l’appréciation de la prépondérance des probabilités relativement à cette question de fait» (*Schwartz*, précité, à la p. 281).

87

88

(2) Application of General Principles(a) *General Comments*

89

The general principle of appellate non-interference applies with particular force in this appeal. The trial was lengthy and very complex. There were 318 days of testimony. There were a large number of witnesses, lay and expert. The volume of evidence is enormous. To quote the trial judge at pp. 116-17:

A total of 61 witnesses gave evidence at trial, many using translators from their native Gitksan or Wet'suwet'en language; "word spellers" to assist the official reporters were required for many witnesses; a further 15 witnesses gave their evidence on commission; 53 territorial affidavits were filed; 30 deponents were cross-examined out of court; there are 23,503 pages of transcript evidence at trial; 5898 pages of transcript of argument; 3,039 pages of commission evidence and 2,553 pages of cross-examination on affidavits (all evidence and oral arguments are conveniently preserved in hard copy and on diskettes); about 9,200 exhibits were filed at trial comprising, I estimate, well over 50,000 pages; the plaintiffs' draft outline of argument comprises 3,250 pages, the province's 1,975 pages, and Canada's over 1,000 pages; there are 5,977 pages of transcript of argument in hard copy and on diskettes. All parties filed some excerpts from the exhibits they referred to in argument. The province alone submitted 28 huge binders of such documents. At least 15 binders of reply argument were left with me during that stage of the trial.

The result was a judgment of over 400 pages in length.

90

It is not open to the appellants to challenge the trial judge's findings of fact merely because they disagree with them. I fear that a significant number of the appellants' objections fall into this category. Those objections are too numerous to list in their

(2) L'application des principes générauxa) *Observations générales*

Le principe général de la non-intervention des cours d'appel s'applique avec une force particulière dans le présent pourvoi. Le procès en première instance a été long et complexe. Il y a eu 318 jours de témoignages. Un grand nombre de témoins, tant experts que profanes, ont déposé. La quantité d'éléments de preuve est énorme. Comme l'a dit le juge de première instance aux pp. 116 et 117:

[TRADUCTION] Au total, 61 personnes ont témoigné au procès, bon nombre par l'entremise d'interprètes parce qu'ils s'exprimaient dans leur langue autochtone, le Gitksan ou le Wet'suwet'en; les sténographes officiels ont dû avoir recours à des «spécialistes de l'orthographe» pour de nombreux témoins; 15 autres témoins ont déposé dans le cadre d'une commission rogatoire; 53 affidavits territoriaux ont été déposés; 30 déposants ont été contre-interrogés à l'extérieur de la cour; la transcription des témoignages rendus au procès compte 23 503 pages; la transcription de l'argumentation 5 898 pages; les témoignages dans le cadre des commissions rogatoires 3 039 pages et la transcription des contre-interrogatoires sur les affidavits 2 553 pages (tous les témoignages et l'argumentation orale sont commodément conservés sur support papier et sur disquettes); ont été déposées au procès environ 9 200 pièces comptant, selon moi, bien au-delà de 50 000 pages; le document donnant les grandes lignes de l'argumentation des demandeurs comprend 3 250 pages, celui de la province 1 975 pages et celui du Canada plus de 1 000 pages; il y a 5 977 pages de transcription de l'argumentation, sur support papier et sur disquettes. Toutes les parties ont déposé des extraits des pièces auxquelles elles se sont référées au cours de leur argumentation. À elle seule, la province a déposé 28 énormes reliures contenant de tels documents. Au moins 15 reliures de la sorte contenant l'argumentation produite en réponse m'ont été remises au cours du procès.

Il en a résulté un jugement de plus de 400 pages.

Il n'est pas loisible aux appelants de contester les conclusions de fait du juge de première instance simplement parce qu'ils ne sont pas d'accord avec celles-ci. Je crains qu'un bon nombre des objections des appelants ne tombent dans cette

entirety. The bulk of these objections, at best, relate to alleged instances of misapprehension or oversight of material evidence by the trial judge. However, the respondents have established that, in most situations, there was some contradictory evidence that supported the trial judge's conclusion. The question, ultimately, was one of weight, and the appellants have failed to demonstrate that the trial judge erred in this respect.

One objection that I would like to mention specifically, albeit in passing, is the trial judge's refusal to accept the testimony of two anthropologists who were brought in as expert witnesses by the appellants. This aspect of the trial judge's reasons was hotly contested by the appellants in their written submissions. However, I need only reiterate what I have stated above, that findings of credibility, including the credibility of expert witnesses, are for the trial judge to make, and should warrant considerable deference from appellate courts.

On the other hand, the appellants have alleged that the trial judge made a number of serious errors relating to the treatment of the oral histories of the appellants. Those oral histories were expressed in three different forms: (i) the *adaawk* of the Gitksan, and the *kungax* of the Wet'suwet'en; (ii) the personal recollections of members of the appellant nations, and (iii) the territorial affidavits filed by the heads of the individual houses within each nation. The trial judge ruled on both the admissibility of, and the weight to be given to, these various forms of oral history without the benefit of my reasons in *Van der Peet*, as will become evident in the discussion that follows.

(b) *Adaawk and Kungax*

The *adaawk* and *kungax* of the Gitksan and Wet'suwet'en nations, respectively, are oral histories of a special kind. They were described by the

catégorie. Ces objections sont trop nombreuses pour en dresser la liste complète. Le gros de ces objections, au mieux, invoquent des erreurs de compréhension ou des oublis de la part du juge de première instance relativement à des éléments de preuve importants. Cependant, les intimés ont établi que, dans la plupart des cas, il y avait certaines éléments de preuve contradictoires pour appuyer la conclusion du juge de première instance. En dernière analyse, il s'agissait d'une question de valeur probante de la preuve, et les appelants n'ont pas démontré que le juge de première instance avait commis d'erreur sur ce point.

Il y a une objection que j'aimerais mentionner de façon plus particulière, quoiqu'en passant. C'est celle qui a trait au refus du juge de première instance d'accepter le témoignage de deux anthropologues assignés comme témoins experts par les appelants. Cet aspect des motifs du juge de première instance a été vivement contesté par les appelants dans leurs observations écrites. Toutefois, il me suffit de réitérer ce que j'ai dit plus tôt, savoir qu'il appartient au juge de première instance de tirer les conclusions ayant trait à la crédibilité, y compris la crédibilité des témoins experts, et les cours d'appel doivent faire montre d'une retenue considérable à l'égard de ces conclusions.

Par contre, les appelants ont affirmé que le juge de première instance a commis de nombreuses erreurs graves dans le traitement des récits oraux des appelants. Ces récits ont été exprimés sous trois formes différentes: (i) l'*adaawk* des Gitksan et le *kungax* des Wet'suwet'en; (ii) les souvenirs personnels de membres des nations appelantes; (iii) les affidavits territoriaux déposés par les chefs de chacune des maisons de chaque nation. Le juge de première instance a rendu une décision sur leur admissibilité et le poids à leur accorder sans avoir pu bénéficier des motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *Van der Peet*, comme il ressortira de l'analyse qui suit.

b) *L'adaawk et le kungax*

L'*adaawk* de la nation Gitksan et le *kungax* de la nation Wet'suwet'en sont des récits oraux d'un genre spécial. Le juge de première instance les a

91

92

93

trial judge, at p. 164, as a “sacred ‘official’ litany, or history, or recital of the most important laws, history, traditions and traditional territory of a House”. The content of these special oral histories includes its physical representation totem poles, crests and blankets. The importance of the *adaawk* and *kungax* is underlined by the fact that they are “repeated, performed and authenticated at important feasts” (at p. 164). At those feasts, dissenters have the opportunity to object if they question any detail and, in this way, help ensure the authenticity of the *adaawk* and *kungax*. Although they serve largely the same role, the trial judge found that there are some differences in both the form and content of the *adaawk* and the *kungax*. For example, the latter is “in the nature of a song . . . which is intended to represent the special authority and responsibilities of a chief . . . .” However, these differences are not legally relevant for the purposes of the issue at hand.

décrits, à la p. 164, comme étant la [TRADUCTION] «litanie, l'énumération ou l'histoire “officielle” et sacrée, selon le cas, des règles de droit, des traditions et des faits historiques les plus importants d'une maison, ainsi que de son territoire traditionnel». Le contenu de ces récits oraux spéciaux est notamment exprimé physiquement dans les mâts totémiques, les emblèmes et les couvertures. L'importance de l'*adaawk* et du *kungax* est soulignée par le fait qu'ils sont [TRADUCTION] «répétés, représentés et authentifiés lors de célébrations importantes» (à la p. 164). Lors de ces célébrations, les dissidents ont l'occasion d'opposer leur désaccord à l'égard d'un détail et, de cette façon, d'aider à assurer l'authenticité de l'*adaawk* et du *kungax*. Bien que l'*adaawk* et le *kungax* jouent dans une large mesure le même rôle, le juge de première instance a constaté certaines différences de forme et de contenu. Par exemple, le *kungax* est [TRADUCTION] «de la nature d'un chant [. . .] qui vise à décrire l'autorité et les responsabilités spéciales du chef . . . .» Cependant, ces différences n'ont aucune pertinence juridique relativement à la question qui nous intéresse.

94

It is apparent that the *adaawk* and *kungax* are of integral importance to the distinctive cultures of the appellant nations. At trial, they were relied on for two distinct purposes. First, the *adaawk* was relied on as a component of and, therefore, as proof of the existence of a system of land tenure law internal to the Gitksan, which covered the whole territory claimed by that appellant. In other words, it was offered as evidence of the Gitksan's historical use and occupation of that territory. For the Wet'suwet'en, the *kungax* was offered as proof of the central significance of the claimed lands to their distinctive culture. As I shall explain later in these reasons, both use and occupation, and the central significance of the lands occupied, are relevant to proof of aboriginal title.

Il est manifeste que l'*adaawk* et le *kungax* ont une importance fondamentale pour les cultures distinctives des nations appelantes. En première instance, ils ont été invoqués pour deux fins distinctes. Premièrement, l'*adaawk* a été invoqué en tant qu'élément — et, partant, en tant que preuve de l'existence — d'un régime juridique de tenure foncière propre aux Gitksan, qui s'appliquait à l'ensemble du territoire revendiqué par cette nation appelante. En d'autres termes, l'*adaawk* a été présenté en tant que preuve de l'utilisation et de l'occupation historiques de ce territoire par les Gitksan. En ce qui concerne les Wet'suwet'en, le *kungax* a été invoqué comme preuve de l'importance fondamentale des terres revendiquées dans leur culture distinctive. Comme je vais l'expliquer plus loin dans les présents motifs, tant l'utilisation et l'occupation des terres visées que l'importance fondamentale de celles-ci sont pertinentes pour la preuve du titre aborigène.

95

The admissibility of the *adaawk* and *kungax* was the subject of a general decision of the trial judge

Il a été statué sur l'admissibilité de l'*adaawk* et du *kungax* dans le cadre d'une décision générale

handed down during the course of the trial regarding the admissibility of all oral histories (incorrectly indexed as *Uukw v. R.*, [1987] 6 W.W.R. 155 (B.C.S.C.)). Although the trial judge recognized that the evidence at issue was a form of hearsay, he ruled it admissible on the basis of the recognized exception that declarations made by deceased persons could be given in evidence by witnesses as proof of public or general rights: see Michael N. Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg, *Phipson on Evidence* (14th ed. 1990), at p. 736. He affirmed that earlier ruling in his trial judgment, correctly in my view, by stating, at p. 180, that the adaawk and kungax were admissible “out of necessity as exceptions to the hearsay rule” because there was no other way to prove the history of the Gitksan and Wet’suwet’en nations.

The trial judge, however, went on to give these oral histories no independent weight at all. He held, at p. 180, that they were only admissible as “direct evidence of facts in issue . . . in a few cases where they could constitute confirmatory proof of early presence in the territory”. His central concern that the adaawk and kungax could not serve “as evidence of detailed history, or land ownership, use or occupation”. I disagree with some of the reasons he relied on in support of this conclusion.

Although he had earlier recognized, when making his ruling on admissibility, that it was impossible to make an easy distinction between the mythological and “real” aspects of these oral histories, he discounted the adaawk and kungax because they were not “literally true”, confounded “what is fact and what is belief”, “included some material which might be classified as mythology”, and projected a “romantic view” of the history of the appellants. He also cast doubt on the authenticity of these special oral histories (at p. 181) because, *inter alia*, “the verifying group is so small that they cannot

rendue au cours du procès par le juge de première instance sur l’admissibilité des récits oraux (erronément répertoriée sous l’intitulé *Uukw c. R.*, [1987] 6 W.W.R. 155 (C.S.C.-B.)). Bien que le juge de première instance ait reconnu que la preuve en cause était une forme de ouï-dire, il a statué qu’elle était admissible en se fondant sur l’exception reconnue selon laquelle les déclarations de personnes décédées peuvent être versées en preuve par des témoins comme preuve de droits de nature publique ou générale; voir Michael N. Howard, Peter Crane et Daniel A. Hochberg, *Phipson on Evidence* (14<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 736. Dans son jugement au terme du procès, il a, avec raison selon moi, confirmé cette première décision en affirmant, à la p. 180, que l’adaawk et le kungax étaient admissibles [TRADUCTION] «par nécessité, comme exceptions à la règle du ouï-dire», parce qu’il n’y avait aucune autre façon de faire la preuve de l’histoire des nations Gitksan et Wet’suwet’en.

Cependant, par la suite, le juge de première instance n’a donné à ces récits aucune valeur probante indépendante. Il a statué, à la p. 180, qu’ils étaient admissibles seulement à titre de [TRADUCTION] «preuve directe des faits en litige [. . .] pour les quelques cas où ils pourraient constituer la confirmation d’une présence ancienne dans le territoire». Sa principale réserve était que l’adaawk et le kungax ne pouvaient pas servir «de preuve du détail de l’histoire ou encore de la propriété, de l’utilisation ou de l’occupation du territoire». Je suis en désaccord avec certains des motifs qu’il a invoqués au soutien de cette conclusion.

Même si, plus tôt, dans sa décision sur l’admissibilité, il avait reconnu qu’il était impossible de séparer facilement les aspects mythologiques des aspects [TRADUCTION] «réels» de ces récits oraux, il a écarté l’adaawk et le kungax parce qu’ils n’étaient pas «littéralement vrais», qu’ils mélangaient «les faits et les croyances», qu’ils «comportaient des éléments qui pourraient être qualifiés de mythologiques» et qu’ils évoquaient une «vision romanesque» de l’histoire des appelants. Il a aussi dit douter de l’authenticité de ces récits oraux spéciaux (à la p. 181) parce que, entre

96

97

safely be regarded as expressing the reputation of even the Indian community, let alone the larger community whose opportunity to dispute territorial claims would be essential to weight". Finally, he questioned (at p. 181) the utility of the adaawk and kungax to demonstrate use and occupation because they were "seriously lacking in detail about the specific lands to which they are said to relate".

autres, [TRADUCTION] «le groupe témoin est si restreint qu'on ne peut, sans risque, considérer même qu'il exprime la commune renommée au sein de la communauté indienne, encore moins au sein de la communauté plus large, dont la possibilité de contester les revendications territoriales serait essentielle du point de vue de la valeur probante». Finalement, il a mis en doute (à la p. 181) l'utilité de l'adaawk et du kungax pour faire la preuve de l'utilisation et de l'occupation des terres visées, parce qu'ils «manquaient sérieusement de détails au sujet des terres mêmes auxquelles ils sont censés se rapporter».

98

Although he framed his ruling on weight in terms of the specific oral histories before him, in my respectful opinion, the trial judge in reality based his decision on some general concerns with the use of oral histories as evidence in aboriginal rights cases. In summary, the trial judge gave no independent weight to these special oral histories because they did not accurately convey historical truth, because knowledge about those oral histories was confined to the communities whose histories they were and because those oral histories were insufficiently detailed. However, as I mentioned earlier, these are features, to a greater or lesser extent, of all oral histories, not just the adaawk and kungax. The implication of the trial judge's reasoning is that oral histories should never be given any independent weight and are only useful as confirmatory evidence in aboriginal rights litigation. I fear that if this reasoning were followed, the oral histories of aboriginal peoples would be consistently and systematically undervalued by the Canadian legal system, in contradiction of the express instruction to the contrary in *Van der Peet* that trial courts interpret the evidence of aboriginal peoples in light of the difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims.

Bien qu'il ait structuré sa décision concernant la valeur probante en fonction des récits oraux particuliers qui lui avaient été présentés, le juge de première instance a, à mon avis, fondé plutôt sa décision sur certaines réserves générales concernant l'utilisation des récits oraux en preuve dans les affaires de droits ancestraux. En résumé, le juge du procès n'a accordé aucune valeur probante indépendante à ces récits oraux particuliers parce qu'ils ne transmettaient pas avec exactitude la vérité historique, parce que la connaissance de ces récits oraux était limitée aux communautés dont ils reconstituaient l'histoire et parce que ces récits oraux n'étaient pas suffisamment détaillés. Cependant, comme je l'ai mentionné précédemment, il s'agit là de caractéristiques qui sont, dans une mesure plus ou moins grande, propres à tous les récits oraux, et non seulement aux adaawk et aux kungax. L'implication du raisonnement du juge de première instance est qu'il ne devrait jamais être accordé de valeur probante indépendante aux récits oraux et que, dans les litiges sur les droits ancestraux, ces récits ne sont utiles qu'à titre d'éléments de preuve tendant à en confirmer d'autres. Je crains que, si ce raisonnement était suivi, la valeur des récits oraux des peuples autochtones serait constamment et systématiquement sous-estimée par le système juridique canadien, en contravention des instructions expresses à l'effet contraire qui ont été données dans l'arrêt *Van der Peet*, précité, et suivant lesquelles les tribunaux doivent interpréter la preuve présentée par les peuples autochtones en tenant compte des difficultés inhérentes à l'examen des revendications autochtones.

(c) *Recollections of Aboriginal Life*

The trial judge also erred when he discounted the “recollections of aboriginal life” offered by various members of the appellant nations. I take that term to be a reference to testimony about personal and family history that is not part of an *adaawk* or a *kungax*. That evidence consisted of the personal knowledge of the witnesses and declarations of witnesses’ ancestors as to land use. This history had been adduced by the appellants in order to establish the requisite degree of use and occupation to make out a claim to ownership and, for the same reason as the *adaawk* and *kungax*, is material to the proof of aboriginal title.

The trial judge limited the uses to which the evidence could be put. He reasoned, at p. 177, that this evidence, at most, established “without question, that the plaintiff’s immediate ancestors, for the past 100 years or so” had used land in the claimed territory for aboriginal purposes. However, the evidence was insufficiently precise to demonstrate that the more distant ancestors of the witnesses had engaged in specific enough land use “far enough back in time to permit the plaintiffs to succeed on issues such as internal boundaries”. In the language of *Van der Peet*, the trial judge effectively held that this evidence did not demonstrate the requisite continuity between present occupation and past occupation in order to ground a claim for aboriginal title.

In my opinion, the trial judge expected too much of the oral history of the appellants, as expressed in the recollections of aboriginal life of members of the appellant nations. He expected that evidence to provide definitive and precise evidence of pre-contact aboriginal activities on the territory in question. However, as I held in *Van der Peet*, this will be almost an impossible burden to meet. Rather, if oral history cannot conclusively estab-

c) *Les souvenirs du mode de vie ancestral*

Le juge de première instance a aussi fait erreur en ne tenant pas compte des [TRADUCTION] «souvenirs du mode de vie ancestral» relatés par divers membres des nations appelantes. J’interprète cette expression comme une référence aux témoignages portant sur les antécédents personnels et familiaux qui ne font pas partie d’un *adaawk* ou d’un *kungax*. Cette preuve était constituée des connaissances personnelles des témoins et des déclarations de leurs ancêtres quant à l’utilisation du territoire. Ces récits ont été présentés en preuve par les appelants afin d’établir le degré d’occupation et d’utilisation requis pour fonder la revendication de propriété, et ils sont, pour le même motif que l’*adaawk* et le *kungax*, pertinents pour la preuve du titre aborigène.

Le juge de première instance a limité les utilisations qui pouvaient être faites de cette preuve. Il a raisonné, à la p. 177, que, au mieux, celle-ci établissait [TRADUCTION] «sans l’ombre d’un doute que, au cours des 100 dernières années environ, les ancêtres immédiats du demandeur» avaient utilisé à des fins autochtones des terres situées dans le territoire revendiqué. Cependant, la preuve n’était pas suffisamment précise pour démontrer que les ancêtres plus lointains des témoins avaient fait une utilisation suffisamment particulière des terres [TRADUCTION] «assez loin dans le temps pour permettre aux demandeurs d’avoir gain de cause sur des questions comme les limites internes». Pour reprendre les termes de l’arrêt *Van der Peet*, le juge de première instance a effectivement conclu que cette preuve ne démontrait pas la continuité requise entre l’occupation actuelle et l’occupation passée pour fonder la revendication d’un titre aborigène.

À mon avis, le juge de première instance attendait beaucoup trop des récits oraux des appelants, exprimés dans les souvenirs du mode de vie ancestral des membres des nations appelantes. Il attendait de ces témoignages qu’ils apportent la preuve définitive et précise d’activités autochtones sur le territoire en question avant le contact avec les Européens. Cependant, comme je l’ai dit dans *Van der Peet*, il s’agit là d’un fardeau de preuve dont il

99

100

101

lish pre-sovereignty (after this decision) occupation of land, it may still be relevant to demonstrate that current occupation has its origins prior to sovereignty. This is exactly what the appellants sought to do.

(d) *Territorial Affidavits*

102

Finally, the trial judge also erred in his treatment of the territorial affidavits filed by the appellant chiefs. Those affidavits were declarations of the territorial holdings of each of the Gitksan and Wet'suwet'en houses and, at trial, were introduced for the purposes of establishing each House's ownership of its specific territory. Before this Court, the appellants tried to amalgamate these individual claims into collective claims on behalf of each nation and the relevance of the affidavits changed accordingly. I have already held that it is not open to the appellants to alter fundamentally the nature of their claim in this way on appeal. Nevertheless, the treatment of the affidavits is important because they will be relevant at a new trial to the existence and nature of the land tenure system within each nation and, therefore, material to the proof of title.

103

The affidavits rely heavily on the declarations of deceased persons of use or ownership of the lands, which are a form of oral history. But those declarations are a kind of hearsay and the appellants therefore argued that the affidavits should be admitted through the reputation exception to the hearsay rule. Although he recognized, at p. 438, that the territorial affidavits were "the best evidence [the appellants] could adduce on this question of internal boundaries", the trial judge held

est presque impossible de s'acquitter. Par contre, même si (après le prononcé du présent arrêt) les récits oraux ne permettent pas d'établir de façon concluante l'occupation du territoire avant l'affirmation de la souveraineté, ils peuvent néanmoins être pertinents pour démontrer que les origines de l'occupation actuelle remontent avant l'affirmation de la souveraineté. C'est exactement ce que les appelants ont tenté de faire.

d) *Les affidavits territoriaux*

Finalement, le juge de première instance a aussi fait erreur dans la façon dont il a traité les affidavits territoriaux déposés par les chefs appelants. Ces affidavits étaient des déclarations concernant les terres de chaque maison Gitksan et Wet'suwet'en et, au procès, ils ont été déposés pour établir le droit de propriété de chaque maison sur son territoire spécifique. Devant notre Cour, les appelants ont tenté de fusionner ces revendications individuelles en revendications collectives présentées au nom de chaque nation, et la pertinence des affidavits a changé en conséquence. J'ai déjà statué qu'il n'est pas loisible aux appelants de modifier fondamentalement la nature de leur revendication comme ils l'ont fait en appel. Néanmoins, le traitement accordé aux affidavits est important parce que, dans le cadre d'un nouveau procès, ils seront pertinents pour statuer sur l'existence et la nature du régime de tenure foncière au sein de chaque nation et, par conséquent, importants pour la preuve du titre.

Les affidavits reposent en très grande partie sur des déclarations faites par des personnes décédées relativement à l'utilisation des terres ou à leurs propriétaires, une forme de récits oraux. Toutefois, ces déclarations constituent une sorte de ouï-dire, et les appelants ont par conséquent plaidé que les affidavits devraient être admis sur le fondement de l'exception à la règle du ouï-dire relative à la réputation ou à la commune renommée. Bien qu'il ait reconnu, à la p. 438, que les affidavits territoriaux étaient [TRADUCTION] «la meilleure preuve [que les appelants] pouvaient produire sur la question des limites internes», le juge de première instance a conclu que cette exception ne s'appliquait pas et il

that this exception did not apply and refused to admit the declarations contained in the affidavits.

I am concerned by the specific reasons the trial judge gave for refusing to apply the reputation exception. He questioned the degree to which the declarations amounted to a reputation because they were largely confined to the appellants' communities. The trial judge asserted that neighbouring aboriginal groups whose territorial claims conflicted with those of the appellants, as well as non-aboriginals who potentially possessed a legal interest in the claimed territory, were unaware of the content of the alleged reputation at all. Furthermore, the trial judge reasoned that since the subject-matter of the affidavits was disputed, its reliability was doubtful. Finally, the trial judge questioned, at p. 441, "the independence and objectivity" of the information contained in the affidavits, because the appellants and their ancestors (at p. 440) "have been actively discussing land claims for many years".

Although he regretted this finding, the trial judge felt bound to apply the rules of evidence because it did not appear to him (at p. 442) "that the Supreme Court of Canada has decided that the ordinary rules of evidence do not apply to this kind of case". The trial judge arrived at this conclusion, however, without the benefit of *Van der Peet*, where I held that the ordinary rules of evidence must be approached and adapted in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims.

Many of the reasons relied on by the trial judge for excluding the evidence contained in the territorial affidavits are problematic because they run against this fundamental principle. The requirement that a reputation be known in the general community, for example, ignores the fact that oral

a refusé d'admettre les déclarations contenues dans les affidavits.

Je suis préoccupé par les motifs particuliers invoqués par le juge de première instance pour refuser d'appliquer l'exception fondée sur la commune renommée. Il s'est demandé dans quelle mesure les déclarations exprimaient la commune renommée, étant donné qu'elles se confinaient largement aux communautés des appelants. Le juge de première instance a affirmé que les groupes autochtones voisins dont les revendications territoriales entraient en conflit avec celles des appelants, de même que les non-autochtones susceptibles d'avoir un intérêt juridique dans le territoire revendiqué, n'étaient absolument pas au courant du contenu du fait de commune renommée allégué. En outre, le juge de première instance a raisonné que, comme le contenu des affidavits était contesté, sa fiabilité était douteuse. Finalement, le juge de première instance a mis en doute, à la p. 441, [TRADUCTION] «l'indépendance et l'objectivité» de l'information contenue dans les affidavits, parce que les appelants et leurs ancêtres (à la p. 440) «discutent activement de revendications territoriales depuis de nombreuses années».

Bien qu'il ait dit regretter en arriver à cette conclusion, le juge de première instance s'est senti tenu d'appliquer les règles de preuve parce qu'il ne lui semblait pas (à la p. 442) [TRADUCTION] «que la Cour suprême du Canada ait décidé que les règles de preuve ordinaires ne s'appliquent pas dans ce genre d'affaires». Cependant, le juge de première instance a tiré cette conclusion avant le prononcé de l'arrêt *Van der Peet*, où j'ai statué que les règles de preuve ordinaires doivent être abordées et adaptées en tenant compte des difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications autochtones.

Bon nombre des motifs invoqués par le juge de première instance pour écarter la preuve contenue dans les affidavits territoriaux sont problématiques parce qu'ils vont à l'encontre de ce principe fondamental. Par exemple, l'exigence qu'un fait de commune renommée soit connu dans la communauté

104

105

106

histories, as noted by the Royal Commission on Aboriginal Peoples, generally relate to particular locations, and refer to particular families and communities and may, as a result, be unknown outside of that community, even to other aboriginal nations. Excluding the territorial affidavits because the claims to which they relate are disputed does not acknowledge that claims to aboriginal rights, and aboriginal title in particular, are almost always disputed and contested. Indeed, if those claims were uncontroversial, there would be no need to bring them to the courts for resolution. Casting doubt on the reliability of the territorial affidavits because land claims had been actively discussed for many years also fails to take account of the special context surrounding aboriginal claims, in two ways. First, those claims have been discussed for so long because of British Columbia's persistent refusal to acknowledge the existence of aboriginal title in that province until relatively recently, largely as a direct result of the decision of this Court in *Calder, supra*. It would be perverse, to say the least, to use the refusal of the province to acknowledge the rights of its aboriginal inhabitants as a reason for excluding evidence which may prove the existence of those rights. Second, this rationale for exclusion places aboriginal claimants whose societies record their past through oral history in a grave dilemma. In order for the oral history of a community to amount to a form of reputation, and to be admissible in court, it must remain alive through the discussions of members of that community; those discussions are the very basis of that reputation. But if those histories are discussed too much, and too close to the date of litigation, they may be discounted as being suspect, and may be held to be inadmissible. The net effect may be that a society with such an oral tradition would never be able to establish a historical claim through the use of oral history in court.

en général ne tient pas compte du fait que, comme l'a souligné la Commission royale sur les peuples autochtones, les récits oraux sont généralement associés à des lieux précis et font allusion à des familles et à des collectivités précises, et peuvent, par conséquent, ne pas être connus à l'extérieur de cette collectivité, même par d'autres nations autochtones. Écarter les affidavits territoriaux parce que les revendications auxquelles ils se rapportent sont contestées ne tient pas compte du fait que les revendications de droits ancestraux, et de titre aborigène en particulier, sont presque toujours contestées. De fait, si ces revendications ne soulevaient aucune controverse, il ne serait pas nécessaire de s'adresser aux tribunaux pour les faire trancher. Jeter le doute sur la fiabilité des affidavits territoriaux parce que les revendications territoriales ont été discutées activement pendant de nombreuses années ne tient pas compte non plus du contexte des revendications autochtones et ce, de deux façons. Premièrement, si ces revendications sont discutées depuis si longtemps, c'est en raison du refus constant de la Colombie-Britannique, jusqu'à une date relativement récente, de reconnaître l'existence du titre aborigène dans la province, refus qui était dans une large mesure une conséquence directe de l'arrêt *Calder*, précité, de notre Cour. Il serait pour le moins abusif d'utiliser le refus de la province de reconnaître les droits de ses habitants autochtones comme motif pour écarter la preuve qui pourrait établir l'existence de ces droits. Deuxièmement, ce motif d'exclusion place les revendicateurs autochtones — qui appartiennent à des sociétés préservant leur passé au moyen de récits oraux — devant un grave dilemme. Pour qu'un récit oral d'une communauté équivaille à une forme de commune renommée et soit admissible en cour, il doit se perpétuer dans les discussions des membres de cette communauté; ces discussions sont le fondement même de cette commune renommée. Toutefois, si ces récits font l'objet de trop de discussions, à une période trop rapprochée d'un litige, ils risquent d'être écartés parce qu'ils sont suspects, et ils peuvent ainsi être jugés inadmissibles. Cela pourrait avoir pour effet qu'une société possédant une telle tradition orale ne pourrait jamais faire la preuve d'une revendication historique en utilisant un récit oral en cour.

(e) *Conclusion*

The trial judge's treatment of the various kinds of oral histories did not satisfy the principles I laid down in *Van der Peet*. These errors are particularly worrisome because oral histories were of critical importance to the appellants' case. They used those histories in an attempt to establish their occupation and use of the disputed territory, an essential requirement for aboriginal title. The trial judge, after refusing to admit, or giving no independent weight to these oral histories, reached the conclusion that the appellants had not demonstrated the requisite degree of occupation for "ownership". Had the trial judge assessed the oral histories correctly, his conclusions on these issues of fact might have been very different.

In the circumstances, the factual findings cannot stand. However, given the enormous complexity of the factual issues at hand, it would be impossible for the Court to do justice to the parties by sifting through the record itself and making new factual findings. A new trial is warranted, at which the evidence may be considered in light of the principles laid down in *Van der Peet* and elaborated upon here. In applying these principles, the new trial judge might well share some or all of the findings of fact of McEachern C.J.

C. *What is the content of aboriginal title, how is it protected by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982, and what is required for its proof?*

(1) *Introduction*

The parties disagree over whether the appellants have established aboriginal title to the disputed area. However, since those factual issues require a new trial, we cannot resolve that dispute in this appeal. But factual issues aside, the parties also have a more fundamental disagreement over the content of aboriginal title itself, and its reception

e) *La conclusion*

Le traitement accordé aux divers types de récits oraux par le juge de première instance ne respecte pas les principes que j'ai établis dans *Van der Peet*. Ces erreurs sont particulièrement troublantes, étant donné que les récits oraux étaient d'une importance cruciale pour la cause des appelants. Ils ont invoqué ces récits, pour tenter d'établir leur occupation et leur utilisation du territoire contesté, condition essentielle à l'existence du titre aborigène. Après avoir refusé d'admettre ces récits oraux ou de leur accorder quelque valeur probante indépendante que ce soit, le juge de première instance est arrivé à la conclusion que les appelants n'avaient pas démontré l'existence du degré d'occupation requis du territoire pour fonder la «propriété» de celui-ci. Si le juge du procès avait apprécié correctement les récits oraux, ses conclusions sur ces questions de fait auraient pu être très différentes.

Dans les circonstances, les conclusions de fait ne peuvent pas être confirmées. Cependant, vu la complexité énorme des questions de fait en jeu, il serait impossible à la Cour de rendre justice aux parties en passant le dossier au crible et en tirant de nouvelles conclusions de fait. Un nouveau procès s'impose, au cours duquel on pourra examiner la preuve à la lumière des principes qui ont été exposés dans *Van der Peet* et précisés en l'espèce. Dans l'application de ces principes, le juge qui présidera le nouveau procès pourrait bien partager l'ensemble ou certaines des conclusions de fait du juge en chef McEachern.

C. *Quel est le contenu du titre aborigène, comment est-il protégé par le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et comment fait-on la preuve de son existence?*

(1) *Introduction*

Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si les appelants ont démontré l'existence d'un titre aborigène sur la région contestée. Cependant, comme un nouveau procès est nécessaire pour trancher ces questions de fait, nous ne pouvons pas régler ce différend dans le cadre du présent pourvoi. Outre ce différend d'ordre factuel,

107

108

109

into the Constitution by s. 35(1). In order to give guidance to the judge at the new trial, it is to this issue that I will now turn.

les parties ont un désaccord plus fondamental à propos du contenu du titre aborigène lui-même, et de sa réception dans la Constitution par le par. 35(1). Afin d'éclairer le juge qui instruira le nouveau procès, je vais maintenant examiner cette question.

110 I set out these opposing positions by way of illustration and introduction because I believe that all of the parties have characterized the content of aboriginal title incorrectly. The appellants argue that aboriginal title is tantamount to an inalienable fee simple, which confers on aboriginal peoples the rights to use those lands as they choose and which has been constitutionalized by s. 35(1). The respondents offer two alternative formulations: first, that aboriginal title is no more than a bundle of rights to engage in activities which are themselves aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), and that the *Constitution Act, 1982*, merely constitutionalizes those individual rights, not the bundle itself, because the latter has no independent content; and second, that aboriginal title, at most, encompasses the right to exclusive use and occupation of land in order to engage in those activities which are aboriginal rights themselves, and that s. 35(1) constitutionalizes this notion of exclusivity.

Afin d'illustrer le problème, je vais, en guise d'introduction, exposer les thèses opposées des parties, car j'estime que toutes les parties ont décrit incorrectement le contenu du titre aborigène. Les appelants soutiennent que le titre aborigène équivaut à un fief simple inaliénable, qu'il confère aux peuples autochtones le droit d'utiliser les terres visées comme ils l'entendent et qu'il a été constitutionnalisé par le par. 35(1). Les intimés avancent deux définitions: premièrement, le titre aborigène n'est rien de plus qu'un faisceau de droits autorisant l'exercice d'activités qui sont elles-mêmes des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), et la *Loi constitutionnelle de 1982* ne fait que constitutionnaliser ces droits individuels et non le faisceau lui-même, parce que celui-ci n'a aucun contenu indépendant; deuxièmement, le titre aborigène comprend, au plus, le droit exclusif d'utiliser et d'occuper des terres pour y exercer des activités qui sont elles-mêmes des droits ancestraux, et le par. 35(1) constitutionnalise cette notion d'exclusivité.

111 The content of aboriginal title, in fact, lies somewhere in between these positions. Aboriginal title is a right in land and, as such, is more than the right to engage in specific activities which may be themselves aboriginal rights. Rather, it confers the right to use land for a variety of activities, not all of which need be aspects of practices, customs and traditions which are integral to the distinctive cultures of aboriginal societies. Those activities do not constitute the right *per se*; rather, they are parasitic on the underlying title. However, that range of uses is subject to the limitation that they must not be irreconcilable with the nature of the attachment to the land which forms the basis of the particular group's aboriginal title. This inherent limit, to be explained more fully below, flows from the definition of aboriginal title as a *sui generis* interest in

En fait, le contenu du titre aborigène se situe quelque part entre ces deux thèses. Le titre aborigène est un droit foncier et, en tant que tel, il est quelque chose de plus que le droit d'exercer certaines activités précises, qui peuvent elles-mêmes être des droits ancestraux. Il confère plutôt le droit d'utiliser des terres pour y exercer différentes activités qui ne doivent pas nécessairement toutes être des aspects de coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures distinctives des sociétés autochtones. Ces activités ne constituent pas le droit en soi; elles sont plutôt des parasites du titre sous-jacent. Toutefois, ces différents usages sont subordonnés à la restriction suivante: ils ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour le territoire visé et qui constitue le fondement de son

land, and is one way in which aboriginal title is distinct from a fee simple.

## (2) Aboriginal Title at Common Law

### (a) *General Features*

The starting point of the Canadian jurisprudence on aboriginal title is the Privy Council's decision in *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, which described aboriginal title as a "personal and usufructuary right" (at p. 54). The subsequent jurisprudence has attempted to grapple with this definition, and has in the process demonstrated that the Privy Council's choice of terminology is not particularly helpful to explain the various dimensions of aboriginal title. What the Privy Council sought to capture is that aboriginal title is a *sui generis* interest in land. Aboriginal title has been described as *sui generis* in order to distinguish it from "normal" proprietary interests, such as fee simple. However, as I will now develop, it is also *sui generis* in the sense that its characteristics cannot be completely explained by reference either to the common law rules of real property or to the rules of property found in aboriginal legal systems. As with other aboriginal rights, it must be understood by reference to both common law and aboriginal perspectives.

The idea that aboriginal title is *sui generis* is the unifying principle underlying the various dimensions of that title. One dimension is its inalienability. Lands held pursuant to aboriginal title cannot be transferred, sold or surrendered to anyone other than the Crown and, as a result, is inalienable to third parties. This Court has taken pains to clarify that aboriginal title is only "personal" in this sense, and does not mean that aboriginal title is a non-proprietary interest which amounts to no more than a licence to use and occupy the land and cannot

titre aborigène sur ce territoire. Cette limite intrinsèque, qui sera expliquée plus longuement ci-après, découle du fait que le titre aborigène est défini comme un droit foncier *sui generis*, et elle est un aspect qui différencie le titre aborigène du fief simple.

## (2) Le titre aborigène en common law

### a) *Caractéristiques générales*

Le point de départ de la jurisprudence canadienne sur le titre aborigène est la décision du Conseil privé dans l'affaire *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, dans laquelle le titre aborigène a été décrit comme étant un [TRADUCTION] «droit personnel, de la nature d'un usufruit» (à la p. 54). Par la suite, les tribunaux ont tenté de s'accommoder de cette définition, mais il ressort de leurs décisions que les termes choisis par le Conseil privé ne sont pas particulièrement utiles pour expliquer les différentes dimensions du titre aborigène. Le Conseil privé a cherché à rendre l'idée que le titre aborigène est un intérêt foncier *sui generis*. On a qualifié le titre aborigène de droit *sui generis* afin de le différencier des intérêts de propriété «ordinaires» comme le fief simple. Toutefois, comme je vais maintenant l'explicitier, on le qualifie également de droit *sui generis*, dans la mesure où il est impossible d'expliquer entièrement ses caractéristiques en fonction soit des règles du droit des biens en common law soit des règles relatives à la propriété prévues par les régimes juridiques autochtones. Tout comme d'autres droits ancestraux, le titre aborigène doit être défini en tenant compte à la fois de la common law et du point de vue des autochtones.

L'idée que le titre aborigène a un caractère *sui generis* est le principe unificateur qui sous-tend les différentes dimensions de ce titre. L'une de ces dimensions est l'inaliénabilité du titre aborigène. Les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent être transférées, vendues ou cédées à personne d'autre que la Couronne, et elles sont par conséquent inaliénables. Notre Cour s'est efforcée de préciser que c'est uniquement dans ce sens que le titre aborigène est un droit «personnel», et que cela ne veut pas dire qu'il ne s'agit pas d'un intérêt

112

113

compete on an equal footing with other proprietary interests: see *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at p. 677.

de propriété, qui ne représente rien de plus qu'une autorisation d'utiliser et d'occuper les terres visées et qui ne peut pas concurrencer sur un pied d'égalité d'autres droits de propriété: *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, à la p. 677.

114 Another dimension of aboriginal title is its source. It had originally been thought that the source of aboriginal title in Canada was the *Royal Proclamation, 1763*: see *St. Catherine's Milling*. However, it is now clear that although aboriginal title was recognized by the *Proclamation*, it arises from the prior occupation of Canada by aboriginal peoples. That prior occupation, however, is relevant in two different ways, both of which illustrate the *sui generis* nature of aboriginal title. The first is the physical fact of occupation, which derives from the common law principle that occupation is proof of possession in law: see Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), at p. 7. Thus, in *Guerin*, *supra*, Dickson J. described aboriginal title, at p. 376, as a "legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands". What makes aboriginal title *sui generis* is that it arises from possession before the assertion of British sovereignty, whereas normal estates, like fee simple, arise afterward: see Kent McNeil, "The Meaning of Aboriginal Title", in Michael Asch, ed., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada* (1997), 135, at p. 144. This idea has been further developed in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, where this Court unanimously held at p. 340 that "aboriginal title pre-dated colonization by the British and survived British claims of sovereignty" (also see *Guerin*, at p. 378). What this suggests is a second source for aboriginal title — the relationship between common law and pre-existing systems of aboriginal law.

Une autre dimension du titre aborigène est son origine. On a d'abord cru que la source du titre aborigène au Canada était la *Proclamation royale de 1763*: voir *St. Catherine's Milling*. Cependant, il ne fait maintenant aucun doute que, même si le titre aborigène a été reconnu par la *Proclamation*, il découle de l'occupation antérieure du Canada par les peuples autochtones. Toutefois, cette occupation antérieure est pertinente à deux points de vue, qui illustrent tous deux le caractère *sui generis* du titre aborigène. Il y a d'abord le fait physique de l'occupation, qui découle du principe de common law selon lequel l'occupation prouve la possession en droit: voir Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), à la p. 7. Ainsi, dans *Guerin*, précité, le juge Dickson a qualifié le titre aborigène, à la p. 376, de «droit, en *common law*, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». Le titre aborigène a un caractère *sui generis* parce qu'il découle d'une possession antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique, tandis que les domaines ordinaires, comme le fief simple, ont pris naissance par la suite: voir Kent McNeil, «The Meaning of Aboriginal Title», dans Michael Asch, dir., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada* (1997), 135, à la p. 144. Cette idée a été précisée dans *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, où notre Cour a unanimement statué, à la p. 340, que le «titre aborigène existait avant la colonisation par les Britanniques et a continué d'exister après les revendications de souveraineté britanniques» (voir aussi *Guerin* à la p. 378). Ces affirmations indiquent que le titre aborigène a une autre origine — soit le rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants.

115 A further dimension of aboriginal title is the fact that it is held communally. Aboriginal title cannot be held by individual aboriginal persons; it is a collective right to land held by all members of an aboriginal nation. Decisions with respect to that

Une dimension supplémentaire du titre aborigène est le fait qu'il est détenu collectivement. Le titre aborigène ne peut pas être détenu par un autochtone en particulier; il est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation

land are also made by that community. This is another feature of aboriginal title which is *sui generis* and distinguishes it from normal property interests.

(b) *The Content of Aboriginal Title*

Although cases involving aboriginal title have come before this Court and Privy Council before, there has never been a definitive statement from either court on the content of aboriginal title. In *St. Catherine's Milling*, the Privy Council, as I have mentioned, described the aboriginal title as a "personal and usufructuary right", but declined to explain what that meant because it was not "necessary to express any opinion upon the point" (at p. 55). Similarly, in *Calder, Guerin, and Paul*, the issues were the extinguishment of, the fiduciary duty arising from the surrender of, and statutory easements over land held pursuant to, aboriginal title, respectively; the content of title was not at issue and was not directly addressed.

Although the courts have been less than forthcoming, I have arrived at the conclusion that the content of aboriginal title can be summarized by two propositions: first, that aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures; and second, that those protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group's attachment to that land. For the sake of clarity, I will discuss each of these propositions separately.

Aboriginal title encompasses the right to use the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, cultures and traditions

autochtone. Les décisions relatives aux terres visées sont également prises par cette collectivité. Il s'agit d'une autre caractéristique *sui generis* du titre aborigène, qui le différencie des intérêts de propriété ordinaires.

b) *Le contenu du titre aborigène*

Bien que notre Cour et le Conseil privé aient été saisis par le passé d'affaires relatives au titre aborigène, ni l'un ni l'autre ne se sont jamais prononcés d'une manière définitive sur le contenu du titre aborigène. Comme je l'ai indiqué, le Conseil privé, dans *St. Catherine's Milling*, a qualifié le titre aborigène de [TRADUCTION] «droit personnel, de la nature d'un usufruit», mais il a refusé d'expliquer ce que cela voulait dire, parce qu'il n'était pas «nécessaire d'exprimer une opinion sur ce point» (à la p. 55). De même, dans les arrêts *Calder, Guerin* et *Paul*, les questions litigieuses étaient respectivement l'extinction du titre aborigène, l'obligation de fiduciaire découlant de la cession de terres détenues en vertu d'un titre aborigène et les servitudes d'origine législative sur des terres ainsi détenues; le contenu du titre n'était pas en cause et n'a pas été abordé directement.

Même si les tribunaux n'ont pas été très explicites, je suis arrivé à la conclusion que le contenu du titre aborigène peut être résumé au moyen de deux énoncés: premièrement, le titre aborigène comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive; deuxièmement, ces utilisations protégées ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour ces terres. Pour plus de clarté, je vais examiner chacun de ces énoncés séparément.

Le titre aborigène comprend le droit d'utiliser le territoire détenu en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions

116

117

which are integral to distinctive aboriginal cultures

autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive

118 The respondents argue that aboriginal title merely encompasses the right to engage in activities which are aspects of aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures of the aboriginal group claiming the right and, at most, adds the notion of exclusivity; i.e., the exclusive right to use the land for those purposes. However, the uses to which lands held pursuant to aboriginal title can be put are not restricted in this way. This conclusion emerges from three sources: (i) the Canadian jurisprudence on aboriginal title, (ii) the relationship between reserve lands and lands held pursuant to aboriginal title, and (iii) the *Indian Oil and Gas Act*, R.S.C., 1985, c. I-7. As well, although this is not legally determinative, it is supported by the critical literature. In particular, I have profited greatly from Professor McNeil's article, "The Meaning of Aboriginal Title", *supra*.

Les intimés soutiennent que le titre aborigène comprend simplement le droit d'exercer des activités qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit, et que, tout au plus, le titre ajoute l'idée d'exclusivité, c'est-à-dire le droit exclusif d'utiliser à ces fins les terres visées. Cependant, les utilisations qui peuvent être faites des terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne sont pas limitées de la sorte. Cette conclusion découle de trois sources: (i) la jurisprudence canadienne sur le titre aborigène; (ii) le rapport entre les terres de réserve et les terres détenues en vertu d'un titre aborigène; (iii) la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. (1985), ch. I-7. En outre, même si ce fait n'est pas déterminant sur le plan juridique, cette conclusion est étayée par littérature doctrinale. En particulier, l'article du professeur McNeil intitulé «The Meaning of Aboriginal Title», *op. cit.*, m'a été très utile.

(i) Canadian Jurisprudence on Aboriginal Title

(i) La jurisprudence canadienne sur le titre aborigène

119 Despite the fact that the jurisprudence on aboriginal title is somewhat underdeveloped, it is clear that the uses to which lands held pursuant to aboriginal title can be put is not restricted to the practices, customs and traditions of aboriginal peoples integral to distinctive aboriginal cultures. In *Guerin*, for example, Dickson J. described aboriginal title as an "interest in land" which encompassed "a legal right to occupy and possess certain lands" (at p. 382). The "right to occupy and possess" is framed in broad terms and, significantly, is not qualified by reference to traditional and customary uses of those lands. Any doubt that the right to occupancy and possession encompasses a broad variety of uses of land was put to rest in *Paul*, where the Court went even further and stated that aboriginal title was "more than the right to enjoyment and occupancy" (at p. 678). Once again, there is no reference to aboriginal practices, customs and traditions as a qualifier on that right. Moreover, I take the reference to "more" as

En dépit du fait que la jurisprudence sur le titre aborigène est en quelque sorte en cours d'élaboration, il est clair que les utilisations qui peuvent être faites des terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne se limitent pas aux coutumes, pratiques et traditions d'un peuple autochtone et qui font partie intégrante de sa culture distinctive. Dans l'arrêt *Guerin*, précité, par exemple, le juge Dickson a qualifié le titre aborigène de «droit [. . .] sur [d]es terres» comprenant «le droit, en *common law*, d'occuper et de posséder certaines terres» (à la p. 382). Le «droit [. . .] d'occuper et de posséder» est exprimé en termes généraux et, fait important, n'est pas assorti d'une réserve le limitant aux utilisations traditionnelles et habituelles faites de ces terres. Tous les doutes qui pouvaient exister relativement à la question de savoir si le droit d'occuper et d'utiliser des terres vise un large éventail d'utilisations ont été dissipés dans l'arrêt *Paul*, précité, où notre Cour est allée encore plus loin et a déclaré que le titre aborigène était «quelque chose de plus

emphasis of the broad notion of use and possession.

(ii) Reserve Land

Another source of support for the conclusion that the uses to which lands held under aboriginal title can be put are not restricted to those grounded in practices, customs and traditions integral to distinctive aboriginal cultures can be found in *Guerin*, where Dickson J. stated at p. 379 that the same legal principles governed the aboriginal interest in reserve lands and lands held pursuant to aboriginal title:

It does not matter, in my opinion, that the present case is concerned with the interest of an Indian Band in a reserve rather than with unrecognized aboriginal title in traditional tribal lands. The Indian interest in the land is the same in both cases. . . . [Emphasis added.]

The nature of the Indian interest in reserve land is very broad, and can be found in s. 18 of the *Indian Act*, which I reproduce in full:

18. (1) Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

(2) The Minister may authorize the use of lands in a reserve for the purpose of Indian schools, the administration of Indian affairs, Indian burial grounds, Indian health projects or, with the consent of the council of the band, for any other purpose for the general welfare of the band, and may take any lands in a reserve required for those purposes, but where an individual Indian, immediately prior to the taking, was entitled to the possession of those lands, compensation for that use shall be paid to the Indian, in such amount as may be agreed

qu'un droit de jouissance et d'occupation» (à la p. 678). Une fois de plus, il n'est fait aucune mention de coutumes, pratiques et traditions autochtones en tant que limites à ce droit. De plus, je considère que l'emploi de l'expression «quelque chose de plus» fait ressortir le caractère général de la notion d'utilisation et de possession.

(ii) Les terres des réserves

L'arrêt *Guerin* est une autre source étayant la conclusion que les utilisations qui peuvent être faites des terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne se limitent pas à celles fondées sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de cultures distinctives autochtones. Dans cet arrêt, le juge Dickson a déclaré, à la p. 379, que les droits des autochtones sur les terres des réserves et leurs droits sur les terres détenues en vertu d'un titre aborigène sont régis par les mêmes principes juridiques:

À mon avis, il est sans importance que la présente espèce concerne le droit d'une bande indienne sur une réserve plutôt qu'un titre aborigène non reconnu sur des terres tribales traditionnelles. Le droit des Indiens sur les terres est le même dans les deux cas . . . [Je souligne.]

La nature du droit des Indiens sur les terres des réserves est très générale, et elle peut être dégagée de l'art. 18 de la *Loi sur les Indiens*, que je reproduis au complet:

18. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

(2) Le ministre peut autoriser l'utilisation de terres dans une réserve aux fins des écoles indiennes, de l'administration d'affaires indiennes, de cimetières indiens, de projets relatifs à la santé des Indiens, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour tout autre objet concernant le bien-être général de la bande, et il peut prendre toutes terres dans une réserve, nécessaires à ces fins, mais lorsque, immédiatement avant cette prise, un Indien particulier avait droit à la possession de ces terres, il doit être versé à cet Indien, pour un semblable

120

121

between the Indian and the Minister, or, failing agreement, as may be determined in such manner as the Minister may direct. [Emphasis added.]

The principal provision is s. 18(1), which states that reserve lands are held “for the use and benefit” of the bands which occupy them; those uses and benefits, on the face of the *Indian Act*, do not appear to be restricted to practices, customs and traditions integral to distinctive aboriginal cultures. The breadth of those uses is reinforced by s. 18(2), which states that reserve lands may be used “for any other purpose for the general welfare of the band”. The general welfare of the band has not been defined in terms of aboriginal practices, customs and traditions, nor in terms of those activities which have their origin pre-contact; it is a concept, by definition, which incorporates a reference to the present-day needs of aboriginal communities. On the basis of *Guerin*, lands held pursuant to aboriginal title, like reserve lands, are also capable of being used for a broad variety of purposes.

(iii) *Indian Oil and Gas Act*

122

The third source for the proposition that the content of aboriginal title is not restricted to practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures is the *Indian Oil and Gas Act*. The overall purpose of the statute is to provide for the exploration of oil and gas on reserve lands through their surrender to the Crown. The statute presumes that the aboriginal interest in reserve land includes mineral rights, a point which this Court unanimously accepted with respect to the *Indian Act* in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344. On the basis of *Guerin*, aboriginal title also encompass mineral rights, and lands held pursuant to aboriginal title should be capable of exploitation in the same way, which is certainly not a traditional use

usage, une indemnité d'un montant dont peuvent convenir l'Indien et le ministre, ou, à défaut d'accord, qui peut être fixé de la manière que détermine ce dernier. [Je souligne.]

La disposition principale est le par. 18(1), qui indique que les terres des réserves sont détenues «à l'usage et au profit» des bandes qui les occupent; à la lecture de la *Loi sur les Indiens*, il ne semble pas que les utilisations et les avantages se limitent aux coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures autochtones distinctives. Cette pluralité d'utilisations est renforcée par le par. 18(2), qui prévoit que les terres des réserves peuvent être utilisées «pour tout autre objet concernant le bien-être général de la bande». Le bien-être général de la bande n'a pas été défini en fonction des coutumes, pratiques et traditions autochtones, ni en fonction des activités dont l'origine remonte avant le contact avec les Européens; il s'agit d'un concept qui, par définition, fait référence aux besoins actuels des collectivités autochtones. Sur le fondement de l'arrêt *Guerin*, les terres détenues en vertu d'un titre aborigène, tout comme les terres des réserves, peuvent servir à un grand nombre d'utilisations.

(iii) *La Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*

La troisième source sur laquelle s'appuie l'énoncé que le contenu du titre aborigène ne se limite pas aux coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures autochtones distinctives est la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*. L'objet général de cette loi est de permettre l'exploitation pétrolière et gazière sur les terres des réserves par la cession de ces terres à la Couronne. Cette loi présume que le droit des autochtones sur les terres des réserves comprend les droits miniers, point que notre Cour a accepté à l'unanimité relativement à la *Loi sur les Indiens*, dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344. Sur le fondement de l'arrêt *Guerin*, le titre aborigène comprend également les droits miniers, et les terres détenues en vertu d'un titre aborigène devraient pouvoir être exploitées de la même façon, ce qui n'est certaine-

for those lands. This conclusion is reinforced by s. 6(2) of the Act, which provides:

6. . . .

(2) Nothing in this Act shall be deemed to abrogate the rights of Indian people or preclude them from negotiating for oil and gas benefits in those areas in which land claims have not been settled.

The areas referred to in s. 6(2), at the very least, must encompass lands held pursuant to aboriginal title, since those lands by definition have not been surrendered under land claims agreements. The presumption underlying s. 6(2) is that aboriginal title permits the development of oil and gas reserves.

Although this is not determinative, the conclusion that the content of aboriginal title is not restricted to those uses with their origins in the practices, customs and traditions integral to distinctive aboriginal societies has wide support in the critical literature: Jocelyn Gagne, "The Content of Aboriginal Title at Common Law: A Look at the Nishga Claim" (1982-83), 47 *Sask. L. Rev.* 309 at pp. 336-37; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra*, at p. 242; Kent McNeil, "The Meaning of Aboriginal Title", *supra*, at pp. 143-150; William Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II — Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, at p. 221; *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2 (*Restructuring the Relationship*), at p. 561; Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1982-83), 8 *Queen's L.J.* 232, at pp. 268-9; Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), at p. 34; Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", 66 *Can. Bar Rev.* 727, at pp. 746-48.

In conclusion, the content of aboriginal title is not restricted to those uses which are elements of a practice, custom or tradition integral to the distinc-

ment pas une utilisation traditionnelle de ces terres. Cette conclusion est étayée par le par. 6(2) de la Loi, qui dispose:

6. . . .

(2) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger les droits du peuple indien ou de l'empêcher de négocier l'obtention d'avantages pour le pétrole et le gaz dans les régions où les revendications de terres n'ont pas été réglées.

Les régions visées au par. 6(2) doivent à tout le moins comprendre les terres détenues en vertu d'un titre aborigène, étant donné que, par définition, ces terres n'ont pas été cédées dans le cadre d'accords sur des revendications territoriales. La présomption qui sous-tend le par. 6(2) est que le titre aborigène permet l'exploitation de réserves pétrolières et gazières.

Même si ce fait n'est pas déterminant, la conclusion que le contenu du titre aborigène ne se limite pas aux utilisations dont les origines remontent aux coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de sociétés autochtones distinctives jouit d'un vaste appui dans la doctrine: Jocelyn Gagne, «The Content of Aboriginal Title at Common Law: A Look at the Nishga Claim» (1982-83), 47 *Sask. L. Rev.* 309, aux pp. 336 et 337; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *op. cit.*, à la p. 242; Kent McNeil, «The Meaning of Aboriginal Title», *op. cit.*, aux pp. 143 à 150; William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, à la p. 221; *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2 (*Une relation à redéfinir*), à la p. 624; Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1982-83), 8 *Queen's L.J.* 232, aux pp. 268 et 269; Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), à la p. 34; Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, aux pp. 746 à 748.

En conclusion, le contenu du titre aborigène ne se limite pas aux utilisations qui sont des éléments d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie

123

124

tive culture of the aboriginal group claiming the right. However, nor does aboriginal title amount to a form of inalienable fee simple, as I will now explain.

(c) *Inherent Limit: Lands Held Pursuant to Aboriginal Title Cannot Be Used in a Manner that Is Irreconcilable with the Nature of the Attachment to the Land Which Forms the Basis of the Group's Claim to Aboriginal Title*

125 The content of aboriginal title contains an inherent limit that lands held pursuant to title cannot be used in a manner that is irreconcilable with the nature of the claimants' attachment to those lands. This limit on the content of aboriginal title is a manifestation of the principle that underlies the various dimensions of that special interest in land — it is a *sui generis* interest that is distinct from "normal" proprietary interests, most notably fee simple.

126 I arrive at this conclusion by reference to the other dimensions of aboriginal title which are *sui generis* as well. I first consider the source of aboriginal title. As I discussed earlier, aboriginal title arises from the prior occupation of Canada by aboriginal peoples. That prior occupation is relevant in two different ways: first, because of the physical fact of occupation, and second, because aboriginal title originates in part from pre-existing systems of aboriginal law. However, the law of aboriginal title does not only seek to determine the historic rights of aboriginal peoples to land; it also seeks to afford legal protection to prior occupation in the present-day. Implicit in the protection of historic patterns of occupation is a recognition of the importance of the continuity of the relationship of an aboriginal community to its land over time.

intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. Toutefois, comme je vais maintenant l'expliquer, le titre aborigène n'équivaut pas non plus à une forme de fief simple inaliénable.

c) *Limite intrinsèque: les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'a le groupe autochtone concerné pour le territoire et qui est à la base de sa revendication du titre aborigène*

Le contenu du titre aborigène comporte une limite intrinsèque, savoir que les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'ont les revendicateurs pour ces terres. Cette limite au contenu du titre aborigène est une manifestation du principe qui sous-tend les différentes dimensions de ce droit foncier spécial, il s'agit d'un droit *sui generis* qui est différent des intérêts de propriété «ordinaires», en particulier le fief simple.

J'arrive à cette conclusion en me référant aux autres dimensions du titre aborigène qui ont également un caractère *sui generis*. Je vais examiner d'abord l'origine du titre aborigène. Comme je l'ai indiqué plus haut, le titre aborigène découle du fait que le Canada a d'abord été occupé par les peuples autochtones. Cette occupation antérieure est pertinente à deux égards: premièrement en raison du fait physique de l'occupation, et deuxièmement pour le motif que le titre aborigène tire en partie son origine des régimes juridiques autochtones préexistants. Toutefois, le droit relatif au titre aborigène ne cherche pas seulement à définir les droits historiques des peuples autochtones sur le territoire; il vise aussi à accorder, de nos jours, une protection juridique à cette occupation antérieure. La reconnaissance de l'importance de la continuité du rapport qu'une collectivité autochtone entretient avec ses terres au fil des ans ressort implicitement de la protection des modalités historiques de l'occupation.

I develop this point below with respect to the test for aboriginal title. The relevance of the continuity of the relationship of an aboriginal community with its land here is that it applies not only to the past, but to the future as well. That relationship should not be prevented from continuing into the future. As a result, uses of the lands that would threaten that future relationship are, by their very nature, excluded from the content of aboriginal title.

Accordingly, in my view, lands subject to aboriginal title cannot be put to such uses as may be irreconcilable with the nature of the occupation of that land and the relationship that the particular group has had with the land which together have given rise to aboriginal title in the first place. As discussed below, one of the critical elements in the determination of whether a particular aboriginal group has aboriginal title to certain lands is the matter of the occupancy of those lands. Occupancy is determined by reference to the activities that have taken place on the land and the uses to which the land has been put by the particular group. If lands are so occupied, there will exist a special bond between the group and the land in question such that the land will be part of the definition of the group's distinctive culture. It seems to me that these elements of aboriginal title create an inherent limitation on the uses to which the land, over which such title exists, may be put. For example, if occupation is established with reference to the use of the land as a hunting ground, then the group that successfully claims aboriginal title to that land may not use it in such a fashion as to destroy its value for such a use (e.g., by strip mining it). Similarly, if a group claims a special bond with the land because of its ceremonial or cultural significance, it may not use the land in such a way as to destroy that relationship (e.g., by developing it in such a way that the bond is destroyed, perhaps by turning it into a parking lot).

Je vais expliciter ce point plus loin, dans l'examen du critère applicable pour faire la preuve du titre aborigène. En l'espèce, la pertinence de la continuité du rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec ses terres réside dans le fait que ce rapport s'applique non seulement au passé mais aussi à l'avenir. Rien ne devrait empêcher ce rapport de continuer dans le futur. Il s'ensuit que les utilisations des terres qui menaceraient ce rapport futur sont, de par leur nature même, exclues du contenu du titre aborigène.

127

Par conséquent, les terres visées par un titre aborigène ne peuvent pas, selon moi, être utilisées à des fins incompatibles avec la nature de l'occupation de ces terres et avec le rapport que le groupe concerné entretient avec celles-ci, facteurs qui, ensemble, ont donné naissance au titre aborigène en premier lieu. Comme nous le verrons plus loin, l'un des éléments fondamentaux qui permettent de déterminer si un groupe autochtone donné possède un titre aborigène sur certaines terres est la question de l'occupation de celles-ci. L'occupation est définie en fonction des activités qui ont été exercées sur les terres et des utilisations qui ont été faites de celles-ci par le groupe en question. Si des terres font l'objet d'une telle occupation, il existera entre ce groupe et les terres visées un lien spécial tel que les terres feront partie intégrante de la définition de la culture distinctive du groupe. Il me semble que ces éléments du titre aborigène créent une limite intrinsèque aux utilisations qui peuvent être faites des terres visées par un tel titre. Par exemple, si on fait la preuve de l'occupation par référence à l'utilisation des terres comme territoire de chasse, alors le groupe qui a revendiqué avec succès le titre aborigène sur ces terres ne peut pas les utiliser d'une manière qui anéantisse leur valeur pour cette utilisation (p. ex. en les exploitant en tant que mine à ciel ouvert). De même, si un groupe affirme l'existence d'un lien spécial avec les terres visées en raison de leur importance culturelle ou rituelle, il ne peut pas les utiliser d'une manière qui anéantisse ce rapport (p. ex. en les exploitant d'une façon qui entraîne la destruction du lien, peut-être en les transformant en terrain de stationnement).

128

129

It is for this reason also that lands held by virtue of aboriginal title may not be alienated. Alienation would bring to an end the entitlement of the aboriginal people to occupy the land and would terminate their relationship with it. I have suggested above that the inalienability of aboriginal lands is, at least in part, a function of the common law principle that settlers in colonies must derive their title from Crown grant and, therefore, cannot acquire title through purchase from aboriginal inhabitants. It is also, again only in part, a function of a general policy “to ensure that Indians are not dispossessed of their entitlements”: see *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 133. What the inalienability of lands held pursuant to aboriginal title suggests is that those lands are more than just a fungible commodity. The relationship between an aboriginal community and the lands over which it has aboriginal title has an important non-economic component. The land has an inherent and unique value in itself, which is enjoyed by the community with aboriginal title to it. The community cannot put the land to uses which would destroy that value.

C’est également pour cette raison que les terres détenues en vertu d’un titre aborigène sont inaliénables. L’aliénation des terres en question éteindrait le droit des autochtones de les occuper et mettrait fin au rapport qu’ils entretiennent avec celles-ci. J’ai indiqué précédemment que l’inaliénabilité des terres indiennes découle, du moins en partie, du principe de common law selon lequel les personnes qui s’établissent dans une colonie doivent obtenir leur titre par voie de concession de la Couronne et que, par conséquent, elles ne peuvent pas l’acquérir en l’achetant à des autochtones. L’inaliénabilité découle également, une fois de plus en partie seulement, de la politique générale qui consiste à «veiller à ce que ceux-ci [les Indiens] ne soient pas dépouillés de leurs droits»: voir *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 133. L’inaliénabilité des terres détenues en vertu d’un titre aborigène indique que ces terres sont quelque chose de plus qu’un simple bien fungible. Le rapport qu’entretient une collectivité autochtone avec les terres sur lesquelles elle possède un titre aborigène comporte un aspect important de nature non économique. Les terres en elles-mêmes ont une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci. La collectivité ne peut pas faire de ces terres des utilisations qui détruiraient cette valeur.

130

I am cognizant that the *sui generis* nature of aboriginal title precludes the application of “traditional real property rules” to elucidate the content of that title (*St. Mary’s Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657, at para. 14). Nevertheless, a useful analogy can be drawn between the limit on aboriginal title and the concept of equitable waste at common law. Under that doctrine, persons who hold a life estate in real property cannot commit “wanton or extravagant acts of destruction” (E. H. Burn, *Cheshire and Burn’s Modern Law of Real Property* (14th ed. 1988), at p. 264) or “ruin the property” (Robert E. Megarry and H. W. R. Wade, *The Law of Real Property* (4th ed. 1975), at p. 105). This description of the limits

Je suis conscient du fait que le caractère *sui generis* du titre aborigène ne permet pas d’appliquer les «règles traditionnelles du droit des biens» pour expliquer le contenu de ce titre (*Bande indienne de St. Mary’s c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657, au par. 14). Malgré tout, il est possible de faire une analogie utile entre la limite applicable au titre aborigène et le concept de dégradation en *equity* que l’on retrouve en common law. Selon ce concept, les personnes qui sont titulaires d’un domaine viager ne peuvent pas y commettre d’[TRADUCTION] «actes de destruction injustifiés ou excessifs» (E. H. Burn, *Cheshire and Burn’s Modern Law of Real Property* (14<sup>e</sup> éd. 1988), à la p. 264), ni [TRADUCTION] «ruiner le bien-fonds» (Robert E. Megarry et H. W. R. Wade, *The Law of Real Property* (4<sup>e</sup> éd. 1975), à la p. 105). Cette description des limites imposées par le concept de

imposed by the doctrine of equitable waste capture the kind of limit I have in mind here.

Finally, what I have just said regarding the importance of the continuity of the relationship between an aboriginal community and its land, and the non-economic or inherent value of that land, should not be taken to detract from the possibility of surrender to the Crown in exchange for valuable consideration. On the contrary, the idea of surrender reinforces the conclusion that aboriginal title is limited in the way I have described. If aboriginal peoples wish to use their lands in a way that aboriginal title does not permit, then they must surrender those lands and convert them into non-title lands to do so.

The foregoing amounts to a general limitation on the use of lands held by virtue of aboriginal title. It arises from the particular physical and cultural relationship that a group may have with the land and is defined by the source of aboriginal title over it. This is not, I must emphasize, a limitation that restricts the use of the land to those activities that have traditionally been carried out on it. That would amount to a legal straitjacket on aboriginal peoples who have a legitimate legal claim to the land. The approach I have outlined above allows for a full range of uses of the land, subject only to an overarching limit, defined by the special nature of the aboriginal title in that land.

(d) *Aboriginal Title under s. 35(1) of the Constitution Act, 1982*

Aboriginal title at common law is protected in its full form by s. 35(1). This conclusion flows from the express language of s. 35(1) itself, which states in full: “[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed” (emphasis added). On a plain reading of the provision, s. 35(1) did not create aboriginal rights; rather, it accorded constitutional status to those rights which were “existing” in 1982. The provision, at the very least, constitutionalized those rights which aborigi-

dégradation en *equity* illustre bien le genre de limites auxquelles je pense en l’espèce.

Enfin, les remarques que je viens de faire au sujet de l’importance de la continuité du rapport qu’entretient une collectivité autochtone avec ses terres, et la valeur non économique ou intrinsèque de celles-ci ne devraient pas être considérées comme faisant obstacle à la possibilité d’une cession à la Couronne moyennant contrepartie de valeur. Au contraire, l’idée de cession renforce la conclusion que le titre aborigène est limité de la manière que j’ai décrite. Si les autochtones désirent utiliser leurs terres d’une manière que ne permet pas le titre aborigène, ils doivent alors les céder et les convertir en terres non visées par un titre aborigène.

Ce qui précède équivaut à une limitation générale de l’utilisation des terres détenues en vertu d’un titre aborigène. Cette limite découle du rapport physique et culturel particulier qu’un groupe peut entretenir avec les terres, et elle est définie par la source du titre aborigène sur ces terres. Il ne s’agit pas, je dois le souligner, d’une limite qui restreint l’utilisation des terres aux activités qui y ont traditionnellement été exercées. Cela reviendrait, sur le plan juridique, à placer dans un carcan juridique les autochtones qui ont un droit légitime sur les terres. L’approche que je viens d’exposer permet un éventail complet d’utilisations des terres, sous réserve seulement d’une limite dominante, définie par la nature spéciale du titre aborigène sur les terres en question.

d) *Le titre aborigène visé au par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982*

Le titre aborigène en common law est protégé, dans sa forme complète, par le par. 35(1). Cette conclusion découle des termes exprès du par. 35(1) lui-même, dont le texte complet est ainsi rédigé: «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés» (je souligne). Il ressort de la simple lecture du par. 35(1) que cette disposition n’a pas créé de droits ancestraux, mais qu’elle a plutôt constitutionnalisé ceux qui étaient «existants» en 1982. Cette disposition a, à tout le moins,

131

132

133

nal peoples possessed at common law, since those rights existed at the time s. 35(1) came into force. Since aboriginal title was a common law right whose existence was recognized well before 1982 (e.g., *Calder, supra*), s. 35(1) has constitutionalized it in its full form.

constitutionnalisés les droits que les peuples autochtones possédaient en common law, étant donné que ces droits existaient au moment de l'entrée en vigueur du par. 35(1). Comme le titre aborigène était un droit issu de la common law et dont l'existence a été reconnue bien avant 1982 (p. ex. dans *Calder*, précité), le par. 35(1) l'a constitutionnalisé dans sa forme complète.

134 I expressed this understanding of the relationship between common law aboriginal rights, including aboriginal title, and the aboriginal rights protected by s. 35(1) in *Van der Peet*. While explaining the purposes behind s. 35(1), I stated that "it must be remembered that s. 35(1) did not create the legal doctrine of aboriginal rights; aboriginal rights existed and were recognized under the common law" (at para. 28). Through the enactment of s. 35(1), "a pre-existing legal doctrine was elevated to constitutional status" (at para. 29), or in other words, s. 35(1) had achieved "the constitutionalization of those rights" (at para. 29).

J'ai exprimé cette conception du rapport qui existe entre les droits ancestraux reconnus en common law, y compris le titre aborigène, et les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) dans l'arrêt *Van der Peet*. Pour expliquer l'objet du par. 35(1), j'ai dit qu'il ne faut pas oublier que le par. 35(1) n'a pas créé la doctrine juridique des droits ancestraux. En effet, ces droits existaient déjà et ils étaient reconnus en common law» (au par. 28). Par suite de l'édiction du par. 35(1), «une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel» (au par. 29); en d'autres termes, le par. 35(1) a réalisé «la constitutionnalisation de [ces droits]» (au par. 29).

135 Finally, this view of the effect of s. 35(1) on common law aboriginal title is supported by numerous commentators: Patrick Macklem, "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 *McGill L.J.* 382, at pp. 447-48; Kent McNeil, "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255, at pp. 256-57; James O'Reilly, "La Loi constitutionnelle de 1982, droit des autochtones" (1984), 25 *C. de D.* 125, at p. 137; William Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II — Section 35: The Substantive Guarantee", *supra*, at pp. 220-21; Douglas Sanders, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314, at p. 329; Douglas Sanders, "Pre-Existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada", in Gerald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 707, at pp. 731-32; Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights", *supra*, at p. 254; Brian Slattery, *Ancestral Lands*,

En dernier lieu, de nombreux commentateurs souscrivent à cette façon de voir l'effet du par. 35(1) sur le titre aborigène reconnu en common law: Patrick Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *R.D. McGill* 382, aux pp. 447 et 448; Kent McNeil, «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255, aux pp. 256 et 257; James O'Reilly, «La Loi constitutionnelle de 1982, droit des autochtones» (1984), 25 *C. de D.* 125, à la p. 137; William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II — Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, aux pp. 220 et 221; Douglas Sanders, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314, à la p. 329; Douglas Sanders, «Les droits préexistants: les peuples autochtones du Canada», dans Gerald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (2<sup>e</sup> éd. 1989), 779, aux pp. 809 à 811; Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights», *loc.*

*Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*, *supra*, at p. 45.

I hasten to add that the constitutionalization of common law aboriginal rights by s. 35(1) does not mean that those rights exhaust the content of s. 35(1). As I said in *Côté*, *supra*, at para. 52:

Section 35(1) would fail to achieve its noble purpose of preserving the integral and defining features of distinctive aboriginal societies if it only protected those defining features which were fortunate enough to have received the legal recognition and approval of European colonizers.

I relied on this proposition in *Côté* to defeat the argument that the possible absence of aboriginal rights under French colonial law was a bar to the existence of aboriginal rights under s. 35(1) within the historic boundaries of New France. But it also follows that the existence of a particular aboriginal right at common law is not a *sine qua non* for the proof of an aboriginal right that is recognized and affirmed by s. 35(1). Indeed, none of the decisions of this Court handed down under s. 35(1) in which the existence of an aboriginal right has been demonstrated has relied on the existence of that right at common law. The existence of an aboriginal right at common law is therefore sufficient, but not necessary, for the recognition and affirmation of that right by s. 35(1).

The acknowledgement that s. 35(1) has accorded constitutional status to common law aboriginal title raises a further question — the relationship of aboriginal title to the “aboriginal rights” protected by s. 35(1). I addressed that question in *Adams*, *supra*, where the Court had been presented with two radically different conceptions of this relationship. The first conceived of aboriginal rights as being “inherently based in aboriginal title to the land” (at para. 25), or as fragments of a broader claim to aboriginal title. By implication, aboriginal rights must rest either in a claim to title or the unextinguished remnants of title. Taken to

*cit.*, à la p. 254; Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*, *op. cit.*, à la p. 45.

Je m’empresse d’ajouter que la constitutionnalisation par le par. 35(1) des droits ancestraux reconnus en common law ne signifie pas que ces droits épuisent le contenu de cette disposition. Comme je l’ai dit dans *Côté*, précité, au par. 52:

Le noble objet visé par le par. 35(1), savoir la préservation des caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante des sociétés autochtones distinctives, ne saurait être réalisé s’il ne protégeait que les caractéristiques déterminantes dont le sort a bien voulu qu’elles soient reconnues légalement par les colonisateurs européens.

Dans *Côté*, je me suis fondé sur cette affirmation pour réfuter l’argument selon lequel l’absence possible de droits ancestraux dans le droit colonial français faisait obstacle à l’existence de droits ancestraux au sens du par. 35(1) à l’intérieur des frontières historiques de la Nouvelle-France. Toutefois, il s’ensuit également que l’existence d’un droit ancestral particulier reconnu en common law n’est pas un préalable essentiel pour prouver l’existence d’un droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1). De fait, aucune des décisions qui ont été rendues par notre Cour relativement au par. 35(1) et dans lesquelles l’existence d’un droit ancestral a été démontrée n’a invoqué l’existence de ce droit en common law. L’existence d’un droit ancestral reconnu en common law est donc suffisante, mais pas nécessaire, pour la reconnaissance et la confirmation de ce droit par le par. 35(1).

La reconnaissance du fait que le par. 35(1) a constitutionnalisé le titre aborigène reconnu en common law soulève une autre question, celle du rapport qui existe entre le titre aborigène et les «droits ancestraux» protégés par le par. 35(1). J’ai examiné cette question dans l’arrêt *Adams*, précité, où deux conceptions diamétralement opposées de ce rapport avaient été soumises à notre Cour. La première présentait les droits ancestraux comme des droits qui «se rattachent intrinsèquement au titre aborigène sur le territoire visé» (au par. 25), ou comme des fragments d’une revendication plus large visant le titre aborigène. Par implication, les

136

137

its logical extreme, this suggests that aboriginal title is merely the sum of a set of individual aboriginal rights, and that it therefore has no independent content. However, I rejected this position for another — that aboriginal title is “simply one manifestation of a broader-based conception of aboriginal rights” (at para. 25). Thus, although aboriginal title is a species of aboriginal right recognized and affirmed by s. 35(1), it is distinct from other aboriginal rights because it arises where the connection of a group with a piece of land “was of a central significance to their distinctive culture” (at para. 26).

droits ancestraux doivent reposer soit sur la revendication d’un titre, soit sur les restes non éteints d’un titre. Poussé à son extrême, ce raisonnement suggère que le titre aborigène est simplement la somme d’un ensemble de droits ancestraux individuels, et qu’il n’a donc aucun contenu indépendant. J’ai toutefois rejeté cette conception et retenu l’autre, savoir que le titre aborigène n’est «que la manifestation d’une conception plus large des droits ancestraux» (au par. 25). Par conséquent, bien que le titre aborigène soit un type de droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1), il est distinct des autres droits ancestraux parce qu’il naît lorsque le rapport entre un territoire et un groupe «avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale» (au par. 26).

138

The picture which emerges from *Adams* is that the aboriginal rights which are recognized and affirmed by s. 35(1) fall along a spectrum with respect to their degree of connection with the land. At the one end, there are those aboriginal rights which are practices, customs and traditions that are integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the right. However, the “occupation and use of the land” where the activity is taking place is not “sufficient to support a claim of title to the land” (at para. 26 (emphasis in original)). Nevertheless, those activities receive constitutional protection. In the middle, there are activities which, out of necessity, take place on land and indeed, might be intimately related to a particular piece of land. Although an aboriginal group may not be able to demonstrate title to the land, it may nevertheless have a site-specific right to engage in a particular activity. I put the point this way in *Adams*, at para. 30:

Even where an aboriginal right exists on a tract of land to which the aboriginal people in question do not have title, that right may well be site specific, with the result that it can be exercised only upon that specific tract of land. For example, if an aboriginal people demonstrates that hunting on a specific tract of land was an integral part of their distinctive culture then, even if the right exists apart from title to that tract of land, the aboriginal right to hunt is nonetheless defined as, and limited to,

Il ressort de l’arrêt *Adams* que les droits ancestraux qui sont reconnus et confirmés par le par. 35(1) s’étalent le long d’un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a les droits ancestraux qui sont des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe qui revendique le droit en question. Toutefois, le fait que le territoire sur lequel l’activité est pratiquée a été «occupé et utilisé» ne suffit pas «pour étayer la revendication du titre sur celui-ci» (au par. 26 (souligné dans l’original)). Néanmoins, ces activités bénéficient de la protection de la Constitution. Au milieu du spectre, on trouve les activités qui, par nécessité, sont pratiquées sur le territoire et, de fait, pourraient même être étroitement rattachées à une parcelle de terrain particulière. Bien qu’un groupe autochtone puisse être incapable de démontrer l’existence d’un titre sur le territoire, il peut quand même avoir le droit — spécifique à un site — de s’adonner à une activité particulière. J’ai présenté la chose de la façon suivante dans l’arrêt *Adams* (au par. 30):

En effet, même si un droit ancestral s’attache à une parcelle de terrain dont le titre n’appartient pas au peuple autochtone concerné, ce droit peut fort bien être spécifique à un site et, en conséquence, ne pouvoir être exercé que sur cette parcelle de terrain spécifique. Par exemple, si un peuple autochtone établit que la chasse sur une parcelle de terrain spécifique faisait partie intégrante de sa culture distinctive à l’époque, le droit de chasse ancestral — même s’il existe indépendamment

the right to hunt on the specific tract of land. [Emphasis added.]

At the other end of the spectrum, there is aboriginal title itself. As *Adams* makes clear, aboriginal title confers more than the right to engage in site-specific activities which are aspects of the practices, customs and traditions of distinctive aboriginal cultures. Site-specific rights can be made out even if title cannot. What aboriginal title confers is the right to the land itself.

Because aboriginal rights can vary with respect to their degree of connection with the land, some aboriginal groups may be unable to make out a claim to title, but will nevertheless possess aboriginal rights that are recognized and affirmed by s. 35(1), including site-specific rights to engage in particular activities. As I explained in *Adams*, this may occur in the case of nomadic peoples who varied “the location of their settlements with the season and changing circumstances” (at para. 27). The fact that aboriginal peoples were non-sedentary, however (at para. 27)

does not alter the fact that nomadic peoples survived through reliance on the land prior to contact with Europeans and, further, that many of the practices, customs and traditions of nomadic peoples that took place on the land were integral to their distinctive cultures.

(e) *Proof of Aboriginal Title*

(i) Introduction

In addition to differing in the degree of connection with the land, aboriginal title differs from other aboriginal rights in another way. To date, the Court has defined aboriginal rights in terms of activities. As I said in *Van der Peet* (at para. 46):

[I]n order to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to

du titre sur cette parcelle de terrain — est néanmoins défini comme étant le droit de chasser sur cette parcelle spécifique, et il se limite à cela. [Je souligne.]

À l’autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit. Ainsi qu’il ressort clairement de l’arrêt *Adams*, le titre aborigène confère quelque chose de plus que le droit d’exercer des activités spécifiques à un site qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions de cultures autochtones distinctives. L’existence de droits spécifiques à un site peut être établie même si l’existence d’un titre ne peut pas l’être. Ce que le titre aborigène confère c’est le droit au territoire lui-même.

Étant donné que les droits ancestraux peuvent varier en fonction de leur degré de rattachement au territoire, il est possible que certains groupes autochtones soient incapables d’établir le bien-fondé de leur revendication d’un titre, mais qu’ils possèdent néanmoins des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), notamment des droits — spécifiques à un site — d’exercer des activités particulières. Comme je l’ai expliqué dans *Adams*, cela peut se produire dans le cas de peuples nomades qui changeaient «l’emplacement de leurs établissements [...] en fonction des saisons et des circonstances» (au par. 27). Toutefois, le fait que des peuples autochtones n’étaient pas sédentaires (au par. 27)

ne change rien au fait que les peuples nomades ont survécu en exploitant le territoire avant le contact avec les Européens, et que bon nombre des coutumes, pratiques et traditions observées par ces peuples nomades sur le territoire en question faisaient partie intégrante de leur culture distinctive.

e) *La preuve de l’existence d’un titre aborigène*

(i) Introduction

En plus de différer des autres droits ancestraux quant au degré de rattachement avec le territoire, le titre aborigène se distingue de ceux-ci d’une autre façon. Jusqu’à maintenant, la Cour a défini les droits ancestraux par rapport à des activités. Comme je l’ai dit dans *Van der Peet* (au par. 46):

[P]our constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant

139

140

the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. [Emphasis added.]

Aboriginal title, however, is a right to the land itself. Subject to the limits I have laid down above, that land may be used for a variety of activities, none of which need be individually protected as aboriginal rights under s. 35(1). Those activities are parasitic on the underlying title.

141 This difference between aboriginal rights to engage in particular activities and aboriginal title requires that the test I laid down in *Van der Peet* be adapted accordingly. I anticipated this possibility in *Van der Peet* itself, where I stated that (at para. 74):

Aboriginal rights arise from the prior occupation of land, but they also arise from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look at both the relationship of an aboriginal claimant to the land and at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society. Courts must not focus so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights. [Emphasis added; "and" emphasized in original.]

Since the purpose of s. 35(1) is to reconcile the prior presence of aboriginal peoples in North America with the assertion of Crown sovereignty, it is clear from this statement that s. 35(1) must recognize and affirm both aspects of that prior presence — first, the occupation of land, and second, the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. To date the jurisprudence under s. 35(1) has given more emphasis to the second aspect. To a great extent, this has been a function of the types of cases which have come before this Court under s. 35(1) — prosecutions for regulatory offences that, by their very nature, proscribe discrete types of activity.

partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. [Je souligne.]

Or le titre aborigène est le droit au territoire lui-même. Sous réserve des limites que j'ai exposées précédemment, ce territoire peut être utilisé pour diverses activités, dont aucune ne doit nécessairement être protégée individuellement en tant que droit ancestral prévu au par. 35(1). Ces activités sont des parasites du titre sous-jacent.

Cette différence entre les droits ancestraux autorisant l'exercice d'activités particulières et le titre aborigène exige l'adaptation, en conséquence, du critère que j'ai exposé dans *Van der Peet*. J'ai prévu cette possibilité dans cet arrêt, où j'ai déclaré (au par. 74):

Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux. [Je souligne; «et» souligné dans l'original.]

Comme l'objet du par. 35(1) est de concilier la présence antérieure des peuples autochtones en Amérique du Nord avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, il ressort clairement de cet énoncé que le par. 35(1) doit reconnaître et confirmer les deux aspects de cette préexistence, savoir l'occupation du territoire, d'une part, et l'organisation sociale antérieure et les cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire, d'autre part. Jusqu'à ce jour, la jurisprudence relative au par. 35(1) a surtout insisté sur le deuxième aspect. Cette situation est dans une large mesure attribuable aux genres d'affaires qui ont été soumises à notre Cour dans le contexte du par. 35(1), savoir des poursuites intentées relativement à des infractions réglementaires qui, de par leur nature même, interdisent divers types d'activités.

The adaptation of the test laid down in *Van der Peet* to suit claims to title must be understood as the recognition of the first aspect of that prior presence. However, as will now become apparent, the tests for the identification of aboriginal rights to engage in particular activities and for the identification of aboriginal title share broad similarities. The major distinctions are first, under the test for aboriginal title, the requirement that the land be integral to the distinctive culture of the claimants is subsumed by the requirement of occupancy, and second, whereas the time for the identification of aboriginal rights is the time of first contact, the time for the identification of aboriginal title is the time at which the Crown asserted sovereignty over the land.

(ii) The Test for the Proof of Aboriginal Title

In order to make out a claim for aboriginal title, the aboriginal group asserting title must satisfy the following criteria: (i) the land must have been occupied prior to sovereignty, (ii) if present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation, and (iii) at sovereignty, that occupation must have been exclusive.

The land must have been occupied prior to sovereignty

In order to establish a claim to aboriginal title, the aboriginal group asserting the claim must establish that it occupied the lands in question at the time at which the Crown asserted sovereignty over the land subject to the title. The relevant time period for the establishment of title is, therefore, different than for the establishment of aboriginal rights to engage in specific activities. In *Van der Peet*, I held, at para. 60 that “[t]he time period that

L’adaptation du critère établi dans l’arrêt *Van der Peet* en vue de son application aux revendications de titre doit également être considérée comme la reconnaissance du premier aspect de cette présence antérieure. Toutefois, comme il deviendra maintenant évident, le critère applicable pour déterminer l’existence de droits ancestraux autorisant l’exercice d’activités particulières et le critère applicable pour déterminer l’existence d’un titre aborigène comportent de grandes similitudes. Par ailleurs, voici quelles sont les principales distinctions: premièrement, dans le cadre du critère relatif au titre aborigène, l’exigence que le territoire fasse partie intégrante de la culture distincte des demandeurs est subsumée sous l’exigence d’occupation; deuxièmement, alors que c’est le moment du premier contact avec les Européens qui est le moment pertinent pour la détermination des droits ancestraux, dans le cas du titre aborigène, c’est le moment de l’affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur le territoire.

(ii) Le critère applicable pour prouver l’existence d’un titre aborigène

Pour établir le bien-fondé de la revendication d’un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique ce titre doit satisfaire aux exigences suivantes: (i) il doit avoir occupé le territoire avant l’affirmation de la souveraineté; (ii) si l’occupation actuelle est invoquée comme preuve de l’occupation avant l’affirmation de la souveraineté, il doit exister une continuité entre l’occupation actuelle et l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté; (iii) au moment de l’affirmation de la souveraineté, cette occupation doit avoir été exclusive.

Le territoire doit avoir été occupé avant l’affirmation de la souveraineté

Pour établir le bien-fondé de la revendication d’un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique le titre doit démontrer qu’il occupait les terres en question au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté sur ces terres. La période pertinente pour établir l’existence du titre est donc différente de celle qui s’applique pour établir l’existence de droits ancestraux autorisant l’exercice d’activités précises. Dans *Van der Peet*, j’ai

142

143

144

a court should consider in identifying whether the right claimed meets the standard of being integral to the aboriginal community claiming the right is the period prior to contact . . .” This arises from the fact that in defining the central and distinctive attributes of pre-existing aboriginal societies it is necessary to look to a time prior to the arrival of Europeans. Practices, customs or traditions that arose solely as a response to European influences do not meet the standard for recognition as aboriginal rights.

statué, au par. 60, que «[l]a période que doit prendre en considération le tribunal pour décider si le droit revendiqué satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone qui revendique le droit en cause est la période qui a précédé le contact . . .» Cela découle du fait que pour définir les attributs fondamentaux et distinctifs des sociétés autochtones préexistantes, il faut se reporter à une époque antérieure à l’arrivée des Européens. Les pratiques, coutumes et traditions qui ont pris naissance uniquement sous l’effet des influences européennes ne satisfont pas à la norme établie pour la reconnaissance des droits ancestraux.

145

On the other hand, in the context of aboriginal title, sovereignty is the appropriate time period to consider for several reasons. First, from a theoretical standpoint, aboriginal title arises out of prior occupation of the land by aboriginal peoples and out of the relationship between the common law and pre-existing systems of aboriginal law. Aboriginal title is a burden on the Crown’s underlying title. However, the Crown did not gain this title until it asserted sovereignty over the land in question. Because it does not make sense to speak of a burden on the underlying title before that title existed, aboriginal title crystallized at the time sovereignty was asserted. Second, aboriginal title does not raise the problem of distinguishing between distinctive, integral aboriginal practices, customs and traditions and those influenced or introduced by European contact. Under common law, the act of occupation or possession is sufficient to ground aboriginal title and it is not necessary to prove that the land was a distinctive or integral part of the aboriginal society before the arrival of Europeans. Finally, from a practical standpoint, it appears that the date of sovereignty is more certain than the date of first contact. It is often very difficult to determine the precise moment that each aboriginal group had first contact with European culture. I note that this is the approach has support in the academic literature: Brian Slattery, “Understanding Aboriginal Rights”, *supra*, at p. 742; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra*, at p. 196. For these reasons, I conclude that aboriginals must establish occupation of the land

Par contre, lorsqu’il est question de titre aborigène, la période de l’affirmation de la souveraineté est celle qui doit être prise en considération, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, d’un point de vue théorique, le titre aborigène découle de l’occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones et du rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants. Le titre aborigène grève le titre sous-jacent de la Couronne. Cependant, celle-ci n’a acquis ce titre qu’à compter du moment où elle a affirmé sa souveraineté sur le territoire en question. Étant donné qu’il serait absurde de parler d’une charge grevant le titre sous-jacent avant que celui-ci ait existé, le titre aborigène s’est cristallisé au moment de l’affirmation de la souveraineté. Deuxièmement, le titre aborigène ne soulève pas le problème que pose la distinction entre les coutumes, pratiques et traditions distinctives faisant partie intégrante d’une société autochtone et celles qui ont été introduites par suite du contact avec les Européens ou influencées par celui-ci. En vertu de la common law, le fait de l’occupation ou de la possession suffit pour fonder un titre aborigène, et il n’est pas nécessaire de prouver que le territoire en question faisait partie intégrante de la société autochtone visée avant l’arrivée des Européens ou qu’il était un élément distinctif de celle-ci. Finalement, il semble, d’un point de vue pratique, que la date de l’affirmation de la souveraineté ait un caractère plus certain que celle du premier contact avec les Européens. Il est souvent très difficile de déterminer à quel moment précis chaque groupe autoch-

from the date of the assertion of sovereignty in order to sustain a claim for aboriginal title. McEachern C.J. found, at pp. 233-34, and the parties did not dispute on appeal, that British sovereignty over British Columbia was conclusively established by the Oregon Boundary Treaty of 1846. This is not to say that circumstances subsequent to sovereignty may never be relevant to title or compensation; this might be the case, for example, where native bands have been dispossessed of traditional lands after sovereignty.

There was a consensus among the parties on appeal that proof of historic occupation was required to make out a claim to aboriginal title. However, the parties disagreed on how that occupancy could be proved. The respondents assert that in order to establish aboriginal title, the occupation must be the physical occupation of the land in question. The appellant Gitksan nation argue, by contrast, that aboriginal title may be established, at least in part, by reference to aboriginal law.

This debate over the proof of occupancy reflects two divergent views of the source of aboriginal title. The respondents argue, in essence, that aboriginal title arises from the physical reality at the time of sovereignty, whereas the Gitksan effectively take the position that aboriginal title arises from and should reflect the pattern of land holdings under aboriginal law. However, as I have explained above, the source of aboriginal title appears to be grounded both in the common law

tone est pour la première fois entré en contact avec la culture européenne. Je note que cette approche trouve appui dans la doctrine: Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 742; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *op. cit.*, à la p. 196. Pour ces motifs, je conclus que les autochtones doivent prouver l'occupation du territoire à partir de l'affirmation de la souveraineté pour fonder la revendication d'un titre aborigène. Le juge en chef McEachern a conclu, aux pp. 233 et 234, que la date de l'affirmation de la souveraineté britannique sur la Colombie-Britannique avait été établie de façon concluante par le traité Oregon de 1846, conclusion que les parties n'ont pas contestée en appel. Cela ne veut pas dire que des circonstances ultérieures à l'affirmation de la souveraineté ne seront jamais pertinentes pour ce qui est du titre ou de l'indemnité. De telles circonstances pourraient l'être, par exemple dans le cas de bandes autochtones qui auraient été dépossédées de terres traditionnelles après l'affirmation de la souveraineté.

Il y avait un consensus entre les parties au présent pourvoi sur le fait que la preuve de l'occupation historique du territoire visé est requise pour établir le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène sur celui-ci. Toutefois, les parties ne se sont pas entendues sur la façon de prouver cette occupation. Les intimés soutiennent que, en ce qui concerne l'établissement de l'existence d'un titre aborigène, l'occupation s'entend nécessairement de l'occupation physique du territoire en question. À l'opposé, la nation Gitksan appelante prétend qu'il est possible, du moins en partie, d'établir l'existence d'un titre aborigène en se référant aux règles de droit autochtones.

Ce débat sur la preuve de l'occupation témoigne de l'existence de deux conceptions divergentes de l'origine du titre aborigène. Essentiellement, les intimés soutiennent que le titre aborigène découle de la réalité physique qu'ont rencontrée les Européens au moment de l'affirmation de la souveraineté, tandis que la nation Gitksan adopte en fait le point de vue que le titre aborigène découle des modes de possession foncière prévus par les règles de droit autochtones et qu'il devrait refléter ces

146

147

and in the aboriginal perspective on land; the latter includes, but is not limited to, their systems of law. It follows that both should be taken into account in establishing the proof of occupancy. Indeed, there is precedent for doing so. In *Baker Lake*, *supra*, Mahoney J. held that to prove aboriginal title, the claimants needed both to demonstrate their “physical presence on the land they occupied” (at p. 561) and the existence “among [that group of] . . . a recognition of the claimed rights. . . by the regime that prevailed before” (at p. 559).

modes de possession. Toutefois, comme je l’ai expliqué précédemment, l’origine du titre aborigène semble reposer tant sur la common law que sur le point de vue des autochtones à l’égard du territoire, point de vue qui tient compte notamment de leurs régimes juridiques. Il s’ensuit que ces deux éléments devraient être pris en compte dans la démonstration de l’occupation. De fait, il existe un précédent à cet égard. Dans l’affaire *Baker Lake*, précitée, le juge Mahoney a statué que, pour établir l’existence d’un titre aborigène, les requérants devaient prouver leur «présence physique [. . .] sur la terre qu’ils occupaient» (à la p. 561) et l’existence «chez [ce groupe] [d’]une perception des droits réclamés [. . .] [qui] recevai[t] effet au cours du régime qui prévalait antérieurement» (à la p. 559).

148

This approach to the proof of occupancy at common law is also mandated in the context of s. 35(1) by *Van der Peet*. In that decision, as I stated above, I held at para. 50 that the reconciliation of the prior occupation of North America by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty required that account be taken of the “aboriginal perspective while at the same time taking into account the perspective of the common law” and that “[t]rue reconciliation will, equally, place weight on each”. I also held that the aboriginal perspective on the occupation of their lands can be gleaned, in part, but not exclusively, from their traditional laws, because those laws were elements of the practices, customs and traditions of aboriginal peoples: at para. 41. As a result, if, at the time of sovereignty, an aboriginal society had laws in relation to land, those laws would be relevant to establishing the occupation of lands which are the subject of a claim for aboriginal title. Relevant laws might include, but are not limited to, a land tenure system or laws governing land use.

L’arrêt *Van der Peet* commande également cette approche relative à la preuve de l’occupation en common law dans le contexte du par. 35(1). Dans cette décision, comme je l’ai dit précédemment, j’ai statué, au par. 50 que, pour concilier l’occupation antérieure de l’Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne, il fallait tenir compte à la fois du «point de vue des autochtones et de la common law», et j’ai également conclu que «[l]a conciliation véritable accorde, également, de l’importance à chacun de ces éléments». En outre, j’ai déclaré que le point de vue des autochtones sur l’occupation des terres peut être dégagé en partie, mais pas exclusivement, de leurs règles de droit traditionnelles parce que ces règles étaient des éléments des coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones: au par. 41. Il s’ensuit que si, au moment de l’affirmation de la souveraineté, une société autochtone avait des règles de droit concernant le territoire, ces règles seraient pertinentes pour prouver l’occupation des terres visées par la revendication d’un titre aborigène. Les règles de droit pertinentes pourraient notamment inclure un régime de tenure foncière ou des règles régissant l’utilisation des terres.

149

However, the aboriginal perspective must be taken into account alongside the perspective of the common law. Professor McNeil has convincingly

Toutefois, le point de vue des autochtones doit être pris en considération en même temps que la common law. Le professeur McNeil a soutenu,

argued that at common law, the fact of physical occupation is proof of possession at law, which in turn will ground title to the land: *Common Law Aboriginal Title*, *supra*, at p. 73; also see *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, *supra*, at p. 28; and Megarry and Wade, *The Law of Real Property*, *supra*, at p. 1006. Physical occupation may be established in a variety of ways, ranging from the construction of dwellings through cultivation and enclosure of fields to regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources: see McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, at pp. 201-2. In considering whether occupation sufficient to ground title is established, "one must take into account the group's size, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed": Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", at p. 758.

In *Van der Peet*, I drew a distinction between those practices, customs and traditions of aboriginal peoples which were "an aspect of, or took place in" the society of the aboriginal group asserting the claim and those which were "a central and significant part of the society's distinctive culture" (at para. 55). The latter stood apart because they "made the culture of the society distinctive . . . it was one of the things that truly made the society what it was" (at para. 55, emphasis in original). The same requirement operates in the determination of the proof of aboriginal title. As I said in *Adams*, a claim to title is made out when a group can demonstrate "that their connection with the piece of land . . . was of a central significance to their distinctive culture" (at para. 26).

Although this remains a crucial part of the test for aboriginal rights, given the occupancy requirement in the test for aboriginal title, I cannot imagine a situation where this requirement would actu-

d'une façon convaincante, qu'en common law l'occupation physique fait preuve de la possession en droit, fait qui à son tour fondera le droit au titre sur les terres visées: *Common Law Aboriginal Title*, *op. cit.*, à la p. 73; voir aussi *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, *op. cit.*, à la p. 28; et Megarry et Wade, *The Law of Real Property*, *op. cit.*, à la p. 1006. L'occupation physique peut être prouvée par différents faits, allant de la construction de bâtiments à l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation de ses ressources, en passant par la délimitation et la culture de champs: voir McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, aux pp. 201 et 202. Dans l'examen de la question de savoir si on a fait la preuve d'une occupation suffisante pour fonder un titre aborigène, [TRADUCTION] «il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées»: Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», à la p. 758.

Dans *Van der Peet*, j'ai établi une distinction entre les coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones qui étaient «un aspect» de la société autochtone qui revendique le titre ou qui «y étai[ent] exercée[s]», et celles qui étaient «un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société» (au par. 55). Ces dernières coutumes, pratiques et traditions se démarquaient parce qu'elles «rendaient la culture de la société distinctive [. . .] c'était l'une des choses qui véritablement faisait de la société ce qu'elle était» (au par. 55, souligné dans l'original). La même exigence s'applique pour prouver l'existence d'un titre aborigène. Comme je l'ai dit dans *Adams*, le bien-fondé de la revendication d'un titre est établi lorsqu'un groupe peut démontrer «que le rapport qu'il entretient avec le territoire [. . .] avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale» (au par. 26).

Bien que cela demeure un aspect fondamental du critère de détermination de l'existence des droits ancestraux, compte tenu de l'exigence d'occupation prévue par le critère applicable pour sta-

150

151

ally serve to limit or preclude a title claim. The requirement exists for rights short of title because it is necessary to distinguish between those practices which were central to the culture of claimants and those which were more incidental. However, in the case of title, it would seem clear that any land that was occupied pre-sovereignty, and which the parties have maintained a substantial connection with since then, is sufficiently important to be of central significance to the culture of the claimants. As a result, I do not think it is necessary to include explicitly this element as part of the test for aboriginal title.

If present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation

tuer sur l'existence d'un titre aborigène, je ne peux imaginer de situation où cette exigence servirait en fait à limiter ou à empêcher la revendication de titre. L'exigence existe à l'égard des droits qui ne constituent pas des titres parce que, dans de tels cas, il est nécessaire de distinguer entre les pratiques qui étaient des éléments fondamentaux de la culture des demandeurs et celles qui étaient d'avantage accessoires. Toutefois, dans le cas d'un titre, il semble clair que tout territoire qui a été occupé antérieurement à l'affirmation de la souveraineté et avec lequel les parties ont depuis maintenu un rapport substantiel est suffisamment important pour avoir une importance fondamentale pour la culture des demandeurs. Par conséquent, je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'inclure explicitement cet élément dans le critère relatif au titre aborigène.

Si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation avant l'affirmation de la souveraineté, il doit y avoir continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté

152

In *Van der Peet*, I explained that it is the pre-contact practices, customs and traditions of aboriginal peoples which are recognized and affirmed as aboriginal rights by s. 35(1). But I also acknowledged it would be “next to impossible” (at para. 62) for an aboriginal group to provide conclusive evidence of its pre-contact practices, customs and traditions. What would suffice instead was evidence of post-contact practices, which was “directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact” (at para. 62). The same concern, and the same solution, arises with respect to the proof of occupation in claims for aboriginal title, although there is a difference in the time for determination of title. Conclusive evidence of pre-sovereignty occupation may be difficult to come by. Instead, an aboriginal community may provide evidence of present occupation as proof of pre-sovereignty occupation in support of a claim to aboriginal title. What is required, in addition, is a continuity between present and pre-sovereignty occupation, because the relevant time for the deter-

Dans *Van der Peet*, j'ai expliqué que ce sont les coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones qui existaient avant le contact avec les Européens qui sont reconnues et confirmées comme des droits ancestraux par le par. 35(1). Cependant, j'ai également reconnu qu'il serait «pratiquement impossible» (au par. 62) pour un groupe autochtone de produire une preuve concluante de ses coutumes, pratiques et traditions datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens. Il suffirait plutôt de produire une preuve des pratiques postérieures au contact avec les Européens qui «tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens» (au par. 62). La preuve de l'occupation dans le cadre de la revendication d'un titre aborigène pose le même problème et appelle la même solution. Il peut s'avérer difficile d'apporter des éléments de preuve concluants d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté. Au lieu de cela, une collectivité autochtone peut produire, au soutien de la revendication d'un titre abo-

mination of aboriginal title is at the time before sovereignty.

rigène, des éléments de preuve de l'occupation actuelle comme preuve d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté. Il faut en outre qu'il y ait une continuité entre l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté et l'occupation actuelle, parce que la période pertinente pour la détermination de l'existence d'un titre aborigène est celle qui a précédé l'affirmation de la souveraineté.

Needless to say, there is no need to establish "an unbroken chain of continuity" (*Van der Peet*, at para. 65) between present and prior occupation. The occupation and use of lands may have been disrupted for a time, perhaps as a result of the unwillingness of European colonizers to recognize aboriginal title. To impose the requirement of continuity too strictly would risk "undermining the very purpose of s. 35(1) by perpetuating the historical injustice suffered by aboriginal peoples at the hands of colonizers who failed to respect" aboriginal rights to land (*Côté*, *supra*, at para. 53). In *Mabo*, *supra*, the High Court of Australia set down the requirement that there must be "substantial maintenance of the connection" between the people and the land. In my view, this test should be equally applicable to proof of title in Canada.

Il va sans dire qu'il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une «continuité parfaite» (*Van der Peet*, au par. 65) entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure au contact avec les Européens. Il est possible que l'occupation et l'utilisation des terres aient été interrompues pendant une certaine période, à cause peut-être de la réticence des colonisateurs européens à reconnaître le titre aborigène. Exiger la continuité d'une manière trop stricte pourrait «saper l'objet même du par. 35(1) en perpétuant l'injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs, qui n'ont pas respecté» les droits fonciers des autochtones (*Côté*, précité, au par. 53). Dans l'arrêt *Mabo*, précité, la Haute Cour d'Australie a établi l'exigence selon laquelle il doit y avoir «un maintien substantiel du lien» entre le peuple et le territoire. Je suis d'avis que ce critère s'applique également au Canada pour statuer sur l'existence d'un titre.

153

I should also note that there is a strong possibility that the precise nature of occupation will have changed between the time of sovereignty and the present. I would like to make it clear that the fact that the nature of occupation has changed would not ordinarily preclude a claim for aboriginal title, as long as a substantial connection between the people and the land is maintained. The only limitation on this principle might be the internal limits on uses which land that is subject to aboriginal title may be put, i.e., uses which are inconsistent with continued use by future generations of aboriginals.

Il me faut également souligner qu'il est fort possible que la nature précise de l'occupation ait changé entre l'époque de l'affirmation de la souveraineté et aujourd'hui. Je veux qu'il soit clair que le fait que la nature de l'occupation ait changé ne fera généralement pas obstacle à la revendication d'un titre aborigène, dans la mesure où un lien substantiel entre le peuple et le territoire en question a été maintenu. La seule restriction à ce principe pourrait être les limites intrinsèques aux utilisations qui peuvent être faites du territoire visé par un titre aborigène, c.-à-d. des utilisations incompatibles avec son usage continu par les générations autochtones futures.

154

At sovereignty, occupation must have been exclusive

L'occupation doit avoir été exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté

155 Finally, at sovereignty, occupation must have been exclusive. The requirement for exclusivity flows from the definition of aboriginal title itself, because I have defined aboriginal title in terms of the right to exclusive use and occupation of land. Exclusivity, as an aspect of aboriginal title, vests in the aboriginal community which holds the ability to exclude others from the lands held pursuant to that title. The proof of title must, in this respect, mirror the content of the right. Were it possible to prove title without demonstrating exclusive occupation, the result would be absurd, because it would be possible for more than one aboriginal nation to have aboriginal title over the same piece of land, and then for all of them to attempt to assert the right to exclusive use and occupation over it.

Enfin, il faut que l'occupation ait été exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté. Cette exigence d'exclusivité découle de la définition même du titre aborigène, que j'ai défini comme étant le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées. L'exclusivité, en tant qu'aspect du titre aborigène, appartient à la collectivité autochtone qui possède la capacité d'exclure autrui des terres détenues en vertu de ce titre. La preuve du titre doit, à cet égard, refléter le contenu du droit. S'il était possible de prouver l'existence du titre sans démontrer l'existence d'une occupation exclusive, on parviendrait à un résultat absurde, car il serait alors possible à plus d'une nation autochtone de posséder le titre aborigène à l'égard d'un même territoire, et toutes ces nations pourraient alors tenter de faire valoir le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive ce territoire.

156 As with the proof of occupation, proof of exclusivity must rely on both the perspective of the common law and the aboriginal perspective, placing equal weight on each. At common law, a premium is placed on the factual reality of occupation, as encountered by the Europeans. However, as the common law concept of possession must be sensitive to the realities of aboriginal society, so must the concept of exclusivity. Exclusivity is a common law principle derived from the notion of fee simple ownership and should be imported into the concept of aboriginal title with caution. As such, the test required to establish exclusive occupation must take into account the context of the aboriginal society at the time of sovereignty. For example, it is important to note that exclusive occupation can be demonstrated even if other aboriginal groups were present, or frequented the claimed lands. Under those circumstances, exclusivity would be demonstrated by "the intention and capacity to retain exclusive control" (McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra*, at p. 204). Thus, an act of trespass, if isolated, would not undermine a general finding of exclusivity, if aboriginal groups intended to and attempted to

Comme pour la preuve de l'occupation, la preuve de l'exclusivité doit tenir compte tant de la common law que du point de vue des autochtones, et accorder une importance égale aux deux. En common law, l'accent est mis sur la réalité factuelle de l'occupation, telle qu'elle était constatée par les Européens. Cependant, comme le concept de possession en common law doit tenir compte des réalités de la société autochtone, il doit en être de même pour le concept d'exclusivité. L'exclusivité est un principe de common law qui est dérivé de la notion de propriété en fief simple et qui doit être intégré avec précaution au concept de titre aborigène. Par conséquent, le critère requis pour établir l'occupation exclusive doit prendre en compte le contexte de la société autochtone au moment de l'affirmation de la souveraineté. Par exemple, il est important de souligner qu'il est possible de prouver l'exclusivité de l'occupation même si d'autres groupes autochtones étaient présents ou se rendaient souvent sur les terres revendiquées. Dans de tels cas, l'exclusivité serait établie par la preuve de [TRADUCTION] «l'intention et de la capacité de garder le contrôle exclusif [du territoire visé]» (McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *op.*

enforce their exclusive occupation. Moreover, as Professor McNeil suggests, the presence of other aboriginal groups might actually reinforce a finding of exclusivity. For example, “[w]here others were allowed access upon request, the very fact that permission was asked for and given would be further evidence of the group’s exclusive control” (at p. 204).

A consideration of the aboriginal perspective may also lead to the conclusion that trespass by other aboriginal groups does not undermine, and that presence of those groups by permission may reinforce, the exclusive occupation of the aboriginal group asserting title. For example, the aboriginal group asserting the claim to aboriginal title may have trespass laws which are proof of exclusive occupation, such that the presence of trespassers does not count as evidence against exclusivity. As well, aboriginal laws under which permission may be granted to other aboriginal groups to use or reside even temporarily on land would reinforce the finding of exclusive occupation. Indeed, if that permission were the subject of treaties between the aboriginal nations in question, those treaties would also form part of the aboriginal perspective.

In their submissions, the appellants pressed the point that requiring proof of exclusive occupation might preclude a finding of joint title, which is shared between two or more aboriginal nations. The possibility of joint title has been recognized by American courts: *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941). I would suggest that the requirement of exclusive occupancy and the possibility of joint title could be reconciled by recognizing that joint title could arise from shared exclusivity. The meaning of shared

*cit.*, à la p. 204). Par conséquent, une intrusion isolée ne ferait pas obstacle à une conclusion générale d’exclusivité si le groupe autochtone concerné avait l’intention de faire respecter son occupation exclusive et avait tenté de le faire. Qui plus est, comme l’indique le professeur McNeil, la présence d’autres groupes autochtones pourrait en fait renforcer une conclusion d’exclusivité. Par exemple, [TRADUCTION] «[l]orsque d’autres personnes demandaient l’accès au territoire et étaient autorisées à s’y rendre, le fait même qu’une permission était demandée et accordée constituerait une preuve supplémentaire du contrôle exclusif exercé sur le territoire par le groupe» (à la p. 204).

La prise en considération du point de vue des autochtones peut également amener à conclure qu’une intrusion par d’autres groupes autochtones ne fait pas obstacle à l’occupation exclusive du territoire visé par le groupe autochtone qui en revendique le titre, et que la présence autorisée de ces autres groupes peut renforcer cette occupation exclusive. À titre d’exemple, le groupe autochtone qui revendique le titre aborigène peut avoir, en matière d’intrusion, des règles de droit qui sont des preuves de l’occupation exclusive, de sorte que la présence d’intrus n’est pas considérée comme une preuve à l’encontre de l’exclusivité. De plus, l’existence de règles de droit autochtones en vertu desquelles d’autres groupes autochtones peuvent être autorisés à utiliser les terres ou même à y résider temporairement étayeraient la conclusion d’occupation exclusive. De fait, si cette permission a fait l’objet de traités entre les nations autochtones concernées, ces traités feraient également partie du point de vue des autochtones.

Dans leurs observations, les appelants ont insisté sur le fait que l’obligation de prouver l’occupation exclusive pourrait empêcher de conclure à l’existence d’un titre conjoint partagé par deux ou plusieurs nations autochtones. La possibilité de l’existence d’un titre conjoint a été reconnue par les tribunaux américains: *United States c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941). Je suis d’avis qu’il est possible de concilier l’exigence d’occupation exclusive et l’existence possible d’un titre conjoint en reconnaissant qu’un titre conjoint

157

158

exclusivity is well-known to the common law. Exclusive possession is the right to exclude others. Shared exclusive possession is the right to exclude others except those with whom possession is shared. There clearly may be cases in which two aboriginal nations lived on a particular piece of land and recognized each other's entitlement to that land but nobody else's. However, since no claim to joint title has been asserted here, I leave it to another day to work out all the complexities and implications of joint title, as well as any limits that another band's title may have on the way in which one band uses its title lands.

peut découler d'une exclusivité partagée. Le sens de la notion d'exclusivité partagée est bien connue en common law. La possession exclusive est le droit d'exclure autrui. La possession exclusive partagée donne le droit d'exclure autrui, à l'exception des personnes avec qui la possession est partagée. Manifestement, il est possible que deux nations autochtones aient vécu sur un territoire particulier, et que chacune ait reconnu les droits de l'autre sur ce territoire, mais pas ceux de personne d'autre. Comme aucun titre conjoint n'a été revendiqué en l'espèce, je laisse à une autre occasion l'examen de toutes les difficultés et implications de la notion de titre conjoint, de même que les limites que le titre d'une autre bande pourrait imposer sur la façon dont une bande donnée utilise les terres sur lesquelles elle a un titre.

159

I should also reiterate that if aboriginals can show that they occupied a particular piece of land, but did not do so exclusively, it will always be possible to establish aboriginal rights short of title. These rights will likely be intimately tied to the land and may permit a number of possible uses. However, unlike title, they are not a right to the land itself. Rather, as I have suggested, they are a right to do certain things in connection with that land. If, for example, it were established that the lands near those subject to a title claim were used for hunting by a number of bands, those shared lands would not be subject to a claim for aboriginal title, as they lack the crucial element of exclusivity. However, they may be subject to site-specific aboriginal rights by all of the bands who used it. This does not entitle anyone to the land itself, but it may entitle all of the bands who hunted on the land to hunting rights. Hence, in addition to shared title, it will be possible to have shared, non-exclusive, site-specific rights. In my opinion, this accords with the general principle that the common law should develop to recognize aboriginal rights (and title, when necessary) as they were recognized by either *de facto* practice or by the aboriginal system of governance. It also allows sufficient

Je dois aussi rappeler que si des autochtones peuvent montrer qu'ils ont occupé un territoire particulier, mais que cette occupation n'était pas exclusive, il sera toujours possible d'établir l'existence de droits ancestraux ne constituant pas un titre. Il est vraisemblable que ces droits seront intimement liés au territoire, et qu'ils pourraient permettre de nombreuses utilisations. Cependant, contrairement au titre, ils ne constituent pas un droit au territoire lui-même, mais plutôt, comme je l'ai suggéré, il s'agit de droits permettant de faire certaines choses liées à ce territoire. Si, par exemple, il était établi que les terres situées à proximité de celles visées par la revendication d'un titre étaient utilisées pour la chasse par certaines bandes, ces terres partagées ne seraient pas l'objet d'un titre aborigène, car l'élément essentiel d'exclusivité serait absent. Cependant, toutes les bandes qui les ont utilisées pourraient avoir sur ces terres des droits ancestraux spécifiques à un site. Ce fait ne confère à personne le droit aux terres elles-mêmes, mais il pourrait avoir pour effet d'accorder des droits de chasse à toutes les bandes qui chassaient sur ces terres. Par conséquent, en plus d'un titre partagé, il sera possible d'avoir des droits partagés non exclusifs et spécifiques à certains sites. À mon avis, cette situation est conforme au principe général voulant que la common law doive évoluer pour reconnaître les droits ancestraux (et au besoin les titres aborigènes) qui étaient reconnus soit par une

flexibility to deal with this highly complex and rapidly evolving area of the law.

(f) *Infringements of Aboriginal Title: the Test of Justification*

(i) Introduction

The aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), including aboriginal title, are not absolute. Those rights may be infringed, both by the federal (e.g., *Sparrow*) and provincial (e.g., *Côté*) governments. However, s. 35(1) requires that those infringements satisfy the test of justification. In this section, I will review the Court's nascent jurisprudence on justification and explain how that test will apply in the context of infringements of aboriginal title.

(ii) General Principles

The test of justification has two parts, which I shall consider in turn. First, the infringement of the aboriginal right must be in furtherance of a legislative objective that is compelling and substantial. I explained in *Gladstone* that compelling and substantial objectives were those which were directed at either one of the purposes underlying the recognition and affirmation of aboriginal rights by s. 35(1), which are (at para. 72):

... the recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples or ... the reconciliation of aboriginal prior occupation with the assertion of the sovereignty of the Crown.

I noted that the latter purpose will often "be most relevant" (at para. 72) at the stage of justification. I think it important to repeat why (at para. 73) that is so:

Because ... distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community, over which the Crown is sovereign, there are circumstances in which, in order to pursue objectives of compelling and substantial importance to that community as a whole (taking into account the fact

pratique *de facto*, soit par un régime de gestion autochtone. Cette approche accorde également toute la souplesse nécessaire à l'examen de ce domaine très complexe du droit qui évolue rapidement.

f) *Les atteintes au titre aborigène: le critère de justification*

(i) Introduction

Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), y compris le titre aborigène, ne sont pas absolus. Tant le gouvernement fédéral (p. ex. *Sparrow*) que les gouvernements provinciaux (p. ex. *Côté*) peuvent porter atteinte à ces droits. Toutefois, le par. 35(1) exige que ces atteintes satisfassent au critère de justification. Dans la présente section, je vais examiner la jurisprudence naissante de la Cour sur la justification et expliquer comment ce critère s'appliquera dans le contexte des atteintes au titre aborigène.

(ii) Principes généraux

Le critère de justification comporte deux volets que je vais examiner à tour de rôle. Premièrement, l'atteinte au droit ancestral visé doit se rapporter à la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel. Dans *Gladstone*, j'ai expliqué qu'un objectif impérieux et réel était un objectif visant l'un ou l'autre des objets qui sous-tendent la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux par le par. 35(1). Ces objets sont les suivants (au par. 72):

... soit la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones soit [...] la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire.

J'ai souligné que le deuxième objet sera souvent «plus pertinent» (au par. 72) à l'étape de la justification. J'estime important de répéter pourquoi il en est ainsi (au par. 73):

[C]omme les sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s'exerce la souveraineté de Sa Majesté, il existe des circonstances où, dans la poursuite d'objectifs importants ayant un caractère impérieux et réel pour

160

161

that aboriginal societies are a part of that community), some limitation of those rights will be justifiable. Aboriginal rights are a necessary part of the reconciliation of aboriginal societies with the broader political community of which they are part; limits placed on those rights are, where the objectives furthered by those limits are of sufficient importance to the broader community as a whole, equally a necessary part of that reconciliation. [Emphasis added; “equally” emphasized in original.]

The conservation of fisheries, which was accepted as a compelling and substantial objective in *Sparrow*, furthers both of these purposes, because it simultaneously recognizes that fishing is integral to many aboriginal cultures, and also seeks to reconcile aboriginal societies with the broader community by ensuring that there are fish enough for all. But legitimate government objectives also include “the pursuit of economic and regional fairness” and “the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups” (para. 75). By contrast, measures enacted for relatively unimportant reasons, such as sports fishing without a significant economic component (*Adams, supra*) would fail this aspect of the test of justification.

l'ensemble de la communauté (compte tenu du fait que les sociétés autochtones font partie de celle-ci), certaines restrictions de ces droits sont justifiables. Les droits ancestraux sont un élément nécessaire de la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières appartiennent. Les limites imposées à ces droits sont également un élément nécessaire de cette conciliation, si les objectifs qu'elles visent sont suffisamment importants pour la communauté dans son ensemble. [Je souligne; «également» souligné dans l'original.]

La conservation des ressources halieutiques, qui a été acceptée comme un objectif impérieux et réel dans *Sparrow*, est un objectif qui vise la poursuite de ces deux objets parce que, d'une part, il reconnaît que la pêche fait partie intégrante de nombreuses cultures autochtones et, d'autre part, parce qu'il tend également à concilier l'existence des sociétés autochtones avec la communauté plus large en veillant à ce qu'il y ait assez de poissons pour tous. Cependant, sont également des objectifs légitimes du gouvernement «la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional» et «la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation» (par. 75). À l'opposé, des mesures édictées pour des raisons relativement peu importantes, telles des activités de pêche sportive ne comportant aucun élément économique important (*Adams, précité*), ne satisferaient pas à ce volet du critère de justification.

162

The second part of the test of justification requires an assessment of whether the infringement is consistent with the special fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples. What has become clear is that the requirements of the fiduciary duty are a function of the “legal and factual context” of each appeal (*Gladstone, supra*, at para. 56). *Sparrow* and *Gladstone*, for example, interpreted and applied the fiduciary duty in terms of the idea of priority. The theory underlying that principle is that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples demands that aboriginal interests be placed first. However, the fiduciary duty does not demand that aboriginal rights always be given

Le deuxième volet du critère de justification commande une appréciation de la question de savoir si l'atteinte est compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones. Il est devenu clair que les exigences de l'obligation de fiduciaire sont fonction du «contexte juridique et factuel» de chaque appel (*Gladstone, précité*, au par. 56). Dans les arrêts *Sparrow* et *Gladstone*, par exemple, la Cour a interprété et appliqué l'obligation de fiduciaire en fonction de l'idée de priorité. Selon la théorie qui sous-tend ce principe, les rapports de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones commandent que les intérêts des autochtones aient préséance. Toutefois, l'obligation de fiduciaire n'exige pas qu'on accorde toujours la priorité aux droits ancestraux. Comme il a

priority. As was said in *Sparrow*, *supra*, at pp. 1114-15:

The nature of the constitutional protection afforded by s. 35(1) in this context demands that there be a link between the question of justification and the allocation of priorities in the fishery. [Emphasis added.]

Other contexts permit, and may even require, that the fiduciary duty be articulated in other ways (at p. 1119):

Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. 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.

*Sparrow* did not explain when the different articulations of the fiduciary duty should be used. Below, I suggest that the choice between them will in large part be a function of the nature of the aboriginal right at issue.

In addition to variation in the form which the fiduciary duty takes, there will also be variation in degree of scrutiny required by the fiduciary duty of the infringing measure or action. The degree of scrutiny is a function of the nature of the aboriginal right at issue. The distinction between *Sparrow* and *Gladstone*, for example, turned on whether the right amounted to the exclusive use of a resource, which in turn was a function of whether the right had an internal limit. In *Sparrow*, the right was internally limited, because it was a right to fish for food, ceremonial and social purposes, and as a result would only amount to an exclusive right to use the fishery in exceptional circumstances. Accordingly, the requirement of priority was applied strictly to mean that (at p. 1116) “any allocation of priorities after valid conservation

été dit dans *Sparrow*, précité, aux pp. 1114 et 1115:

La nature de la protection constitutionnelle qu’offre le par. 35(1) dans ce contexte commande l’existence d’un lien entre la question de la justification et l’établissement de priorités dans le domaine de la pêche. [Je souligne.]

D’autres contextes permettent, et peuvent même exiger, que l’obligation de fiduciaire soit formulée autrement (à la p. 1119):

Il y a, dans l’analyse de la justification, d’autres questions à aborder, selon les circonstances de l’enquête. Il s’agit notamment des questions de savoir si, en tentant d’obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d’expropriation et si le groupe d’autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre.

Dans *Sparrow*, la Cour n’a pas expliqué dans quels cas les différentes formulations de l’obligation de fiduciaire devraient être utilisées. Plus loin, j’indique que le choix de la formulation dépendra en grande partie de la nature du droit ancestral en cause.

Outre la variation de l’obligation de fiduciaire du point de vue de la forme, il y a aussi variation du degré d’examen — requis par cette obligation — de la mesure ou de l’acte qui porte atteinte au droit. Le degré d’examen est fonction de la nature du droit ancestral en cause. La distinction entre les arrêts *Sparrow* et *Gladstone*, par exemple, dépendait de la question de savoir si le droit en cause correspondait à l’utilisation exclusive d’une ressource, question qui dépendait à son tour de la réponse à la question de savoir si le droit était assorti d’une limite intrinsèque. Dans *Sparrow*, le droit en cause était assujéti à une telle limite parce qu’il s’agissait du droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles, droit qui, de ce fait, ne constituerait un droit exclusif à l’utilisation de la ressource que dans des circonstances exceptionnelles. Par conséquent, l’obligation d’accorder la priorité a été appliquée strictement, de sorte que (à la p. 1116), «dans l’établissement des priorités suite à la mise en œuvre de mesures de conserva-

measures have been implemented must give top priority to Indian food fishing”.

164

In *Gladstone*, by contrast, the right to sell fish commercially was only limited by supply and demand. Had the test for justification been applied in a strict form in *Gladstone*, the aboriginal right would have amounted to an exclusive right to exploit the fishery on a commercial basis. This was not the intention of *Sparrow*, and I accordingly modified the test for justification, by altering the idea of priority in the following way (at para. 62):

... the doctrine of priority requires that the government demonstrate that, in allocating the resource, it has taken account of the existence of aboriginal rights and allocated the resource in a manner respectful of the fact that those rights have priority over the exploitation of the fishery by other users. This right is at once both procedural and substantive; at the stage of justification the government must demonstrate both that the process by which it allocated the resource and the actual allocation of the resource which results from that process reflect the prior interest of aboriginal rights holders in the fishery.

After *Gladstone*, in the context of commercial activity, the priority of aboriginal rights is constitutionally satisfied if the government had taken those rights into account and has allocated a resource “in a manner respectful” (at para. 62) of that priority. A court must be satisfied that “the government has taken into account the existence and importance of [aboriginal] rights” (at para. 63) which it determines by asking the following questions (at para. 64):

Questions relevant to the determination of whether the government has granted priority to aboriginal rights holders are ... questions such as whether the government has accommodated the exercise of the aboriginal right to participate in the fishery (through reduced licence fees, for example), whether the government’s objectives in enacting a particular regulatory scheme reflect the need to take into account the priority of aboriginal rights holders, the extent of the participation in the fishery of aboriginal rights holders relative to their percentage of the population, how the government has accommodated different aboriginal rights in a particular fishery (food *versus* commercial rights, for example), how important the fishery is to the economic and

tion valides, il faut accorder la priorité absolue à la pêche par les Indiens à des fins de subsistance”.

Dans *Gladstone*, par contre, le droit de vendre commercialement du poisson était uniquement limité par l’offre et la demande. Si le critère de justification avait été appliqué strictement dans cet arrêt, le droit ancestral aurait correspondu au droit exclusif d’exploiter la ressource sur une base commerciale. L’arrêt *Sparrow* ne visait pas ce résultat, et j’ai modifié le critère de justification en conséquence, en modifiant l’idée de priorité de la manière suivante (au par. 62):

... cette doctrine [relative à l’ordre de priorité] commande que l’État démontre que, dans la répartition de la ressource, il a tenu compte de l’existence des droits ancestraux et réparti la ressource d’une manière qui respecte le fait que les titulaires de ces droits ont, en matière d’exploitation de la pêche, priorité sur les autres usagers. Il s’agit d’un droit à la fois substantiel et procédural. À l’étape de la justification, l’État doit démontrer que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l’intérêt prioritaire des titulaires des droits ancestraux à l’égard de cette pêche.

Depuis *Gladstone*, en matière d’activités commerciales, la priorité des droits ancestraux est respectée sur le plan constitutionnel si le gouvernement a tenu compte de l’existence de ces droits et a réparti la ressource «d’une manière qui respecte» (au par. 62) cette priorité. Le tribunal doit être convaincu que «l’État a tenu compte de l’existence et de l’importance [des droits ancestraux]» (au par. 63), fait qu’il détermine en se posant les questions suivantes (au par. 64):

Les questions pertinentes pour déterminer si l’État a donné la priorité aux titulaires de droits ancestraux sont [des] questions [...] telles que celle de savoir si l’État a facilité l’exercice du droit ancestral de participer à la pêche (en réduisant les droits payables pour les permis, par exemple), si les objectifs que poursuit l’État en établissant un régime de réglementation donné reflètent la nécessité de tenir compte du droit de priorité des titulaires de droits ancestraux, la mesure dans laquelle la participation à la pêche par les titulaires de droits ancestraux correspond au pourcentage que représente leur population par rapport à la population totale, la manière dont l’État a concilié les différents droits ancestraux visant une pêche donnée (par exemple le droit de pêcher

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.

### (iii) Justification and Aboriginal Title

The general principles governing justification laid down in *Sparrow*, and embellished by *Gladstone*, operate with respect to infringements of aboriginal title. In the wake of *Gladstone*, the range of legislative objectives that can justify the infringement of aboriginal title is fairly broad. Most of these objectives can be traced to the reconciliation of the prior occupation of North America by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty, which entails the recognition that “distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community” (at para. 73). In my opinion, the development of agriculture, forestry, mining, and hydroelectric power, the general economic development of the interior of British Columbia, protection of the environment or endangered species, the building of infrastructure and the settlement of foreign populations to support those aims, are the kinds of objectives that are consistent with this purpose and, in principle, can justify the infringement of aboriginal title. Whether a particular measure or government act can be explained by reference to one of those objectives, however, is ultimately a question of fact that will have to be examined on a case-by-case basis.

The manner in which the fiduciary duty operates with respect to the second stage of the justification test — both with respect to the standard of scrutiny and the particular form that the fiduciary duty will take — will be a function of the nature of aboriginal title. Three aspects of aboriginal title are relevant here. First, aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of land; second, aboriginal title encompasses the right to choose to what uses land can be put, subject to the

à des fins alimentaires par opposition à celui de pêcher à des fins commerciales), 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.

### (iii) Justification et titre aborigène

Les principes généraux régissant la justification, qui ont été exposés dans *Sparrow* et précisés dans *Gladstone*, s'appliquent à l'égard des atteintes au titre aborigène. Depuis *Gladstone*, l'éventail d'objectifs législatifs qui peuvent justifier une atteinte au titre aborigène est assez large. La plupart de ces objectifs peuvent être rattachés à la conciliation de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, ce qui nécessite la reconnaissance du fait que les «sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie» (au par. 73). À mon avis, l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins, sont des types d'objectifs compatibles avec cet objet et qui, en principe, peuvent justifier une atteinte à un titre aborigène. Toutefois, la question de savoir si une mesure ou un acte donné du gouvernement peut être expliqué par référence à l'un de ces objectifs est, en dernière analyse, une question de fait qui devra être examinée au cas par cas.

La façon dont l'obligation de fiduciaire s'applique relativement à la deuxième étape du critère de justification — du point de vue tant de la norme d'examen que de la forme particulière que prendra l'obligation de fiduciaire — est fonction de la nature du titre aborigène. Trois aspects du titre aborigène sont pertinents en l'espèce. Premièrement, le titre aborigène comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées; deuxièmement, le titre aborigène comprend le droit

165

166

ultimate limit that those uses cannot destroy the ability of the land to sustain future generations of aboriginal peoples; and third, that lands held pursuant to aboriginal title have an inescapable economic component.

de choisir les utilisations qui peuvent être faites de ces terres, sous réserve de la restriction ultime que ces usages ne sauraient détruire la capacité de ces terres d'assurer la subsistance des générations futures de peuples autochtones; troisièmement, les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ont une composante économique inéluctable.

167

The exclusive nature of aboriginal title is relevant to the degree of scrutiny of the infringing measure or action. For example, if the Crown's fiduciary duty requires that aboriginal title be given priority, then it is the altered approach to priority that I laid down in *Gladstone* which should apply. What is required is that the government demonstrate (at para. 62) "both that the process by which it allocated the resource and the actual allocation of the resource which results from that process reflect the prior interest" of the holders of aboriginal title in the land. By analogy with *Gladstone*, this might entail, for example, that governments accommodate the participation of aboriginal peoples in the development of the resources of British Columbia, that the conferral of fee simples for agriculture, and of leases and licences for forestry and mining reflect the prior occupation of aboriginal title lands, that economic barriers to aboriginal uses of their lands (e.g., licensing fees) be somewhat reduced. This list is illustrative and not exhaustive. This is an issue that may involve an assessment of the various interests at stake in the resources in question. No doubt, there will be difficulties in determining the precise value of the aboriginal interest in the land and any grants, leases or licences given for its exploitation. These difficult economic considerations obviously cannot be solved here.

La nature exclusive du titre aborigène est pertinente pour ce qui est du degré d'examen auquel est soumis la mesure ou l'acte qui porte atteinte au titre. Par exemple, si l'obligation de fiduciaire de la Couronne exige de donner préséance au titre aborigène, alors c'est l'approche modifiée concernant l'ordre de priorité que j'ai exposée dans *Gladstone* qui devrait être appliquée. Il faut que le gouvernement démontre «que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l'intérêt prioritaire» (au par. 62) des détenteurs du titre aborigène sur les terres visées. Par analogie avec l'arrêt *Gladstone*, cela pourrait vouloir dire, par exemple, que les gouvernements prennent en compte la participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources de la Colombie-Britannique, que la concession de fiefs simples pour l'agriculture ainsi que de baux et permis à des fins d'exploitation forestière ou minière tiennent compte de l'occupation antérieure des terres visées par un titre aborigène, que les obstacles économiques à l'utilisation par les autochtones de leurs terres (p. ex. le paiement de droits pour l'obtention de permis) soient sensiblement réduits. Cette liste n'est pas complète et n'est donnée qu'à titre indicatif. Il s'agit d'une question qui pourrait obliger à soupeser les divers intérêts concernés par les ressources en cause. Il ne fait aucun doute qu'il sera difficile de déterminer la valeur exacte de l'intérêt des autochtones dans le territoire et des concessions, baux ou permis accordés en vue de l'exploitation de celui-ci. Il va de soi que ces difficiles questions d'ordre économique ne peuvent être tranchées en l'espèce.

168

Moreover, the other aspects of aboriginal title suggest that the fiduciary duty may be articulated in a manner different than the idea of priority. This point becomes clear from a comparison between aboriginal title and the aboriginal right to fish for

En outre, les autres aspects du titre aborigène tendent à indiquer que l'obligation de fiduciaire peut se manifester autrement que par l'idée de priorité. Ce point devient clair quand on compare le titre aborigène et le droit ancestral de pêcher à

food in *Sparrow*. First, aboriginal title encompasses within it a right to choose to what ends a piece of land can be put. The aboriginal right to fish for food, by contrast, does not contain within it the same discretionary component. This aspect of aboriginal title suggests that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples may be satisfied by the involvement of aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands. There is always a duty of consultation. Whether the aboriginal group has been consulted is relevant to determining whether the infringement of aboriginal title is justified, in the same way that the Crown's failure to consult an aboriginal group with respect to the terms by which reserve land is leased may breach its fiduciary duty at common law: *Guerin*. 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.

Second, aboriginal title, unlike the aboriginal right to fish for food, has an inescapably economic aspect, particularly when one takes into account the modern uses to which lands held pursuant to aboriginal title can be put. The economic aspect of aboriginal title suggests that compensation is relevant to the question of justification as well, a possibility suggested in *Sparrow* and which I repeated in *Gladstone*. Indeed, compensation for breaches

des fins alimentaires qui était visé dans *Sparrow*. Premièrement, le titre aborigène comprend le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites d'une parcelle de territoire. À l'opposé, le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires ne comporte pas le même élément discrétionnaire. Cet aspect du titre aborigène indique qu'il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres. Il y a toujours obligation de consultation. La question de savoir si un groupe autochtone a été consulté est pertinente pour décider si l'atteinte au titre aborigène est justifiée, au même titre que le fait pour la Couronne de ne pas consulter un groupe autochtone au sujet des conditions auxquelles des terres d'une réserve sont cédées à bail peut constituer un manquement à l'obligation de fiduciaire de celle-ci en common law: *Guerin*. 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.

Deuxièmement, contrairement au droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, le titre aborigène a inévitablement une dimension économique, particulièrement quand on tient compte des utilisations qui peuvent être faites aujourd'hui des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. La dimension économique du titre aborigène montre que l'indemnisation est également un facteur pertinent à l'égard de la question de la justification, possibilité

of fiduciary duty are a well-established part of the landscape of aboriginal rights: *Guerin*. In keeping with the duty of honour and good faith on the Crown, fair compensation will ordinarily be required when aboriginal title is infringed. The amount of compensation payable will vary with the nature of the particular aboriginal title affected and with the nature and severity of the infringement and the extent to which aboriginal interests were accommodated. Since the issue of damages was severed from the principal action, we received no submissions on the appropriate legal principles that would be relevant to determining the appropriate level of compensation of infringements of aboriginal title. In the circumstances, it is best that we leave those difficult questions to another day.

D. *Has a claim to self-government been made out by the appellants?*

170

In the courts below, considerable attention was given to the question of whether s. 35(1) can protect a right to self-government, and if so, what the contours of that right are. The errors of fact made by the trial judge, and the resultant need for a new trial, make it impossible for this Court to determine whether the claim to self-government has been made out. Moreover, this is not the right case for the Court to lay down the legal principles to guide future litigation. The parties seem to have acknowledged this point, perhaps implicitly, by giving the arguments on self-government much less weight on appeal. One source of the decreased emphasis on the right to self-government on appeal is this Court's judgment *Pamajewon*. There, I held that rights to self-government, if they existed, cannot be framed in excessively general terms. The appellants did not have the benefit of my judgment at trial. Unsurprisingly, as counsel for the Wet'suwet'en specifically concedes, the appellants advanced the right to self-government in very

évoquée dans l'arrêt *Sparrow* et que j'ai répétée dans *Gladstone*. De fait, l'indemnisation des manquements à l'obligation de fiduciaire est un aspect bien établi du domaine des droits ancestraux: *Guerin*. Conformément à l'obligation de la Couronne d'agir de bonne foi et honorablement, il sera généralement nécessaire de verser une juste indemnité en cas d'atteinte à un titre aborigène. Le montant de l'indemnité payable variera en fonction de la nature du titre aborigène touché, de la nature et de la gravité de l'atteinte et de la mesure dans laquelle les intérêts des autochtones ont été pris en compte. Comme la question des dommages-intérêts a été dissociée de l'action principale, aucune observation ne nous a été présentée relativement aux principes juridiques appropriés qui seraient pertinents pour déterminer l'indemnité qui devrait être versée pour les atteintes au titre aborigène. Dans les circonstances, il est préférable que nous attendions une autre occasion pour examiner ces questions complexes.

D. *Les appelants ont-ils établi le bien-fondé de leur revendication de l'autonomie gouvernementale?*

Devant les juridictions inférieures, on s'est longuement attardé à la question de savoir si le par. 35(1) peut protéger le droit à l'autonomie gouvernementale et, dans l'affirmative, quels sont les contours de ce droit. En raison des erreurs de fait commises par le juge de première instance, et de la nécessité de tenir un nouveau procès qui en a découlé, il est impossible pour notre Cour de décider si le bien-fondé de la revendication de l'autonomie gouvernementale a été établi. De plus, il ne s'agit pas d'un cas qui se prête à la formulation par la Cour des principes juridiques devant guider l'instruction d'autres affaires. Les parties semblent avoir reconnu ce point, peut-être implicitement, en accordant beaucoup moins d'importance en appel aux arguments relatifs à l'autonomie gouvernementale. L'arrêt *Pamajewon* de notre Cour est une raison pour laquelle une moins grande importance a été attachée au droit à l'autonomie gouvernementale en appel. Dans cet arrêt, j'ai conclu que les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale, s'ils existent, ne peuvent pas être exprimés en termes excessivement généraux. Au moment du procès,

broad terms, and therefore in a manner not cognizable under s. 35(1).

The broad nature of the claim at trial also led to a failure by the parties to address many of the difficult conceptual issues which surround the recognition of aboriginal self-government. The degree of complexity involved can be gleaned from the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, which devotes 277 pages to the issue. That report describes different models of self-government, each differing with respect to their conception of territory, citizenship, jurisdiction, internal government organization, etc. We received little in the way of submissions that would help us to grapple with these difficult and central issues. Without assistance from the parties, it would be imprudent for the Court to step into the breach. In these circumstances, the issue of self-government will fall to be determined at trial.

E. *Did the province have the power to extinguish aboriginal rights after 1871, either under its own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the Indian Act?*

(1) Introduction

For aboriginal rights to be recognized and affirmed by s. 35(1), they must have existed in 1982. Rights which were extinguished by the sovereign before that time are not revived by the provision. In a federal system such as Canada's, the need to determine whether aboriginal rights have been extinguished raises the question of which level of government has jurisdiction to do so. In the context of this appeal, that general question becomes three specific ones. First, there is the question whether the province of British Columbia, from the time it joined Confederation in 1871, until the entrenchment of s. 35(1) in 1982, had the

les appelants n'avaient évidemment pas pris connaissance de mon jugement dans cet arrêt rendu ultérieurement. Il n'est donc pas étonnant, comme l'admet explicitement l'avocat des Wet'suwet'en, que les appelants aient plaidé le droit à l'autonomie gouvernementale en termes très généraux et, par conséquent, d'une manière incompatible avec le par. 35(1).

Le caractère général de la revendication présentée au procès a également fait en sorte que les parties n'ont pas abordé bon nombre des difficiles questions conceptuelles que soulève la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des autochtones. Le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, qui consacre 304 pages à cette question, donne une bonne idée de sa complexité. Ce rapport présente divers modèles d'autonomie gouvernementale, tous différents les uns des autres, notamment en ce qui concerne le territoire, la citoyenneté, la compétence et l'organisation gouvernementale interne. On nous a présenté peu d'observations propres à nous aider à résoudre ces questions fondamentales et difficiles. Sans l'aide des parties, il serait imprudent pour la Cour de s'avancer sur ce terrain. Dans ces circonstances, la question de l'autonomie gouvernementale sera tranchée au procès.

E. *La province avait-elle, après 1871, le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens?*

(1) Introduction

Pour qu'un droit ancestral soit reconnu et confirmé par le par. 35(1), il devait exister en 1982. Cette disposition ne fait pas revivre des droits qui avaient été éteints par le souverain avant cette date. Dans un régime fédéral comme celui qui existe au Canada, la nécessité de déterminer si des droits ancestraux ont été éteints oblige à se demander lequel des niveaux de gouvernement a compétence pour le faire. Dans le contexte du présent pourvoi, cette question générale se subdivise en trois questions particulières. Premièrement, il y a la question de savoir si la province de la Colombie-Britannique, depuis son entrée dans la fédération

171

172

jurisdiction to extinguish the rights of aboriginal peoples, including aboriginal title, in that province. Second, if the province was without such jurisdiction, another question arises — whether provincial laws which were not in pith and substance aimed at the extinguishment of aboriginal rights could have done so nevertheless if they were laws of general application. The third and final question is whether a provincial law, which could otherwise not extinguish aboriginal rights, be given that effect through referential incorporation by s. 88 of the *Indian Act*.

## (2) Primary Jurisdiction

<sup>173</sup> Since 1871, the exclusive power to legislate in relation to “Indians, and Lands reserved for the Indians” has been vested with the federal government by virtue of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. That head of jurisdiction, in my opinion, encompasses within it the exclusive power to extinguish aboriginal rights, including aboriginal title.

### “Lands reserved for the Indians”

<sup>174</sup> I consider the second part of this provision first, which confers jurisdiction to the federal government over “Lands reserved for the Indians”. The debate between the parties centred on whether that part of s. 91(24) confers jurisdiction to legislate with respect to aboriginal title. The province’s principal submission is that “Lands reserved for the Indians” are lands which have been specifically set aside or designated for Indian occupation, such as reserves. However, I must reject that submission, because it flies in the face of the judgment of the Privy Council in *St. Catherine’s Milling*. One of the issues in that appeal was the federal jurisdiction to accept the surrender of lands held pursuant to aboriginal title. It was argued that the federal government, at most, had jurisdiction over “Indian Reserves”. Lord Watson, speaking for the Privy Council, rejected this argument, stating that had the intention been to restrict s. 91(24) in this way,

en 1871 jusqu’à la constitutionnalisation du par. 35(1) en 1982, avait compétence pour éteindre, dans la province, les droits des peuples autochtones, y compris le titre aborigène. Deuxièmement, si elle n’avait pas compétence pour le faire, il faut alors se demander si les lois provinciales qui ne visaient pas, de par leur essence même, à éteindre des droits ancestraux ont quand même pu le faire si elles étaient des lois d’application générale. La troisième et dernière question consiste à décider si une loi provinciale qui ne pourrait par ailleurs pas éteindre des droits ancestraux pourrait se voir reconnaître cet effet par incorporation par renvoi en application de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

## (2) Compétence principale

Depuis 1871, le pouvoir exclusif de légiférer sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens» appartient au gouvernement fédéral en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce chef de compétence comprend, selon moi, le pouvoir exclusif d’éteindre les droits ancestraux, y compris le titre aborigène.

### «Les terres réservées aux Indiens»

Je vais d’abord examiner la deuxième partie de cette disposition, c’est-à-dire celle qui attribue au gouvernement fédéral compétence sur les «terres réservées aux Indiens». Le débat entre les parties a porté sur la question de savoir si cette partie du par. 91(24) confère le pouvoir de légiférer relativement au titre aborigène. Le principal argument invoqué par la province est que les «terres réservées aux Indiens» sont des terres qui ont été expressément mises de côté ou désignées pour être occupées par les Indiens, par exemple les réserves. Je dois toutefois rejeter cet argument parce qu’il va à l’encontre du jugement rendu par le Conseil privé dans l’affaire *St. Catherine’s Milling*. L’une des questions en litige dans ce pourvoi concernait le pouvoir du gouvernement fédéral d’accepter la cession de terres détenues en vertu d’un titre aborigène. On prétendait que le gouvernement fédéral avait tout au plus compétence sur les «réserves

specific language to this effect would have been used. He accordingly held that (at p. 59):

... the words actually used are, according to their natural meaning, sufficient to include all lands reserved, upon any terms or conditions, for Indian occupation.

Lord Watson's reference to "all lands" encompasses not only reserve lands, but lands held pursuant to aboriginal title as well. Section 91(24), in other words, carries with it the jurisdiction to legislate in relation to aboriginal title. It follows, by implication, that it also confers the jurisdiction to extinguish that title.

The province responds by pointing to the fact that underlying title to lands held pursuant to aboriginal title vested with the provincial Crown pursuant to s. 109 of the *Constitution Act, 1867*. In its submission, this right of ownership carried with it the right to grant fee simples which, by implication, extinguish aboriginal title, and so by negative implication excludes aboriginal title from the scope of s. 91(24). The difficulty with the province's submission is that it fails to take account of the language of s. 109, which states in part that:

**109.** All Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada . . . at the Union . . . shall belong to the several Provinces . . . subject to any Trusts existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same.

Although that provision vests underlying title in provincial Crowns, it qualifies provincial ownership by making it subject to the "any Interest other than that of the Province in the same". In *St. Catherine's Milling*, the Privy Council held that aboriginal title was such an interest, and rejected the argument that provincial ownership operated as a limit on federal jurisdiction. The net effect of that decision, therefore, was to separate the ownership of lands held pursuant to aboriginal title from jurisdiction over those lands. Thus, although on surrender of aboriginal title the province would

indiennes». S'exprimant au nom du Conseil privé, Lord Watson a rejeté cet argument, déclarant que si le législateur avait voulu limiter le par. 91(24) de cette façon, il l'aurait dit en termes exprès. Lord Watson a donc statué ainsi (à la p. 59):

[TRADUCTION] . . . les mots employés dans les faits sont, d'après leur sens naturel, suffisants pour englober toutes les terres qui sont réservées, à quelque condition que ce soit, pour être occupées par les Indiens.

L'expression «toutes les terres» utilisée par lord Watson englobe non seulement les terres des réserves, mais aussi celles détenues en vertu d'un titre aborigène. En d'autres termes, le par. 91(24) accorde le pouvoir de légiférer relativement au titre aborigène. Il s'ensuit, par implication, qu'il accorde également le pouvoir d'éteindre ce titre.

La province a répondu en faisant remarquer que le titre sous-jacent sur les terres détenues en vertu d'un titre aborigène a été attribué à la Couronne provinciale par l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon la province, ce droit de propriété emportait le droit d'accorder des fiefs simples éteignant par implication le titre aborigène, et il a donc pour conséquence d'exclure le titre aborigène de la portée du par. 91(24). Le problème que pose cet argument de la province est qu'il ne tient pas compte du texte de l'art. 109, qui dit en partie ce qui suit:

**109.** Les terres, mines, minéraux et redevances appartenant aux différentes provinces du Canada [. . .] lors de l'Union [. . .] appartiendront aux différentes provinces [. . .] sous réserve des fiducies existantes et de tout intérêt autre que celui de la province à cet égard.

Même si cette disposition accorde aux couronnes provinciales le titre sous-jacent, elle limite ce droit de propriété provincial en le subordonnant à «tout intérêt autre que celui de la province à cet égard». Dans l'arrêt *St. Catherine's Milling*, le Conseil privé a statué que le titre aborigène constituait un tel intérêt et a rejeté l'argument selon lequel le droit de propriété des provinces avait pour effet de limiter la compétence du gouvernement fédéral. Concrètement, cet arrêt a donc eu pour effet de dissocier le droit de propriété relatif aux terres détenues en vertu d'un titre aborigène de la compé-

take absolute title, jurisdiction to accept surrenders lies with the federal government. The same can be said of extinguishment — although on extinguishment of aboriginal title, the province would take complete title to the land, the jurisdiction to extinguish lies with the federal government.

tence exercée à l'égard de ces terres. Par conséquent, même si la province obtient un titre absolu en cas de cession d'un titre aborigène, le pouvoir d'accepter les cessions appartient au gouvernement fédéral. La même affirmation peut être faite au sujet de l'extinction: même si la province obtient un titre absolu sur les terres visées au moment de l'extinction d'un titre aborigène, le pouvoir d'éteindre ce titre appartient au gouvernement fédéral.

176

I conclude with two remarks. First, even if the point were not settled, I would have come to the same conclusion. The judges in the court below noted that separating federal jurisdiction over Indians from jurisdiction over their lands would have a most unfortunate result — the government vested with primary constitutional responsibility for securing the welfare of Canada's aboriginal peoples would find itself unable to safeguard one of the most central of native interests — their interest in their lands. Second, although the submissions of the parties and my analysis have focussed on the question of jurisdiction over aboriginal title, in my opinion, the same reasoning applies to jurisdiction over any aboriginal right which relates to land. As I explained earlier, *Adams* clearly establishes that aboriginal rights may be tied to land but nevertheless fall short of title. Those relationships with the land, however, may be equally fundamental to aboriginal peoples and, for the same reason that jurisdiction over aboriginal title must vest with the federal government, so too must the power to legislate in relation to other aboriginal rights in relation to land.

#### “Indians”

177

The extent of federal jurisdiction over Indians has not been definitively addressed by this Court. We have not needed to do so because the *vires* of federal legislation with respect to Indians, under the division of powers, has never been at issue. The cases which have come before the Court under

Je termine par deux remarques. Premièrement, même si ce point n'avait pas été tranché, je serais parvenu à la même conclusion. Les juges de la juridiction inférieure ont souligné que le fait de dissocier la compétence du gouvernement fédéral à l'égard des Indiens et sa compétence à l'égard des terres indiennes produirait un résultat très regrettable: en effet, comme le gouvernement fédéral est investi par la Constitution de la responsabilité principale de garantir le bien-être des peuples autochtones du Canada, il se verrait dans l'impossibilité de protéger l'un des droits les plus fondamentaux des autochtones — savoir leur droit à leurs terres. Deuxièmement, même si les observations des parties et mon analyse étaient axés sur la question de la compétence à l'égard du titre aborigène, je suis d'avis que le même raisonnement s'applique à la compétence à l'égard de tout droit ancestral se rapportant à des terres. Comme je l'ai expliqué précédemment, l'arrêt *Adams* a clairement établi que des droits ancestraux peuvent être rattachés à un territoire sans constituer un titre. Cependant, ces divers rapports avec un territoire peuvent être tout aussi fondamentaux pour les peuples autochtones et, pour la même raison il doit être investi de la compétence à l'égard du titre aborigène, le gouvernement fédéral doit être investi du pouvoir de légiférer sur les autres droits ancestraux se rapportant au territoire.

#### «Les Indiens»

Notre Cour ne s'est pas prononcée définitivement sur l'étendue de la compétence du gouvernement fédéral à l'égard des Indiens. Elle n'a pas eu besoin de le faire parce que la validité des dispositions fédérales concernant les Indiens, dans le contexte du partage des pouvoirs, n'a jamais été en

s. 91(24) have implicated the question of jurisdiction over Indians from the other direction — whether provincial laws which on their face apply to Indians intrude on federal jurisdiction and are inapplicable to Indians to the extent of that intrusion. As I explain below, the Court has held that s. 91(24) protects a “core” of Indianness from provincial intrusion, through the doctrine of interjurisdictional immunity.

It follows, at the very least, that this core falls within the scope of federal jurisdiction over Indians. That core, for reasons I will develop, encompasses aboriginal rights, including the rights that are recognized and affirmed by s. 35(1). Laws which purport to extinguish those rights therefore touch the core of Indianness which lies at the heart of s. 91(24), and are beyond the legislative competence of the provinces to enact. The core of Indianness encompasses the whole range of aboriginal rights that are protected by s. 35(1). Those rights include rights in relation to land; that part of the core derives from s. 91(24)’s reference to “Lands reserved for the Indians”. But those rights also encompass practices, customs and traditions which are not tied to land as well; that part of the core can be traced to federal jurisdiction over “Indians”. Provincial governments are prevented from legislating in relation to both types of aboriginal rights.

### (3) Provincial Laws of General Application

The vesting of exclusive jurisdiction with the federal government over Indians and Indian lands under s. 91(24), operates to preclude provincial laws in relation to those matters. Thus, provincial laws which single out Indians for special treatment are *ultra vires*, because they are in relation to Indians and therefore invade federal jurisdiction: see *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451. However, it

cause. Les affaires qui ont été soumises à la Cour relativement au par. 91(24) ont plutôt soulevé la question de la compétence à l’égard des Indiens du point de vue opposé: c’est-à-dire en posant la question de savoir si des lois provinciales qui, à première vue, s’appliquent aux Indiens, empiètent sur la compétence du gouvernement fédéral, et si ces lois sont inapplicables aux Indiens dans la mesure de cet empiètement. Comme je l’explique plus loin, la Cour a statué que, par le principe de l’exclusivité des compétences, le par. 91(24) protège l’«essentiel» de la quiddité indienne, ou indianité, contre les empiètements provinciaux.

Il s’ensuit, à tout le moins, que l’essentiel de l’indianité relève de la compétence du fédéral sur les Indiens. Pour des raisons que je vais exposer, l’essentiel de l’indianité englobe les droits ancestraux, y compris les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1). Les lois censées éteindre ces droits portent donc atteinte à l’essentiel de l’indianité qui est au cœur du par. 91(24), et elles outrepassent la compétence législative des provinces. L’essentiel de l’indianité englobe toute la gamme des droits ancestraux protégés par le par. 35(1). Ces droits comprennent les droits se rapportant à un territoire; cette partie de l’essentiel de l’indianité découle de la référence aux «terres réservées aux Indiens» au par. 91(24). Cependant, ces droits comprennent également les coutumes, pratiques et traditions qui ne se rattachent pas à un territoire; cette partie de l’essentiel de l’indianité découle de la compétence du fédéral à l’égard des «Indiens». Il est interdit aux gouvernements provinciaux de faire des lois portant sur ces deux types de droits ancestraux.

### (3) Lois provinciales d’application générale

Le fait que le gouvernement fédéral soit investi, en vertu du par. 91(24), de la compétence exclusive à l’égard des Indiens et des terres réservées aux Indiens a pour effet d’empêcher l’édiction de lois provinciales sur ces questions. Par conséquent, les lois provinciales qui visent à imposer un traitement spécial aux Indiens sont inconstitutionnelles parce qu’elles se rapportent aux Indiens et empiètent donc sur la compétence du fédéral: voir *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451. Toutefois, il

178

179

is a well-established principle that (*Four B Manufacturing Ltd.*, *supra*, at p. 1048):

The conferring upon Parliament of exclusive legislative competence to make laws relating to certain classes of persons does not mean that the totality of these persons' rights and duties comes under primary federal competence to the exclusion of provincial laws of general application.

In other words, notwithstanding s. 91(24), provincial laws of general application apply *proprio vigore* to Indians and Indian lands. Thus, this Court has held that provincial labour relations legislation (*Four B*) and motor vehicle laws (*R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025), which purport to apply to all persons in the province, also apply to Indians living on reserves.

existe un principe bien établi selon lequel (*Four B Manufacturing Ltd.*, précité, à la p. 1048):

L'attribution au Parlement de la compétence législative exclusive de faire des lois relatives à certaines catégories de personnes ne signifie pas que la totalité des droits et obligations de ces personnes relève de la compétence fédérale principale à l'exclusion des lois provinciales d'application générale.

En d'autres termes, malgré le par. 91(24), les lois provinciales d'application générale s'appliquent *proprio vigore* (d'elles-mêmes) aux Indiens et aux terres indiennes. Ainsi, notre Cour a statué que les lois provinciales sur les relations de travail (*Four B*) et les lois sur les véhicules à moteur (*R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025), qui sont censées s'appliquer à toutes les personnes dans la province, s'appliquent également aux Indiens qui vivent dans des réserves.

180

What must be answered, however, is whether the same principle allows provincial laws of general application to extinguish aboriginal rights. I have come to the conclusion that a provincial law of general application could not have this effect, for two reasons. First, a law of general application cannot, by definition, meet the standard which has been set by this Court for the extinguishment of aboriginal rights without being *ultra vires* the province. That standard was laid down in *Sparrow*, *supra*, at p. 1099, as one of "clear and plain" intent. In that decision, the Court drew a distinction between laws which extinguished aboriginal rights, and those which merely regulated them. Although the latter types of laws may have been "necessarily inconsistent" with the continued exercise of aboriginal rights, they could not extinguish those rights. While the requirement of clear and plain intent does not, perhaps, require that the Crown "use language which refers expressly to its extinguishment of aboriginal rights" (*Gladstone*, *supra*, at para. 34), the standard is still quite high. My concern is that the only laws with the sufficiently clear and plain intention to extinguish aboriginal rights would be laws in relation to Indians and Indian lands. As a result, a provincial law could never, *proprio vigore*, extinguish aboriginal

Il faut toutefois répondre à la question de savoir si ce même principe autorise l'extinction de droits ancestraux par des lois provinciales d'application générale. Je suis arrivé à la conclusion qu'une loi provinciale d'application générale ne peut pas avoir cet effet, et ce pour deux raisons. Première-ment, par définition, une loi provinciale d'application générale ne peut pas, sans être *ultra vires*, respecter la norme qui a été établie par notre Cour à l'égard de l'extinction des droits ancestraux. Cette norme, qui a été énoncée dans *Sparrow*, précité, à la p. 1099, est celle de l'intention «claire et expresse». Dans cet arrêt, la Cour a établi une distinction entre les règles de droit qui éteignent des droits ancestraux et celles qui se bornent à les réglementer. Quoique des règles de droit appartenant à cette deuxième catégorie aient pu être «nécessairement incompatibles» avec l'exercice continu de droits ancestraux, elles ne pouvaient pas éteindre ces droits. Même si l'obligation de manifester une intention claire et expresse n'exige peut-être pas que le gouvernement «utilise des mots faisant explicitement état de l'extinction de droits ancestraux» (*Gladstone*, précité, au par. 34), la norme est néanmoins très élevée. Le problème que je vois est que les seules règles de droit capables d'exprimer une intention suffisamment claire et expresse d'éteindre des droits ancestraux seraient des règles de droit ayant trait aux Indiens et aux

rights, because the intention to do so would take the law outside provincial jurisdiction.

Second, as I mentioned earlier, s. 91(24) protects a core of federal jurisdiction even from provincial laws of general application, through the operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. That core has been described as matters touching on “Indianness” or the “core of Indianness” (*Dick*, *supra*, at pp. 326 and 315; also see *Four B*, *supra*, at p. 1047 and *Francis*, *supra*, at pp. 1028-29). The core of Indianness at the heart of s. 91(24) has been defined in both negative and positive terms. Negatively, it has been held to not include labour relations (*Four B*) and the driving of motor vehicles (*Francis*). The only positive formulation of Indianness was offered in *Dick*. Speaking for the Court, Beetz J. assumed, but did not decide, that a provincial hunting law did not apply *proprio vigore* to the members of an Indian band to hunt and because those activities were “at the centre of what they do and what they are” (at p. 320). But in *Van der Peet*, I described and defined the aboriginal rights that are recognized and affirmed by s. 35(1) in a similar fashion, as protecting the occupation of land and the activities which are integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the right. It follows that aboriginal rights are part of the core of Indianness at the heart of s. 91(24). Prior to 1982, as a result, they could not be extinguished by provincial laws of general application.

#### (4) Section 88 of the Indian Act

Provincial laws which would otherwise not apply to Indians *proprio vigore*, however, are allowed to do so by s. 88 of the *Indian Act*, which incorporates by reference provincial laws of gen-

terres indiennes. En conséquence, une règle de droit provinciale ne pourrait jamais éteindre d'elle-même des droits ancestraux, puisque l'existence de cette intention aurait pour effet d'exclure cette règle de la compétence de la province.

Deuxièmement, comme je l'ai mentionné plus tôt, le par. 91(24) protège l'essentiel de la compétence du fédéral, même contre les lois provinciales d'application générale, par l'application du principe de l'exclusivité des compétences. Il a été dit que ces éléments essentiels se rapportent à des questions touchant à la «quiddité indienne» ou au «fondement même de la quiddité indienne» (*Dick*, précité, aux pp. 326 et 315; voir aussi *Four B*, précité, à la p. 1047 et *Francis*, précité, aux pp. 1028 et 1029). On a défini l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24) en disant ce qu'il est et en disant ce qu'il n'est pas. Dans des exemples de cette dernière situation, on a statué que l'essentiel de l'indianité ne comprenait pas les relations de travail (*Four B*) ni la conduite de véhicules à moteur (*Francis*). Le seul exemple concret d'indianité a été donné dans l'arrêt *Dick*. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Beetz a tenu pour acquis, sans toutefois se prononcer sur la question, qu'une loi provinciale en matière de chasse ne s'appliquait pas d'elle-même aux membres d'une bande indienne lorsqu'ils chassent parce que ces activités étaient «au cœur même de leur existence et de leur être» (à la p. 320). Dans *Van der Peet*, toutefois, j'ai décrit et défini les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) d'une manière analogue, c'est-à-dire comme des droits protégeant l'occupation des terres et les activités qui font partie intégrante de la culture distinctive autochtone du groupe qui revendique le droit. Il s'ensuit que les droits ancestraux font partie de l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24). Par conséquent, avant 1982, ces droits ne pouvaient pas être éteints par des lois provinciales d'application générale.

#### (4) L'article 88 de la Loi sur les Indiens

Cependant, des règles de droit provinciales qui autrement ne s'appliqueraient pas d'elles-mêmes aux Indiens peuvent le faire par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui incorpore par renvoi

181

182

eral application: *Dick, supra*, at pp. 326-27; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285, at p. 297; *Francis, supra*, at pp. 1030-31. However, it is important to note, in Professor Hogg's words, that s. 88 does not "invigorate" provincial laws which are invalid because they are in relation to Indians and Indian lands (*Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 676; also see *Dick, supra*, at p. 322). What this means is that s. 88 extends the effect of provincial laws of general application which cannot apply to Indians and Indian lands because they touch on the Indianness at the core of s. 91(24). For example, a provincial law which regulated hunting may very well touch on this core. Although such a law would not apply to aboriginal people *proprio vigore*, it would still apply through s. 88 of the *Indian Act*, being a law of general application. Such laws are enacted to conserve game and for the safety of all.

les lois provinciales d'application générale: *Dick*, précité, aux pp. 326 et 327; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, à la p. 297; *Francis*, précité, aux pp. 1030 et 1031. Toutefois, il est important de souligner, dans les mots du professeur Hogg, que l'art. 88 ne [TRADUCTION] «revigore» pas des règles de droit provinciales qui sont invalides parce qu'elles se rapportent aux Indiens et aux terres indiennes (*Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), à la p. 676; voir aussi *Dick*, précité, à la p. 322). Ce que cela veut dire, c'est que l'art. 88 étend l'effet des lois provinciales d'application générale qui ne sauraient autrement s'appliquer aux Indiens et aux terres indiennes parce qu'elles touchent à la quiddité indienne qui est au cœur du par. 91(24). Par exemple, une règle de droit provinciale réglementant la chasse peut très bien affecter ce fondement. Même si une telle loi ne s'appliquait pas d'elle-même aux peuples autochtones, elle le ferait néanmoins sous l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, en tant que loi d'application générale. De telles lois sont adoptées pour la conservation du gibier et pour assurer la sécurité de tous.

183

The respondent B.C. Crown argues that since such laws are *intra vires* the province, and applicable to aboriginal persons, s. 88 could allow provincial laws to extinguish aboriginal rights. I reject this submission, for the simple reason that s. 88 does not evince the requisite clear and plain intent to extinguish aboriginal rights. The provision states in full:

**88.** Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

I see nothing in the language of the provision which even suggests the intention to extinguish aboriginal rights. Indeed, the explicit reference to treaty rights in s. 88 suggests that the provision

La province intimée prétend que, comme les provinces ont le pouvoir d'adopter de telles lois et que celles-ci sont applicables aux autochtones, l'art. 88 pourrait autoriser l'extinction de droits ancestraux par des règles de droit provinciales. Je rejette cet argument pour la simple raison que l'intention claire et expresse requise pour l'extinction de droits ancestraux ne ressort pas de l'art. 88. Cette disposition est rédigée ainsi:

**88.** Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

Selon moi, il n'y a rien dans le texte de cette disposition qui suggère même l'intention d'éteindre des droits ancestraux. De fait, l'allusion explicite aux droits issus de traités à l'art. 88 indique que cette

was clearly not intended to undermine aboriginal rights.

#### VI. Conclusion and Disposition

For the reasons I have given above, I would allow the appeal in part, and dismiss the cross-appeal. Reluctantly, I would also order a new trial.

I conclude with two observations. The first is that many aboriginal nations with territorial claims that overlap with those of the appellants did not intervene in this appeal, and do not appear to have done so at trial. This is unfortunate, because determinations of aboriginal title for the Gitksan and Wet'suwet'en will undoubtedly affect their claims as well. This is particularly so because aboriginal title encompasses an exclusive right to the use and occupation of land, i.e., to the exclusion of both non-aboriginals and members of other aboriginal nations. It may, therefore, be advisable if those aboriginal nations intervened in any new litigation.

Finally, this litigation has been both long and expensive, not only in economic but in human terms as well. By ordering a new trial, I do not necessarily encourage the parties to proceed to litigation and to settle their dispute through the courts. As was said in *Sparrow*, at p. 1105, s. 35(1) "provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place". Those negotiations should also include other aboriginal nations which have a stake in the territory claimed. Moreover, the Crown is under a moral, if not a legal, duty to enter into and conduct those negotiations in good faith. Ultimately, it is through negotiated settlements, with good faith and give and take on all sides, reinforced by the judgments of this Court, that we will achieve what I stated in *Van der Peet*, *supra*, at para. 31, to be a basic purpose of s. 35(1) — "the reconciliation of the pre-existence

disposition n'est manifestement pas censée porter atteinte aux droits ancestraux.

#### VI. Conclusion et dispositif

Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rejeter le pourvoi incident. À regret, j'ordonnerais également la tenue d'un nouveau procès.

Je vais conclure par deux observations. En premier lieu, de nombreuses nations autochtones dont les revendications territoriales chevauchent celles des appelants ne sont pas intervenues dans le présent pourvoi et ne paraissent pas l'avoir fait en première instance. Cette situation est malheureuse parce que les décisions relatives au titre aborigène des Gitksan et des Wet'suwet'en auront indubitablement un effet sur les revendications de ces autres nations autochtones, particulièrement en raison du fait que le titre aborigène comprend le droit exclusif d'utiliser et d'occuper des terres, c'est-à-dire de le faire à l'exclusion des non-autochtones et des membres d'autres nations autochtones. Par conséquent, peut-être serait-il souhaitable que ces autres nations autochtones interviennent dans une nouvelle instance.

En second lieu, la présente affaire a été longue et coûteuse, non seulement sur le plan financier mais aussi sur le plan humain. En ordonnant la tenue d'un nouveau procès, je n'encourage pas nécessairement les parties à introduire une instance et à régler leur différend devant les tribunaux. Comme il a été dit dans *Sparrow*, à la p. 1105, le par. 35(1) «procure [...] un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises». Devraient également participer à ces négociations les autres nations autochtones qui ont un intérêt dans le territoire revendiqué. En outre, la Couronne a l'obligation morale, sinon légale, d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi. En fin de compte, c'est au moyen de règlements négociés — toutes les parties négociant de bonne foi et faisant les compromis qui s'imposent — processus renforcé par les arrêts de notre Cour, que nous pourrions réaliser ce que, dans *Van der Peet*, précité, au par. 31, j'ai déclaré être l'objet fondamental du par. 35(1),

184

185

186

of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown”. Let us face it, we are all here to stay.

The reasons of *La Forest* and *L’Heureux-Dubé JJ.* were delivered by

187 LA FOREST J. — I have read the reasons of the Chief Justice, and while I agree with his conclusion, I disagree with various aspects of his reasons and in particular, with the methodology he uses to prove that aboriginal peoples have a general right of occupation of certain lands (often referred to as “aboriginal title”).

188 I begin by considering why a new trial is necessary in this case. It is true, as the Chief Justice points out, that the amalgamation of the appellants’ individual claims represents a defect in the pleadings and, technically speaking, this prevents us from considering the merits of the case. However, in my view, there is a more substantive problem with the pleadings in this case. Before this Court, the appellants sought a declaration of “aboriginal title” but attempted, in essence, to prove that they had complete control over the territory in question. The appellants effectively argued on appeal, as they did at trial, that by virtue of their social and land tenure systems — consisting of Chief authority, Houses, feasts, crests, and totem poles — they acquired an absolute interest in the claimed territory, including ownership of and jurisdiction over the land. The problem with this approach is that it requires proof of governance and control as opposed to proof of general occupation of the affected land. Only the latter is the *sine qua non* of “aboriginal title”. It follows that what the appellants sought by way of declaration from this Court and what they set out to prove by way of the evidence were two different matters. In light of this substantive defect in the pleadings, a new trial

c’est-à-dire «concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté». Il faut se rendre à l’évidence, nous sommes tous ici pour y rester.

Version française des motifs des juges *La Forest* et *L’Heureux-Dubé* rendus par

LE JUGE LA FOREST — J’ai lu les motifs du Juge en chef et, bien que je souscrive à sa conclusion, je suis en désaccord avec divers aspects de ses motifs et en particulier avec la méthode dont il se sert pour établir que les peuples autochtones ont un droit général d’occupation de certaines terres (souvent appelé «titre aborigène»).

Je vais d’abord examiner les raisons pour lesquelles la tenue d’un nouveau procès est nécessaire en l’espèce. Il est vrai, comme le souligne le Juge en chef, que la fusion des revendications individuelles des appelants constitue un vice affectant les actes de procédure et que, sur le plan de la forme, cela nous empêche d’examiner le fond de l’affaire. Cependant, à mon avis, les actes de procédure en l’espèce posent un problème encore plus substantiel. En effet, même si, devant notre Cour, les appelants ont sollicité un jugement déclarant l’existence d’un «titre aborigène», ils ont essentiellement tenté d’établir qu’ils exerçaient un contrôle complet sur le territoire en question. En appel, les appelants ont effectivement prétendu, comme ils l’avaient fait en première instance, qu’en vertu de leur régime de tenure foncière et de leur organisation sociale — constituée de l’autorité des chefs, de maisons, de célébrations, d’armoiries et de mâts totémiques — ils ont acquis un intérêt absolu sur le territoire revendiqué, y compris la propriété des terres visées et la compétence sur celles-ci. Le problème que pose cette approche est qu’elle exige qu’on prouve la gestion et le contrôle des terres visées, plutôt que l’occupation générale de celles-ci. Or, seule la preuve du deuxième fait est la condition *sine qua non* de l’existence du «titre aborigène». Il s’ensuit que ce que les appelants ont demandé à notre Cour de leur reconnaître, par voie de jugement déclaratoire, et ce qu’ils se sont efforcés d’établir par la preuve, étaient deux choses différentes. Étant donné ce vice substantiel entachant les actes de procédure, la tenue d’un

should be ordered to permit a reassessment of the matter on the basis of these reasons.

In my view, the foundation of “aboriginal title” was succinctly described by Judson J. in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, where, at p. 328, he stated: “the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means . . . .” Relying in part on Judson J.’s remarks, Dickson J. (as he then was) wrote in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 382, that aboriginal peoples have a “legal right to occupy and possess certain lands, the ultimate title to which is in the Crown”. As well, in *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, this Court stated, at p. 678: “The inescapable conclusion from the Court’s analysis of Indian title up to this point is that the Indian interest in land is truly *sui generis*. It is more than the right to enjoyment and occupancy although . . . it is difficult to describe what more in traditional property law terminology”. More recently, Judson J.’s views were reiterated in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. There Lamer C.J. wrote for the majority, at para. 30, that the doctrine of aboriginal rights (one aspect of which is “aboriginal title”) arises from “one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries” (emphasis in original).

It follows from these cases that the aboriginal right of possession is derived from the historic occupation and use of ancestral lands by aboriginal peoples. Put another way, “aboriginal title” is based on the continued occupation and use of the

nouveau procès doit être ordonnée pour permettre le réexamen de la question, sur le fondement des présents motifs.

À mon avis, le fondement du «titre aborigène» a été décrit de façon succincte par le juge Judson, dans *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, où il a dit, à la p. 328: «mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l’avaient fait depuis des siècles. C’est ce que signifie le titre indien . . . .» S’appuyant en partie sur les commentaires du juge Judson, le juge Dickson (plus tard juge en chef) a écrit, dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 382, que les peuples autochtones ont le «droit, en *common law*, d’occuper et de posséder certaines terres dont le titre de propriété est finalement détenu par Sa Majesté». En outre, dans *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, notre Cour a dit ceci, à la p. 678: «La conclusion inéluctable qui se dégage jusqu’à maintenant de l’analyse que la Cour a faite du titre indien est que les Indiens ont un véritable droit *sui generis* sur leurs terres. Il s’agit de quelque chose de plus qu’un droit de jouissance et d’occupation bien [ . . . ] [qu’]il soit difficile de décrire ce en quoi consiste ce quelque chose de plus au moyen de la terminologie traditionnelle du droit des biens». Plus récemment, les vues du juge Judson ont été réitérées dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a écrit, au nom des juges majoritaires, au par. 30, que la doctrine des droits ancestraux (dont un aspect est le «titre aborigène») découle d’«un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s’y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l’avaient fait pendant des siècles» (souligné dans l’original).

Il ressort de ces arrêts que le droit de possession ancestral d’un peuple autochtone découle de l’occupation et de l’utilisation historiques par celui-ci de ses terres ancestrales. Autrement dit, le «titre aborigène» se fonde sur l’occupation et l’utilisa-

189

190

land as part of the aboriginal peoples' traditional way of life. This *sui generis* interest is not equated with fee simple ownership; nor can it be described with reference to traditional property law concepts. The best description of "aboriginal title", as set out above, is a broad and general one derived from Judson J.'s pronouncements in *Calder*, *supra*. Adopting the same approach, Dickson J. wrote in *Guerin*, *supra*, that the aboriginal right of occupancy is further characterized by two principal features. First, this *sui generis* interest in the land is personal in that it is generally inalienable except to the Crown. Second, in dealing with this interest, the Crown is subject to a fiduciary obligation to treat aboriginal peoples fairly. Dickson J. went on to conclude, at p. 382, that "[a]ny description of Indian title which goes beyond these two features is both unnecessary and potentially misleading". I share his views and am therefore reluctant to define more precisely the "right [of aboriginal peoples] to continue to live on their lands as their forefathers had lived"; see *Calder*, at p. 328.

tion ininterrompues des terres visées par le peuple autochtone dans le cadre de son mode de vie traditionnel. Ce droit *sui generis* n'équivaut pas à la propriété en fief simple et il ne peut pas non plus être décrit au moyen des concepts traditionnels du droit des biens. Comme il a été expliqué plus tôt, la meilleure façon de décrire le «titre aborigène» consiste à le décrire en termes larges et généraux, à partir des déclarations du juge Judson dans *Calder*, précité. Adoptant la même approche, le juge Dickson a écrit, dans *Guerin*, précité, que le droit d'occupation ancestral comportait en outre deux caractéristiques principales. Premièrement, ce droit *sui generis* est personnel en ce sens qu'il est généralement inaliénable, sauf en faveur de la Couronne. Deuxièmement, dans ses opérations concernant ce droit, la Couronne est assujettie à une obligation de fiduciaire, savoir celle de traiter équitablement les peuples autochtones. Le juge Dickson poursuit en concluant, à la p. 382, que «[t]oute description du titre indien qui va plus loin que ces deux éléments est superflue et risque d'induire en erreur». Je partage les vues exprimées par le juge Dickson et je suis en conséquence réticent à définir avec plus de précision le «droit [des peuples autochtones] de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres»; *Calder*, à la p. 328.

191

The approach I adopt, in defining the aboriginal right of occupancy, is also a highly contextual one. More specifically, I find it necessary to make a distinction between: (1) the recognition of a general right to occupy and possess ancestral lands; and (2) the recognition of a discrete right to engage in an aboriginal activity in a particular area. I defined the latter in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 97, as "the traditional use, by a tribe of Indians, that has continued from pre-contact times of a particular area for a particular purpose". The issue in *Côté*, as in *Van der Peet*, was whether the use of a particular fishing spot was really an aspect of the aboriginal peoples' way of life in pre-contact times; see also in the *Van der Peet* trilogy *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, and *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672. In all those cases, the fishing rights asserted by the aboriginal claimants were not associated with a

Le point de vue que j'adopte pour définir le droit d'occupation ancestral est, de plus, éminemment contextuel. Plus précisément, j'estime qu'il est nécessaire de faire la distinction entre les deux aspects suivants: (1) la reconnaissance d'un droit général d'occuper et de posséder des terres ancestrales; (2) la reconnaissance d'un droit distinct d'exercer une activité autochtone dans une région particulière. J'ai défini ce dernier aspect dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, au par. 97, comme étant «l'utilisation traditionnelle — remontant avant l'arrivée des Européens — que fait une tribu indienne d'un territoire donné, à une fin particulière». La question qui était en litige dans *Côté*, tout comme dans *Van der Peet*, était de savoir si l'utilisation d'un site de pêche particulier constituait véritablement un aspect du mode de vie des peuples autochtones avant le contact avec les Européens; voir également les autres arrêts de la

more general occupancy of the affected land. By contrast, the present case deals with a general claim to occupy and possess vast tracts of territory (58,000 square kilometres). This type of generalized land claim is not merely a bundle of discrete aboriginal rights to engage in specific activities. Rather, it is, as the Chief Justice states, at para. 111, the “right to use land for a variety of activities, not all of which need be aspects of practices, customs and traditions which are integral to the distinctive cultures of aboriginal societies”. These land-based activities are, of course, related to the aboriginal society’s habits and mode of life.

trilogie *Van der Peet*, soit *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672. Dans toutes ces affaires, les droits de pêche revendiqués par les autochtones n’étaient pas liés à une occupation plus générale des terres visées. À l’opposé, le présent cas concerne une revendication générale visant le droit d’occuper et de posséder de vastes étendues de territoire (58 000 kilomètres carrés). Ce type de revendication territoriale générale n’est pas qu’un simple faisceau de droits ancestraux distincts autorisant l’exercice d’activités particulières. Il s’agit plutôt, comme le dit le Juge en chef, au par. 111, du «droit d’utiliser des terres pour y exercer différentes activités qui ne doivent pas nécessairement toutes être des aspects de coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures distinctives des sociétés autochtones». Il va de soi que ces activités — qui se rattachent au territoire — sont liées aux habitudes et au mode de vie de la société autochtone.

I note, as well, that in defining the nature of “aboriginal title”, one should generally not be concerned with statutory provisions and regulations dealing with reserve lands. In *Guerin, supra*, this Court held that the interest of an Indian band in a reserve is derived from, and is of the same nature as, the interest of an aboriginal society in its traditional tribal lands. Accordingly, the Court treated the aboriginal interest in reserve lands as one of occupation and possession while recognizing that the underlying title to those lands was in the Crown. It was not decided in *Guerin, supra*, and it by no means follows, that specific statutory provisions governing reserve lands should automatically apply to traditional tribal lands. For this reason, I am unable to assume that specific “reserve” provisions of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, and the *Indian Oil and Gas Act*, R.S.C., 1985, c. I-7, apply to huge tracts of land which are subject to an aboriginal right of occupancy.

En outre, je souligne qu’en définissant la nature du «titre aborigène» il faut généralement faire abstraction des dispositions législatives et réglementaires concernant les terres des réserves. Dans *Guerin*, précité, notre Cour a statué que le droit que possède une bande indienne sur une réserve découle du droit de la société autochtone sur ses terres tribales traditionnelles, et qu’il est de la même nature que celui-ci. Par conséquent, notre Cour a considéré que le droit des autochtones sur les terres des réserves était un droit d’occupation et de possession, tout en reconnaissant que le titre de propriété sous-jacent de ces terres appartenait à la Couronne. Il n’a pas été décidé, dans *Guerin*, précité, et il ne s’ensuit pas que les dispositions législatives particulières régissant les terres des réserves s’appliquent automatiquement aux terres tribales traditionnelles. Pour cette raison, je ne peux pas présumer que les dispositions particulières concernant les «réserves» prévues par la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, et par la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. (1985), ch. I-7, s’appliquent à d’énormes étendues de territoire faisant l’objet d’un droit d’occupation ancestral.

193 I turn next to this Court's decision in *Van der Peet*, *supra*, where the Chief Justice identified a number of factors essential to the recognition of aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. As I have already indicated, the *Van der Peet* trilogy dealt with activity-based discrete rights and, more specifically, with fishing activities that were carried out in the face of statutory prohibitions. By contrast, the present case deals with a generalized claim over vast tracts of territory, a claim which is itself the foundation for particular rights and activities. Moreover, I agree with the appellants that this generalized claim should not be defined as merely a compendium of aboriginal rights, each of which must meet the test set out in *Van der Peet*. Nonetheless, I am of the view that the "key" factors identified in *Van der Peet*, namely precision, specificity, continuity, and centrality are still met by my approach in the present case.

Je vais maintenant examiner l'arrêt de notre Cour *Van der Peet*, précité, dans lequel le Juge en chef a fait état d'un certain nombre de facteurs essentiels à la reconnaissance des droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme je l'ai déjà indiqué, la trilogie *Van der Peet* concernait des droits distincts liés à certaines activités et, plus précisément, des activités de pêche exercées en dépit d'interdictions prévues par la loi. À l'opposé, le présent cas porte sur une revendication générale visant de vastes étendues de territoire, revendication qui constitue elle-même le fondement de droits et d'activités de nature particulière. En outre, je suis d'accord avec les appelants que cette revendication générale ne doit pas être définie comme un simple ensemble de droits ancestraux, dont chacun doit satisfaire au critère énoncé dans *Van der Peet*. Néanmoins, je suis d'avis que l'approche que je retiens en l'espèce satisfait quand même aux facteurs «clés» mentionnés dans *Van der Peet*, savoir la précision, la spécificité, la continuité et le caractère fondamental.

194 First, it is clear that the nature of an aboriginal claim must be identified precisely with regard to particular practices, customs and traditions. As already mentioned, when dealing with a claim of "aboriginal title", the court will focus on the occupation and use of the land as part of the aboriginal society's traditional way of life. In pragmatic terms, this means looking at the manner in which the society used the land to live, namely to establish villages, to work, to get to work, to hunt, to travel to hunting grounds, to fish, to get to fishing pools, to conduct religious rites, etc. These uses, although limited to the aboriginal society's traditional way of life, may be exercised in a contemporary manner; see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1099.

Premièrement, il est clair que la nature d'une revendication autochtone doit être rattachée précisément à des coutumes, pratiques et traditions particulières. Comme il a été mentionné plus tôt, le tribunal qui examine la revendication d'un «titre aborigène» se demande principalement si l'occupation et l'utilisation des terres visées faisaient partie du mode de vie traditionnel de la société autochtone concernée. En pratique, cela veut dire qu'il doit se demander de quelle manière les membres de la société utilisaient les terres visées pour vivre, c'est-à-dire pour y établir des villages, pour y travailler, pour se rendre à leur travail, pour y chasser, pour se rendre à leurs territoires de chasse, pour y pêcher, pour se rendre à leurs sites de pêche, pour y accomplir des cérémonies religieuses et pour d'autres fins. Ces utilisations, quoiqu'elles se limitent au mode de vie traditionnel de la société autochtone, peuvent être exercées de manière contemporaine; voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1099.

195 Second, it is self-evident that an aboriginal society asserting the right to live on its ancestral lands

Deuxièmement, il est évident que la société autochtone qui revendique le droit de vivre sur ses

must specify the area which has been continuously used and occupied. That is, the general boundaries of the occupied territory should be identified. I recognize, however, that when dealing with vast tracts of territory it may be impossible to identify geographical limits with scientific precision. Nonetheless, this should not preclude the recognition of a general right of occupation of the affected land. Rather, the drawing of exact territorial limits can be settled by subsequent negotiations between the aboriginal claimants and the government.

Some would also argue that specificity requires exclusive occupation and use of the land by the aboriginal group in question. The way I see it, exclusivity means that an aboriginal group must show that a claimed territory is indeed its ancestral territory and not the territory of an unconnected aboriginal society. On the other hand, I recognize the possibility that two or more aboriginal groups may have occupied the same territory and used the land communally as part of their traditional way of life. In cases where two or more groups have accommodated each other in this way, I would not preclude a finding of joint occupancy. The result may be different, however, in cases where one dominant aboriginal group has merely permitted other groups to use the territory or where definite boundaries were established and maintained between two aboriginal groups in the same territory.

Third, as indicated above, the aboriginal right of possession is based on the continued occupation and use of traditional tribal lands. The Chief Justice concludes that the relevant time period for the establishment of “aboriginal title” is the time at which the Crown asserted sovereignty over the affected land. I agree that in the context of generalized land claims, it is more appropriate, from a practical and theoretical standpoint, to consider the time of sovereignty as opposed to the time of first contact between an aboriginal society and Europeans. However, I am also of the view that the date

terres ancestrales doit spécifier le territoire qui a été utilisé et occupé de façon ininterrompue. En d’autres mots, les limites générales du territoire occupé doivent être indiquées. Cependant, je conviens que, lorsqu’il est question de vastes étendues de territoire, il peut se révéler impossible de déterminer les limites géographiques avec une précision scientifique. Néanmoins, cela ne doit pas faire obstacle à la reconnaissance d’un droit général d’occupation des terres visées. En effet, le tracé de limites territoriales précises peut être établi dans le cadre de négociations subséquentes entre les revendicateurs autochtones et le gouvernement.

Certains pourraient également prétendre que la notion de spécificité exige l’occupation et l’utilisation exclusives des terres visées par le groupe autochtone concerné. À mon avis, l’exclusivité signifie que le groupe autochtone doit établir que le territoire qu’il revendique est, en fait, son territoire ancestral et non celui d’une autre société autochtone avec laquelle il n’a aucun lien. Par ailleurs, je reconnais que deux groupes autochtones ou plus peuvent avoir occupé le même territoire et l’avoir utilisé en commun dans le cadre de leur mode de vie traditionnel. Dans les cas où deux groupes ou plus auraient convenu de tels arrangements, je n’écarterais pas la possibilité de conclure à l’existence d’une occupation conjointe. Toutefois, il est possible que le résultat soit différent dans les cas où un groupe autochtone dominant aurait simplement permis à d’autres groupes d’utiliser le territoire en cause ou lorsque deux groupes autochtones ont établi et maintenu entre eux des limites précises au sein du même territoire.

Troisièmement, comme il a été indiqué précédemment, le droit de possession ancestral se fonde sur l’occupation et l’utilisation ininterrompues de terres tribales traditionnelles. Le Juge en chef conclut que le moment pertinent pour établir l’existence du «titre aborigène» est celui de l’affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur le territoire visé. Je suis d’accord avec le fait que, dans le contexte de revendications territoriales générales, il convient d’avantage, aussi bien d’un point de vue pratique que théorique, de tenir compte du moment de l’affirmation de la souveraineté plutôt que du

196

197

of sovereignty may not be the only relevant moment to consider. For instance, there may have been aboriginal settlements in one area of the province but, after the assertion of sovereignty, the aboriginal peoples may have all moved to another area where they remained from the date of sovereignty until the present. This relocation may have been due to natural causes, such as the flooding of villages, or to clashes with European settlers. In these circumstances, I would not deny the existence of “aboriginal title” in that area merely because the relocation occurred post-sovereignty. In other words, continuity may still exist where the present occupation of one area is connected to the pre-sovereignty occupation of another area.

moment du premier contact entre la société autochtone et des Européens. Cependant, je suis également d’avis qu’il est possible que la date de l’affirmation de la souveraineté ne soit pas le seul moment pertinent dont il faille tenir compte. Par exemple, il est possible que des peuples autochtones se soient établis dans une partie de la province, mais que, après l’affirmation de la souveraineté, ils aient tous migré vers une autre région, où ils se trouvent toujours depuis cette date. Il se peut que cette migration ait été provoquée par des causes naturelles telle l’inondation des villages ou par des affrontements avec des colons européens. Dans de telles circonstances, je n’écarterais pas l’existence d’un «titre aborigène» sur cette région pour la seule raison que la migration s’est produite après l’affirmation de la souveraineté. Autrement dit, il peut encore y avoir continuité lorsque l’occupation actuelle d’une région est liée à l’occupation d’une autre région avant l’affirmation de la souveraineté.

198

Also, on the view I take of continuity, I agree with the Chief Justice that it is not necessary for courts to have conclusive evidence of pre-sovereignty occupation. Rather, aboriginal peoples claiming a right of possession may provide evidence of present occupation as proof of prior occupation. Further, I agree that there is no need to establish an unbroken chain of continuity and that interruptions in occupancy or use do not necessarily preclude a finding of “title”. I would go further, however, and suggest that the presence of two or more aboriginal groups in a territory may also have an impact on continuity of use. For instance, one aboriginal group may have ceded its possession to subsequent occupants or merged its territory with that of another aboriginal society. As well, the occupancy of one aboriginal society may be connected to the occupancy of another society by conquest or exchange. In these circumstances, continuity of use and occupation, extending back to the relevant time, may very well be established;

En outre, compte tenu du point de vue que j’adopte à l’égard de la continuité, je suis d’accord avec le Juge en chef qu’il n’est pas nécessaire que les tribunaux disposent d’éléments de preuve concluants d’une occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté. En effet, les peuples autochtones qui revendiquent un droit de possession peuvent présenter des éléments de preuve de l’occupation actuelle du territoire visé pour établir son occupation antérieure. De plus, je conviens qu’il n’est pas nécessaire de faire la preuve d’une continuité parfaite et que le fait que l’occupation ou l’utilisation ait été marquée par des interruptions n’empêche pas de conclure à l’existence d’un «titre». Cependant, j’irais encore plus loin et suggérerais que la présence de deux groupes autochtones ou plus dans un territoire donné peut aussi avoir une incidence sur la continuité de l’utilisation. Par exemple, il est possible qu’un groupe autochtone ait cédé la possession de territoire à des occupants ultérieurs ou encore qu’il ait fusionné ce territoire avec celui d’une autre société autochtone. De même, l’occupation du territoire par une société autochtone peut être liée à l’occupation d’une autre société par voie de conquête ou d’échange. Dans de telles circonstances, la continuité de l’utilisation et de l’occupation du territoire

see Brian Slattey, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 759.

Fourth, if aboriginal peoples continue to occupy and use the land as part of their traditional way of life, it necessarily follows that the land is of central significance to them. As already suggested, aboriginal occupancy refers not only to the presence of aboriginal peoples in villages or permanently settled areas. Rather, the use of adjacent lands and even remote territories to pursue a traditional mode of life is also related to the notion of occupancy. Viewed in this light, occupancy is part of aboriginal culture in a broad sense and is, therefore, absorbed in the notion of distinctiveness. To use the language of *Van der Peet*, proof of occupancy is proof of centrality.

I would also add that my approach regarding the nature of aboriginal occupancy is supported by the terms of the *Royal Proclamation, 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1. Although the *Proclamation* is not the sole source of "aboriginal title" in this country, it bears witness to the British policy towards aboriginal peoples which was based on respect for their right to occupy their ancestral lands; see *Sparrow*, *supra*, at p. 1103. Specifically, the *Proclamation* provides:

And We do further declare it to be Our Royal Will and Pleasure, for the present as aforesaid, to reserve under our Sovereignty, Protection, and Dominion, for the use of the said Indians, all the Lands and Territories not included within the Limits of Our said Three new Governments, or within the Limits of the Territory granted to the Hudson's Bay Company, as also all the Lands and Territories lying to the Westward of the Sources of the Rivers which fall into the Sea from the West and North West as aforesaid.

In clear terms vast tracts of territory (including large portions of the area now comprising Ontario,

visé depuis la période pertinente peut très bien être établie; voir Brian Slattey, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, à la p. 759.

Quatrièmement, si des peuples autochtones continuent d'occuper et d'utiliser le territoire visé dans le cadre de leur mode de vie traditionnel, il s'ensuit nécessairement que ce territoire a une importance fondamentale pour eux. Comme il a été suggéré plus tôt, la notion d'occupation d'un territoire par des autochtones ne s'entend pas seulement de la présence de peuples autochtones dans des villages ou des établissements permanents. Est également visée par cette notion l'utilisation de terres adjacentes et même de territoires éloignés dans le cadre d'un mode de vie traditionnel. Vue sous cet angle, l'occupation constitue un aspect de la culture autochtone prise dans un sens large et s'intègre, par conséquent, à la notion de caractère distinctif. Pour reprendre le vocabulaire employé dans *Van der Peet*, la preuve de l'occupation est la preuve du caractère fondamental.

J'ajouterais également que l'approche que j'adopte relativement à la nature de l'occupation du territoire par des autochtones est étayée par le libellé de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1. Bien que la *Proclamation* ne soit pas l'unique source du «titre aborigène» au pays, elle témoigne de la politique britannique envers les peuples autochtones, laquelle était fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales; voir *Sparrow*, précité, à la p. 1103. Plus précisément, la *Proclamation* prévoit ce qui suit:

Nous déclarons de plus que c'est Notre plaisir royal ainsi que Notre volonté de réserver pour le présent, sous Notre souveraineté, Notre protection et Notre autorité, pour l'usage desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer.

En termes clairs, de vastes étendues de territoire (y compris de larges portions du territoire qui

199

200

Quebec, and the prairie provinces) were reserved for aboriginal peoples. These huge tracts of land were by no means limited to villages or permanent settlements but were reserved more generally as “Hunting Grounds” and “for the use of the said Indians”. Aboriginal peoples had the right to possess the lands reserved for them and “not be molested or disturbed in the Possession” of such territory. In essence, the rights set out in the *Proclamation* — which were applied in principle to aboriginal peoples across the country — underlie the view I have taken of aboriginal occupancy; see *R. v. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774 (Alta. S.C., App. Div.), at p. 787, and *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150 (N.W.T.C.A.), *aff’d Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642.

comprend aujourd’hui l’Ontario, le Québec et les provinces des Prairies) ont été réservées pour l’usage des peuples autochtones. Ces vastes étendues de territoire n’étaient aucunement limitées aux villages ou aux établissements permanents, mais elles étaient plutôt réservées, de façon plus générale, comme «territoires de chasse» «pour l’usage desdits sauvages». Les peuples autochtones avaient le droit à la «possession entière et paisible» de ces territoires. Essentiellement, les droits énoncés dans la *Proclamation* — qui ont été appliqués en principe aux peuples autochtones dans l’ensemble du pays — sous-tendent le point de vue que j’ai adopté en ce qui concerne l’occupation du territoire par des autochtones; voir *R. c. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774 (C.S. Alb., Div. app.), à la p. 787, et *R. c. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150 (C.A.T.N.-O.), *conf. par Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642.

201

The analysis thus far has focussed on the nature of the aboriginal right to occupy and possess certain lands — a right recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Nonetheless, as Dickson C.J. and I wrote in *Sparrow*, *supra*, at p. 1109: “Rights that are recognized and affirmed are not absolute”. Thus, government regulation can infringe upon aboriginal rights if it meets the test of justification under s. 35(1). It is important to emphasize as well that the approach adopted under s. 35(1) is a highly contextual one. This is also clear from the reasons I wrote jointly with Dickson C.J. in *Sparrow*, at p. 1111:

We wish to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1). Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case.

Jusqu’à présent, l’analyse a porté principalement sur la nature du droit ancestral d’occuper et de posséder certaines terres — droit reconnu et confirmé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Néanmoins, comme le juge en chef Dickson et moi-même l’avons écrit dans *Sparrow*, précité, à la p. 1109: «Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus». Par conséquent, des mesures de réglementation prises par le gouvernement peuvent porter atteinte aux droits ancestraux s’ils satisfont au critère de justification des atteintes aux droits visés au par. 35(1). Il est également important de souligner que la méthode adoptée à l’égard du par. 35(1) est éminemment contextuelle. Cela ressort d’ailleurs clairement des motifs que j’ai écrits conjointement avec le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Sparrow*, à la p. 1111:

Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l’importance du contexte et d’un examen cas par cas. Étant donné la généralité du texte de la disposition constitutionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l’histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d’une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas.

202

In the context of the present case, I agree with the Chief Justice that the general economic development of the interior of British Columbia,

Dans le contexte de la présente affaire, je suis d’accord avec le Juge en chef que le développement économique général de l’intérieur de la

through agriculture, mining, forestry, and hydroelectric power, as well as the related building of infrastructure and settlement of foreign populations are valid legislative objectives that, in principle, satisfy the first part of the justification analysis.

Under the second part of the justification test, these legislative objectives are subject to accommodation of the aboriginal peoples' interests. This accommodation must always be in accordance with the honour and good faith of the Crown. Moreover, when dealing with a generalized claim over vast tracts of land, accommodation is not a simple matter of asking whether licences have been fairly allocated in one industry, or whether conservation measures have been properly implemented for a specific resource. Rather, the question of accommodation of "aboriginal title" is much broader than this. Certainly, one aspect of accommodation in this context entails notifying and consulting aboriginal peoples with respect to the development of the affected territory. Another aspect of accommodation is fair compensation. More specifically, in a situation of expropriation, one asks whether fair compensation is available to the aboriginal peoples; see *Sparrow*, *supra*, at p. 1119. Indeed, the treatment of "aboriginal title" as a compensable right can be traced back to the *Royal Proclamation, 1763*. The relevant portions of the *Proclamation* are as follows:

... such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them [aboriginal peoples] or any of them, as their Hunting Grounds. . . .

We do, with the Advice of our Privy Council strictly enjoin and require, that no private Person do presume to make any purchase from the said Indians of any Lands reserved to the said Indians . . . but that, if at any Time any of the Said Indians should be inclined to dispose of the said Lands, the same shall be Purchased only for Us, in our Name. . . . [Emphasis added.]

Clearly, the *Proclamation* contemplated that aboriginal peoples would be compensated for the

Colombie-Britannique par l'agriculture, l'exploitation minière, la foresterie et l'énergie hydroélectrique, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ce développement, sont des objectifs législatifs réguliers qui, en principe, satisfont au premier volet du critère de justification.

Dans le cadre du second volet de ce critère, ces objectifs législatifs doivent tenir compte des intérêts des peuples autochtones. Cette prise en compte doit toujours être faite conformément à l'obligation de la Couronne d'agir honorablement et de bonne foi. En outre, dans l'examen d'une revendication générale visant de vastes étendues de territoire, cette prise en compte ne consiste pas simplement à s'enquérir si des permis ont été délivrés de manière équitable dans un secteur d'activité donné ou si des mesures de conservation ont été régulièrement mises en œuvre à l'égard d'une ressource particulière. En effet, la question de la prise en compte du «titre aborigène» a une portée beaucoup plus large. L'un des aspects de cette prise en compte, dans un tel contexte, consiste certainement à informer et à consulter les peuples autochtones relativement au développement du territoire visé. Un autre aspect de la prise en compte est la question de la juste indemnisation. Plus précisément, en cas d'expropriation, il faut se demander si une juste indemnité est prévue pour les peuples autochtones; voir *Sparrow*, précité, à la p. 1119. De fait, l'idée que le «titre aborigène» est un droit donnant ouverture à indemnisation remonte à la *Proclamation royale de 1763*. Voici les passages pertinents de la *Proclamation*:

... des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus [les peuples autochtones] ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse . . .

Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées [. . .] cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom . . . [Je souligne.]

De toute évidence, la *Proclamation* prévoyait que les peuples autochtones seraient indemnisés pour

surrender of their lands; see also Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at pp. 751-52. It must be emphasized, nonetheless, that fair compensation in the present context is not equated with the price of a fee simple. Rather, compensation must be viewed in terms of the right and in keeping with the honour of the Crown. Thus, generally speaking, compensation may be greater where the expropriation relates to a village area as opposed to a remotely visited area. I add that account must be taken of the interdependence of traditional uses to which the land was put.

la cession de leurs terres; voir également l'ouvrage de Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 751 et 752. Néanmoins, il convient de souligner que, dans le présent contexte, la juste indemnité ne peut être assimilée à la valeur d'un fief simple. L'indemnité doit plutôt être considérée en fonction du droit en cause et être propre à sauvegarder l'honneur de la Couronne. Ainsi, de façon générale, l'indemnité peut être plus importante lorsque l'expropriation touche un village et ses environs par opposition à une région peu fréquentée. J'ajoute qu'il faut tenir compte de l'interdépendance des utilisations traditionnelles faites du territoire visé.

204 In summary, in developing vast tracts of land, the government is expected to consider the economic well being of all Canadians. But the aboriginal peoples must not be forgotten in this equation. Their legal right to occupy and possess certain lands, as confirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, mandates basic fairness commensurate with the honour and good faith of the Crown.

En résumé, on s'attend à ce que le gouvernement, dans le cadre du développement de vastes étendues de territoire, prenne en compte le bien-être économique de tous les Canadiens. Les peuples autochtones ne doivent cependant pas être oubliés dans cette prise en compte. Le droit que leur reconnaît la loi d'occuper et de posséder certaines terres, droit qui est confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, commande que l'on fasse montre envers eux d'équité fondamentale, d'une manière qui soit compatible avec l'obligation de la Couronne d'agir honorablement et de bonne foi.

205 With regard to the issue of self-government, I conclude, as does the Chief Justice, that there was insufficient evidence before this Court to make any determination regarding this aspect of the appellants' claim.

En ce qui concerne la question de l'autonomie gouvernementale, je conclus, à l'instar du Juge en chef, que notre Cour ne dispose pas de suffisamment d'éléments de preuve pour statuer sur cet aspect de la demande des appelants.

206 As for the issue raised on the cross-appeal, I agree with the Chief Justice's conclusion. The respondent province had no authority to extinguish aboriginal rights either under the *Constitution Act, 1867* or by virtue of s. 88 of the *Indian Act*.

Quant à la question soulevée dans le pourvoi incident, je souscris à la conclusion du Juge en chef à cet égard. La province intimée n'avait pas le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

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. This point was made by Lambert J.A. in the Court of Appeal, [1993] 5 W.W.R. 97, at pp. 379-80:

Enfin, je tiens à souligner que la meilleure approche dans ce genre d'affaires est un processus de négociation et de réconciliation qui prenne dûment en compte les intérêts complexes et opposés en jeu. Cette observation a été faite par le juge Lambert de la Cour d'appel, [1993] 5 W.W.R. 97, aux pp. 379 et 380:

So, in the end, the legal rights of the Indian people will have to be accommodated within our total society by political compromises and accommodations based in the first instance on negotiation and agreement and ultimately in accordance with the sovereign will of the community as a whole. The legal rights of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples, to which this law suit is confined, and which allow no room for any approach other than the application of the law itself, and the legal rights of all aboriginal peoples throughout British Columbia, form only one factor in the ultimate determination of what kind of community we are going to have in British Columbia and throughout Canada in the years ahead. [Emphasis added.]

(See also *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 2 (*Restructuring the Relationship*), Part 2, at pp. 561-62.)

Accordingly, I would allow the appeal in part and order a new trial on the basis of the principles set out in these reasons. I would also dismiss the cross-appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I concur with the Chief Justice. I add that I am also in substantial agreement with the comments of Justice La Forest.

\* \* \*

#### SCHEDULE 1

##### Appellants

DELGAMUUKW, also known as Earl Muldoe, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Delgamuukw and Haaxw

GISDAY WA, also known as Alfred Joseph, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gisday Wa

NII KYAP, also known as Gerald Gunanoot, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Nii Kyap

[TRANSDUCTION] En fin de compte, il faudra donc tenir compte des droits reconnus par la loi aux Indiens au sein de l'ensemble de la société, au moyen de compromis politiques et de mesures d'adaptation qui seront fondés, au départ, sur la négociation d'accords, et qui devront, en dernière analyse, être conformes à la volonté souveraine de la collectivité toute entière. Les droits reconnus par la loi aux Gitksan et aux Wet'suwet'en, sur lesquels la présente action porte exclusivement et qui ne laissent de place à aucune autre approche que l'application de la loi elle-même, de même que les droits reconnus par la loi à tous les peuples autochtones de la Colombie-Britannique, ne constituent qu'un seul des facteurs qui détermineront, en définitive, quelle genre de collectivité nous aurons dans les années à venir, non seulement en Colombie-Britannique, mais partout au Canada. [Je souligne.]

(Voir également le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 2 (*Une relation à redéfinir*), partie 2, aux pp. 561 et 562.)

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur le fondement des principes énoncés dans les présents motifs. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi incident.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je souscris aux motifs du Juge en chef. J'ajoute que je suis en outre largement en accord avec les commentaires du juge La Forest.

\* \* \*

#### ANNEXE 1

##### Appellants

DELGAMUUKW, connu également sous le nom d'Earl Muldoe, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Delgamuukw et Haaxw

GISDAY WA, connu également sous le nom d'Alfred Joseph, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gisday Wa

NII KYAP, connu également sous le nom de Gerald Gunanoot, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Nii Kyap

208

209

LELT, also known as Lloyd Ryan, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Lelt and Haak'w

ANTGULILBIX, also known as Mary Johnson, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Antgulilbix

TENIMGYET, also known as Arthur Matthews, Jr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Tenimgyet

GOOHLAHT, also known as Lucy Namox, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Goohlaht and Samooh

KLIYEM LAX HAA, also known as Eva Sampson, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Kliiyem Lax Haa and Wii'mugulsxw

GWIS GYEN, also known as Stanley Williams, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gwis Gyen

KWEESE, also known as Florence Hall, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Kweese

DJOGASLEE, also known as Walter Wilson, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Djogaslee

GWAGL'LO, also known as Ernest Hyzims, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Gwagl'lo and Duubisxw

GYOLUGYET, also known as Mary McKenzie, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Gyolugyet

GYETM GALDOO, also known as Sylvester Green, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Gyetm Galdoo and Wii'Goob'l

HAAK ASXW, also known as Larry Wright, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Haak Asxw

LELT, connu également sous le nom de Lloyd Ryan, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Lelt et Haak'w

ANTGULILBIX, connue également sous le nom de Mary Johnson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Antgulilbix

TENIMGYET, connu également sous le nom d'Arthur Matthews, fils, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Tenimgyet

GOOHLAHT, connue également sous le nom de Lucy Namox, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Goohlaht et Samooh

KLIYEM LAX HAA, connue également sous le nom d'Eva Sampson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Kliiyem Lax Haa et Wii'mugulsxw

GWIS GYEN, connu également sous le nom de Stanley Williams, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gwis Gyen

KWEESE, connue également sous le nom de Florence Hall, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Kweese

DJOGASLEE, connu également sous le nom de Walter Wilson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Djogaslee

GWAGL'LO, connu également sous le nom d'Ernest Hyzims, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Gwagl'lo et Duubisxw

GYOLUGYET, connue également sous le nom de Mary McKenzie, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gyolugyet

GYETM GALDOO, connu également sous le nom de Sylvester Green, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Gyetm Galdoo et Wii'Goob'l

HAAK ASXW, connu également sous le nom de Larry Wright, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Haak Asxw

GEEL, also known as Walter Harris, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Geel

HAALUS, also known as Billy Morrison, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Haalus

WII HLENGWAX, also known as Herbert Burke, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wii Hlengwax

LUUTKUDZIIWUS, also known as Ben McKenzie, Sr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Luutkudziiwus

MA'UUS, also known as Jeffrey Harris, Jr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Ma'uus

MILUU LAK, also known as Alice Jeffery, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Miluu Lak and Haiwas

NIKA TEEN, also known as James Woods, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Nika Teen

SKIIK'M LAX HA, also known as John Wilson, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Skiik'm Lax Ha

WII MINOSIK, also known as Robert Stevens, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wii Minosik

GWININ NITXW, also known as Solomon Jack, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gwinin Nitxw

GWOIMT, also known as Kathleen Wale, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Gwoimt and Tsabux

LUUS, also known as Jeffrey Harris, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Luus

GEEL, connu également sous le nom de Walter Harris, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Geel

HAALUS, connu également sous le nom de Billy Morrison, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Haalus

WII HLENGWAX, connu également sous le nom d'Herbert Burke, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wii Hlengwax

LUUTKUDZIIWUS, connu également sous le nom de Ben McKenzie, père, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Luutkudziiwus

MA'UUS, connu également sous le nom de Jeffrey Harris, fils, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Ma'uus

MILUU LAK, connue également sous le nom d'Alice Jeffery, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Miluu Lak et Haiwas

NIKA TEEN, connu également sous le nom de James Woods, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Nika Teen

SKIIK'M LAX HA, connu également sous le nom de John Wilson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Skiik'm Lax Ha

WII MINOSIK, connu également sous le nom de Robert Stevens, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wii Minosik

GWININ NITXW, connu également sous le nom de Solomon Jack, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gwinin Nitxw

GWOIMT, connue également sous le nom de Kathleen Wale, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Gwoimt et Tsabux

LUUS, connu également sous le nom de Jeffrey Harris, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Luus

NIIST, also known as David Blackwater, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Niist and Baskyelaxha

SPOOKW, also known as Steven Robinson, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Spookw and Yagosip

WII GAAK, also known as Neil Sterritt, Sr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wii Gaak

DAWAMUXW, also known as Charlie Clifford, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Dawamuxw

GITLUDAH, also known as Peter Muldoe, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Gitludahl and Wiigyet

GUXSAN, also known as Herbert Wesley, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Guksan

HANAMUXW, also known as Joan Ryan, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Hanamuxw

YAL, also known as George Turner, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Yal

GWIIYEEHL, also known as Chris Skulsh, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gwiiyeehl

SAKXUM HIGOOKX, also known as Vernon Smith, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Sakxum Higookx

MA DEEK, also known as James Brown, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Ma Deek

WOOS, also known as Roy Morris, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Woos

NIIST, connu également sous le nom de David Blackwater, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Niist et Baskyelaxha

SPOOKW, connu également sous le nom de Steven Robinson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Spookw et Yagosip

WII GAAK, connu également sous le nom de Neil Sterritt, fils, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wii Gaak

DAWAMUXW, connu également sous le nom de Charlie Clifford, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Dawamuxw

GITLUDAH, connu également sous le nom de Peter Muldoe, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Gitludahl et Wiigyet

GUXSAN, connu également sous le nom d'Herbert Wesley, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Guksan

HANAMUXW, connue également sous le nom de Joan Ryan, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Hanamuxw

YAL, connu également sous le nom de George Turner, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Yal

GWIIYEEHL, connu également sous le nom de Chris Skulsh, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gwiiyeehl

SAKXUM HIGOOKX, connu également sous le nom de Vernon Smith, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Sakxum Higookx

MA DEEK, connu également sous le nom de James Brown, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Ma Deek

WOOS, connu également sous le nom de Roy Morris, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Woos

KNEDEBEAS, also known as Sarah Layton, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Knebebas

SMOGELEGEM, also known as Leonard George, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Smogelgem

KLO UM KHUN, also known as Patrick Pierre, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Klo Um Khun

HAG WIL NEGHI, also known as Ron Mitchell, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Hag Wil Negh

WAH TAH KEG'HT, also known as Henry Alfred, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wah Tah Keg'ht

WAH TAH KWETS, also known as John Namox, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wah Tah Kwets

WOOSIMLAXHA, also known as Victor Mowatt, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gutginuxw

XSGOGIMLAXHA, also known as Vernon Milton, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Xsgogimlaxha

WIIGYET, also known as Roy Wesley, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wiigyet

WII ELAAST, also known as Jim Angus, Jr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Wii Elaast and Amagyet

GAXSBGABAXS, also known as Gertie Watson, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Gaxsbgabaxs

WIGETIMSCHOL, also known as Dan Michell, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Namox

KNEDEBEAS, connue également sous le nom de Sarah Layton, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Knebebas

SMOGELEGEM, connu également sous le nom de Leonard George, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Smogelgem

KLO UM KHUN, connu également sous le nom de Patrick Pierre, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Klo Um Khun

HAG WIL NEGHI, connu également sous le nom de Ron Mitchell, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Hag Wil Negh

WAH TAH KEG'HT, connu également sous le nom d'Henry Alfred, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wah Tah Keg'ht

WAH TAH KWETS, connu également sous le nom de John Namox, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wah Tah Kwets

WOOSIMLAXHA, connu également sous le nom de Victor Mowatt, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gutginuxw

XSGOGIMLAXHA, connu également sous le nom de Vernon Milton, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Xsgogimlaxha

WIIGYET, connu également sous le nom de Roy Wesley, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wiigyet

WII ELAAST, connu également sous le nom de Jim Angus, fils, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Wii Elaast et Amagyet

GAXSBGABAXS, connue également sous le nom de Gertie Watson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gaxsbgabaxs

WIGETIMSCHOL, connu également sous le nom de Dan Michell, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Namox

**SCHEDULE 2****Those Intervening with the Musqueam Nation**

Delbert Guerin  
Gail Y. Sparrow  
Jim Kew  
Larry Grant  
Leona M. Sparrow  
Mary Charles  
Myrtle McKay  
Nolan Charles  
Susan A. Point  
Chief George Guerin

**SCHEDULE 3****Those Intervening with the B.C. Cattlemen's Association**

B.C. Chamber of Commerce  
B.C. Wildlife Federation  
Business Council of British Columbia  
Council of Tourist Associations  
Fisheries Council of British Columbia  
Guideoutfitters Association of British Columbia  
Mining Association of British Columbia  
Pacific Fishermen's Defence Alliance

*Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants and respondents on the cross-appeal, the Gitksan Hereditary Chiefs et al.: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.*

*Solicitors for the appellants and respondents on the cross-appeal, the Wet'suwet'en Hereditary Chiefs et al.: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

**ANNEXE 2****Intervenant avec la Nation Musqueam**

Delbert Guerin  
Gail Y. Sparrow  
Jim Kew  
Larry Grant  
Leona M. Sparrow  
Mary Charles  
Myrtle McKay  
Nolan Charles  
Susan A. Point  
Chef George Guerin

**ANNEXE 3****Intervenant avec la B.C. Cattlemen's Association**

B.C. Chamber of Commerce  
B.C. Wildlife Federation  
Business Council of British Columbia  
Council of Tourist Associations  
Fisheries Council of British Columbia  
Guideoutfitters Association of British Columbia  
Mining Association of British Columbia  
Pacific Fishermen's Defence Alliance

*Pourvoi accueilli en partie; pourvoi incident rejeté.*

*Procureurs des appelants et intimés dans le pourvoi incident, les chefs héréditaires Gitksan et autres: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.*

*Procureurs des appelants et intimés dans le pourvoi incident, les chefs héréditaires Wet'suwet'en et autres: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent and appellant on the cross-appeal, Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia: Arvay, Finlay, Victoria.*

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

*Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Westbank First Nation: Woodward and Company, Victoria.*

*Solicitors for the interveners the Musqueam Nation et al.: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitor for the interveners the B.C. Cattlemen's Association, et al.: J. Keith Lowes, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Skeena Cellulose Inc.: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Alcan Aluminum Ltd.: Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée et appelante dans le pourvoi incident, Sa Majesté la Reine du chef de la Province de la Colombie-Britannique: Arvay, Finlay, Victoria.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation de Westbank: Woodward and Company, Victoria.*

*Procureurs des intervenants la Nation Musqueam et autres: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureur des intervenants la B.C. Cattlemen's Association et autres: J. Keith Lowes, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Skeena Cellulose Inc.: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Alcan Aluminium Ltée: Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, Vancouver.*

## TAB 6



**Date: 20061110**

**Docket: T-867-05**

**Citation: 2006 FC 1354**

**BETWEEN:**

**DENE THA' FIRST NATION**

**Applicant**

**and**

**MINISTER OF ENVIRONMENT  
MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS,  
MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS CANADA,  
MINISTER OF TRANSPORT,  
IMPERIAL OIL RESOURCES VENTURES LIMITED,  
on behalf of the Proponents of the Mackenzie Gas Project,  
NATIONAL ENERGY BOARD, AND  
ROBERT HORNAL, GINA DOLPHUS, BARRY GREENLAND,  
PERCY HARDISTY, ROWLAND HARRISON, TYSON PERTSCHY AND  
PETER USHER, all in their capacity as panel members of a Joint Review Panel  
established pursuant to the *Canadian Environmental Assessment Act*  
to conduct an environmental review of the Mackenzie Gas Project**

**Respondents**

**REASONS FOR JUDGMENT**

## INDEX

|                                                                                                                        | <u>Page</u> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| I. Introduction .....                                                                                                  | 4           |
| II. Facts .....                                                                                                        | 6           |
| A. Dene Tha' .....                                                                                                     | 6           |
| (1) Dene Tha' People and Territory.....                                                                                | 6           |
| (2) Dene Tha' – Treaty 8 Rights in Alberta .....                                                                       | 7           |
| (3) Dene Tha' – Aboriginal Rights in NWT .....                                                                         | 8           |
| B. Mackenzie Gas Pipeline – Regulatory and Environmental Matrices.....                                                 | 9           |
| (1) The “Cooperation Plan” .....                                                                                       | 10          |
| (a) The Genesis.....                                                                                                   | 10          |
| (b) The Mandate .....                                                                                                  | 11          |
| (2) The Agreement for Coordination of the Regulatory Review<br>of the MGP (“Regulators’ Agreement”).....               | 12          |
| (a) The Genesis.....                                                                                                   | 12          |
| (b) The Mandate .....                                                                                                  | 12          |
| (3) The Agreement for an Environmental Impact Review of the<br>MGP (Joint Review Panel Agreement – JRP Agreement)..... | 12          |
| (a) The Genesis.....                                                                                                   | 12          |
| (b) The Mandate .....                                                                                                  | 13          |
| (4) Environmental Impact Terms of Reference .....                                                                      | 13          |
| (a) The Genesis.....                                                                                                   | 13          |
| (b) The Mandate .....                                                                                                  | 14          |
| (5) The Joint Review Panel Proceedings.....                                                                            | 14          |

|      |                                                                   |    |
|------|-------------------------------------------------------------------|----|
| (a)  | The Genesis.....                                                  | 14 |
| (b)  | The Mandate .....                                                 | 14 |
| (6)  | The National Energy Board Proceedings .....                       | 16 |
| (a)  | The Genesis.....                                                  | 16 |
| (b)  | The Mandate .....                                                 | 16 |
| (7)  | The Crown Consultation Unit .....                                 | 16 |
| (a)  | The Genesis.....                                                  | 16 |
| (b)  | The Mandate .....                                                 | 17 |
| C.   | Dene Tha's Involvement in these Processes.....                    | 18 |
| (1)  | Cooperation Plan.....                                             | 18 |
| (2)  | Regulators' Agreement, JRP Agreement, and Terms of Reference..... | 18 |
| (3)  | NEB Proceedings and JRP Proceedings.....                          | 19 |
| (4)  | CCU.....                                                          | 19 |
| D.   | Jurisdiction over Consultation.....                               | 21 |
| E.   | Comparison of Dene Tha' to other First Nations .....              | 24 |
| (1)  | The Inuvialuit, Gwich'in, and Sahtu.....                          | 25 |
| (2)  | The Deh Cho .....                                                 | 26 |
| F.   | Summary of First Nations Comparison .....                         | 27 |
| III. | Duty to Consult – Timing and Content .....                        | 29 |
| A.   | Introduction .....                                                | 29 |
| B.   | The Trigger for Consultation.....                                 | 31 |
| C.   | Content of the Duty to Consult and Accommodate .....              | 32 |
| D.   | Standard of Review.....                                           | 34 |

|     |                                               |    |
|-----|-----------------------------------------------|----|
| E.  | Application of the Law to the Dene Tha' ..... | 38 |
| (1) | When did the Duty Crystallize? .....          | 38 |
| (2) | What is the Content of the Duty? .....        | 42 |
| IV. | Remedy .....                                  | 44 |

\* \* \* \* \*

## **PHELAN J.**

### **I. INTRODUCTION**

[1] A massive industrial project like the Mackenzie Gas Pipeline (MGP), one that anticipates the creation of a corridor of pipeline originating in Inuvik in the far north of the Northwest Territories and terminating 15 metres south of the Northwest Territories and Alberta border, where a proposed connecting pipeline will link it up with existing provincial pipelines for southern distribution (the “Connecting Facilities”), attracts a myriad of government obligations. The issues of environmental review go beyond the physical pipeline from the north to this connection point. Government must deal with the proponents of the project, detractors of the project, regulatory review boards, environmental review boards, and affected First Nations. The alleged failure of the Government of Canada to fulfill its obligations toward this last group, specifically the Dene Tha’ First Nation (Dene Tha’), forms the subject matter of this judicial review.

[2] The Dene Tha’ alleges that the Government of Canada through the Minister of Environment, the Minister of Fisheries and Oceans, the Minister of Indian and Northern Affairs Canada and the Minister of Transport (the Ministers) breached its constitutionally entrenched duty

to consult and accommodate the First Nations people adversely affected by its conduct. Specifically, the Dene Tha' identifies as the moment of this breach as its exclusion from discussions and decisions regarding the design of the regulatory and environmental review processes related to the MGP. The Ministers deny that any duty arose at this point and, in any event or in the alternative, asserts that its behavior with respect to the Dene Tha' was sufficiently reasonable to discharge its duty to consult and thus withstands judicial scrutiny. The so-called discharge of the duty to consult and accommodate consisted of (1) including the Dene Tha' in a single media release of June 3, 2004 inviting public consultation on a draft Environment Impact Terms of Reference and Joint Review Panel Agreement and (2) a 24-hour deadline on July 14, 2004 to comment on these documents. That is not sufficient to meet the duty to consult and accommodate.

[3] This Court's conclusion is that the Ministers breached their duty to consult the Dene Tha' in its conduct surrounding the creation of the regulatory and environmental review processes related to the MGP from as early as the first steps to deal with the MGP in late 2000 through to early 2002 and continued to breach that duty to the present time. The Dene Tha' had a constitutional right to be, at the very least, informed of the decisions being made and provided with the opportunity to have its opinions heard and seriously considered by those with decision-making authority. The Dene Tha' were never given this opportunity, the Ministers having taken the position that no such duty to consult had arisen yet.

[4] Quite remarkably, when the Ministers did decide to "consult" with the Dene Tha', upon the establishment of the process for the Joint Review Panel, the Dene Tha' were given 24 hours to respond to a process which had taken many months and years to establish and had involved

substantial consultation with everyone potentially affected but for the Dene Tha'. This last gasp effort at "consultation" was a case of too little, too late.

[5] To arrive at this conclusion, this Court has considered the following matters: (1) the factual background relating to the regulatory and environmental processes underlying the MGP; (2) the particular facts relating to the Dene Tha'; (3) the current state of the law relating to aboriginal consultation; and (4) how the law applies to the situation of the Dene Tha'.

[6] At the outset, it should be noted that the issue of remedy in this case is not straightforward. Hence, it will receive special attention in the final section of these Reasons. At the very least, any of the current procedures which may affect the Dene Tha' must be stayed until other remedial provisions can be completed.

## II. FACTS

### A. Dene Tha'

#### (1) Dene Tha' People and Territory

[7] The Dene Tha' is an Aboriginal group within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and an Indian Band under the *Indian Act*. Currently, there are approximately 2500 members of the Dene Tha', the majority of which resides on the Dene Tha's seven Reserves. All Dene Tha' Reserves are located in Alberta. The three most populous Reserve communities are Chateh, Bushe River, and Meander.

[8] The Dene Tha' defines its "Traditional Territory" as lying primarily in Alberta, but also extending into northeastern British Columbia and the southern Northwest Territories (NWT). In the NWT, the Dene Tha' claims that its territory overlaps with that of the Deh Cho First Nation, with whom the Dene Tha' shares significant familial and cultural relationships. The Crown asserts that the phrase "Traditional Territory" imports no legal significance with respect to the Aboriginal rights claimed by the Dene Tha' north of the 60 parallel – the division between the NWT and the Province of Alberta.

(2) Dene Tha' – Treaty 8 Rights in Alberta

[9] In 1899 the Dene Tha' signed Treaty 8. Treaty 8 is a classic surrender treaty whereby the Government promised payment and various rights, including the rights to hunt, trap, and fish in exchange for the surrender of land. The territory defined by Treaty 8 does not extend into the traditional territory claimed by the Dene Tha' in the NWT. The Dene Tha' asserts that this means its rights in the NWT remain unextinguished as they are outside the bounds contemplated by Treaty 8. Conversely, if the Ministers are correct and the Dene Tha's rights in the NWT are extinguished by Treaty 8, the Dene Tha' submits that this is an admission by the Ministers that the Dene Tha' has Treaty 8 rights in the NWT. Dene Tha's allegation of unextinguished aboriginal rights in the NWT is discussed more fully later in these Reasons.

[10] The proposed course of the MGP travels through the NWT, ending just south of the NWT and Alberta border. The portion of the pipeline stemming from the Alberta border to its southern terminus runs through territory of the Dene Tha' defined by Treaty 8. The proposed Connecting

Facilities pass through Bitscho Lake which runs through Trap Line 99, a trap line owned by a Dene Tha' member. None of that pipeline runs directly through Dene Tha' Reserves.

[11] The NGTL pipeline which connects the southern terminus of the MGP with the existing Nova Gas Transmission Line also runs through territory over which the Dene Tha' has Treaty 8 rights to hunt, trap, fish, and gather plants for food.

[12] That the pipeline does not run through a reserve, contrary to the Ministers' implied submission, is insignificant. A reserve does not have to be affected to engage a Treaty 8 right as held in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2005] 3 S.C.R. 388. What is important is that the pipeline and the regulatory process, including most particularly environmental issues, are said to affect the Dene Tha'.

(3) Dene Tha' – Aboriginal Rights in NWT

[13] The Dene Tha' posits unrecognized Aboriginal rights to hunt, trap, fish, and gather plants for food in the southern portion of the NWT. As proof of Government recognition of said rights, the Dene Tha' points to government archives from the 1930's regarding the proposal for a creation of an Indian Hunting Preserve for the Dene Tha' in this area.

[14] The Court was not asked to determine the legitimacy of the Dene Tha's claim to Aboriginal rights in the NWT. Moreover, as the Dene Tha's Treaty 8 rights in Alberta are sufficient to trigger a duty to consult, there is no need to make such a determination in order to resolve this judicial review.

**B. Mackenzie Gas Pipeline – Regulatory and Environmental Matrices**

[15] The MGP is an enormous and complex industrial undertaking. Its proposed routing envisions a starting point in the gas fields and central processing facilities near Inuvik in the northwest corner of the Northwest Territories. From these collecting facilities, the envisioned pipeline will transport the extracted natural gas through the NWT to just south of the Alberta border. At this point, Nova Gas Transmission Limited (NGTL) in Alberta will build the Connecting Facilities up from its existing facilities to connect with the MGP. In this manner, natural gas can be transported from the northern gathering facilities to a southern distribution terminus.

[16] Initially the participants in the project envisaged the MGP extending 65 kilometres to the connecting point with NGTL's distribution system. It appears that in the hopes of keeping the gas which flows into Alberta within Alberta jurisdiction, it was decided to have the connection point with NGTL be located just 15 metres inside the NWT-Alberta border.

[17] The Dene Tha's initial judicial review application had sought to raise the constitutional issue of the original proposal as a single federal work or undertaking. This aspect of judicial review has been discontinued.

[18] Given the enormity of this project and its inherent cross-jurisdictional character, its conception triggered the involvement of a multitude of regulatory mechanisms. As the Dene Tha's case rests on its exclusion from the discussions and processes surrounding this regulatory machinery, it is necessary to describe in some detail the respective geneses of the regulatory

arrangements and mandates of each of these regulatory bodies. Hence, the purpose of this section is to outline the geographical, regulatory, and environmental matrices that overlay the MGP.

[19] The backdrop of the MGP consists of seven major regulatory and environmental layers: (1) the Cooperation Plan, (2) the Regulators' Agreement, (3) the Joint Review Panel Agreement, (4) the Environmental Impact Terms of Reference, (5) the Joint Review Panel Proceedings, (6) the National Energy Board Proceedings, and (7) the Crown Consultation Unit. Each is discussed below in what is roughly chronological order – from oldest to most recent.

(1) The “Cooperation Plan”

(a) *The Genesis*

[20] Four years prior to the filing of an application for the MGP with the National Energy Board (NEB), representatives from various regulatory agencies began to consult with one another about how to coordinate the regulatory and environmental impact review process for such an application. The regulators and authorities involved included: Indian and Northern Affairs Canada (INAC), the Canadian Environmental Assessment Agency (CEAA), the NEB, the Mackenzie Valley Environmental Impact Review Board (MVEIRB), the Mackenzie Valley Land and Water Board (MVLWB), the Gwich'in Land and Water Board, the Sahtu Land and Water Board, the Inuvialuit Land Administration, and the Inuvialuit Game Council.

[21] In addition to these core regulatory bodies, other parties were included in the development of the Cooperation Plan. Representatives from the Government of the Yukon and the Government of the NWT were included as observers in the negotiations. The Deh Cho First Nation (Deh Cho)

also, through its MVEIRB delegate, obtained observer status. As it is a helpful counterpoint to the exclusion of the Dene Tha' from this stage of the process, a fuller discussion of the participatory role played by the Deh Cho will be developed later in these Reasons.

[22] The parties involved with developing the Cooperation Plan also heard presentations from gas producers and potential proponents of the MGP. In particular, the parties met with the Mackenzie Delta Gas Producers Group in December 2000, with the Alaska Gas Producers Group in May of 2001, and with Imperial Oil Resources Ventures Limited (IORVL).

[23] As a result of these meetings and information-gathering sessions, in June 2002, the *Cooperation Plan for Environmental Impact Assessment and Regulatory Review of a Northern Gas Project through the Northwest Territories* ("Cooperation Plan") was finalized. Suffice it to say that the Dene Tha' are noticeably absent from the list of persons, organizations and first nations people who were involved in the development of the regulatory framework.

(b) *The Mandate*

[24] The Cooperation Plan had a laudable objective, namely, to reduce duplication of the environmental and regulatory processes. To this end, the Cooperation Plan set up a framework for the environmental and regulatory processes to follow. This framework focused on how these processes would be integrated, how joint hearings would be conducted, and how the terms of reference for any future environmental assessment process would be developed.

(2) The Agreement for Coordination of the Regulatory Review of the MGP (“Regulators’ Agreement”)

(a) *The Genesis*

[25] The Cooperation Plan recommended the filing of a Preliminary Information Package (PIP) by the proponents of the pipeline. On June 18, 2003, IORVL filed a PIP for the MGP. Subsequent to this filing, the parties to the Cooperation Plan resumed discussions on the review process for the MGP and on April 24, 2004, a number of government ministries and agencies entered into an *Agreement for Coordination of the Regulatory Review of the MGP*.

(b) *The Mandate*

[26] In addition to implementing the provisions of the Cooperation Plan and ensuring compliance with applicable legislation, like the Cooperation Plan, the Regulators’ Agreement contained as its mandate the avoidance of unnecessary duplication. In particular, the parties to the Regulators’ Agreement agreed to incorporate the final Joint Review Panel Report and other relevant materials from this process into the record of their respective regulatory processes.

(3) The Agreement for an Environmental Impact Review of the MGP (Joint Review Panel Agreement – JRP Agreement)

(a) *The Genesis*

[27] On August 3, 2004, the federal Minister of the Environment, the MVEIRB, and the Inuvialuit Game Council concluded an *Agreement for an Environmental Impact Review of the Mackenzie Gas Project*. The JRP Agreement specified the mandate of the Joint Review Panel and the scope of the environmental impact assessment it would conduct. A further Memorandum of Understanding, executed between the Minister of the Environment and the Inuvialuit, bestowed

upon the JRP the responsibility to address certain provisions of the *Inuvialuit Final Agreement* (IFA).

(b) *The Mandate*

[28] The JRP Agreement sets out what bodies are responsible for selecting the members of the JRP. The MVEIRB (composed of delegates from the Gwich'in, Sahtu, and the Deh Cho) would appoint three members; the Minister of the Environment, four members (two of whom would be nominated by the Inuvialuit Game Council). The selection of a Chairperson would be approved by the Minister of the Environment, the MVEIRB, and the Inuvialuit Game Council. These panelists were appointed on August 22, 2004 and were: Robert Hornal (Chair), Gina Dolphus, Barry Greenland, Percy Hardistry, Rowland Harrison, Tyson Pertschy, and Peter Usher – all named Respondents in this judicial review.

(4) Environmental Impact Terms of Reference

(a) *The Genesis*

[29] The scope of the JRP's environmental assessment and the informational requirements that the proponent (applicant, IORVL) needed to provide for its Environmental Impact Statement (EIS) were defined on August 22, 2004 in the *Environmental Impact Review Terms of Reference for Review of the Mackenzie Gas Project* ("Environmental Impact (EI) Terms of Reference"). The EI Terms of Reference were issued by the Minister of the Environment, the Chair of the MVEIRB, and the Chair of the Inuvialuit Game Council.

(b) *The Mandate*

[30] The EI Terms of Reference describe the MGP as including the Connecting Facilities for the purposes of the JRP process – that is, for the purposes of the environmental assessment. The Terms of Reference also required IORVL to file an Environmental Impact Statement with the JRP. This it did in August 2004. As it was deficient for failing to include the Connecting Facilities, the JRP requested IORVL resubmit. This it did in December 2004 by way of a Supplemental Environmental Impact Statement.

(5) The Joint Review Panel Proceedings

(a) *The Genesis*

[31] The Joint Review Panel was contemplated initially by the Cooperation Plan, agreed to be incorporated by the Regulators' Agreement, and implemented through the JRP Agreement. On July 18, 2005, the JRP concluded it had received sufficient information from the proponent (IORVL) to commence the public hearing process. These hearings began on February 14, 2006, are currently in process, and are scheduled to continue throughout the current calendar year and into the next.

(b) *The Mandate*

[32] The JRP is assigned the task of conducting the environmental assessment for the project. The project for the purposes of the JRP encompasses both the environmental impact of the MGP and the NGTL Connecting Facilities.

[33] It is important to realize that while the NEB would consider the pipeline regulatory process from the north through to the connection point 15 metres inside the Alberta border, the environmental review process takes into consideration the MGP and the Connecting Facilities to the existing NGTL facilities 65 kilometres long partially through territory in which the Dene Tha' had asserted treaty rights as well as Aboriginal rights.

[34] The term "environment" comports a broad meaning. It includes the "cumulative effect" of the MGP and the NGTL Connecting Facilities and any other facilities to be developed in the future. The JRP is specifically mandated to consider effects on "health and socio-economic conditions, on physical and cultural heritage, on the current use of lands and resources for traditional purposes by aboriginal persons, or on any structure, site or thing that is of historical, archeological, paleontological or architectural significance".

[35] The JRP has no mandate to conduct aboriginal consultation. It can only consider Aboriginal rights in the context of factual, not legal, determinations. Since the JRP cannot evaluate the legal legitimacy of an Aboriginal rights claim, it can only make determinations in respect of adverse impact to current Aboriginal usage of territory. It cannot make a determination regarding the potential further use of land since this would not be based on a claim of current usage but on a claim of future use grounded in a claim of an Aboriginal right.

[36] The JRP Report will inform the NEB decision with respect to whether or not to recommend the issuance of a Certificate of Public Convenience and Necessity. When the JRP issues its Report,

the NEB will stay its public hearings. These hearings will then continue after the NEB has reviewed the Report and will thus provide the public with an opportunity to respond to its contents.

(6) The National Energy Board Proceedings

(a) *The Genesis*

[37] IORVL made its application before the NEB in October of 2004. The NEB review arose as part of the development of a coordinated process for environmental assessment and regulatory review of the MGP defined in the Cooperation Plan.

(b) *The Mandate*

[38] The NEB is responsible for the decision of whether to recommend the issuance of a Certificate of Public Convenience and Necessity (CPCN) to the proponent of the pipeline project, IORVL. To determine this, the NEB has scheduled public hearings where this issue will be addressed. These hearings also began in early 2006 and are scheduled in a coordinated fashion with those of the JRP. The NEB's hearings will be continued after the JRP process has concluded. The ultimate decision of the NEB will be informed by the Report from the JRP. If the NEB decides that the granting of a CPCN is warranted, then the federal Cabinet still must approve the actual issuance of this Certificate.

(7) The Crown Consultation Unit

(a) *The Genesis*

[39] The Crown Consultation Unit (CCU) is not the product of a statutory, regulatory, or prerogative exercise. It is essentially an administrative body within the federal government created

unilaterally by the Government of Canada. Despite its name, one thing it had no authority to do was consult – at least not with any native group as to its rights, interests or other issues in respect of the very matters of concern to the Dene Tha’.

(b) *The Mandate*

[40] The mandate of the CCU is to coordinate and conduct “consultation” with First Nations groups who believe that their proven or asserted rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982* may be affected by the MGP. It was intended to serve as a medium through which the concerns of First Nations regarding the MGP could be brought to the specific relevant government Ministers. Pursuant to this overall purpose, the CCU was mandated to set up meetings, prepare a formal record of meetings, and present a record of consultation to the NEB, to Ministers, and to other Government of Canada entities with regulatory decision-making authority.

[41] The CCU has no jurisdiction to deal with matters relating to the Cooperation Plan, the Regulators’ Agreement, or the JRP Agreement. The mandate of the CCU, moreover, does not extend to the authority to determine the existence of an aboriginal right; rather, it only can address the impact on an established right. It was for all intents and purposes a “traffic cop” directing issues to other persons and bodies who had the authority, expertise or responsibility to deal with the specific matters.

**C. Dene Tha's Involvement in these Processes**

**(1) Cooperation Plan**

[42] The Government of Canada made no effort to consult the Dene Tha' in respect of the formulation of the Cooperation Plan. The Dene Tha' asserts and the evidence demonstrates that all the various proposed routings of the pipeline passed through territory in Alberta over which the Dene Tha' has recognized Treaty 8 rights. The federal government attempts to justify this exclusion on the basis that the Dene Tha' was not an agency with any regulatory or environmental assessment jurisdiction in relation to the pipeline projects -- no jurisdiction was provided by Treaty 8, by legislation, or by a Comprehensive Land Claim agreement. As such, the Crown argues that it was reasonable for the Dene Tha' to be excluded at this stage.

[43] The federal government further argues that the Dene Tha' had the opportunity to comment on the draft of the Cooperation Plan as the Government of Canada released a draft to the public on January 7, 2002. Details of the public release of the Cooperation Plan and other evidence the federal government adduces to support the argument that it has fully discharged its duty to consult will be discussed in a more in-depth fashion in a consideration of whether the Crown has fulfilled its duty to consult.

**(2) Regulators' Agreement, JRP Agreement, and Terms of Reference**

[44] The Dene Tha' was not consulted in respect of the Regulators' Agreement, the JRP Agreement, or the Environmental Impact Terms of Reference. On July 14, 2004, the federal government, through its instrument, the CCU, provided the Dene Tha' with copies of the draft EI Terms of Reference and draft JRP Agreement, instructing that the deadline for input on both was

the following day. The Dene Tha' asserts that this was the first time it obtained official knowledge of the contents of these drafts. The federal government further submits that on June 3, 2004 through select media releases and over the internet, it invited public consultation on drafts of the Environmental Impact Terms of Reference and JRP Agreement. This fact was also relied upon by the federal government to support its argument that, to the extent it had a duty to consult, it had carried out that duty.

(3) NEB Proceedings and JRP Proceedings

[45] The Dene Tha' has intervener status for both the NEB and JRP hearings. As interveners, the Dene Tha' can provide oral and written submissions and can submit questions to other interveners and the proponents. The Dene Tha' has filed a plan for participation in the public hearings of the JRP and has actively engaged in the preparation and delivery of Information Requests pursuant to the JRP Rules of Procedure.

(4) CCU

[46] In April of 2004, the Dene Tha' learned that the federal government intended to consult with the Dene Tha' about the MGP through the CCU. On July 14, 2004, the Dene Tha' met with representatives of the CCU. The Dene Tha' provided the CCU with information regarding its Aboriginal and Treaty Rights and made known its need of financial assistance to facilitate meaningful consultation efforts.

[47] The Dene Tha' alleges that this July meeting marks the first time it was made aware of the imminent establishment of the JRP by receipt of the draft Environmental Impact Terms of

Reference and draft JRP Agreement. The Dene Tha' claims the CCU representative informed it that it had until the following day (July 15, 2004) to provide comments on these documents. Not surprisingly, the Dene Tha' did not meet this deadline for public comment.

[48] The Dene Tha' was also informed at this meeting that the CCU was not yet fully staffed or operational and had yet to develop its terms of reference. Moreover, up to and including October 2004, the Dene Tha' was informed that the CCU could only begin consulting with respect to the MGP once the proponent had filed an application for the project with the NEB.

[49] The Dene Tha' consistently and continuously pestered the CCU regarding its claim for recognition of rights north of 60. This is a subject matter distinct from its treaty rights under Treaty 8 south of 60. On January 4, 2006, the Dene Tha' learned definitively that Canada's position was and always had been that these rights had been extinguished via Treaty 8. This position turned out to be intractable and was reiterated by CCU representatives in its further meetings with the Dene Tha' in 2006. The CCU stated Canada's position was that it would consider Dene Tha' "activities" in the NWT, but not rights.

[50] There were no other impediments to consultation with the Dene Tha' other than the failure or refusal of the federal government to engage in consultation. The Dene Tha' put up no barriers to such consultation, despite the suggestion by the Ministers that the Dene Tha' had imposed some form of pre-conditions.

**D. Jurisdiction over Consultation**

[51] It is necessary to consider the jurisdictions of the above institutional entities – the JRP, the NEB, and the CCU – over consultation with native groups and specifically the Dene Tha’.

[52] As this is a factual inquiry, several legally salient issues need not be considered for the moment. In particular, neither the necessity of express government delegation of its duty to consult nor the necessity of an intention to consult will be addressed. There is a significant gap in the mandates of JRP, NEB, and CCU – a gap consisting of the jurisdiction to engage in Aboriginal consultation with the Dene Tha’.

[53] The JRP has jurisdiction over the entire pipeline project, including both the MGP portion stemming from Inuvik to just south of the Alberta border and the Connecting Facilities that connect the southern terminus of the MGP with the existing NGTL pipeline facilities. The JRP has a broad mandate to consider a wide range of environmental effects, including adverse impact on First Nations activities and can make factual, but not legal determinations, regarding Aboriginal rights. The JRP has no mandate to engage in consultation. Furthermore, it cannot determine the existence of contested Aboriginal rights.

[54] The NEB only has jurisdiction over what has been applied for pursuant to the *National Energy Board Act*. IORVL submitted an application for the MGP in October of 2004. NGTL has yet to submit an application for the Connecting Facilities and, when it does, this will not go before the NEB, but before the Alberta equivalent, the Alberta Energy and Utility Board (AEUB). As such, the NEB does not have jurisdiction to consider Aboriginal concerns south of the southern terminus

of the MGP. In other words, it cannot consult meaningfully with the Dene Tha' regarding the area from the connecting point to the southern end of the Connecting Facilities. Furthermore, there is doubt that it can address concerns the Dene Tha' raises on this judicial review – with the creation of the process itself – as the NEB can be argued to have no jurisdiction pre-application date, that is, pre-October 2004. It is also questionable as to whether the NEB can or should deal with the creation of the process in which it was intimately involved.

[55] It was submitted that the NEB, as part of its mandate, is charged with the ability and responsibility to consider the adequacy of consultation in its determination of whether to recommend the issuance of a CPCN. It seems that inadequate Aboriginal consultation would be a factor that would militate against the public benefit of the MGP. Aside from the problems of allowing a private right to trump the benefits that the MGP might provide to the general public (given the “public interest” mandate of the NEB), the NEB, as discussed above, does not have temporal jurisdiction over consultation efforts (or lack thereof) pre-application, that is, pre-October 2004. As this is precisely the time frame that the Dene Tha' has issues with federal government behaviour, the NEB's inability to include such behaviour in its evaluation of the adequacy of consultation is extremely problematic.

[56] The federal government raised an argument regarding the exclusion of jurisdiction of the Federal Court by virtue of the jurisdiction of the NEB over aboriginal consultation. The government's argument is that the NEB has a mandate to assess the adequacy of aboriginal consultation as an issue it will consider in its ultimate decision of whether to issue a CPCN.

[57] The submission is that either the NEB's jurisdiction over issues relating to aboriginal consultation ousts the Federal Court's jurisdiction with respect to this judicial review or that it is more appropriate for this Court to defer to the NEB process given that board's expertise. However, that expertise is in the field of energy resources and undertakings, not native consultation or, more importantly, whether there is a duty to consult, when the duty arose and whether it had been met.

[58] It was further agreed that, pursuant to subsection 28(1)(f) of the *Federal Courts Act*, the Federal Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine applications for judicial review made in respect of the NEB. Subsection 22.(1) of the *National Energy Board Act* provides a right of appeal to the Federal Court of Appeal on questions of law and/or jurisdiction. Section 18.5 of the *Federal Courts Act* is thus engaged since if the Federal Court of Appeal has jurisdiction over the NEB, then the Federal Court, it was argued, should be deprived of its jurisdiction in reviewing whether the consultation procedure, in part orchestrated by the NEB, is in compliance with section 35 of the *Constitution Act, 1982* and/or the honor of the Crown.

[59] In sum, 18.5 does not apply to the case at hand. There has been no “*decision or order* of a federal board, commission, or other tribunal” as required for the exclusion envisioned by s. 18.5 to operate (*Forsyth v. Canada (Attorney General) (T.D.)*, [2003] 1 F.C. 96; *Industrial Gas Users Assn. v. Canada (National Energy Board)* (1990), 43 Admin. L.R. 102).

[60] Moreover, this argument is essentially a red herring as the scope of the project from the NEB perspective (that is, excluding the Connecting Facilities and pre-application behavior of the Crown) does not cover what the JRP does and what is of fundamental concern to the Dene Tha'.

While the NEB can deal with recognized aboriginal rights north of 60, it cannot address Dene Tha's Treaty 8 rights south of 60.

[61] Hence, neither the JRP nor the NEB is competent to conduct Aboriginal consultation with the Dene Tha' in respect of its territory in Alberta. Consequently, one might suppose that the CCU, the Crown *Consultation* Unit, the only entity left to consider, would naturally fulfill this role. However, the CCU expressly states it is not doing consultation. Its mandate does not include the ability to recognize claims to unproven aboriginal rights and, moreover, affidavit evidence reveals that the CCU has made up its mind on this point. The CCU had no jurisdiction to consult on matters relating to the Cooperation Plan, the Regulators' Agreement, the JRP Agreement, or the EI Terms of Reference.

[62] To summarize, the only unit out of the CCU, the NEB, and the JRP that could wholly address the territorial and temporal areas of concern of the Dene Tha' is the JRP. However, the JRP is engaged in environmental assessment, not aboriginal consultation. Although it will assess the effects the MGP and NGTL pipelines will have on aboriginal communities, it does so through the lens of environmental assessment, focusing on activities, not rights. Further, an aspect of the subject matter of which the Dene Tha' say their rights to consultation and accommodation were ignored is the process by which the JRP itself was created.

#### **E. Comparison of Dene Tha' to other First Nations**

[63] Against the background of the environmental and regulatory processes, it is necessary to consider the comparative treatment of the Dene Tha' by the federal government with that of other

First Nations groups: the Inuvialuit, the Sahtu, the Gwich'in, and, in particular, the Deh Cho. If the Crown is correct that differences between First Nations groups can justify differential treatment in accordance with those differences, then logic and fairness demands that substantial similarities between these groups would require similar treatment.

(1) The Inuvialuit, Gwich'in, and Sahtu

[64] In 1977, the Report of the Berger Commission was delivered. The Royal Commission, headed by Justice Thomas Berger, was appointed to assess proposed natural gas development in the Northwest and Yukon Territories. That Commission found that development in the North would likely lead to disruption of the traditional way of life of Aboriginal inhabitants of the area. As such, the Commission recommended any development of the area be preceded by land claims settlements with the local Aboriginal people.

[65] As a consequence of Justice Berger's recommendation, the Inuvialuit, the Gwich'in, and the Sahtu each negotiated and entered into respective final land claims settlements with the Government of Canada: (1) *The Inuvialuit Final Agreement*, entered into in 1984; (2) the *Gwich'in Comprehensive Land Claim Agreement*; and (3) the *Sahtu Dene and Metis Comprehensive Land Claim Agreement*. These agreements recognized the rights and responsibilities of the Inuvialuit, Gwich'in, and Sahtu respectively.

[66] In addition to recognizing rights, the agreements established means by which Aboriginal peoples could have an ongoing say in what was done to and on the lands stipulated by the agreements. In particular, various new regulatory agencies were created by the agreements. The

regulatory agencies of particular relevance in this matter are the Inuvialuit Game Council, the Gwich'in Land and Water Board, the Sahtu Land and Water Board, and the Mackenzie Valley Environmental Impact Review Board (MVEIRB).

[67] Of these relevant agencies, the MVEIRB plays a crucial role in the establishment of the JRP. The MVEIRB, through its enabling statute the *Mackenzie Valley Resource Management Act*, anticipates the creation of joint panels to conduct environmental assessments. Pursuant to its enabling legislation, at least half of the MVEIRB's members must be nominated by the Sahtu, the Gwich'in, and the Tlicho First Nation Governments.

(2) The Deh Cho

[68] The Deh Cho First Nation (Deh Cho) is the First Nation group whose territory lies directly north of the Dene Tha' in the NWT. The Deh Cho does not have a final land claim settlement with Canada; however, Canada and the Deh Cho are currently in negotiations to this end. Thus far, the Deh Cho has filed a comprehensive land claim agreement with Canada that Canada has accepted. Canada and the Deh Cho have entered into an Interim Measures Agreement and an Interim Resource Development Agreement that give the Deh Cho rights in respect of its claimed territory. Included in these rights is the right of the Deh Cho to nominate one member to the MVEIRB. As stated earlier, as result of its delegate to the MVEIRB, the Deh Cho was able to have observer status during the development of the Cooperation Plan.

[69] As a result of litigation initiated by the Deh Cho alleging that Canada had failed to consult with it adequately regarding the MGP, the Deh Cho received a generous settlement agreement.

Pursuant to this agreement, the Deh Cho obtained \$5 million in settlement funds, \$2 million for each fiscal year until 2008 to prepare for the environmental assessment and regulatory review of the MGP, \$15 million in economic development funding for this same time period to facilitate the identification and implementation of economic development opportunities relating the MGP, and \$3 million each fiscal year until 2008 for Deh Cho process funding.

**F. Summary of First Nations Comparison**

[70] Unlike the Inuvialuit, the Sahtu, and the Gwich'in, the Dene Tha' has no settled land claim agreement with Canada. A salient consequence of a settled land claim agreement was the creation of new regulatory agencies: the Inuvialuit Game Council, the Gwich'in Land and Water Board, the Sahtu Land and Water Board, and the MVEIRB. These Boards were assigned the task of managing the use of the land and resources within the respectively defined territories. In this case these boards play an even more significant role in that in part through them the members of the JRP were selected. Thus, through these Boards and their representatives, the First Nations of the Inuvialuit, Sahtu, and Gwich'in were able to consult meaningfully with Canada about the anticipated effects of the MGP. The Dene Tha' has no settled land claim agreement, no regulatory board, and no representation on any Board.

[71] The Deh Cho, like the Dene Tha', also has no settled land claim agreement. Unlike the Dene Tha', however, the Crown is in the process of negotiating such a final agreement. In the spirit of negotiation, Canada included the Deh Cho in the process for setting up the environmental and regulatory review process for the MGP by permitting them to nominate one member to the

MVEIRB. Thus, through its representation on the MVEIRB, the Deh Cho may be in a position to be able to consult meaningfully with Canada.

[72] The Dene Tha' has no such representation. Its status is purely that of intervener. Through its lack of representation on any boards or panels engaged in conducting the environmental and regulatory review processes themselves, it will always be an outsider to the process.

[73] The Crown justifies this differential treatment on the basis that different First Nations will have different rights and thus it is reasonable to treat each differently in accordance with their differences. The primary differences between the Dene Tha' and the other First Nations here are: (1) the Dene Tha' has no settled land claim agreement and are not in the process of negotiating one, and (2) the Dene Tha's uncontested territory lies south of the NWT – Alberta border.

[74] Neither difference is legally relevant as to the existence of the duty to consult the Dene Tha' or the time at which the duty arose. It may be relevant to how the consultations are carried out. That the Dene Tha' has no settled land claim agreement is not sufficient to exclude the duty to consult as it has, as a minimum, a constitutionally equivalent agreement with Canada about its rights as manifest in Treaty 8. The location of the Dene Tha's affected territory (south of 60) also is irrelevant to justification for exclusion because the scope of the JRP includes the Connecting Facilities as part of its consideration of the whole MGP.

[75] The conduct of the federal government in involving and consulting every aboriginal group affected by the MGP but the Dene Tha' undermines the Ministers' argument that it was premature to consult with the Dene Tha' when the regulatory/environmental processes were being created.

### III. DUTY TO CONSULT – TIMING AND CONTENT

#### A. Introduction

[76] The concept and recognition of the fiduciary duty owed by the Crown toward Aboriginal peoples was first recognized in *Guerin v. Canada*, [1984] 2 S.C.R. 335, 13 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 321. The duty to consult, originally, was held by the Courts to arise from this fiduciary duty (see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075).

[77] The Supreme Court of Canada in three recent cases – *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; and *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2005] S.C.J. No. 71, 2005 SCC 69 – has described a more general duty arising out of the honor of the Crown. This duty includes the duty to consult.

[78] In *Guerin*, the Supreme Court of Canada held that a fiduciary obligation on behalf of the Crown arose when the Crown exercises its discretion in dealing with land on a First Nation's behalf. In *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, 70 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 385, the Court expanded this duty to encompass protection of Aboriginal and treaty rights. Even with this expansion, however, the fiduciary duty did not fit many circumstances. For example, the duty did not make sense in the

context of negotiations between the Crown and First Nations with respect to land claim agreements, as the Crown cannot be seen as acting as a fiduciary and the band a beneficiary in a relationship that is essentially contractual. The duty also encountered problems in conjunction with the Crown's obligations to the public as a whole. It is hard to justify the Crown acting only in the best interests of one group especially when this might conflict with its overarching duty to the public at large.

[79] In *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 220 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 1, 2002 SCC 79, Justice Binnie of the SCC noted that the fiduciary duty does not exist in every case but rather is limited to situations where a specific First Nation's interest arises. As Binnie explained at paragraph 81 of that judgment:

But there are limits [to the fiduciary duty of the Crown]. The appellants seemed at times to invoke the "fiduciary duty" as a source of plenary Crown liability covering all aspects of the Crown-Indian band relationship. This overshoots the mark. The fiduciary duty imposed on the Crown does not exist at large but in relation to specific Indian interests.

[80] In light of the decision in *Wewaykum*, in order for the purpose of reconciliation which underpins s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to have meaning, there must be a broader duty on the Crown with respect to Aboriginal relations than that imposed by a fiduciary relationship. Hence, in *Haida Nation*, the Court first identified the honor of the Crown as the source of the Crown's duty to consult in good faith with First Nations, and where reasonable and necessary, make the required accommodation. As such, the Crown must consult where its honor is engaged and its honor does not require a specific Aboriginal interest to trigger a fiduciary relationship for it to be so engaged. Another way of formulating this difference is that a specific infringement of an Aboriginal right is no longer necessary for the Government's duty to consult to be engaged.

[81] The major difference between the fiduciary duty and the honor of the Crown is that the latter can be triggered even where the Aboriginal interest is insufficiently specific to require that the Crown act in the Aboriginal group's best interest (that is, as a fiduciary). In sum, where an Aboriginal group has no fiduciary protection, the honor of the Crown fills in to insure the Crown fulfills the section 35 goal of reconciliation of "the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown."

[82] In assessing whether the Crown has fulfilled its duty of consultation, the goal of consultation – which is reconciliation – must be firmly kept in mind. The goal of consultation is not to be narrowly interpreted as the mitigation of adverse effects on Aboriginal rights and/or title. Rather, it is to receive a broad interpretation in light of the context of Aboriginal-Crown relationships: the facilitation of reconciliation of the pre-existence of Aboriginal peoples with the present and future sovereignty of the Crown. The goal of consultation does not also indicate any specific result in any particular case. It does not mean that the Crown must accept any particular position put forward by a First Nations people.

## **B. The Trigger for Consultation**

[83] The trigger for the Crown's duty to consult is articulated clearly by Chief Justice McLachlin in *Haida Nation* at paragraph 35:

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 (Minister of Forests)*, [1997]  
4 C.N.L.R. 45 (B.C.S.C), at p. 71, *per* Dorgan J.

[84] There are two key aspects to this triggering test. First, there must be either an existing or potentially existing Aboriginal right or title that might be affected adversely by Crown's contemplated conduct. Second, the Crown must have knowledge (either subjective or objective) of this potentially existing right or title and contemplate conduct might adversely affect it. There is nothing in the Supreme Court decisions which suggest that the triggers for the duty are different in British Columbia than in other areas of Canada where treaty rights may be engaged.

[85] Thus, the question at issue here is *when* did the Crown have or can be imputed as having knowledge that its conduct might adversely affect the potential existence of the Dene Tha' aboriginal right or title? In other words, did the setting up of the regulatory and environmental processes for the MGP constitute contemplation of conduct that could adversely affect a potential aboriginal right of the Dene Tha'? Given the scope of the MGP and its impact throughout the area in which it will function, it is hardly surprising that the parties are in agreement that the construction of the MGP itself triggers the Crown's duty to consult. Indeed the Crown engaged in that duty with every other aboriginal group.

**C. Content of the Duty to Consult and Accommodate**

[86] Whenever the duty of consultation is found to have begun, whether the duty was breached depends on the scope and content of this duty. Again Chief Justice McLachlin's comments in *Haida Nation* are applicable:

39 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.

Hence, unlike the question of whether there is or is not a duty to consult, which attracts a yes or no answer, the question of what this duty consists is inherently variable. Both the strength of the right asserted and the seriousness of the potential impact on this right are the factors used to determine the content of the duty to consult.

[87] Four paragraphs later, at 43-45, McLachlin C.J.C. invokes the image of a spectrum to illustrate the variable content of the duty to consult:

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 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 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.

[88] To summarize, at the lowest end of the spectrum, the duty to consult requires the Crown to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to said notice. On the highest end of the spectrum, the duty to consult requires the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision-making process, and the provision of written reasons that reveal that Aboriginal concerns were considered and affected the decision.

#### **D. Standard of Review**

[89] The Ministers identified as the theme of its submissions the overall reasonableness of the Crown's behavior, asserting that this was the appropriate standard of review for the Court to adopt on this judicial review.

[90] The Ministers further used the language of deference, imposing the pragmatic and functional approach from *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R.

226 that dominates administrative law onto the case at hand. This approach is not particularly helpful in this case where the core issue is whether there was a duty to consult and when did it arise.

[91] The pragmatic and functional approach and the language of deference are tools most often used by courts to establish jurisdictional respect *vis-à-vis* statutorily created boards and tribunals. The law of aboriginal consultation thus far has no statutory source other than the constitutional one of s. 35. Therefore, to talk of deference and/or impose a test, the goal of which is to determine the level of deference, is inappropriate in this context.

[92] In respect of the Ministers' "theme" of reasonableness, comments by the Chief Justice in *Haida* are illuminating. At paragraph 60-63 of her judgment in *Haida Nation*, McLachlin C.J.C. concisely addresses the issue of administrative review of government decisions *vis-à-vis* first nations:

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.

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.

[93] It thus follows that as the question as to the existence of a duty to consult and or accommodate is one of law, then the appropriate standard of review is correctness. Often, however, the duty to consult or accommodate is premised on factual findings. When these factual findings can not be extricated from the legal question of consultation, more deference is warranted and the standard should be reasonableness.

[94] These two standards of review dovetail onto the questions of whether there is a duty to consult and if so, what is its scope. The further question of whether the duty to consult has been met attracts a different analysis. From McLachlin C.J.C.'s reasons, it is clear that the standard of review for this latter question is reasonableness. To put that matter in slightly different terms, the government's burden is to demonstrate that the process it adopted concerning consultation with First Nations was reasonable. In other words, the process does not have to be perfect.

[95] In this case, all parties agree that there is a duty to consult and accommodate the Dene Tha'. The disagreement centers on when this duty arose and whether the government's failure to consult the Dene Tha' on issues of design of the consultation process constituted a breach. The federal government's efforts made after the determination as to the scope and existence of the duty to consult may be reviewed on the reasonableness standard. The issue of when the duty to consult arose is, however, one that goes to the definition of the scope of this duty, as such, as it is considered a question of law, it would attract the correctness standard of review.

[96] In my view, the question posed by the Dene Tha' is whether the duty to consult arose at the stage of process design – that is, from late 2000 to early 2002. The questions of fact involved in this issue – what the precise Aboriginal interests of the Dene Tha' are and what are the adverse effects of this failure to consult – are better contemplated in determining the *content* of the duty to consult, not its bare existence. As the question posed by Dene Tha' is a question of law focused on whether the duty to consult extends to a time period prior to any decision-making as to land use, the appropriate standard of review for this inquiry is correctness.

[97] Whether or not the government's actions/efforts after the duty to consult arose complied with this duty, however, would be judged on a reasonableness standard, assuming that it actually engaged in consultation. The issue would be whether it had engaged in reasonable consultation or made reasonable efforts to do so.

**E. Application of the Law to the Dene Tha'**

(1) When did the Duty Crystallize?

[98] The issue is: at what time did the Crown possess actual or constructive knowledge of an aboriginal or treaty right that might be adversely affected by its contemplated conduct? (No claim to Aboriginal title has been brought before this Court).

[99] There are three components to this question: (1) did the Crown have actual or constructive knowledge of an aboriginal or treaty right? (2) did it have actual or constructive knowledge that that right might be affected adversely by its contemplated conduct? and (3) what is the conduct contemplated?

[100] Dealing with the third question first, the conduct contemplated here is the construction of the MGP. It is not, as the Crown attempted to argue, simply activities following the Cooperation Plan and the creation of the regulatory and environmental review processes. These processes, from the Cooperation Plan onwards, were set up with the intention of facilitating the construction of the MGP. It is a distortion to understand these processes as hermetically cut off from one another. The Cooperation Plan was not merely conceptual in nature. It was not, for example, some glimmer of an idea gestating in the head of a government employee that had to be further refined before it could be

exposed to the public. Rather, it was a complex agreement for a specified course of action, a road map, which intended to *do* something. It intended to set up the blue print from which all ensuing regulatory and environmental review processes would flow. It is an essential feature of the construction of MGP.

[101] Turning now to the first question, the right in question is the Dene Tha' Treaty 8 right. As it is a signatory to the treaty agreements, the federal government has imputed knowledge of the existence of treaty rights (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2005] 3 S.C.R. 388). There is no dispute that the Dene Tha' has Treaty 8 rights in the territory in which the MGP and Connecting Facilities will run, and the federal government has knowledge of these rights. At the time of the Cooperation Plan, all versions of the proposed routing of the pipeline envisioned it going through Dene Tha' Treaty 8 territory in Alberta.

[102] The Mikisew decision referred to above is particularly applicable and is virtually on "all fours" with this judicial review. The decision involved affected rights under Treaty 8 in respect of the Mikisew Cree First Nation. The subject matter was a new road to be built through the Mikisew's territory (but not through a reserve) and the failure of the government to consult despite a public comment process.

[103] The Court held that any consultation must be undertaken with the genuine intention to address First Nation concerns. In the present case there was no intention to address the concerns before the environment and regulatory processes were in place.

[104] The Court also held that a public forum process is not a substitute for formal consultation. That right to consultation takes priority over the rights of other users. Therefore the public comment process in January 2002 in respect of the Cooperation Plan and that of July 2004 in respect of the Regulators' Agreement, JRP Agreement and Terms of Reference is not a substitute for consultation.

[105] Furthermore, there is no dispute that the federal government contemplated that the construction of the MGP had the potential of adversely affecting Aboriginal rights. It admitted on numerous occasions that it recognized it owed a duty of consultation to the Dene Tha' upon construction of the MGP.

[106] The precise moment when the duty to consult was triggered is not always clear. In *Haida*, the Court found that the decision to issue a Tree Farm License (T.F.L.) gave rise to a duty to consult. A T.F.L. is a license that does not itself authorize timber harvesting, but requires an additional cutting permit. The Court held that the "T.F.L. decision reflects the strategic planning for utilization of the resource" and that "[d]ecisions made during strategic planning may have potentially serious impacts on Aboriginal right and title". [Emphasis added. See *Haida* paragraph 76]

[107] From the facts, it is clear that the Cooperation Plan, although not written in mandatory language, functioned as a blueprint for the entire project. In particular, it called for the creation of a JRP to conduct environmental assessment. The composition of the JRP was dictated by the JRP Agreement, an agreement contemplated by the Cooperation Plan. The composition of this review panel and the terms of reference adopted by the panel are of particular concern to the Dene Tha'. In particular, the Dene Tha had unique concerns arising from its unique position. Such concerns

included: the question of the enforceability of the JRP's recommendations in Alberta and funding difficulties encountered by the Dene Tha' as result of its not qualifying for the "north of 60 funding programs" (a funding program apparently available only to those First Nations bands north of the 60° parallel). The Dene Tha' also had other issues to discuss including effects on employment, skill levels training and requirements and other matters directly affecting the lives of its people.

[108] The Cooperation Plan in my view is a form of "strategic planning". By itself it confers no rights, but it sets up the means by which a whole process will be managed. It is a process in which the rights of the Dene Tha' will be affected.

[109] There can be no question that the Crown had, at the very least, constructive knowledge of the fact that the setting up of a Cooperation Plan to coordinate the environmental and regulatory processes was an integral step in the MGP, a project that the Crown admits has the potential to affect adversely the rights of the Dene Tha'.

[110] The duty to consult arose at the earliest some time during the contemplation of the Cooperation Plan – that is, before its finalization in 2002. At the latest before the JRP Agreement was executed. For purposes of this case, nothing turns on the fixing of a more precise date as no consultation occurred during the creation of the Cooperation Plan or indeed the other regulatory processes through to July 15, 2004.

(2) What is the Content of the Duty?

[111] The Ministers submitted that the content of the duty in this case fell at the high end of the spectrum. The question here is whether the Crown in its behavior toward the Dene Tha' fulfilled the duty.

[112] The Crown also asserted that the combination of the JRP, NEB, and CCU worked to discharge it of its duty to consult. As canvassed earlier, none of these entities possessed either separately or together the jurisdiction to engage in consultation.

[113] The first time the Crown admits that what it was doing was consultation was the July 14, 2004 meeting between CCU and the Dene Tha', 24 hours before the JRP Agreement draft was finalized. Although there is evidence that the Dene Tha' had knowledge of the contents of the JRP draft Agreement prior to this meeting, this is not particularly significant. The first time that the Crown reached out to the Dene Tha' was at this meeting. Consultation is not consultation absent the intent to consult. Consultation cannot be meaningful if it is inadvertent or *de facto*. Consultation must represent the good faith effort of the Crown (reciprocated by the First Nation) to attempt to reconcile its sovereignty with pre-existing claims of rights or title by the First Nation. Thus it is relevant that at the time of this meeting the CCU asserted it was not engaged in aboriginal consultation as no application for the MGP had been filed. The Ministers cannot now argue that the CCU was engaged in consultation.

[114] By depriving the Dene Tha' of the opportunity to be a participant at the outset, concerns specific to the Dene Tha' were not incorporated into the environmental and regulatory process.

Among the concerns cited by the Dene Tha', two stand out: its concern over the enforceability of the federal review process' conclusions *vis-à-vis* the Alberta portion of the pipeline (the "Connecting Facilities" to be operated and owned by Nova Gas Transmission Limited) and the absence of funding to be able to engage in meaningful consultation.

[115] At the hearing, the Ministers and IORVL agreed that the construction of the MGP would demand the highest level of consultation from government. It is clear that during the period when the duty to consult first arose – at the stage of the Cooperation Plan – not even the most minimal threshold of consultation was met. To take one patent example, the Dene Tha' was not specifically notified of the creation of the Cooperation Plan. Public consultation processes cannot be sufficient proxies for Aboriginal Consultation responsibilities. As such, the Crown has clearly not fulfilled the content of its duty to consult.

[116] Even if one were to take the view that the duty to consult arose when the JRP process was being created and finalized, the duty was not met. The duty to consult cannot be fulfilled by giving the Dene Tha' 24 hours to respond to a process created over a period of months (indeed years) which involved input from virtually every affected group except the Dene Tha'. It certainly cannot be met by giving a general internet notice to the public inviting comments.

[117] This conduct would not even meet the obligation to give notice and opportunity to be heard which underlies the administrative law principle of fairness much less the more onerous constitutional and Crown duty to consult First Nations.

[118] The Court's conclusion is that there was a duty to consult with respect to the MGP; that the duty arose between late 2000 and early 2002; that the duty was not met at this time because there was no consultation whatsoever; that the meetings in July 2004 cannot be considered reasonable consultation.

[119] In the face of the Court's conclusion that the duty to consult had been breached, it is necessary to consider the remedy which should flow. The remedies must address the rights of the offended party, and be practical and effective and fair to all concerned including those who played no role in the Crown's breach of its duty.

#### **IV. REMEDY**

[120] The first remedy is a declaration that the Respondents Minister of Environment, Minister of Fisheries and Oceans, Minister of Indian and Northern Affairs Canada, and the Minister of Transport are under a duty to consult with the Dene Tha' in respect of the MGP, including the Connecting Facilities. The Court further declares that the Ministers have breached their duty to consult.

[121] The Dene Tha' requested that there be a "stick", an incentive, to goad the Crown into meaningful consultation. Specifically, the Applicant requested that the JRP hearing process be stayed pending further order of this Court, except insofar as the JRP may deliberate on matters unrelated to the Connecting Facilities or the territory within which the Dene Tha' have asserted Aboriginal or treaty rights. Moreover, the Applicant proposed that 120 days lapse following this

order before a Party could apply to the Court without the consent of the other party for a lifting of this stay.

[122] The Applicant further requested that the Court provide detailed direction to the Ministers about what constitutes consultation. Specifically, the Applicant requested that the Court order the Ministers consult with the Dene Tha' about the MGP, including the design of the environmental assessment process, the Terms of Reference for the environmental assessment, the treatment of the Connecting Facilities, and the provision of financial and/or technical support to assist the Dene Tha' in participating in the process.

[123] In addition, the Applicant suggested the Court play an ongoing supervisory role in the consultation process to follow as evidenced by its suggestion that a party be able to apply to the Court on ten days notice to request further directions.

[124] The remedy requested by the Dene Tha' is somewhat novel. As such, it is beneficial to search for some first principles regarding remedy in the context of Aboriginal law.

[125] In *Haida* in the context of whether the Haida Nation were limited in respect of remedy to an interlocutory injunction of the government, McLachlin C.J.C. provided a glimpse at some general principles that might underlie the determination of an appropriate remedy in the event of a governmental breach of its duty to consult.

[126] The Court tied the issue of remedy into the ultimate goal of Aboriginal-Crown relations, namely, reconciliation, finding that “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.” (paragraph 14). The Court also noted that negotiation was preferable to litigation in respect of achieving this reconciliatory goal.

[127] A striking feature of this present case is that while many government departments, agencies, entities and boards were involved, no one seemed to be in charge or at least responsible for consultation with First Nations. Clearly that was the case with Dene Tha’.

[128] As a part of any remedy, it is necessary to fix some Minister or person with responsibility, whose actions are subject to accountability in meeting the duty to consult which has been breached.

[129] The parties were at some disadvantage in making their arguments on remedies in that they did not know if and on what basis any liability or breach would be found. To that end, their submissions on remedy should be considered preliminary in nature.

[130] The difficulty posed by this case is that to some extent “the ship has left the dock”. How does one consult with respect to a process which is already operating? The prospect of starting afresh is daunting and could be ordered if necessary. The necessity of doing so in order to fashion a just remedy is not immediately obvious. However, it is also not immediately obvious how consultation could lead to a meaningful result.

[131] The first priority has been to identify the problem (if any); the next priority is to fix the problem to the extent possible in a real, practical, effective and fair way. The parties should be given an opportunity to address some of the ways in which this can be achieved in a final order.

[132] Therefore the Court will issue final orders of declaration and an order to consult upon terms and conditions to be stipulated following a remedies hearing.

[133] To preserve the current situation until a final remedy order is issued, the members of the JRP shall be enjoined from considering any aspect of the MGP which affects either the treaty lands of the Dene Tha' or the aboriginal rights claimed by the Dene Tha'. They shall be further enjoined from issuing any report of its proceedings to the National Energy Board.

[134] The Court will hold a remedies hearing, after hearing from the parties as to the issues which should be addressed at that hearing. Those issues shall include but not be limited to:

- whether the Crown should be required to appoint a Chief Consulting Officer (similar to a Chief Negotiator in land claims) to consult with the Dene Tha';
- the mandate for any such consultation;
- the provision of technical assistance and funding to the Dene Tha' to carry out the consultation;
- the role, if any, that the Court should play in the supervision of the consultation; and
- the role that any entities including the JRP and NEB should have in any such consultation process.

[135] Therefore, the application for judicial review will be granted with costs. A formal order will issue.

---

“Michael L. Phelan”

Judge

**FEDERAL COURT**

**NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD**

**DOCKET:** T-867-05

**STYLE OF CAUSE:** DENE THA' FIRST NATION  
and  
MINISTER OF ENVIRONMENT ET AL

**PLACE OF HEARING:** Vancouver, British Columbia

**DATE OF HEARING:** June 19 to 23, 2006

**REASONS FOR JUDGMENT:** Phelan J.

**DATED:** November 10, 2006

**APPEARANCES:**

Mr. Robert J.M. Janes  
Mr. Robert Freedman

FOR THE APPLICANT

Mr. Kirk Lambrecht, Q.C.

FOR THE RESPONDENT,  
ATTORNEY GENERAL OF CANADA

Ms. Mary E. Comeau

FOR THE RESPONDENT, IMPERIAL  
OIL RESOURCES VENTURES LIMITED

Mr. Andrew Hudson

FOR THE RESPONDENT,  
NATIONAL ENERGY BOARD

Mr. Greg Chase

FOR THE RESPONDENT,  
JOINT REVIEW PANEL FOR THE  
MACKENZIE GAS PROJECT

**SOLICITORS OF RECORD:**

Cook Roberts LLP  
Barristers & Solicitors  
Victoria, British Columbia

FOR THE APPLICANT

John H. Sims, Q.C.  
Deputy Attorney General of Canada  
Edmonton, Alberta

FOR THE RESPONDENT,  
ATTORNEY GENERAL OF CANADA

Macleod Dixon LLP  
Barristers & Solicitors  
Calgary, Alberta

FOR THE RESPONDENT, IMPERIAL  
OIL RESOURCES VENTURES LIMITED

National Energy Board  
Calgary, Alberta

FOR THE RESPONDENT,  
NATIONAL ENERGY BOARD

Miles Davidson LLP  
Barristers & Solicitors  
Calgary, Alberta

FOR THE RESPONDENT,  
JOINT REVIEW PANEL FOR THE  
MACKENZIE GAS PROJECT

TAB 7

Federal Court



Cour fédérale

**Date: 20171019**

**Docket: T-1427-15**

**Citation: 2017 FC 932**

**Ottawa, Ontario, October 19, 2017**

**PRESENT: The Honourable Madam Justice Mactavish**

**REPRESENTATIVE PROCEEDING**

**BETWEEN:**

**WILLIAM ENGE, ON HIS OWN BEHALF  
AND ON BEHALF OF THE MEMBERS OF  
THE NORTH SLAVE MÉTIS ALLIANCE**

**Applicant**

**and**

**THE MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND  
NORTHERN DEVELOPMENT,  
GOVERNMENT OF THE NORTHWEST  
TERRITORIES, FORT SMITH MÉTIS  
COUNCIL, HAY RIVER MÉTIS  
GOVERNMENT COUNCIL, FORT  
RESOLUTION MÉTIS COUNCIL AND  
NORTHWEST TERRITORY MÉTIS NATION**

**Respondents**

**JUDGMENT AND REASONS**

## TABLE OF CONTENTS

|                                                                                                                    | <u>Para</u> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| I. Introduction                                                                                                    | 1           |
| II. The Métis Parties                                                                                              | 17          |
| III. The History of the Negotiations Leading Up to the NWTMN AiP                                                   | 24          |
| IV. The Discussions with the NSMA                                                                                  | 33          |
| A. The <i>Mandeville</i> Decision                                                                                  | 44          |
| B. The NSMA's Submissions                                                                                          | 50          |
| C. The End of the Discussions                                                                                      | 65          |
| V. The Decision under Review                                                                                       | 69          |
| VI. Does Mr. Enge have Standing to Bring this Application on Behalf of the Members of the NSMA?                    | 78          |
| A. Was Mr. Enge Authorized to Act on Behalf of the Members of the NSMA?                                            | 82          |
| B. The History and Purpose of Rule 114                                                                             | 93          |
| C. The Sufficiency of the Authority Given to Mr. Enge                                                              | 100         |
| D. Has Mr. Enge Demonstrated that He Can Fairly and Adequately Represent the Interests of the Members of the NSMA? | 119         |
| VII. The Issues                                                                                                    | 125         |
| VIII. The Source and Function of the Duty to Consult                                                               | 130         |
| IX. The GNWT's Prematurity Argument                                                                                | 148         |
| X. Has the Duty to Consult with the Members of the NSMA been Triggered in this Case?                               | 157         |
| A. The Standard of Review                                                                                          | 164         |
| B. The Duty to Consult in the Métis Context                                                                        | 167         |
| C. Comparing the NSMA and the NWTMN                                                                                | 176         |
| D. Conclusion as to Whether a Duty on the Part of Canada to Consult with the NSMA was Triggered in this Case       | 189         |

|                                                                                         | <b><u>Para</u></b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|
| XI. Did the Crown Properly Assess the Extent of its Duty to Consult the NSMA?           | 203                |
| A. The Law Relating to the Need for a Preliminary Assessment of the Strength of a Claim | 206                |
| B. The Applicable Standard of Review                                                    | 211                |
| C. Canada’s Assessment of the Extent of its Duty to Consult with the NSMA               | 213                |
| XII. Remedy                                                                             | 248                |
| XIII. Costs                                                                             | 256                |

## **I. Introduction**

[1] William Enge is a Métis person and a member of the Métis community of the Great Slave Lake area in the Northwest Territories. He is also the President of the North Slave Métis Alliance (NSMA).

[2] Mr. Enge brings this application for judicial review on his own behalf and as the representative of the members of the NSMA. Mr. Enge says that he and the members of the NSMA have Aboriginal harvesting rights that have been judicially recognized and affirmed under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c.11.

[3] By this application, Mr. Enge challenges the adequacy of the consultation by the Minister of Indian Affairs and Northern Development with the members of the NSMA with respect to the “Northwest Territory Métis Nation Land and Resources Agreement-in-Principle” (NWTMN AiP) that was approved on July 31, 2015.

[4] Mr. Enge asserts that the members of the NSMA are a Métis people whose Aboriginal harvesting rights in the area north of Great Slave Lake in the Northwest Territories will be

adversely affected by a Final Agreement negotiated pursuant to the NWTMN AiP. He further asserts that Canada intends to extinguish the Aboriginal rights held by NSMA members to harvest in the area north of Great Slave Lake, notwithstanding the fact that the NSMA and its members have been largely excluded from the negotiations leading up to the conclusion of the NWTMN AiP.

[5] According to Mr. Enge, Canada's decision to exclude the NSMA from consultations was based on several errors of law and was, moreover, unreasonable. The result of these errors is that the parties were unable to have meaningful and fair discussions about how Canada should accommodate the Aboriginal rights held by NSMA members prior to it signing the NWTMN AiP.

[6] As a consequence, Mr. Enge asserts that negotiations towards a final Northwest Territory Métis Nation land and resources agreement (Final Agreement) should be stayed until such time as meaningful consultation with the NSMA can occur. This consultation should consider accommodation measures to address the NSMA's concerns with respect to the extinguishment of their Aboriginal harvesting rights as Métis north of Great Slave Lake.

[7] The respondent Minister of Indian Affairs and Northern Development (Canada) submits that this case is not fundamentally about the adequacy of Crown consultation, but is rather a challenge to the authority of the Northwest Territory Métis Nation (NWTMN) as the proper representative of the Métis people whose Aboriginal ancestors were indigenous to the south Slave region of the Northwest Territories. Canada further submits that the duty to consult does not arise in this case, as the members of the NSMA are part of the group with whom Canada has

been negotiating. In the alternative, Canada submits that if the Crown's duty to consult does arise here, the duty has been adequately discharged.

[8] Canada further disputes Mr. Enge's standing to bring this application as a representative of the NSMA. According to Canada, Mr. Enge did not obtain the authority of the members of the NSMA to bring this application, nor did he take effective steps to determine the prevailing views of the membership in relation to the NWTMN AiP. Consequently, Canada submits that Mr. Enge has not satisfied the requirements of Rule 114 (the provision of the *Federal Courts Rules* governing representative actions).

[9] The Government of the Northwest Territories (GNWT), the Fort Smith Métis Council, the Hay River Métis Government Council, the Fort Resolution Métis Council and the NWTMN have also been named as respondents to this application.

[10] The GNWT accepts that the NSMA was entitled to be consulted with respect to the NWTMN AiP. It submits, however, that, in coordination with Canada, it consulted with the NSMA regarding the potential adverse impact of the NWTMN AiP on the Aboriginal rights that are allegedly held by the members of the NSMA. The GNWT also states that deeper consultation and, if appropriate, accommodation will take place as the parties move closer to a final agreement. Given that consultation with the NSMA with respect to the final agreement is ongoing, the GNWT submits that this application is premature.

[11] The NWTMN is a registered society under the *Societies Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. S-11 of the Northwest Territories. It is a representative body whose mandate is to serve and protect the interests of the Indigenous Métis of the south Slave region who are members of the three

respondent councils: the Fort Smith Métis Council, the Hay River Métis Government Council, and the Fort Resolution Métis Council. The NWTMN and the three respondent councils will be referred to collectively in these reasons as the NWTMN.

[12] The NWTMN notes that it is not a party to the consultations between Canada, the GNWT and the NSMA, and that it does not owe a duty of consultation to the NSMA. The NWTMN further contends that it has no control over how Canada or the GNWT approached the consultation process with the NSMA.

[13] The NWTMN submits, however, that while Mr. Enge's application for judicial review is framed in terms of the adequacy of consultation, it is, in reality, a challenge to the legal basis or authority of the NWTMN to enter into the Agreement in Principle on behalf of the Métis of the Northwest Territories. The NWTMN also denies that Mr. Enge has the requisite standing to bring this application as a representative proceeding because they say that he has failed to satisfy the requirements of Rule 114 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. Consequently, the NWTMN submits that this application should be dismissed on this basis alone.

[14] For the reasons that follow, I have concluded that Mr. Enge has the necessary standing to bring this application on behalf of the members of the NSMA, and that his application for judicial review is not premature. I have further concluded that the NSMA was entitled to be consulted with respect to the potential adverse impact of the NWTMN AiP on the Aboriginal rights held by its members. I am also satisfied that Canada erred by failing to share its preliminary assessment of the strength of the NSMA members' claim with the NSMA.

[15] Canada also misapprehended the severity of the potential impact that a final land and resources agreement negotiated in accordance with the terms of the NWTMN AiP would have on the Aboriginal rights of the NSMA's members. Having misunderstood the extent of the potential impact that such an agreement would have on the Aboriginal harvesting rights of the members of the NSMA, Canada entered into its consultation with the NSMA based on a fundamental misconception of the nature and scope of its duty to consult. Moreover, without fully understanding the seriousness of the potential impact that a land and resources agreement would have on the section 35 rights of the members of the NSMA, Canada could not properly assess what, if any, accommodation measures would be appropriate.

[16] Consequently, Mr. Enge's application for judicial review will be granted.

## **II. The Métis Parties**

[17] Mr. Enge has been the President of NSMA since 2004. The NSMA is a registered society under the provisions of the *Societies Act*. It represents those members of the contemporary ethnic Métis community of the Northwest Territories who assert their Aboriginal rights as Métis north of Great Slave Lake. The over-arching objective of the NSMA is to protect the Aboriginal rights of its members in the area north of Great Slave Lake.

[18] The NSMA claims to have 283 members out of a community of approximately 500 people. I understand the parties to agree that many of these individuals have ancestral ties to the area south of Great Slave Lake. Membership in the NSMA is limited to "Indigenous Métis". Since 2011, individuals registered as "Indians" under the provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5 have been expressly prohibited from membership in the NSMA by the organization's By-laws.

[19] The NSMA's Bylaws define an "Indigenous Métis" as being "a person who is descendant of the Métis People of the Northwest Territories including the North Slave area and is recognized by the Community of Indigenous Métis of the North Slave area as a descendant of the Métis People who resided in, or used and occupied the Northwest Territories including the North Slave area prior to the federal Crown taking effective control of their traditional lands including the North Slave area".

[20] The parties agree that there is only one Métis community in the Northwest Territories whose traditional territory encompassed the entirety of the Northwest Territories and the northern portion of the provinces that abut the Northwest Territories. However, as was noted earlier, the NSMA is not the only organization purporting to represent the interests of the Métis community. The NWTMN also claims to have a similar purpose, although its focus is predominantly on the area south of Great Slave Lake, whereas the members of the NSMA claim to have Aboriginal rights in the area north of Great Slave Lake.

[21] According to its Constitution, the objectives of the NWTMN include promoting the unity of Métis in the south Slave region of the NWT, as well as developing and implementing Métis land claims, the inherent right of self-government and constitutional development. The mandate of the NWTMN is also to serve and protect the interests of Indigenous Métis who are members of the Fort Smith Métis Council, the Hay River Métis Government Council and the Fort Resolution Métis Council. This mandate includes the affirmation, protection and recognition of Métis aboriginal rights throughout the traditional territory of the NWTMN.

[22] The NWTMN maintains that it represents the interests of all Indigenous Métis of the Northwest Territories regardless of their current residence. The By-laws of the NWTMN define an “Indigenous Métis” as being a person who has:

- a) resided in a designated community [i.e. Fort Smith, Fort Resolution, Hay River]; and
- b) used or occupied the South Slave on or before December 31, 1921; or
- c) is a descendant of a person described in (a) and (b);
- d) is a descendant of a person registered as an Indian under the *Indian Act* who:
  - (i) resided in a designated community; and
  - (ii) used and occupied the South Slave on or before December 31, 1921.
- e) is not registered as an Indian under the *Indian Act*, and
- f) is not enrolled as a beneficiary in another land claim agreement in Canada.

[23] While the NWTMN claims that 2,169 Indigenous Métis people across Canada are eligible for membership in the organization, it has refused to provide any actual membership numbers. The NWTMN says that it is currently undertaking a questionnaire process to identify additional Indigenous Métis who are eligible for membership in one of its three member Councils. The NWTMN is verifying the information provided by applicants, including information regarding their genealogy, such as birth certificates, death certificates, baptismal certificates and historic records.

### III. The History of the Negotiations Leading Up to the NWTMN AiP

[24] In 1978, Canada accepted land claim submissions from the Indian Brotherhood of the Northwest Territories and the Métis Association of the Northwest Territories and agreed to

undertake the negotiation of a single land claim with both groups with respect to an area covering the entire Mackenzie Valley. This became known as the “Dene/Métis Land and Resource Negotiation”.

[25] Because of the many familial and community connections between the Dene and the Métis of the Northwest Territories, Canada decided that the best approach was to negotiate a single land claim for all of the Aboriginal people indigenous to the Northwest Territories rather than to pursue a divisive approach, trying to distinguish between the Dene and the Métis for the purpose of the negotiations.

[26] Negotiations toward a single Dene/Métis Agreement proceeded throughout the 1980s and resulted in a Comprehensive Land Claim Agreement dated April 4, 1990 between Canada, the Dene Nation and the Métis Association of the Northwest Territories. However, neither the Dene Nation nor the Métis Association of the Northwest Territories ratified this agreement, and negotiations then ceased for a period of time.

[27] Following the failure of the Dene/Métis Comprehensive Land Claim Agreement, Canada subsequently entered into regional land claim negotiations at the request of the Métis, the Gwich'in and the Sahtu Dene. These negotiations proceeded on the basis of the Dene/Métis draft agreement and the regions that had been predetermined for land selection purposes: namely the Gwich'in, Sahtu, North Slave, South Slave and Dehcho regions of the Northwest Territories.

[28] Land claims agreements were concluded with the Gwich'in and Sahtu Dene in 1992, and with the Métis in 1993. A land claim and self-government agreement was subsequently

concluded with the Tlicho First Nation in 2005. This agreement largely covered the area known as the North Slave region.

[29] In the South Slave region, the First Nations (as represented by the Akaitcho Dene Treaty 8 Tribal Corporation) pursued Treaty Land Entitlement under Canada's Specific Claims Policy. However, Specific Claims (including Treaty Land Entitlements) are based on unfulfilled treaty obligations, and are only available to First Nations who had been signatories to treaties. As the Métis of the South Slave region did not have a treaty with Canada, they were excluded from the Specific Claims negotiation process.

[30] To address this situation, negotiations recommenced between the Métis (as represented by the South Slave Métis Tribal Council, a predecessor to the NWTMN), Canada and the GNWT. These negotiations led to the signing of the South Slave Métis Framework Agreement in 1996. According to the evidence of Christie Morgan, a senior negotiator with the federal Department of Indian Affairs and Northern Development (now Indigenous Affairs and Northern Development), Canada is negotiating an agreement with the NWTMN that is based, to a large extent, on Canada's Comprehensive Land Claims Policy. This Policy has guided the negotiation of regional land claims in the Northwest Territories.

[31] Ms. Morgan further deposes that the negotiation of a Final Agreement is intended to allow the indigenous Métis people of the South Slave region of the Northwest Territories who were eligible for enrollment under the failed Dene-Métis Agreement but were ineligible for Treaty Land Entitlement to participate in a modern land and resources agreement with Canada.

[32] Since 1996, the NWTMN, Canada and the GNWT have been actively negotiating the terms of the NWTMN AiP, which, as was noted earlier, was signed on July 31, 2015. The NWTMN AiP will form the basis for the negotiation of a Final NWTMN Land and Resources Agreement.

#### **IV. The Discussions with the NSMA**

[33] In addition to their negotiations with the NWTMN, Canada and the GNWT determined that it was also appropriate to consult with what Ms. Morgan described as “neighbouring Aboriginal groups” whose rights could potentially be affected by a final land and resources agreement. The purpose of this consultation would be to determine “if and how those concerns might be addressed in the AiP or in a Final Agreement”.

[34] In order to identify the relevant groups for the purpose of consultation, Canada first identified those Aboriginal groups whose asserted or established Aboriginal or Treaty rights might fall within the NWTMN AiP’s proposed Agreement Area. The Agreement Area covers a large area in the east of the Northwest Territories, largely to the south and east of Great Slave Lake. A copy of the map in the NWTMN AiP that identifies the Agreement Area is attached as an appendix to these reasons. Canada and the GNWT were aware that the NSMA asserted Aboriginal harvesting rights in the area north of Great Slave Lake. Consequently, the NSMA was identified as an appropriate Aboriginal group for Canada and the GNWT to consult with.

[35] While Mr. Enge asserts that Canada and the GNWT failed to consult with the NSMA prior to entering into the NWTMN AiP, there were in fact discussions between the parties. Although there is a dispute as to the adequacy of the consultation that took place, the parties did exchange correspondence with respect to the terms of the NWTMN AiP. The NSMA was,

moreover, provided with funding to assist them in advancing the claims of its members to Aboriginal harvesting rights in the area north of Great Slave Lake, and with an opportunity to provide the two governments with documentary evidence supporting these claims.

[36] Amongst other things, the NSMA provided the two governments with five reports (at least one of which had been commissioned by Canada itself) that described the history, ethnogenesis, traditional knowledge and land use patterns of the members of the NSMA. There were also two face-to-face meetings at which Mr. Enge and other representatives of the NSMA were able to discuss the terms of the NWTMN AiP and possible accommodation measures with representatives of Canada and the GNWT.

[37] While Canada had previously refused to consult with the NSMA, the two levels of government jointly wrote to the NSMA on October 10, 2012, advising that it would be consulted with respect to the NWTMN AiP, and asking for the name of a main contact person for the consultation process. The NSMA subsequently identified Mr. Enge as the contact person for the consultation process.

[38] The October 10, 2012 letter further asked the NSMA “to identify potential adverse impacts that the proposed NWTMN AiP may have on your Aboriginal group’s potential or established Aboriginal or Treaty rights”. In response, the NSMA provided a substantial amount of information to Canada and the GNWT, including documentation regarding the NSMA’s section 35 harvesting rights and its concerns with the terms of the NWTMN AiP.

[39] On February 12, 2013, Canada wrote to Mr. Enge stating that it had reviewed the information submitted by the NSMA in support of its asserted section 35 rights and title and that

it had “determined the NSMA has not provided sufficient evidence to establish the existence of an ancestrally-based, present-day Métis community in the North Slave area with links to a historic Métis community in that area”. As a consequence, Canada stated that “the NSMA have not established a credible claim to s. 35 Métis rights which would support recognition of the NSMA as a distinct s. 35 Métis rights-holding community”.

[40] Despite having taken the position that the NSMA had not established that its members had a credible claim to section 35 Métis rights, Canada and the GNWT jointly wrote to NSMA on June 11, 2013 in an attempt to begin consultations with respect to the NWTMN AiP. They provided the NSMA with a copy of the draft NWTMN AiP, and set a deadline of July 26, 2013 for the NSMA to complete its review of the document. The two governments also offered funding to the NSMA to a maximum amount of \$11,500 to support the consultation process.

[41] The June 11, 2013 letter to the NSMA noted that Canada and the GNWT were aware that the NSMA was asserting Aboriginal rights to harvest in the area north of Great Slave Lake. They went on to note that “[t]he draft NWTMN AiP contemplates providing non-exclusive harvesting rights ... to Métis Members ... throughout the proposed Agreement Area”, which, it will be recalled, is an area to the south and east of Great Slave Lake. The letter further stated that “[t]here may exist *a small area of overlap* between the northwest corner of the proposed Agreement Area and the area over which the NSMA asserts an Aboriginal right to harvest” [my emphasis].

[42] Referring to the non-derogation clause in the draft NWTMN AiP, the June 11, 2013 letter went on to state that “[i]n the course of negotiations, Canada and the GNWT have been mindful to negotiate an agreement that would not affect the asserted Aboriginal or Treaty rights of groups

that are not party to the NWTMN final agreement”. That said, Canada and the GNWT asked the NSMA to identify any concerns that it may have in the event that any part of the draft NWTMN AiP would adversely affect the asserted Aboriginal right of the NSMA’s members to harvest in areas that overlapped with the Agreement Area.

[43] By letter dated June 25, 2013, Mr. Enge provided Canada and the GNWT with a copy of the decision of the Northwest Territories Supreme Court in *Enge v. Mandeville*, 2013 NWTSC 33, [2013] N.W.T.J. No. 38 [*Mandeville*], asking whether that decision affected Canada’s assessment of the strength of the NSMA’s section 35 claim.

A. *The Mandeville Decision*

[44] *Mandeville* was another proceeding commenced by Mr. Enge, this one in the Northwest Territories Supreme Court. There, Mr. Enge sought judicial review of a decision by the Territorial Minister of the Environment and Natural Resources to deny a portion of the annual quota for the harvest of Bathurst caribou to members of the NSMA.

[45] Based on evidence similar to that before this Court, the Court in *Mandeville* found that there was some evidence that established, on a *prima facie* basis, that there is a contemporary rights-bearing Métis community in the Great Slave Lake area of which Mr. Enge and the other members of the NSMA are members: at para. 207. In addition, the Court found that Mr. Enge had presented *prima facie* evidence that he is a Métis person through his long-term self-identification as a Métis, his ancestral connection to an historic Métis figure, and community acceptance by other Métis people: at para. 213.

[46] The Court also found that Mr. Enge had established a good *prima facie* claim that he and the members of the NSMA had the right to hunt caribou, based upon their asserted rights as Métis people who have traditionally hunted in the Great Slave Lake area: *Mandeville* at para. 230. In addition, the Court found that the Minister's decision to deny Mr. Enge and the other members of the NSMA the opportunity to participate in the limited Aboriginal caribou harvest had a not insignificant adverse effect on their Aboriginal rights: at para. 236.

[47] In addition, the Court found that the GNWT's consultation process with respect to the caribou harvest at issue in *Mandeville* was not reasonable: at para. 271. As a consequence, the Court concluded that the GNWT had erred in failing to conduct a preliminary assessment of the strength of the claims of Mr. Enge and the members of the NSMA, and the potential adverse effects of denying them a portion of the limited Aboriginal harvest of the Bathurst caribou herd. According to the Court, the GNWT had further erred in fulfilling its duty to consult by failing to conduct a reasonable consultation process: at para. 282.

[48] After reviewing the decision in *Mandeville*, Canada advised Mr. Enge that it had revised its preliminary assessment of the strength of the NSMA's claim to rights under section 35. In a letter to Mr. Enge dated August 16, 2013, Canada acknowledged that the NSMA "has a good *prima facie* claim to the Aboriginal right to hunt caribou on their traditional lands, and are entitled to an appropriate measure of consultation when that asserted right may potentially be adversely impacted by the Crown's action".

[49] However, Canada's letter further stated that its revised assessment "is not a determination by Canada that the North Slave Métis Alliance has any section 35 rights. The law relating to the

duty to consult makes it clear that an assessment of the strength of the claim for the purposes of consultation is not a rights-determination process”.

B. *The NSMA's Submissions*

[50] In a letter dated August 15, 2013, Mr. Enge provided the NSMA's initial submissions with respect to the NWTMN AiP, identifying the portions of the agreement that raised concerns on the part of the NSMA. Mr. Enge also indicated that the NSMA was concerned that the definition of “Métis” in the NWTMN AiP was very broad. The NWTMN AiP defines the term “Métis” as meaning “an Aboriginal person of Cree, Slavey or Chipewyan [collectively the “Dene”] ancestry who resided in, used and occupied any part of the Agreement Area on or before December 31, 1921, or a descendant of such person”. Mr. Enge also questioned whether it was Canada's intention “that if a person fails to meet all three criteria, that that person would not be considered Métis for the purposes of the Final Agreement”.

[51] Mr. Enge's August 15, 2013 letter specifically raised the issue of how harvesting rights were being dealt with in the draft NWTMN AiP. He asked whether it was Canada's intention “to extinguish the common law Aboriginal rights to harvest wildlife, fish, plants and trees throughout the NWT held by Métis eligible to be enrolled under the Final Agreement and confer new rights by the Final Agreement to harvest wildlife, fish, plants and trees exercisable only in the Agreement Area ... to Métis eligible to be enrolled under the Final Agreement?” Or, in the alternative, Mr. Enge asked whether it was Canada's intention “that the certainty provided under subsection 2.3.1 will only apply to the common law Aboriginal rights of the current members of the NWTMN and its affiliate Métis Councils?”

[52] The concerns of NSMA members were discussed during two face-to-face meetings between NSMA, Canada, and the GNWT. Present at those meetings were Mr. Enge and the NSMA's legal counsel, and representatives of Canada and the GNWT. The first such meeting occurred on August 29, 2013, and the second on October 24, 2013. The purpose of these meetings was to for Canada and the GNWT to discuss the draft NWTMN AiP with the NSMA.

[53] At the August 29 meeting, the NSMA representatives requested additional funding to allow them to participate fully in the consultation process. Canada refused this request, but agreed to consider further requests for additional funding as the parties moved toward a Final Agreement.

[54] The principle concern expressed by the representatives of the NSMA at this first meeting was that neither Canada nor the GNWT be permitted to unilaterally extinguish the Aboriginal harvesting rights of the members of the NSMA that had received judicial recognition in the *Mandeville* case. To this end, the NSMA proposed a modification to the provisions dealing with who was to be bound by a Final Agreement.

[55] The draft NWTMN AiP provided that the agreement would provide certainty with respect to the use and ownership of lands in the Northwest Territories by individuals who were "eligible to be enrolled under the Final Agreement". According to the "Eligibility" provision in Chapter 3.1.1 of the NWTMN AiP, "[a]n individual will be 'eligible to enrolled' under the Final Agreement if he or she is a Canadian citizen who a) is Métis; or b) was adopted as a Child, under Laws or under NWTMN custom, by a Métis or is a descendant of such person". The term "Métis" is defined in Chapter 1 of the NWTMN AiP as meaning "an Aboriginal person of Cree,

Slavey or Chipewyan ancestry who resided in, used and occupied any part of the Agreement Area on or before December 31, 1921, or a descendant of such people”.

[56] Chapter 2.4.1 of the NWTMN AiP states that “[t]he Final Agreement will provide that the NWTMN represents and warrants to Government that, with respect to the matters dealt with in the Final Agreement, it has the authority to enter into the Final Agreement on behalf of all individuals who are *eligible to be enrolled* under the Final Agreement in accordance with the Eligibility and Enrolment chapter.” [my emphasis].

[57] The NSMA does not accept that the NWTMN has the mandate or authority to enter into a Final Agreement on behalf of all of the individuals who are “eligible to be enrolled” under the agreement. According to the NSMA, this warranty would be a misrepresentation of the facts, as the NSMA is not a member society of the NWTMN and was not a party to the NWTMN AiP negotiations between Canada, the GNWT, and the NWTMN. The NSMA thus asked that the NWTMN AiP be amended so that the words “eligible to be enrolled” in the “Certainty” provision (Chapter 2.3.1) be replaced with the words “who are members of” so that the amended provision would read “[t]he Final Agreement will provide certainty with respect to the use and ownership of lands and resources within the Northwest Territories and the Wood Buffalo National Park by Métis *who are members of* the NWTMN and the Métis Councils” [my emphasis].

[58] Also relevant is the “non-derogation” clause (Chapter 2.5.1) in the NWTMN AiP, which provides that “No provision in the Final Agreement will be construed to ... affect ...any Aboriginal Rights of any Aboriginal people other than individuals *eligible to be enrolled* under the Final Agreement” [my emphasis].

[59] In asking that the words “eligible to be enrolled” be deleted from the “Certainty” provision and the “non-derogation” clause in the NWTMN AiP, the NSMA’s concern was that if the language was not altered, these provisions would operate to extinguish at least some NSMA members’ rights as Métis north of Great Slave Lake based solely on the fact that the Dene ancestry of these members would make them “eligible to be enrolled” under the Final Agreement. This extinguishment would, moreover, occur without the NSMA members’ elected representatives having participated in the negotiations.

[60] Canada’s position was that if an individual held Aboriginal rights in the area north of Great Slave Lake as a member of another Aboriginal people (independent of his or her other ancestral ties to the south Slave region of the Northwest Territories), the ability of these individuals to exercise their Aboriginal rights should not be affected by a Final Agreement by virtue of the agreement’s “non-derogation” clause. If, however, the individual’s ancestral ties were just to the south Slave area, and they met the eligibility criteria of the Final Agreement, then that individual would be bound by the decision of the collective to ratify the agreement. This would be the case whether or not the individual had chosen to align him- or herself with another organization such as the NSMA.

[61] Mr. Enge’s counsel stated that its proposed changes to the wording of the NWTMN AiP would address two fundamental interests on the part of the NSMA. First, they would ensure that the Aboriginal rights of the NSMA members, including their right to harvest in the area north of Great Slave Lake, could only be extinguished where those NSMA members had applied for, and been accepted for enrollment under the Final Agreement. This would mean that there could be no

extinguishment by operation of law, as there would have to be a clear choice made by individuals who elected to sign on to the agreement.

[62] Mr. Enge further noted that this accommodation measure would also allow for the South Slave Métis people to proceed with their Final Agreement.

[63] Canada and the GNWT rejected the NSMA's proposed modification to the language of the NWTMN AiP at the October 24, 2013 meeting on the basis that it was inconsistent with Canada's approach to negotiations of agreements of this nature, which was that agreements were intended to deal with the rights of *all* of those who are eligible for enrollment under the agreement in question.

[64] The NSMA then proposed that it be included as a party to post-NWTMN AiP negotiations towards a Final Agreement, so as to ensure that NSMA members had meaningful participation in negotiations that were intended to extinguish their Aboriginal hunting rights in the North Slave region. This proposal was also rejected by Canada and the GNWT.

### C. *The End of the Discussions*

[65] Following a further exchange of correspondence, Canada and the GNWT advised the NSMA by letter dated April 7, 2014 that there would be no further consultation with respect to the NWTMN AiP. This letter stated that Canada and the GNWT were negotiating with the NWTMN "by virtue of its members' Aboriginal ancestry, and not on the basis of the NWTMN representing a rights-bearing *Powley* community" [referring to the criteria for determining who qualifies as a Métis established by the Supreme Court in *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207.

[66] Canada and the GNWT took the position that “if the NSMA is a rights-bearing collective as contemplated by the Supreme Court of Canada in *Powley*, then the NSMA would be an Aboriginal group distinct from the NWTMN” and the rights of its members would thus be protected by virtue of the non-derogation clause contained in the Agreement. Canada and the GNWT further suggested that the NSMA discuss the situation with the NWTMN to see if the two organizations could come to some form of understanding.

[67] During the process leading up to the signing of the NWTMN AiP, Mr. Enge was in communication with the President of the NWTMN with respect to the Agreement in Principle. A meeting between representatives of the two organizations took place on December 5, 2014. However, the two sides were unable to reach an agreement on the issues that divided them.

[68] By letter dated August 18, 2015, Canada and the GNWT officially notified NSMA that the NWTMN AiP had been concluded on July 31, 2015. This followed the ratification of the Agreement at a meeting of the NWTMN at which 43 unidentified members of the organization were present.

## **V. The Decision under Review**

[69] The decision at issue in this proceeding is Canada’s decision to enter into the NWTMN AiP with the NWTMN and the GNWT.

[70] The NWTMN AiP confirms the right of “Métis members” to harvest all species of wildlife year-round in the “Agreement Area”, which, as was mentioned earlier, is defined as that portion of the Northwest Territories that is to the south and east of Great Slave Lake. If the terms of the NWTMN AiP are ultimately incorporated into a Final Agreement between Canada, the

NWTMN and the GNWT, Mr. Enge states that the effect of this Agreement would be to extinguish the judicially-recognized section 35 right of the members of the NSMA to hunt caribou in the area to the north of Great Slave Lake. Indeed, Canada has confirmed that its intent is that a final land and resources agreement with the Métis of the Northwest Territories would extinguish the section 35 harvesting rights outside of the Agreement Area for Métis whose ancestors lived in the South Slave area.

[71] As noted earlier, the NWTMN AiP defines the term “Métis” as meaning “an Aboriginal person of Cree, Slavey or Chipewyan ancestry who resided in, used and occupied any part of the Agreement Area on or before December 31, 1921, or a descendant of such people”.

[72] The applicants say that Canada and the GNWT are negotiating an agreement with the NWTMN that is blind to the constitutional distinction between “Métis” and “Indian” peoples. Eligibility under the NWTMN AiP is based on the Dene ancestry of the members of the NWTMN and their ancestral ties to the area south of Great Slave Lake. Mr. Enge notes that Aboriginal ancestry is just one of the *indicia* of being a Métis, and that as it is used in section 35 of the *Constitution Act, 1982*, the term “Métis” “does not encompass all individuals with mixed Indian and European heritage”. It instead refers to “distinctive peoples who, in addition to their mixed ancestry, developed their own customs, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forebears”: both quotes from *Powley*, above at para. 10.

[73] Ms. Morgan, who, it will be recalled, was Canada’s senior negotiator in the negotiations with respect to the Northwest Territories land and resources agreement, acknowledged that the definition of “Métis” in the NWTMN AiP does not incorporate the elements of the *Powley* test.

[74] In contrast, Mr. Enge asserts that the members of the NSMA are ethnically “Métis”, as contemplated by subsection 35(2) of the *Constitution Act, 1982*, as they satisfy the criteria established by the Supreme Court in the *Powley* case. They are, moreover, a distinct section 35 rights-bearing Métis collective whose traditional harvesting activities were carried out north of Great Slave Lake - an area that is largely outside the area that was being dealt with in the NWTMN negotiations.

[75] In accordance with the non-derogation clause in the NWTMN AiP, no provision in any Final Agreement between Canada, the NWTMN and the GNWT will be construed to affect any Aboriginal or treaty rights of any Aboriginal People other than individuals who are “eligible to be enrolled under the Final Agreement”.

[76] Mr. Enge acknowledges that those members of the NSMA who share ancestral ties to the Dene of the South Slave region would be “eligible to be enrolled” under the Final Agreement, and that that the non-derogation clause would only protect the rights of Aboriginal groups who are distinct from those with ancestral ties to the Dene of the south Slave region. Mr. Enge submits, however, that it should be open to such individuals to choose to assert *Powley*-type Métis rights through the NSMA, rather than participate in the NWTMN negotiation process by virtue of their Dene ancestry.

[77] Before addressing the merits of Mr. Enge’s application for judicial review, however, there is a preliminary matter that must be addressed. That is, as was mentioned earlier, Canada and the NWTMN assert that Mr. Enge has failed to satisfy the requirements of Rule 114 of the *Federal Courts Rules*, as he has not been properly authorized to act on behalf of the members of the NSMA, and he has failed to demonstrate that he can fairly and adequately represent their

interests. As the issue of Mr. Enge's standing to bring this application could potentially be determinative of this application, it will be addressed first.

**VI. Does Mr. Enge have Standing to Bring this Application on Behalf of the Members of the NSMA?**

[78] Mr. Enge brings this application for judicial review on his own behalf and on behalf of the members of the NSMA. He acknowledges that as such, the application is governed by the provisions of Rule 114(1) of the *Federal Courts Rules*, which provides that:

114 (1) Despite rule 302, a proceeding, other than a proceeding referred to in section 27 or 28 of the Act, may be brought by or against a person acting as a representative on behalf of one or more other persons on the condition that

(a) the issues asserted by or against the representative and the represented persons

(i) are common issues of law and fact and there are no issues affecting only some of those persons, or

(ii) relate to a collective interest shared by those persons;

(b) the representative is authorized to act on behalf of the represented persons;

(c) the representative can fairly and adequately represent the interests of the represented persons; and

114 (1) Malgré la règle 302, une instance — autre qu'une instance visée aux articles 27 ou 28 de la Loi — peut être introduite par ou contre une personne agissant à titre de représentant d'une ou plusieurs autres personnes, si les conditions suivantes sont réunies :

a) les points de droit et de fait soulevés, selon le cas :

(i) sont communs au représentant et aux personnes représentées, sans viser de façon particulière seulement certaines de celles-ci,

(ii) visent l'intérêt collectif de ces personnes;

b) le représentant est autorisé à agir au nom des personnes représentées;

c) il peut représenter leurs intérêts de façon équitable et adéquate;

(d) the use of a representative proceeding is the just, most efficient and least costly manner of proceeding

d) l'instance par représentation constitue la façon juste de procéder, la plus efficace et la moins onéreuse.

[79] Canada and the NWTMN submit that Mr. Enge has not satisfied the requirements of Rule 114(1)(b) and Rule 114(1)(c). That is, they argue that he has not been duly authorized to act on behalf of the members of the NSMA, and he has not demonstrated that he can fairly and adequately represent their interests. The GNWT does not dispute Mr. Enge's standing to bring this application on behalf of the members of the NSMA, perhaps because they conceded as much in *Mandeville*.

[80] While accepting that Mr. Enge is a member of a rights-bearing group, Canada and the NWTMN submit that this does not give him standing to bring this application.

[81] Citing the Supreme Court of Canada's decisions in *Behn v. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 SCC 26 at para. 30, [2013] S.C.R. 227, and *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53 at para. 35, [2010] 3 S.C.R. 103, these respondents observe that Aboriginal rights are collective rights, and the Crown does not owe a duty to consult individual members of an Aboriginal group. Consequently, Canada and the NWTMN submit that if Mr. Enge has not been duly authorized to bring this application for judicial review on behalf of the members of the NSMA, it follows that the application should be summarily dismissed.

A. *Was Mr. Enge Authorized to Act on Behalf of the Members of the NSMA?*

[82] Rule 184(1) of the *Federal Courts Rules* provides that allegations of fact asserted in a pleading that have not been admitted by the opposing party or parties will be deemed to have been denied. Rule 184(2)(a) further provides that it is not necessary for a party to prove his or

her right to bring a claim in a representative capacity, unless that right has been denied by an adverse party. That is the case here.

[83] In support of its contention that Mr. Enge has not been duly authorized to act on behalf of the members of the NSMA in this case, Canada notes that no specific authority was given to Mr. Enge by the members of the NSMA prior to the filing of his application for judicial review on August 26, 2015. No resolution of the Board of Directors of the NSMA was ever passed authorizing this application, and because minutes of Board meetings are not kept, it is not clear whether the bringing of this application was ever discussed or approved by the Board of the NSMA.

[84] According to Canada, the only authorization given for Mr. Enge to bring this application for judicial review is the *ex post facto* resolution passed at an Annual General Meeting of the NSMA that was held on April 9, 2016. This resolution ratified the filing of this application some seven months earlier. While acknowledging that such after-the-fact approval might be sufficient to comply with the requirements of Rule 114(1)(b) in some cases, Canada contends that it is not sufficient in this case because of the inadequacies of the notice that was given to members of the NSMA with respect to the Annual General Meeting of the organization.

[85] One advertisement informing the public of the upcoming Annual General Meeting of the members of the NSMA was placed in “*The Yellowknifer*”, a local Yellowknife newspaper. Canada acknowledges that this notice complied with the requirements of Article 8.2 of the NSMA’s By-laws, which require that notice of an Annual General Meeting be given by way of “public advertisement” not less than 30 days prior to the date of the meeting. However, Canada

says that there is good reason to believe that many of the members of the NSMA were unaware of the meeting.

[86] In support of this contention, Canada points out that many of the NSMA's members do not live in Yellowknife and would thus not have seen the advertisement. Moreover, the NSMA holds Annual General Meetings only sporadically, with the last such meeting having taken place in 2013. Consequently, the members of the NSMA would have had no reason to expect an Annual General Meeting to take place in April of 2016. Canada further notes that there were any number of ways that the NSMA could have given notice of its upcoming Annual General Meeting to its members, including, for example, by posting a notice on the NSMA's website, sending notice to members of the NSMA by regular mail or email, or including a notice in a NSMA newsletter. For whatever reason, it chose not to avail itself of any of these methods of communication.

[87] When he was asked in cross-examination why none of these other methods were used to provide NSMA members with notice of the upcoming Annual General Meeting, Mr. Enge stated that a single notice in the newspaper "was good enough for the Registrar of Societies so it is good enough for the NSMA". Mr. Enge further suggested that the onus was on members of the NSMA who lived outside of Yellowknife to keep themselves informed as to what was going on with the organization.

[88] Canada notes that Mr. Enge's claim to having had a "clear mandate" to pursue this application stemmed not from the collectively expressed views of the members of the NSMA who had been informed of the contents of the NWTMN AiP, but rather from the objects of the organization, as set out in the NSMA's Constitution, and from the provision in NSMA

membership application forms designating the NSMA as the representative of the members' interests. Canada says that such a mandate is "too general" to support the proposition that the members of the NSMA had specifically authorized Mr. Enge to commence legal proceedings on their behalf, the results of which would be binding on them.

[89] The NWTMN notes that the position taken by the NSMA with respect to the NWTMN AiP was formulated by Mr. Enge, his brother, his cousin and his legal counsel, and that the members of the NSMA were not consulted regarding their views of the NWTMN AiP prior to the commencement of this application for judicial review. Mr. Enge made virtually no effort, moreover, to inform the members of the NSMA of the issues that he had raised during the consultation process with respect to the NWTMN AiP, and he made only minimal effort to seek the views of the NSMA's membership and their authority to commence this proceeding.

[90] The NWTMN also argues that Mr. Enge seemed to accept that a specific mandate to commence this application for judicial review was required. That is, when he was asked why he had sought a resolution authorizing him to bring this application for judicial review after he had already done so, Mr. Enge explained that "[t]he North Slave Métis Alliance Board of Directors felt it was necessary to secure a general mandate and confirmation from its members that this judicial review was in the best interests of the North Slave Métis Alliance people".

[91] The NWTMN notes that the NSMA's 2016 Annual General Meeting was attended by only 22 unnamed members of the NSMA, out of a total membership of 283. The NWTMN submits that the low turnout was explained by the inadequacy of the notice given with respect to the meeting, the result of which is that this retroactive authorization does not provide sufficient authority for Mr. Enge to bring this application as a representative proceeding. This is especially

so, the NWTMN says, in light of the fact that the advertisement in “*The Yellowknifer*” did not specify that the membership would be asked to vote on a resolution authorizing Mr. Enge’s actions in bringing this application on behalf of the NSMA’s members. While no copy of the advertisement appears in the record, Mr. Enge stated in his cross-examination that the advertisement simply indicated that “the following business will be conducted: financial statements, resolutions, something like that”.

[92] Mr. Enge argues that independent of any resolution specifically authorizing the commencement of this application for judicial review, he had the requisite authority to commence this application by virtue of his office as President of the NSMA. He further submits that he can personally assert section 35 Aboriginal rights through this application on his own behalf and on behalf of others, as he is himself a member of the Métis of the north Slave area who has section 35 Aboriginal harvesting rights. Finally, Mr. Enge contends that there is no evidence before the Court of any other organization (including the NWTMN) that is authorized to represent Métis asserting harvesting rights in the area to the north of Great Slave Lake.

B. *The History and Purpose of Rule 114*

[93] In determining whether Mr. Enge has the necessary standing to bring this application on behalf of the members of the NSMA, it is helpful to start by reviewing the history and purpose of Rule 114.

[94] The *Federal Courts Rules* historically had a rule permitting representative proceedings which only applied to actions, and not to applications. The rule was, however, repealed in 2002 when the *Rules* were amended to allow for class actions. The view at the time was that proceedings that had previously been brought as representative actions would now be brought as

class actions: Chief Justice Allan Lutfy and Emily McCarthy, “*Rule-Making in a Mixed Jurisdiction: the Federal Court (Canada)*” (2010) 49 S.C.L.R. (2d) 313 at para. 33.

[95] Rule 114 was re-introduced into the *Federal Courts Rules* a few years later, however, at the request of members of the Aboriginal litigation bar who submitted that representative proceedings were more suitable than class actions for the group litigation of claims relating to Aboriginal and Treaty rights. Not only do representative actions not have the costly and complex certification requirements of class actions, there is, moreover, an important distinction between the two types of proceeding. Members of a class have the ability to opt out of a class action, something that is not appropriate when collective Aboriginal rights are being asserted. In contrast, in representative proceedings, all of the members of a group will be bound by the outcome of the proceeding: *Gill v. Canada*, 2005 FC 192 at para. 13, 271 F.T.R. 139; Lutfy and McCarthy, above at para. 38.

[96] The re-enacted Rule 114 established a number of requirements that a representative party must meet in order to protect the individual members of Aboriginal groups: *Kwicksutaineuk Ah-Kwa-Mish First Nation v. Canada*, 2012 FC 517 at para. 84, 409 F.T.R. 82. One such requirement is that a representative applicant be duly authorized to act on behalf of the represented persons.

[97] As the Supreme Court observed in *Behn*, “[t]he duty to consult exists to protect the collective rights of Aboriginal peoples”: above at para. 30. Because of the collective nature of Aboriginal rights, the duty to consult is not owed to individuals, but rather to the Aboriginal group that holds the section 35 rights: *Beckman*, above at para. 35. Consequently, the fact that Mr. Enge may himself enjoy section 35 harvesting rights does not give him a personal right to be

consulted with respect to the NWTMN AiP, nor is it enough to allow him to represent the other members of the NSMA in this application.

[98] This is because self-appointed individuals will not be permitted to assert collective Aboriginal rights on behalf of an Aboriginal community: *Ross River Dena Council v. Canada (Attorney General)*, 2009 YKSC 38 at para. 26, [2009] Y.J. No. 55 citing *Queackar-Komoyue Nation v. British Columbia (Atty. Gen.)*, 2006 BCSC 1517 at para. 35, [2007] 1 C.N.L.R. 286. An Aboriginal group can, however, authorize an individual or organization to represent it for the purpose of asserting its section 35 rights.

[99] The question, then, is whether Mr. Enge has been properly authorized to assert collective Aboriginal rights on behalf of the members of the NSMA.

C. *The Sufficiency of the Authority Given to Mr. Enge*

[100] Mr. Enge contends that independent of any resolution specifically authorizing the commencement of this application for judicial review, he had the authority to commence this application by virtue of his office as the duly-elected President of the NSMA, an office that he has held since 2004. As will be explained below, I agree with this submission.

[101] According to its Constitution, the NSMA is an organization whose purpose is “to advance the interests of its members by whatever means as are appropriate”, and to promote and support the recognition and advancement of the Aboriginal rights of the Métis community of the North Slave area of the Northwest Territories.

[102] The objects of the NSMA include “undertak[ing] any activities related directly or indirectly that are of interest or concern to the Alliance”, and “advanc[ing] and support[ing] the

constitutional, legal, political, social and economic rights of the Indigenous Métis of the North Slave area of the Northwest Territories”. The objects of the NSMA also include “negotiat[ing], ratify[ing] and implement[ing] agreements to advance and support the inherent right of self-government and self-determination of the community of Indigenous Métis of the North Slave area in the Northwest Territories for the benefit of the Alliance and its members between the federal Crown as represented by the Government of Canada and the territorial Crown as represented by the Government of the Northwest Territories”.

[103] Thus the assertion of Aboriginal harvesting rights in the area north of Great Slave Lake is part of the very *raison d'être* of the NSMA, and Mr. Enge's actions in bringing this application for judicial review are entirely consistent with the objects of the organization.

[104] Furthermore, the NSMA's membership application includes a provision whereby applicants confirm that they have voluntarily chosen the NSMA as their sole representative for the purpose of pursuing any Aboriginal rights that they may have in the North Slave Region of the Northwest Territories. This further supports Mr. Enge's authority to bring this proceeding on behalf of the members of the NSMA.

[105] As a registered society, the NSMA has all the rights and powers of a corporation: *Societies Act*, subsection 4(2). Corporations, in turn, have all the rights, powers and privileges of natural persons: *Business Corporations Act*, S.N.W.T. 1996, c.19, subsection 15(1). The *Business Corporations Act* further provides that “it is not necessary for a bylaw to be passed in order to confer any particular power on the corporation or its directors”: subsection 16(1).

[106] The By-laws of the NSMA do, however, provide that the Board of Directors of the NSMA is the governing body of the organization and is responsible for upholding its Constitution. The President of the NSMA has overall responsibility for the governance of the day-to-day business and activities of the organization.

[107] Mr. Enge evidently developed the position taken by the NSMA with respect to the NWTMN AiP in conjunction with two members of the organization's Board of Directors. Mr. Enge has further stated that the rest of the Board members were kept apprised of the position that he and the other two Board members were taking in their discussions with Canada and the GNWT. This is consistent with the role of Mr. Enge as President and of the Board of Directors as the governing body of the NSMA.

[108] As the Manitoba Court of Appeal noted in *Chartrand v. De la Ronde* (1996), 113 Man.R. (2d) 12 at para 50, [1996] M.J. No. 433, (citing *Shaw & Sons (Salford) Ltd. v. Shaw*, [1935] 2 K.B. 113 (C.A.) at p. 134), "[a] company is an entity distinct alike from its shareholders and its directors. Some of its powers may, according to its articles, be exercised by directors, certain other powers may be reserved for the shareholders in general meeting". Canada and the NWTMN have not identified any provision in either the NSMA's Constitution or its By-laws that require that the members of the NSMA approve any litigation brought on their behalf. I am thus not persuaded that it was necessary for Mr. Enge to obtain the specific approval of the membership of the NSMA before commencing this application for judicial review.

[109] Moreover, the Court went on in *Shaw* to note that "[t]he only way in which the general body of the shareholders can control the exercise of the powers vested by the articles in the

directors is by altering their articles, or, if opportunity arises under the articles, by refusing to re-elect the directors of whose actions they disapprove”.

[110] Mr. Enge was first elected President of the NSMA in 2004. According to Article 5 of the NSMA’s By-laws, elections are to be held every four years. Consequently, it appears that Mr. Enge would likely have been re-elected President of the NSMA in 2016 – after this application was commenced, and after he had successfully asserted Aboriginal harvesting rights in the area north of Great Slave Lake on behalf of the members of the NSMA in the *Mandeville* case.

[111] Mr. Enge’s re-election to the Presidency of the NSMA in 2016 suggests that the members of the organization were satisfied with his actions in bringing both of these cases.

[112] Indeed, it appears that the main impetus for the commencement of this application was to ensure that Canada and/or the GNWT could not extinguish the Aboriginal harvesting rights of the members of the NSMA in the area north of Great Slave Lake that received judicial recognition in *Mandeville*.

[113] Moreover, without losing sight of the fact that the onus is on Mr. Enge to demonstrate that he has the requisite authority to bring this application for judicial review on behalf of the members of the NSMA, I note that neither Canada nor the NWTMN has identified a single member of the NSMA who does not support Mr. Enge’s actions in bringing this application on his or her behalf.

[114] Finally, even if the specific authorization of the members of the NSMA was required for Mr. Enge to commence this application, such authority was obtained (albeit it on an after-the-fact

basis) through the resolution passed at the Annual General Meeting of the organization held on April 9, 2016 ratifying the filing of this application.

[115] This resolution provides that:

The members affirm that the President of the North Slave Métis Alliance, acting with the approval of the NSMA Board of Directors, has the authority to pursue all necessary legal and political actions to preserve NSMA members' Aboriginal rights as Métis of the Great Slave Lake area of the Northwest Territories from the effect of the Final Agreement as signified by NWTMN AiP including, but not limited to, the prosecution of the Application for Judicial Review, Federal Court File No. T-1427-15.

[116] While better notice of the Annual General Meeting of the NSMA could perhaps have been provided, the fact is that the notice that was given complied with the provisions of both the *Societies Act* of the Northwest Territories and the By-laws of the NSMA.

[117] For all of these reasons, I am satisfied that Mr. Enge has sufficient authority to bring this application on behalf of the members of the NSMA so as to satisfy the requirements of Rule 114(1)(b) of the *Federal Courts Rules*.

[118] The next question is whether Mr. Enge can fairly and adequately represent the interests of the members of the NSMA.

D. *Has Mr. Enge Demonstrated that He Can Fairly and Adequately Represent the Interests of the Members of the NSMA?*

[119] The respondents Canada and the NWTMN also claim that Mr. Enge has failed to demonstrate that he can fairly and adequately represent the interests of the members of the NSMA as he has failed to take reasonable steps to inform himself of their views. As a result, they

say that he is unaware of the opinions of most of the members of the NSMA with respect to the NWTMN AiP.

[120] In *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46 at para. 41, [2001] 2 S.C.R. 534, the Supreme Court of Canada addressed the type of considerations that a court should take into account in assessing whether an individual litigant has the capacity to adequately represent a group. Amongst other things, the Supreme Court stated that regard may be given to “the motivation of the representative, the competence of the representative’s counsel, and the capacity of the representative to bear any costs that may be incurred by the representative in particular (as opposed to by counsel or by the class members generally)”. The Court went on to state that “[t]he proposed representative need not be ‘typical’ of the class, nor the ‘best’ possible representative”. The Court should, however, be satisfied that the proposed representative “will vigorously and capably prosecute the interests of the class”, citing W. K. Branch, *Class Actions in Canada* (1998), at paras. 4.210-4.490; Friedenthal, Kane and Miller, *Civil Procedure* (2nd ed. 1993), at pp. 729-32.

[121] While the Court’s comments were made in the context of class actions, they are also relevant in the case of representative proceedings.

[122] Inasmuch as Canada and the NWTMN’s argument relates to the extent of Mr. Enge’s consultation with the members of the NSMA before bringing this application for judicial review, I have already concluded that he had the necessary authority to bring this application for judicial review on behalf of the members of the NSMA, and that his action in doing so and the position taken in the application accords with the NSMA’s Constitution. He has, moreover, demonstrated through his leadership role in the *Mandeville* case that he has the necessary knowledge of the

facts and issues involved in this application, coupled with the ability to successfully assert section 35 Aboriginal harvesting rights on behalf of the members of the NSMA. Mr. Enge is, moreover, represented by experienced counsel who successfully prosecuted the *Mandeville* case on behalf of Mr. Enge and the members of the NSMA.

[123] Consequently I am satisfied that Mr. Enge has satisfied the requirements of Rule 114(1)(c), and that he can fairly and adequately represent the interests of the members of the NSMA in this application.

[124] This then takes us to the merits of the application for judicial review.

## **VII. The Issues**

[125] Mr. Enge asserts that Canada has failed in its duty to properly consult with the members of the NSMA prior to entering into the NWTMN AiP with the NWTMN. Consequently he asks, amongst other things, that negotiation of any Final Agreement be stayed until such time as meaningful consultation and accommodation has occurred between Canada and the NSMA with respect to the concerns that it has raised.

[126] In particular, Mr. Enge asserts that Canada has erred in law by:

- (1) Failing to conduct a preliminary assessment of the strength of the NSMA members' claim;
- (2) Failing to correctly identify the parameters of the scope and content of its duty to consult;

- (3) Failing to reassess the strength of the NSMA members' claims during the consultation process; and by
- (4) Relying on the non-derogation clause in the NWTMN AiP as a mitigation measure.

[127] Mr. Enge further asserts that the consultation process that was carried out by Canada was unreasonable because it:

- (1) Took a rigid and inflexible position by relying on its regional claims negotiation policy and ignoring legal principles;
- (2) Took an “ends justify the means” approach to consultation; and
- (3) Refused to conduct deep consultation and to consider appropriate accommodation measures given the extreme nature of the potential adverse effects contemplated by the NWTMN AiP.

[128] Before addressing Mr. Enge's issues, however, I will first address the GNWT's argument that this application for judicial review should be dismissed on the basis that it is premature. I will also address Canada's argument that no duty to consult with the NSMA was triggered in this case, as the members of the NSMA are part of the Métis community of the Northwest Territories – the group with whom Canada has been negotiating, as represented by the NWTMN.

[129] In order to put the issues raised by this application into context, however, it is helpful to start by reviewing the law relating to the source and function of the duty to consult.

### **VIII. The Source and Function of the Duty to Consult**

[130] As the Supreme Court of Canada observed in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, the management of the relationship between Canada's Aboriginal and non-Aboriginal peoples "takes place in the shadow of a long history of grievances and misunderstanding". The Court noted that 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": both quotes from para. 1.

[131] It was in this context that the Supreme Court stated that "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": *Mikisew*, above at para. 1; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo Services Inc.*, 2017 SCC 40 at para. 19, [2017] S.C.J. No. 40. The duty to consult is grounded in the honour of the Crown, and seeks to protect Aboriginal and treaty rights while furthering reconciliation between Indigenous peoples and the Crown: *Clyde River*, above at para. 19, citing *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43 at para. 34, [2010] 2 S.C.R. 650.

[132] In order to act honourably, the Crown cannot "cavalierly run roughshod over Aboriginal interests where claims affecting these interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation and proof": *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73 at para. 27, [2004] 3 S.C.R. 511. Instead, the Crown must respect these potential, but as yet unproven, interests and must consult with the affected Aboriginal group or groups before any

decision is made that may affect the Aboriginal or treaty rights of the group in question. As the Supreme Court noted in *Clyde River*, “‘consultation’ in its least technical definition is talking together for mutual understanding”: above at para. 49, citing T. Isaac and A. Knox, “*The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People*” (2003), 41 Alta. L. Rev. 49, at p. 61.

[133] The duty to consult has both a legal and a constitutional character: *Rio Tinto*, above at para. 34; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41 at para. 6, [2008] 2 S.C.R. 483. The constitutional dimension of the duty to consult is grounded in the honour of the Crown: *Kapp*, above at para. 6. It is enshrined in section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms existing Aboriginal and treaty rights: *Clyde River* at para. 19, citing *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74 at para. 24, [2004] 3 S.C.R. 550.

[134] It is, moreover, “a corollary of the Crown’s obligation to achieve the just settlement of Aboriginal claims through the treaty process”: *Rio Tinto*, above at para. 32, citing *Haida Nation* at para. 20

[135] The Supreme Court has explained that the duty to consult “derives from the need to protect Aboriginal interests while land and resource claims are ongoing or when the proposed action may impinge on an Aboriginal right”: *Rio Tinto*, above at para. 33. The duty to consult requires that the Crown take contested or established Aboriginal rights into account before making a decision that may have an adverse impact on them: *Rio Tinto*, above at para. 35.

[136] The duty to consult is primarily a procedural right: *Mikisew*, above at para. 57. It is not based on the common law duty of fairness, however. Rather, it is a duty based on “a process of

fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution”: *Haida Nation*, above at para. 32.

[137] While primarily procedural in nature, the duty to consult also has a substantive dimension. The duty “is not fulfilled simply by providing a process within which to exchange and discuss information”: *Wii'litswx v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139 at para. 178, [2008] 4 C.N.L.R. 315. Consultation must instead be meaningful, and be conducted in good faith “with the intention of substantially addressing the concerns of the Aboriginal peoples whose lands are at issue”: *Clyde River*, above at para. 23; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 at para. 168, [1997] S.C.J. No. 108; see also Arthur Pape, “The Duty to Consult and Accommodate: A Judicial Innovation Intended to Promote Reconciliation” in *Aboriginal Law since Delgamuukw*, ed. Maria Morellato (Aurora, ON: Cartwright Group Ltd., 2009) at 317. In addition to being meaningful, consultation must also allow for accommodation where necessary. The representations of the Aboriginal group must be “seriously considered and, wherever possible, demonstrably integrated into the proposed plan of action”: *Halfway River First Nation v. British Columbia*, 1999 BCCA 470 at para. 160, [1999] 4 C.N.L.R. 1.

[138] Canada is required to consult with its Aboriginal peoples where it “has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it”: *Haida Nation*, above at para. 35. The knowledge threshold that must be met to trigger the duty to consult and accommodate is not high: see *Rio Tinto*, above at para. 40. Indeed, knowledge of a credible but unproven claim is sufficient to trigger the duty: *Haida Nation*, above at para. 37.

[139] Although it is essential that the Aboriginal people establish the existence of a potential claim, proof that the claim will succeed is not required: see *Rio Tinto*, above at para. 40.

[140] While the threshold for triggering a duty to consult is relatively low, once it is triggered, the degree of consultation that will be required in a specific case will depend on the strength of the Aboriginal claim, and the seriousness of the potential impact on the right: *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41 at para. 38 (*CTFN*), [2017] S.C.J. No. 41, citing *Haida Nation*, at paras. 39 and 43-45. Each case must be considered on its individual merits, and “flexibility is required, as the depth of consultation required may change as the process advances and new information comes to light”: *Clyde River*, above at para. 20, citing *Haida Nation*, at paras. 39 and 43-45.

[141] A weak claim may only require the giving of notice, whereas a stronger claim may attract more onerous obligations on the part of the Crown: *Haida Nation*, above at para. 37. The content of the duty to consult in the circumstances of this case will be discussed in greater detail later in these reasons.

[142] The duty to consult does not provide Aboriginal groups with a veto: *CTFN*, above at para. 59. As long as the consultation is meaningful, there is no obligation on the Crown to reach an agreement with the Aboriginal groups in issue. 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”: *Taku River*, above at para. 92.

[143] Where, however, “there is a strong Aboriginal claim that may be significantly and adversely affected by the proposed Crown action, meaningful consultation may require the Crown to modify its proposed course to avoid or minimize infringement of Aboriginal interests pending their final resolution”: *Wii’litswx*, above at para. 178. See also *Haida Nation*, above at paras. 41-42, 45-50. Consultation must be meaningful, and cannot simply be an opportunity for the Aboriginal group in issue to “blow off steam”: *Mikisew*, above at para. 54.

[144] The Crown has discretion as to how it structures the consultation process and how the duty to consult is met: *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187 at para. 203, [2016] 4 F.C.R. 418, leave to appeal refused, [2016] S.C.C.A. No. 386, SCC 37201, *Cold Lake First Nations v. Alberta (Minister of Tourism, Parks and Recreation)*, 2013 ABCA 443 at para. 39, 566 A.R. 259 (Alta. C.A.).

[145] Perfect satisfaction of the duty to consult is not required. As long as the Crown “makes reasonable efforts to inform and consult the First Nations which might be affected by the Minister’s intended course of action, this will normally suffice to discharge the duty”: *Ahousaht Indian Band v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2008 FCA 212, at para. 54, [2008] F.C.J. No. 946.

[146] In all cases, the fundamental question is what is necessary 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*, above at para. 45. The honour of the Crown also mandates that it balance societal and Aboriginal interests in making decisions that may affect Aboriginal claims: *Haida Nation*, above at para. 45. Consequently, any decision affecting Aboriginal or

treaty rights that is made without proper consultation will not be in compliance with the duty to consult, and should be quashed on judicial review: *Clyde River*, above at para. 24.

[147] With this understanding of the source and function of the duty to consult and accommodate, I turn next to consider the GNWT's prematurity argument.

## **IX. The GNWT's Prematurity Argument**

[148] The GNWT notes that the focus of Mr. Enge and NSMA in this application is on the actions of Canada, and that only Canada's actions are identified in the grounds for review in the applicants' Notice of Application. The GNWT further submits that Canada was "in the driver's seat" in the discussions with the NSMA, and that it merely followed Canada's lead in this regard.

[149] The GNWT concedes that it had a duty to consult with, and, if appropriate, accommodate the NSMA with respect to its members' asserted Aboriginal harvesting rights in the area to the north of Great Slave Lake. It further concedes that this duty was triggered by the negotiation of the draft NWTMN AiP, and that the GNWT will, moreover, continue to have a duty to consult with the NSMA through to the conclusion of any Final Agreement. The GNWT submits, however, that because there will be further consultation with the NSMA prior to the conclusion of a Final Agreement, this application for judicial review is therefore premature. I do not agree.

[150] The duty to consult is not limited to decisions that have an immediate impact on lands and resources: *Clyde River*, above at para. 25. As I observed in *Sambaa K'e Dene Band v. Duncan*, 2012 FC 204, 405 F.T.R. 182, "the duty to consult extends to strategic, higher level decisions that may have an impact on Aboriginal claims and rights, even if that impact on the

disputed lands or resources may not be immediate”: at para. 164, citing *Rio Tinto*, above at para. 44.

[151] Consultation must, moreover, be timely: *Halfway River*, above at para. 160. As I said in *Sambaa K’e*, “[i]f it is to be meaningful, consultation cannot be postponed until the last and final point in a series of decisions”. This is because “[o]nce important preliminary decisions have been made there may well be ‘a clear momentum’ to move forward with a particular course of action”: at para. 165, citing *Squamish Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2004 BCSC 1320 at para. 75, 34 B.C.L.R. (4th) 280. Such momentum, may, moreover, develop even if the preliminary decisions are not legally binding on the parties: both quotes from *Sambaa K’e*, above at para. 165.

[152] The duty to consult has been found to have been engaged by a Crown decision to enter into an agreement in principle with respect to lands and resources: *Sambaa K’e*, above at paras. 164-168; *Huron-Wendat Nation of Wendake v. Canada*, 2014 FC 1154, at para. 102-105. [2015] 3 C.N.L.R. 53.

[153] Indeed, the case law shows that the non-binding nature of preliminary decisions does not necessarily mean that there can be no duty to consult. For example, in *Dene Tha’ First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, 303 F.T.R. 106, negotiations leading to a non-binding Cooperation Plan nonetheless triggered a duty to consult that fell at the high end of the consultation spectrum.

[154] While there is still much to be resolved with respect to the terms of a final land and resources agreement, as the GNWT itself acknowledged, the NWTMN AiP provides “a general framework” for those discussions.

[155] As a consequence, this application for judicial review is not premature. It is open to Mr. Enge and the NSMA to challenge the adequacy of the consultation that has taken place with it to this point with respect to the NWTMN AiP.

[156] The next question, then, is whether the duty to consult with the NSMA has been triggered in this case.

**X. Has the Duty to Consult with the Members of the NSMA been Triggered in this Case?**

[157] While the GNWT concedes that it had a duty to consult with the NSMA that was triggered by its decision to negotiate the NWTMN AiP, Canada does not agree that it owed a duty to consult with the NSMA, or that any such duty was triggered in this case. Canada says that this is because the members of the NSMA are part of the group with whom it has been negotiating, namely the NWTMN.

[158] According to Canada, the Métis rights that will potentially be affected by a Final Agreement are the rights held by Métis people who are eligible for enrollment in accordance with the terms of the NWTMN AiP. It will be recalled that the NWTMN AiP defines “Métis” as meaning “an Aboriginal person of Cree, Slavey or Chipewyan ancestry who resided in, used and occupied any part of the Agreement Area on or before December 31, 1921, or a descendant of such person”. This is essentially the Métis community that Canada says that is has been negotiating with for many years, as represented by the NWTMN.

[159] While it had been negotiating with the NWTMN for a long time, Canada says that it started consulting with the NSMA in 2012 based on its understanding that the NSMA represented a distinct Aboriginal group that was asserting section 35 Aboriginal rights in the North Slave area. However, in the course of its consultations with the NSMA, Canada says that it learned that many members of the NSMA were in fact eligible for enrollment under the terms of the NWTMN AiP, and would thus be eligible to participate in the Final Agreement contemplated by the NWTMN AiP.

[160] Canada further notes that a binding final agreement will not be imposed on the Métis of the Northwest Territories. A final agreement will only come into existence if it is ratified by a majority of the people who are eligible for membership under its terms.

[161] According to Canada, this case is thus not fundamentally about the adequacy of Crown consultation; it is, rather, a challenge to the NWTMN as the proper representative of the Métis people whose Aboriginal ancestors were indigenous to the South Slave region of the Northwest Territories.

[162] Canada accepts that it had an obligation to consult with the Métis community of the Northwest Territories prior to entering into the NWTMN AiP. Canada further accepts that the Métis of the Great Slave Lake area have a good *prima facie* claim to a right to harvest caribou in their traditional asserted territory, which includes the area north of Great Slave Lake. What Canada disputes is whether it had any duty to consult with the members of the NSMA, independent of its obligation to consult with the Métis community of the Northwest Territories as represented by the NWTMN.

[163] The question for determination is thus whether Canada owed a duty to consult with the members of the Métis community of the Northwest Territories who are represented by the NSMA, in addition to the duty that it owed to consult with the members of the NWTMN. Before addressing this question, however, I will first examine the appropriate standard of review to be applied to Canada's choice of negotiating partner.

A. *The Standard of Review*

[164] The Supreme Court of Canada discussed the standards of review to be applied to Crown decisions relating to the duty to consult in *Haida Nation*, above at paras. 61-63. The Supreme Court held that on questions of law, the decision-maker must generally be correct, whereas a reviewing Court may owe a degree of deference to the decision-maker on questions of fact or mixed fact and law: above at para. 61.

[165] *Haida Nation* was decided before the Supreme Court's decision in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. However, in *Ahousaht*, above at para. 34, the Federal Court of Appeal confirmed that *Dunsmuir* did not change the standards of review to be applied in reviewing decisions relating to the duty to consult.

[166] The question of whether a duty on the part of the Crown to consult with a particular Aboriginal group has been triggered is a question of law, inasmuch as it defines a legal duty. As such, it is reviewable on the standard of correctness. That said, it also involves an assessment of the facts such as the composition of the Métis community in the Northwest Territories, and the nature of the two organizations that purport to represent that community. Consequently, a degree of deference is owed to Canada's assessment of the facts underlying its choice of negotiating partner in this case: *Haida Nation*, above at para. 61.

B. *The Duty to Consult in the Métis Context*

[167] To a large extent, the disagreement between the parties with respect to whether a duty to consult is owed to the NSMA stems from the fact that the Aboriginal people whose rights are at stake in this proceeding are Métis, rather than “Indians”, as that term is used in the *Indian Act*.

[168] The governance structures and legal status of groups of “Indians” are largely governed by the provisions of the federal *Indian Act*. Because of this, it will usually be clear which entity represents which Aboriginal group, and which entity must thus be consulted with respect to Crown actions that may have an impact on the Aboriginal rights held by members of the group in question. There is no comparable legislation at the federal or territorial level that creates legal identities and governance structures for identifiable Métis collectives, although some provinces have legislated in this area. As a result, it may be unclear who the Crown must consult prior to taking action that may affect the Métis’ Aboriginal rights.

[169] As was noted earlier in these reasons, Canada has been engaged in negotiations with the Métis community of the Northwest Territories since the 1980s. After the failure of the Dene/Métis Land and Resource Negotiation, Canada entered into regional land claim negotiations in each of the five regions of the Northwest Territories, including the North and South Slave regions. It appears that it was initially understood that the Métis of the North Slave region would be pursuing their interests separately from the Métis of the South Slave Region, in conjunction with the Dogrib Treaty 11 Tribal Council.

[170] In 1996, Canada negotiated a framework agreement called the “South Slave Métis Framework Agreement” with the GNWT, the Métis of Fort Smith Métis Nation Local #50, the Hay River and Area Métis Nation Local #51, and the Fort Resolution Métis Nation Local #53, as

represented by the South Slave Métis Tribal Council (SSMTC). The SSMTC was an umbrella organization representing the Métis of the South Slave region of the Northwest Territories, and was the predecessor to the NWTMN. According to Canada, this Framework Agreement continues to govern its negotiations with the Métis community of the Northwest Territories.

[171] At the same time, the NSMA was asking that it be recognized as the party to be consulted with respect to Métis claims relating to the area north of Great Slave Lake. This request appears to have been rejected on the basis that at least some of the members of the NSMA were eligible for membership in the NWTMN.

[172] Although it appears to have had limited information regarding the NWTMN (perhaps because it never asked the NWTMN for information regarding the Aboriginal group that it purported to represent), Canada says that after the failure of the Dene/Métis negotiations, it was an “easy decision” to continue negotiating the terms of a land and resources agreement with the NWTMN as the representative of the Métis people of the Northwest Territories.

[173] Canada has, moreover, taken the position that any concern with respect to the make-up of the NWTMN can be addressed through the ratification process. That is, Canada says that the successful ratification of a Final Agreement would signify that the NWTMN had been granted the necessary authority to enter into the agreement. The applicants call this an “ends justify the means” approach.

[174] While the successful ratification of a Final Agreement would signify that the majority of the members of the NWTMN approve of the agreement, it would not address the question of

who had to be consulted with respect to the terms of that agreement. Nor would it address any shortcomings in the consultation process leading up to the ratification vote.

C. *Comparing the NSMA and the NWTMN*

[175] The NSMA and the NWTMN were both established in the mid-1990s and both are registered societies under the *Societies Act* of the Northwest Territories. Although they have different criteria for membership, both organizations purport to represent the Métis people of the Northwest Territories who have section 35 rights to harvest in the area surrounding Great Slave Lake.

[176] While both the NWTMN and the NSMA assert section 35 harvesting rights in and around Great Slave Lake, the NSMA clearly represents a different constituency within the Métis community than does the NWTMN. The focus of the NWTMN appears to be on preserving the rights of its members in the area south of Great Slave Lake, whereas the focus of the NSMA is to preserve the rights of its members in the area to the north of Great Slave Lake.

[177] Although both organizations accept that there is a single Métis community in the Northwest Territories whose traditional territory encompasses the whole of the Territories, the two organizations have different objectives, different priorities and different criteria for membership.

[178] One of the objects of the NWTMN is promoting the unity of the Métis in the region to the south of Great Slave Lake in the Northwest Territories. Other goals include protecting, promoting and enhancing the Aboriginal rights of the Métis of the South Slave Region. According to the affidavit of Gary Bailey, the President of the NWTMN, the mandate of the

NWTMN is, in general terms, “to serve and protect the interests of Indigenous Métis who are members of the Fort Smith Métis Council, the Hay River Métis Council, and the Fort Resolution Métis Council”. Mr. Bailey further asserts that this mandate includes “the affirmation, protection and recognition of Métis aboriginal rights throughout the traditional territory of the NWTMN”, which, it says, includes the entirety of the Northwest Territories.

[179] In contrast, the aims of the NSMA include promoting the unity of the Métis in the North Slave Region of the Northwest Territories, and promoting and supporting the recognition of the Aboriginal rights and title and treaty rights of the community of indigenous Métis of the North Slave Region.

[180] The two organizations also appear to have different priorities, and to represent different constituencies within the Métis community of the Northwest Territories. While the focus of the NSMA is on protecting the Aboriginal harvesting rights of the community of indigenous Métis in the north Slave area of the Northwest Territories, Canada acknowledges that the NWTMN AiP contemplates the *extinguishment* of Aboriginal harvesting rights in the area to the north of Great Slave Lake.

[181] The NWTMN does not agree that the NWTMN AiP contemplates the extinguishment of Aboriginal wildlife harvesting rights in the area north of Great Slave Lake, stating that the extinguishment of its members’ Aboriginal rights outside of the agreement area is a matter that is “not under negotiation”. However, although the terms of the Final Agreement remain to be negotiated, the extinguishment of Aboriginal harvesting rights in the area north of Great Slave Lake does seem to be exactly what is contemplated by the NWTMN AiP. Indeed, Canada made clear that this was its intention throughout the consultation process.

[182] Indeed, during the October 24, 2013 meeting, Canada advised Mr. Enge and the NSMA of its intent that a final land and resources agreement with the Métis would extinguish the Aboriginal harvesting rights north of Great Slave Lake of those individuals eligible to be enrolled under the Final Agreement. Canada further conceded at the hearing of this application that Mr. Enge was “probably correct” in his understanding of the impact of the eligibility provisions in the NWTMN AiP on the rights of the members of the NSMA in the area north of Great Slave Lake.

[183] The NWTMN and the NSMA also appear to have different views as to who should be considered to be Métis for the purposes of a Final Agreement with the Crown. Both the By-laws of the NWTMN and the NWTMN AiP define “Métis” solely by reference to Aboriginal ancestry. However, as was noted by Mr. Enge and the NSMA, while all Métis have Aboriginal ancestry, not everyone with Aboriginal ancestry qualifies as “Métis”, as that term has been understood by the Supreme Court of Canada in cases such as *Powley* and *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99. Indeed, in *Powley*, the Supreme Court specifically rejected the idea that the term “Métis” includes everyone with mixed Indian and European heritage.

[184] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* affirms Métis rights, but is silent as to the definition of what it means to be “Métis”. The Supreme Court attempted to provide guidance on this point in *Powley*, setting out *indicia* of Métis identity for the purpose of claiming Métis rights under section 35. In addition to ancestral connection, these include self-identification and community acceptance: at paras. 31-33. In *Daniels*, the Supreme Court affirmed that that the criteria in *Powley* were developed specifically for purposes of applying section 35 of the

*Constitution Act, 1982*, which, it said, “is about protecting historic community-held rights”: at para 49, citing *Powley*, above, at para 13.

[185] The Supreme Court further emphasized the case-by-case nature of the *Powley* analysis, noting that although determining who will be considered to be a member of a Métis community “might not be as simple as verifying membership in, for example, an Indian band”. That does not, however, “detract from the status of Métis people as full-fledged rights-bearers”. The Supreme Court further observed that “[a]s Métis communities continue to organize themselves more formally and to assert their constitutional rights, it is imperative that membership requirements become more standardized so that legitimate rights-holders can be identified”. In the interim, the Court stated that “courts faced with Métis claims will have to ascertain Métis identity on a case-by-case basis”: all quotes from para. 29.

[186] Although Canada says that the NSMA has essentially the same membership criteria as NWTMN, the eligibility criteria for membership in the NWTMN focus largely on Aboriginal ancestry, whereas the eligibility criteria for membership in the NSMA includes other *Powley*-type considerations such as community recognition.

[187] The NSMA currently has 283 members, whose names have been provided to the two governments in the course of the consultation process. While the Bylaws of the NSMA prohibit the membership of those individuals with status under the *Indian Act*, Canada has noted that 33 of the individuals on the NSMA’s membership list have the same name as individuals registered as “Indians” under the *Indian Act*. It has not, however, established that they are in fact the same individuals.

[188] The NWTMN claims that there are 2,169 Métis people in Canada who are *eligible* for membership in the organization, and it says that it is currently undertaking a questionnaire process to identify additional Indigenous Métis who are eligible for membership in one of its three member Councils. The NWTMN has, however, refused to provide any actual membership numbers nor has it provided the names of its members. We thus have no way of knowing how the size of the membership of the NWTMN compares to that of the NSMA.

D. *Conclusion as to Whether a Duty on the Part of Canada to Consult with the NSMA was Triggered in this Case*

[189] While the entitlement of an Aboriginal organization to be consulted is not strictly a numbers game, I am prepared to draw an adverse inference from the fact that the NWTMN has refused to disclose its current membership numbers. I find that this information would likely have not assisted the NWTMN in demonstrating that it was the only organization that was entitled to be consulted with respect to a land and resources agreement between the Métis of the Northwest Territories and the federal and territorial Crown.

[190] There is no suggestion that the two government respondents ever asked the NWTMN to establish the strength of its members' claims to Aboriginal rights. Nor have the respondents established that the NWTMN has any greater right to represent the interests of the Métis people of the Northwest Territories than does the NSMA. The respondents have also not established that the NWTMN has any greater right than the NSMA to be consulted with respect to the terms of a land and resources agreement between the Métis of the Northwest Territories and the federal and territorial Crown.

[191] The Supreme Court has, moreover, affirmed that Métis communities have a significant role to play in the identification of membership requirements and the development of organizational and governance structures: *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37 at para. 81, [2011] 2 S.C.R. 670, citing *Powley*, above at para. 29. It is thus not for Canada to decide which organization is better suited to represent the interests of the Métis community of the Northwest Territories, nor is it for Canada to decide which organization has the more appealing agenda.

[192] Furthermore, the law is clear that “[t]he Crown cannot run roughshod over one group’s potential and claimed Aboriginal rights in favour of reaching a treaty with another”: *Haida Nation*, above at para. 27.

[193] It is not appropriate to try to set out a set of guiding principles that should be taken into account in determining whether a specific organization purporting to represent a Métis collective is entitled to be consulted in a particular case. This is a fact-driven question that must instead be addressed on a case-by-case basis.

[194] In this case, it appears that Canada and the GNWT were negotiating with the NWTMN for historical reasons, based on its members’ Aboriginal ancestry, and not because the members of the NWTMN necessarily represented a section 35 rights-bearing *Powley* Métis community.

[195] As the Supreme Court observed in *Haida Nation*, above at paragraph 37, knowledge of a credible but unproven claim is sufficient to trigger a duty to consult and accommodate. Canada was clearly aware that the members of the NSMA asserted a section 35 Aboriginal right to hunt caribou in the area north of Great Slave Lake. Not only was it provided with copious evidence

supporting that claim, as of June, 2013, it was also aware that the Supreme Court of the Northwest Territories had found in *Mandeville* that Mr. Enge had established a good *prima facie* claim that he and the members of the NSMA had a right to hunt caribou, based upon their asserted rights as Métis people who had traditionally hunted in the area north of Great Slave Lake.

[196] Once it determined that some members of the NSMA were eligible for membership in the NWTMN and were eligible to be enrolled under the NWTMN AiP, Canada appears to have concluded that it had no obligation to consult with the NSMA. It never considered the differences in the objects, priorities and criteria for membership between the two organizations. Nor did it consider the credibility of the organizations as representatives of the Métis community of the Northwest Territories, or whether the organizations represented different constituencies within that community. Canada's conclusion that no duty to consult was owed to the NSMA therefore lacks the justification, transparency and intelligibility required of a reasonable decision. It is thus both unreasonable and incorrect.

[197] Indeed, I am satisfied that, in this case, the NSMA is a credible organization that has existed for many years, advocating for the rights of the Métis of the north Slave region. The NSMA further represents a sizeable and identifiable constituency within the Métis community of the Northwest Territories, one with concerns and priorities that differ from those of the NWTMN. As such, it was, and is, entitled to be consulted with respect to any actions of the Crown that may have an adverse impact on the Aboriginal rights of its members.

[198] As was noted earlier, 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. The knowledge threshold that must be met to trigger the duty to consult and accommodate is not high: see *Mikisew*, above at para. 55. Knowledge of a credible but unproven claim is sufficient to trigger that duty: *Haida Nation*, above at para. 37.

[199] Canada was aware that the members of the NSMA were asserting section 35 Aboriginal rights to harvest in the area north of Great Slave Lake, and that, as of June, 2013, the Supreme Court of the Northwest Territories had found that Mr. Enge had established a good *prima facie* claim that he and the members of the NSMA had the Aboriginal right to hunt caribou in the area north of Great Slave Lake, based upon their asserted section 35 rights as Métis people who have traditionally hunted in that area: *Mandeville* at paras. 230 and 233.

[200] The negotiation of the NWTMN AiP was, moreover, an action on the part of the Crown that could have an adverse impact on the Aboriginal rights of the members of the NSMA. While the NWTMN does not agree, Canada itself acknowledges its intention to extinguish the Aboriginal harvesting rights of the Métis community of the Northwest Territories in the area north of Great Slave Lake in exchange for a codified set of rights in the Agreement Area. This is clearly contemplated conduct that may adversely affect an Aboriginal claim or right: *Haida Nation*, above at para. 35.

[201] In these circumstances, I am satisfied that a duty on the part of Canada to consult with the NSMA was triggered in this case.

[202] This then takes us to a consideration of what actually happened in this case, how Canada approached the discussions with Mr. Enge and the NSMA, and whether those discussions were sufficient to fulfill Canada's duty to consult with the NSMA with respect to the terms of a

proposed land and resources agreement between Canada and the Métis of the Northwest Territories.

**XI. Did the Crown Properly Assess the Extent of its Duty to Consult the NSMA?**

[203] As previously noted, Canada's primary position appears to be that it does not owe any duty to consult with the NSMA as the members of the NSMA are part of the group with whom it has already been negotiating. Canada argues, in the alternative, that if such a duty does arise, it was adequately discharged by the consultations that have already taken place with the NSMA. As I have concluded that Canada did indeed have a duty to consult with the NSMA, I will now consider whether the interaction between the NSMA and the two levels of government was sufficient to discharge that duty.

[204] Amongst other things, Mr. Enge and the NSMA argue that Canada erred in law by failing to conduct a preliminary assessment of the strength of the NSMA members' claims to Aboriginal harvesting rights, by failing to correctly identify the parameters of the scope and content of its duty to consult and by failing to reassess the strength of the NSMA's members' claims during the consultation process.

[205] Before examining what occurred in this case, however, it is helpful to start by reviewing the law with respect to the need for a preliminary assessment of the strength of an Aboriginal claim.

**A. *The Law Relating to the Need for a Preliminary Assessment of the Strength of a Claim***

[206] Once triggered, the content of the duty to consult will vary from case to case depending upon what is required by the honour of the Crown in a given set of circumstances: *Haida Nation*,

above at para. 43. See also *Rio Tinto*, above at para. 36; *Taku River*, above at para. 32; *Tsuu T'ina Nation v. Alberta (Minister of Environment)*, 2010 ABCA 137 at para. 71, [2010] A.J. No. 479; *Ahousaht*, above at para. 39.

[207] Where, for example, the claims are weak, the Aboriginal right is limited, or the potential for infringement is minor, the only duty on the Crown may be to give notice, to disclose information, and to discuss any issues raised in response to the notice: *Haida Nation*, above at para. 43.

[208] In contrast, where a strong *prima facie* case has been established for the Aboriginal right or title in question, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high, “deep consultation” aimed at finding a satisfactory interim solution may be required: *Haida Nation*, above at para. 44.

[209] The scope of the duty to consult is thus proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and of the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed: *Haida Nation*, above at para. 39. That is, the degree of impact on the rights asserted will dictate the degree of consultation that is required in a specific case: *Mikisew*, above at paras. 34, 55 and 62-3. The more serious the potential impact on asserted Aboriginal or Treaty rights, the deeper the level of consultation that will be required.

[210] The failure of the Crown to conduct a preliminary assessment of the strength of an Aboriginal claim, to determine the scope of the consultation required, and to discuss its preliminary assessment with the Aboriginal group in question can itself be a breach of the duty to

consult: *West Moberly First Nations v. British Columbia (Ministry of Energy, Mines and Petroleum Resources)*, 2011 BCCA 247 at para. 113, [2011] 3 C.N.L.R. 343.

B. *The Applicable Standard of Review*

[211] I understand the parties to agree that the standard of review to be applied to the Crown's assessment of the extent of its duty to consult, including its assessment of the strength of the Aboriginal claim in issue, and the potential impact on the right in question is that of correctness: *West Moberly*, above at para. 174. However, as was noted in *Haida Nation*, some deference should be shown to the Crown's assessment of the facts: at para. 61.

[212] With this understanding of the applicable legal principles, I turn now to consider the sufficiency of Canada's preliminary assessment of the strength of the NSMA members' claim.

C. *Canada's Assessment of the Extent of its Duty to Consult with the NSMA*

[213] According to the evidence of Ms. Morgan, the only preliminary assessment that was carried out by Canada with respect to the strength of the Aboriginal harvesting claims asserted by the members of the NSMA was that contained in an undated table that was provided to the NSMA in the course of this application for judicial review. The GNWT evidently prepared its own "Partial Preliminary Assessment of the Depth of the Duty to Consult", which does not assess either the strength of the claims of the NSMA's members nor the depth of consultation to which they were entitled. Ms. Morgan was, moreover, clear that Canada had minimal input into this document.

[214] Although Ms. Morgan initially claimed in her cross-examination that Canada's assessment had likely been prepared in the summer of 2012, prior to it entering into discussions

with the NSMA, she subsequently conceded that the document had to have been prepared sometime after June of 2013, as it contained references to the decision in *Mandeville*. That decision was rendered on June 20, 2013, and was provided to Canada by the NSMA shortly thereafter.

[215] Ms. Morgan also stated that this was the *only* assessment of the strength of the claims of the members of the NSMA that had been carried out by Canada. However, it appears that Canada had in fact previously assessed the strength of the NSMA's claims in early 2013.

[216] Over the years, the NSMA had provided Canada with copious amounts of information in support of the section 35 harvesting rights being asserted by its members in the area north of Great Slave Lake. In a letter to Mr. Enge dated February 12, 2013, the Acting Director of Aboriginal and Territorial Relations advised that Canada had conducted a "thorough review" of the information that had been provided to support the NSMA members' claim to section 35 Aboriginal rights, and had that it had determined that that the NSMA had "not provided sufficient evidence to establish the existence of an ancestrally-based present-day Métis community in the North Slave area with links to a historic Métis community in that area". Consequently, the letter stated that the NSMA had "not established a credible claim to s. 35 Métis rights which would support the recognition of the NSMA as a distinct s. 35 Métis rights-holding community". The letter nevertheless concluded by suggesting a meeting to discuss the issue.

[217] As noted by the applicants, the law requires that a single preliminary assessment of the strength of a claim to an Aboriginal right may not be enough, and that the situation may have to

be re-evaluated from time to time, as the level of consultation required may change as the process goes on and new information comes to light: *Haida Nation*, above at para. 45.

[218] However, despite the applicants' assertion that Canada failed to reassess the strength of the NSMA's members' claims during the consultation process, it appears that Canada's initial assessment was indeed reviewed in light of the *Mandeville* decision. This second assessment is the one identified by Ms. Morgan.

[219] The assessment in question identifies the right at issue as being the "Aboriginal right to hunt for food, according to traditional practices". The document further notes that the NSMA members' traditional harvesting and land use area was "almost identical to the land area affected by the GNWT's Bathurst caribou management zones", referencing *Mandeville* at para. 231. Ms. Morgan acknowledged in her cross-examination that Canada was in fact relying on the assessment of the nature and scope of the rights that were identified in *Mandeville*.

[220] This revised preliminary assessment further states that the NWTMN AiP "contemplates providing harvesting rights to the Métis throughout the proposed Agreement Area", and that "[t]he provision of harvesting rights to the Métis in an area that overlaps with the asserted traditional territory could be perceived as potentially affecting North Slave Métis Alliance harvesting rights".

[221] There are a number of problems with this revised assessment.

[222] First, this second assessment was never shared with Mr. Enge and the NSMA, and was only produced to them in the context of this application for judicial review. However, the jurisprudence clearly requires that the Crown provide an affected Aboriginal group with an

opportunity to comment on a preliminary assessment of the strength of a claim and the potential impact of the proposed decision on the asserted rights: *Adams Lake Indian Band v. British Columbia (Lieutenant Governor in Council)*, 2011 BCSC 266 at para. 131, [2011] B.C.J. No. 363, rev'd, but not on this issue, 2012 BCCA 333.

[223] As the Court observed in *Adams Lake*, “[t]his is necessarily a key step in the consultation process because the scope of the duty to consult 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’”: at para. 131, citing *Haida Nation* at para. 39. As the Supreme Court further observed in *Haida Nation*, the Crown is required to complete a preliminary assessment because “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”: *Haida Nation*, above at para. 36, citing *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 at para 112.

[224] Indeed, as the Federal Court of Appeal observed in *Gitxaala*, the preliminary assessment “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”: at para. 290.

[225] Once the Crown has completed its preliminary assessment of the claim to Aboriginal rights, the Crown must undertake a process that is tailored to the “spectrum of consultation”: *Haida Nation* at para 44.

[226] As noted above, the first assessment of the strength of the claims asserted by Mr. Enge and the members of the NSMA was that contained in Canada’s February 12, 2013 letter to Mr.

Enge. This letter simply states that the NSMA had not established the existence of a credible claim to section 35 Métis rights which would support the recognition of the NSMA as a distinct section 35 Métis rights-holding community.

[227] Insofar as the preliminary assessment identified by Ms. Morgan is concerned, although Canada had by this point conceded that the members of the NSMA had a good *prima facie* claim to the Aboriginal right to hunt caribou on their traditional lands, there is nothing in the document regarding Canada's assessment of the strength of the claims of the NSMA's members to section 35 harvesting rights as Métis in the area north of Great Slave Lake.

[228] Nor is there any indication in the document identified by Ms. Morgan as Canada's preliminary assessment as to what assessment, if any, the Crown had made concerning the scope of its duty to consult with the NSMA. The law, however, requires that the Crown correctly identify the legal parameters of the content of the duty to consult in order for it to be able to properly determine what will constitute adequate consultation: *Mandeville*, above at para. 145; *Klahoose First Nation v. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642 at para. 18, [2009] 1 C.N.L.R. 110; *Wii'litswx*, above at para. 15. To proceed without having done so would be an error of law: *Nunatukavut Community Council Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 981 at para. 91, [2015] F.C.J. No. 969; *Mandeville*, above at paras. 172-180.

[229] Indeed, as the Federal Court of Appeal observed in *Gitxaala*, affected Aboriginal peoples are "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": at para. 309. That did not happen here.

[230] Notwithstanding an invitation from the NSMA to do so, Canada refused to assess the strength of the claimed right of the members of the NSMA to hunt in the area north of Great Slave Lake as *Métis*.

[231] As noted earlier, the NWTMN AiP defines “Métis” as meaning “an Aboriginal person of Cree, Slavey or Chipewyan ancestry who resided in, used and occupied any part of the Agreement Area on or before December 31, 1921, or a descendant of such person”. The focus of the NWTMN AiP is thus on individuals of Indian ancestry, at least some of whom might not qualify as “Métis” under the criteria that were established by the Supreme Court in *Powley*. Indeed, Ms. Morgan acknowledged in her cross-examination that negotiations with the NWTMN with respect to a Northwest Territories land and resources agreement were being carried out on the basis of Dene ancestry, and not Métis identity.

[232] This approach is the result of the fact that negotiations towards a land and resources agreement with the Métis of the Northwest Territories started, not just before the decision of the Supreme Court in *Powley*, but before the enactment of the *Constitution Act, 1982* with its section 35 protection for the rights of Canada’s Indigenous people. The language in the NWTMN AiP was evidently based on language contained in the pre-*Powley* South Slave Métis Framework Agreement, and the governments did not reconsider their approach to the negotiations after the release of the *Powley* decision. Indeed, Canada candidly admitted during the consultation process that it did not much care which kind of Aboriginal rights were held by those who were “eligible to be enrolled” under a final agreement, as long as Canada achieved the certainty it was seeking with respect to the use of lands and resources.

[233] The NSMA was clear in its discussions with Canada and the GNWT that its members were asserting section 35 rights *as Métis*. Canada's representatives were, however, indifferent to the distinction between the Métis and people with Cree, Slavey or Chipewyan ancestry. When representatives of the NSMA attempted to discuss the issue at the October 24, 2013 meeting, a representative of Canada stated "... you can call yourself whatever you want to call yourself, but what is being settled in the claim is 'what are your Aboriginal rights?' Not your Métis rights, not your Indian rights, your Aboriginal rights".

[234] The more fundamental problem with Canada's revised preliminary assessment is that it missed the most significant potential adverse effect contemplated by the NWTMN AiP. This was the extinguishment of the Aboriginal harvesting rights in the area north of Great Slave Lake of those NSMA members who had Dene ancestors from the South Slave region, in exchange for codified harvesting rights in the area south of the Lake being provided to those individuals.

[235] Ms. Morgan confirmed in her cross-examination that in assessing the scope of the consultation with the NSMA that was required, Canada focussed on the impact of the agreement on the small area of overlap between the proposed Agreement Area and the territory to the north of Great Slave Lake to which the Supreme Court of the Northwest Territories had found that NSMA members had a good *prima facie* claim to Aboriginal harvesting rights. Ms. Morgan further confirmed that this was the *only* potential adverse impact that Canada identified in its preliminary assessment.

[236] This is consistent with the June 11, 2013 letter to the NSMA, which noted that Canada and the GNWT were aware that the NSMA was asserting Aboriginal rights to harvest in the area north of Great Slave Lake. They went on to note, however, that "[t]he draft NWTMN AiP

contemplates providing non-exclusive harvesting rights ... to Métis Members ... throughout the proposed Agreement Area”, which, it will be recalled is an area to the south and east of Great Slave Lake. The letter further stated that “[t]here may exist a *small area of overlap* between the northwest corner of the proposed Agreement Area and the area over which the NSMA asserts an Aboriginal right to harvest” [my emphasis].

[237] However, in his August 16, 2013 letter to Mr. Enge, the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development expressly acknowledged that members of the NSMA have “a good *prima facie* claim to the Aboriginal right to hunt caribou on their traditional lands” (which include the area to the north of Great Slave Lake, and not merely a small area bordering on the Agreement Area), and that they were entitled to “an appropriate measure of consultation when that asserted right may potentially be adversely impacted by the Crown’s actions”.

[238] As was noted earlier, Canada acknowledged at the October 24, 2013 meeting with Mr. Enge and other members of the NSMA that it was its intent that a Final Agreement with the NWTMN would extinguish Métis harvesting rights in the area north of Great Slave Lake for those individuals with ancestral ties to the Dene of the south Slave region. The impact of such an agreement would thus be on the entirety of the traditional territory of the members of the NSMA, and not merely on a “small area of overlap” along the northeast corner of the proposed Agreement Area.

[239] As the Supreme Court observed in *Haida Nation*, where Aboriginal claims are weak, the Aboriginal right is limited, or the potential for infringement is minor, the only duty on the Crown may be to give notice, to disclose information, and to discuss any issues raised in response to the notice. That is essentially what happened here.

[240] In contrast, where a strong *prima facie* case for the claim has been established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high, “deep consultation” aimed at finding a satisfactory interim solution may be required: *Haida Nation*, above at para. 44.

[241] “Deep consultation” may require that the Aboriginal group in question be provided with an opportunity to make submissions, to participate in the decision-making process, and to receive written reasons that demonstrate that their concerns were considered, and which reveal the impact those concerns had on the decision: *Haida Nation*, above at para. 44; *Clyde River*, above at para. 47.

[242] Consultation founded upon a fundamental misconception of the Aboriginal interests at stake does not discharge the Crown's obligation to consult in good faith: *Kwakiutl First Nation v. North Island Central Coast Forest District*, 2015 BCCA 345 at para. 66, 69, [2015] 4 C.N.L.R. 225.

[243] Canada had already acknowledged in its August 16, 2013 letter to Mr. Enge that the members of the NSMA have a good *prima facie* claim to the Aboriginal right to hunt caribou on their traditional lands, and that they therefore were entitled to “an appropriate measure of consultation” when their asserted right may potentially be adversely impacted by Crown action. However, Canada appears to have completely misunderstood the extent of the impact that a final land and resources agreement could have on that right.

[244] Although the NWTMN AiP states that the parties would enter into land selection negotiations to identify Métis land and Métis community land for inclusion in a Final

Agreement, the Aboriginal right at issue in this case does not involve title to the lands in question. That said, the right to hunt is nevertheless an important Aboriginal right – one that has played a central role in the history and culture of the Métis of the Northwest Territories. Moreover, an agreement that has the effect of extinguishing an important Aboriginal right in a group's traditional territory is clearly a Crown action that would have a profound impact on an asserted Aboriginal right and a traditional way of life – damage that would not be readily compensable. This would suggest that consultation towards the deeper end of the spectrum would be required in this case.

[245] However, having misunderstood the extent of the potential impact that the NWTMN AiP and a final land and resources agreement would have on the Aboriginal harvesting rights of the members of the NSMA, Canada entered into its consultation with the NSMA based on a fundamental misconception of the nature and scope of its duty to consult. Moreover, without fully understanding the seriousness of the potential impact that a land and resources agreement would have on the section 35 rights of the members of the NSMA, Canada could not properly assess what, if any, accommodation measures would be appropriate.

[246] While the applicants were able to provide oral and written submissions to the federal and territorial Crown, they were not included in the decision-making process that led up to the conclusion of the NWTMN AiP in July of 2015. Indeed, there was no attempt to consult with the NSMA until such time as Canada and the GNWT had already arrived at a draft NWTMN AiP. This was, in my view, too little, too late. It was a breach of the duty to consult that was owed to the NSMA and its members by the Crown.

[247] Given that this finding is sufficient to dispose of this application, it is not necessary to address the other issues raised by the applicants.

## **XII. Remedy**

[248] As the Supreme Court observed in *Clyde River*, “judicial review is no substitute for adequate consultation. True reconciliation is rarely, if ever, achieved in courtrooms.” The Court further noted that “[j]udicial 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”: both quotes at para. 24, emphasis in the original. That is certainly the case here.

[249] That said, we are now at the litigation stage, and I must attempt to craft a remedy that would undo, to the extent possible, what I have found to be the breach of the NSMA members’ right to be properly consulted with respect to the potential infringement of their section 35 Aboriginal harvesting rights in the area north of Great Slave Lake.

[250] Although the GNWT and the NWTMN have been named as respondents in this application, the decision under review in this case is the decision of the federal Minister of Indian Affairs and Northern Development not to consult the applicants sufficiently with respect to the NWTMN AiP prior to signing the agreement. Consequently, the remedy provided by the Court should be addressed solely to Canada. This is consistent with the relief sought in the applicants’ Notice of Application.

[251] I have concluded that as the representative of those members of the Métis community of the Northwest Territories who assert section 35 harvesting rights in the area north of Great Slave

Lake, the NSMA is entitled to be consulted and, if necessary, accommodated with respect to potential adverse effects of the NWTMN AiP and any Final Agreement to be negotiated with the Métis of the Northwest Territories on the Aboriginal rights of its members. I have also concluded that Canada failed to consult sufficiently deeply with the NSMA prior to entering into the NWTMN AiP on July 31, 2015. Consequently, a declaration to that effect will issue.

[252] Having further concluded that the NSMA is entitled to be consulted at the mid to deep end of the spectrum with respect to a future land and resources agreement that would potentially adversely affect the Aboriginal harvesting rights of its members, a declaration to that effect will issue.

[253] Canada must also consider whether accommodation measures are appropriate to address the concerns of the members of the NSMA who are eligible to be enrolled under the terms of a final land and resources agreement, as contemplated by the eligibility provisions of the NWTMN AiP. Measures for consideration by the parties shall include:

- (i) whether the words “eligible to be” should be removed from subsections 2.3.1, 2.4.1 and 2.5.1(b) of any Final Agreement; and
- (ii) whether the NSMA should be included as a party to the negotiations of the final land and resources agreement in order to ensure that its members have meaningful participation in the NWTMN land claim negotiations that are intended to extinguish their Aboriginal harvesting rights in the North Slave Region;

[254] No final land and resources agreement between the federal and territorial governments and the Métis of the Northwest Territories contemplated by the NWTMN AiP shall be concluded

until there has been meaningful consultation with the members of the NSMA at the mid to deep end of consultation spectrum and the appropriate accommodation measures have been considered with respect the concerns raised by NSMA.

[255] Finally, this process is to be conducted with the aim of reconciling outstanding differences between the parties, in a manner that is consistent with the honour of the Crown and the principles articulated by the Supreme Court in *Haida Nation* and *Taku River*, above.

### **XIII. Costs**

[256] I have been advised that there is an outstanding offer to settle in this case that may have a bearing on the question of costs. Consequently, the applicants shall have 10 days in which to provide written submissions on the issue of costs, which are not to exceed five pages in length. The respondents shall then have 10 days in which to respond with written submissions that are not to exceed five pages in length. The applicants will then have a further five days in which to reply with written submissions that shall not exceed three pages in length.

**JUDGMENT IN T-1427-15**

**THIS COURT DECLARES, ORDERS AND ADJUDGES that:**

1. The respondent Minister of Indian Affairs and Northern Development has a constitutional duty to consult with, and, if necessary, to accommodate the members of the NSMA with respect to the potential adverse effects on their Aboriginal harvesting rights of the NWTMN AiP and any final land and resources agreement to be negotiated with the Métis of the Northwest Territories;
2. The respondent Minister of Indian Affairs and Northern Development breached his duty to consult with and, if necessary, accommodate the members of the NSMA by inadequately consulting with them and by failing to meaningfully address the accommodation measures put forward by the applicants with respect to the NWTMN AiP, prior to approving the agreement in principle on July 31, 2015;
3. The members of the NSMA are entitled to be consulted at the mid to deep end of the consultation spectrum with respect to a future land and resources agreement that would potentially adversely affect their Aboriginal harvesting rights in the area north of Great Slave Lake;
4. Canada must consider whether accommodation measures are appropriate to address the concerns of the members of the NSMA who are eligible to be enrolled under the terms of a final land and resources agreement, as

contemplated by the eligibility provisions of the NWTMN AiP. Measures for consideration by the parties shall include:

- (i) whether the words “eligible to be” should be removed from subsections 2.3.1, 2.4.1 and 2.5.1(b); and
- (ii) whether the NSMA should be included as a party to the negotiations of the final land and resources agreement in order to ensure that its members have meaningful participation in the NWTMN land claim negotiations that are intended to extinguish their Aboriginal harvesting rights in the North Slave Region;

5. No final land and resources agreement between the federal and territorial governments and the Métis of the Northwest Territories contemplated by the NWTMN AIP shall be concluded until such time as meaningful consultation between Canada and the NSMA has occurred at the mid to deep end of the spectrum, and appropriate accommodation measures have been considered with respect the concerns raised by NSMA; and
6. The Court retains jurisdiction to deal with the issue of costs. The applicants shall have 10 days in which to provide written submissions on the issue of costs, which are not to exceed five pages in length. The respondents shall then have 10 days in which to respond with written submissions that are not to exceed five pages in length. The applicants will

then have a further five days in which to reply with written submissions that shall not exceed three pages in length.

"Anne L. Mactavish"

---

Judge

Proposed Agreement Area

Appendix 1



**FEDERAL COURT**  
**SOLICITORS OF RECORD**

**DOCKET:** T-1427-15

**STYLE OF CAUSE:** WILLIAM ENGE, ON HIS OWN BEHALF AND ON BEHALF OF THE MEMBERS OF THE NORTH SLAVE MÉTIS ALLIANCE v THE MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT, GOVERNMENT OF THE NORTHWEST TERRITORIES, FORT SMITH MÉTIS COUNCIL, HAY RIVER MÉTIS GOVERNMENT COUNCIL, FORT RESOLUTION MÉTIS COUNCIL AND NORTHWEST TERRITORY MÉTIS NATION

**PLACE OF HEARING:** YELLOWKNIFE, NORTHWEST TERRITORIES

**DATE OF HEARING:** JUNE 6, 2017, JUNE 7, 2017, JUNE 8, 2017

**JUDGMENT AND REASONS:** MACTAVISH J.

**DATED:** OCTOBER 19, 2017

**APPEARANCES:**

Christopher Devlin  
Kate Gower

FOR THE APPLICANT

Andrew Fox

FOR THE RESPONDENT  
THE MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND  
NORTHERN DEVELOPMENT

Christopher Buchanan

FOR THE RESPONDENT  
GOVERNMENT OF THE NORTHWEST  
TERRITORIES

Darwin Hanna

FOR THE RESPONDENTS  
FORT SMITH MÉTIS COUNCIL,  
HAY RIVER MÉTIS GOVERNMENT COUNCIL,  
FORT RESOLUTION MÉTIS COUNCIL AND  
NORTHWEST TERRITORY MÉTIS NATION

**SOLICITORS OF RECORD:**

Devlin Gailus Westaway  
Barristers and Solicitors  
Victoria, British Columbia

FOR THE APPLICANT

Attorney General of Canada  
Yellowknife, Northwest Territories

FOR THE RESPONDENT  
THE MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND  
NORTHERN DEVELOPMENT

Government of the Northwest  
Territories  
Legal Division  
Department of Justice  
Yellowknife, Northwest Territories

FOR THE RESPONDENT  
GOVERNMENT OF THE NORTHWEST  
TERRITORIES

Callison & Hanna  
Barristers and Solicitors  
Vancouver, British Columbia

FOR THE RESPONDENTS  
FORT SMITH MÉTIS COUNCIL,  
HAY RIVER MÉTIS GOVERNMENT COUNCIL,  
FORT RESOLUTION MÉTIS COUNCIL AND  
NORTHWEST TERRITORY MÉTIS NATION

TAB 8

**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.

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.

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).

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

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.

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.

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).

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

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.

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.

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):

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):

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 . . . .

[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 . . .

. . . .

. . . .

... genuine consultation means a process that involves . . . :

... de véritables consultations s'entendent d'un processus qui consiste . . . :

- 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.

- 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.

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,

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.

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.

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.

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. *Application to the Facts*

#### H. *L'application aux faits*

##### (1) Existence of the Duty

##### (1) L'existence de l'obligation

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".

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.

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).

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.*

TAB 9

**David Hilewitz** *Appellant*

v.

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

and

**Dirk de Jong** *Appellant*

v.

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

and

**Canadian Association for Community Living and Ethno-Racial People with Disabilities Coalition of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: HILEWITZ v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION); DE JONG v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**Neutral citation: 2005 SCC 57.**

File Nos.: 30125, 30127.

2005: February 8; 2005: October 21.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Excessive demands on social services — Applicants qualified to be admitted to Canada under “investor” and “self-employed” classes — Applications for admission denied because dependent child’s admission found to be reasonably expected to cause excessive demands on social services — Whether applicants’ financial resources should be considered*

**David Hilewitz** *Appellant*

c.

**Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration** *Intimé*

et

**Dirk de Jong** *Appellant*

c.

**Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration** *Intimé*

et

**Association canadienne pour l’intégration communautaire et Ethno-Racial People with Disabilities Coalition of Ontario** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : HILEWITZ c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION); DE JONG c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION)**

**Référence neutre : 2005 CSC 57.**

N<sup>os</sup> du greffe : 30125, 30127.

2005 : 8 février; 2005 : 21 octobre.

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

*Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Fardeau excessif pour les services sociaux — Demandeurs admissibles au Canada dans les catégories « investisseur » et « travailleurs autonome » — Rejet des demandes pour le motif que l’admission d’un enfant à charge risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux — Les ressources financières des demandeurs doivent-elles être*

*when determining if admission of disabled children might reasonably be expected to cause excessive demands on social services — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii).*

H and J both applied for permanent residence in their name and in that of their families', respectively under the "investor" and "self-employed" classes set out in the *Immigration Act*. These categories require that applicants have substantial financial resources to qualify. Both qualified, but were denied admission because the intellectual disability of a dependent child "would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on . . . social services" in Canada (s. 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*). On judicial review, the judge in H's case set aside the visa officer's decision, holding that financial circumstances were relevant in determining whether the admission of H's son to Canada would cause excessive demands on social services. In J's case, a different judge upheld the visa officer's decision, concluding that the willingness of J to pay for private schooling for his daughter was irrelevant in determining medical inadmissibility under s. 19(1)(a)(ii) of the Act. The Federal Court of Appeal restored the visa officer's decision in H's case and dismissed J's appeal. The court held that non-medical factors, such as the availability of family support and the ability and willingness to pay, were not relevant considerations.

*Held* (LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeals should be allowed. The applications are referred to the Minister of Citizenship and Immigration for reconsideration and redetermination by different visa officers.

*Per* McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Fish, Abella and Charron JJ.: The personal circumstances of the families of disabled dependants are relevant factors in a s. 19(1)(a)(ii) assessment of their anticipated impact on social services. The "investor" and "self-employed" categories under which H and J were qualified for admission to Canada are, to a large extent, concerned with an individual's assets. It seems somewhat incongruous to interpret the *Immigration Act* in such a way that the very assets that qualify these individuals for admission to Canada can simultaneously be ignored in determining the admissibility of their disabled children. Moreover, a review of the more recent legislative history indicates a legislative intention to shift from an approach based on categorical exclusion,

*prises en compte pour décider si l'admission d'enfants handicapés risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux? — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1)a)(ii).*

H et J ont présenté en leur nom et au nom de leur famille une demande de résidence permanente, respectivement dans la catégorie des « investisseurs » et dans celle des « travailleurs autonomes » établies par la *Loi sur l'immigration*. Les demandeurs appartenant à ces catégories doivent disposer de ressources financières importantes pour être admissibles. H et J étaient tous deux admissibles, mais ils se sont vu refuser l'admission au motif que la déficience intellectuelle d'un enfant à charge « entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux » au Canada (sous-al. 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*). Lors du contrôle judiciaire, le juge a annulé la décision de l'agente des visas dans le cas de H, concluant que la situation financière de celui-ci était un facteur pertinent pour déterminer si l'admission de son fils au Canada entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux. Dans le cas de J, un juge différent a maintenu la décision de l'agent des visas, concluant que la volonté de la famille de J de payer des études à l'école privée pour sa fille n'était pas un élément pertinent pour décider de la non-admissibilité pour raisons médicales au regard du sous-al. 19(1)a)(ii) de la Loi. La Cour d'appel fédérale a rétabli la décision de l'agente des visas dans le cas de H et rejeté l'appel formé par J. La Cour d'appel a jugé que des critères non médicaux, tels que le soutien familial ainsi que la capacité et la volonté de la famille de payer, n'étaient pas pertinents.

*Arrêt* (les juges LeBel et Deschamps sont dissidents) : Les pourvois sont accueillis. Les demandes sont renvoyées au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration pour réexamen et nouvelle décision par d'autres agents des visas.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, Fish, Abella et Charron : La situation des familles des personnes à charge handicapées est un critère pertinent pour l'appréciation, en vertu du sous-al. 19(1)a)(ii), de l'incidence prévue de l'admission de ces personnes sur les services sociaux. La catégorie des « investisseurs » et celle des « travailleurs autonomes » — en vertu desquelles H et J étaient admissibles au Canada — reposent, dans une large mesure, sur les avoirs d'une personne. Il semble quelque peu incongru d'interpréter la *Loi sur l'immigration* de façon telle que les mêmes avoirs qui, d'une part, permettent aux investisseurs et aux travailleurs autonomes de se faire admettre au Canada, puissent, d'autre part, ne pas être pris en considération lorsqu'il s'agit de décider de

such as intellectual disability, to one calling for individualized assessments. [39-40] [53]

Section 19(1)(a)(ii) calls for an assessment of whether an applicant's health would cause, or might reasonably be expected to cause excessive demands on Canada's social services. The term "excessive demands" is inherently evaluative and comparative, and shows that medical officers must assess likely demands on social services, not mere eligibility for them. Since, without consideration of an applicant's ability and intention to pay for social services, it is impossible to determine realistically what "demands" will be made, medical officers must necessarily take into account both medical and non-medical factors. This requires individualized assessments. If medical officers consider the need for potential services based only on the classification of the impairment rather than on its particular manifestation, the assessment becomes generic rather than individual. It is an approach which attaches a cost assessment to the disability rather than to the individual. The clear legislative threshold is reasonable probability, not remote possibility. It should be more likely than not, based on a family's circumstances, that the contingencies will materialize. The same analysis is applicable to the new *Immigration and Refugee Protection Act*. [54-56] [58-59]

Accordingly, H and J's ability and willingness to attenuate the burden on the public purse that would otherwise be created by their intellectually disabled children are relevant factors in determining whether those children would reasonably be expected to cause excessive demands on Canada's social services. Given their financial resources, H and J would likely be required to contribute substantially, if not entirely, to any costs for social services provided by the province of Ontario, where they wish to settle. The fears articulated in the rejections of the applications, such as possible bankruptcy, mobility, school closure or parental death, represent contingencies that could be raised in relation to any applicant. Using such contingencies to negate a family's genuine ability and willingness to absorb some of the burdens created by a child's disabilities anchors an applicant's admissibility to conjecture, not reality. In both cases, the visa officers erred by confirming the medical officers' refusal to account for the potential impact of the families' willingness to assist. Moreover, their

l'admissibilité de leurs enfants handicapés. En outre, l'examen des lois plus récentes indique, chez le législateur, l'intention de passer d'une politique d'exclusion basée sur des catégories, par exemple la déficience intellectuelle, à une politique requérant des évaluations individualisées. [39-40] [53]

Le sous-alinéa 19(1)a)(ii) exige qu'on détermine si l'état de santé du demandeur entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens. Le terme « fardeau excessif » appelle intrinsèquement à l'évaluation et à la comparaison et indique que les médecins agréés doivent déterminer le fardeau probable pour les services sociaux, et non la simple admissibilité à ces services. Étant donné que, si l'on ne considère pas la capacité et la volonté du demandeur d'assumer le coût des services sociaux, il est impossible de déterminer d'une manière réaliste en quoi consistera le « fardeau », les médecins agréés doivent nécessairement tenir compte de critères médicaux et non médicaux. Cela exige des appréciations individualisées. Si le médecin agréé s'interroge sur les services susceptibles d'être requis en se fondant uniquement sur la classification de la maladie ou de l'invalidité, et non sur la façon précise dont elle se manifeste, l'appréciation devient générique plutôt qu'individuelle. L'évaluation des coûts est alors faite en fonction de la déficience plutôt qu'en fonction de l'individu. Le critère législatif est clair et correspond à une probabilité raisonnable, non à une faible possibilité. Il doit être probable, eu égard à la situation financière de la famille, que les éventualités envisagées se réaliseront. La même analyse vaut pour la nouvelle *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. [54-56] [58-59]

Par conséquent, la capacité et la volonté de H et de J de réduire le fardeau autrement susceptible d'être occasionné pour les fonds publics par la déficience intellectuelle de leurs enfants sont des éléments pertinents pour déterminer si l'admission de ces enfants risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens. Vu leurs ressources financières, H et J seraient vraisemblablement appelés à supporter une part substantielle, voire la totalité, des coûts afférents aux services sociaux fournis par la province d'Ontario, où ils souhaitent s'établir. Les craintes exposées dans le rejet des demandes quant à diverses possibilités (faillite, déménagement, fermeture d'école ou décès des parents) sont des éventualités qui pourraient être soulevées à l'égard de tout demandeur. En invoquant de telles éventualités pour nier la capacité et la volonté réelles d'une famille de supporter une partie du fardeau occasionné par la déficience d'un enfant, on se trouve à rattacher l'admissibilité d'un demandeur à des conjectures et non à la réalité. Dans les deux cas, les agents des visas ont

failure to read the families' responses to the "fairness letters" sent to them meant that their decisions were not based on all the relevant available information. [57] [61] [68-70]

*Per* LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): The wealth of an applicant is not a factor to be considered by medical officers under s. 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*. To adopt an overly expansive view of s. 19(1)(a)(ii) would run counter to the text, history and purpose of the legislation and is inconsistent with the scheme of Part III of the Act, which concerns exclusion from entry into Canada. [76] [85]

A plain reading of the words of the provision suggests that the determination of excessive demands is made by reference to the nature, severity and probable duration of the medical condition itself. Rather than exclude persons on the basis of the condition alone, Parliament intended the medical officer to look at how the condition affects the individual. This does not, however, mean looking at criteria that have nothing to do with the medical condition. If Parliament had wanted to direct medical officers to consider family support or wealth, it had ample opportunity to do so when revising the rules in 1976. The subsequent statute, regulations and internal guidelines all point to the applicant's medical condition alone and not to his or her wealth. Moreover, the fact that Parliament expressly considered whether family support was relevant to excessive demands assessments and chose not to include it in the *Immigration Act* and the regulations strongly suggests that Parliament did not intend wealth to be a relevant factor. Lastly, while many of the predecessors to s. 19(1)(a)(ii) specifically provided that family support and wealth were relevant to the question of admissibility, no such provision is made in s. 19(1)(a)(ii). [90-91] [95-97] [104]

The process established by the regulations and guidelines reflects an attempt to integrate as many objective factors as possible into the assessment in order to ensure that all applicants receive fair and equal treatment. To add to the medical officers' responsibilities

commis une erreur en confirmant le refus des médecins agréés de prendre en considération l'incidence possible de la volonté des familles d'apporter leur soutien. En outre, leurs décisions n'étaient pas fondées sur la totalité de l'information disponible, vu leur refus de lire les réponses des familles aux lettres requises par l'équité qu'on avait fait parvenir à celles-ci. [57] [61] [68-70]

*Les juges* LeBel et Deschamps (dissidents) : La capacité de payer d'un demandeur n'est pas un facteur qui peut être pris en considération par les médecins agréés pour l'application du sous-al. 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*. Adopter une interprétation exagérément large du sous-al. 19(1)a)(ii) irait à l'encontre de son libellé, de l'histoire et de l'objectif de la législation et serait incompatible avec l'économie de la partie III de la Loi, qui concerne les personnes non admissibles au Canada. [76] [85]

À la simple lecture de cette disposition, il semble que l'existence d'un fardeau excessif doive être déterminée en fonction de la nature, de la gravité et de la durée probable de la maladie ou de l'invalidité elle-même. L'intention du législateur était que le médecin agréé se demande de quelle manière la maladie ou l'invalidité affecte la personne atteinte, au lieu d'exclure cette dernière du seul fait de cette maladie ou invalidité. Mais cela ne veut pas dire appliquer des critères qui n'ont rien à voir avec l'état de santé de l'intéressé. Si le législateur avait voulu prescrire aux médecins agréés de tenir compte du soutien familial ou de la capacité de payer, il aurait eu amplement l'occasion de le faire lorsqu'il a modifié les règles applicables en 1976. Tant la loi subséquente que les dispositions réglementaires et les directives internes semblent indiquer que seul doit être pris en considération l'état de santé du demandeur, et non sa capacité de payer. Qui plus est, le fait que le législateur se soit expressément demandé si le soutien familial était pertinent pour la détermination du fardeau excessif, et ait décidé de ne pas inclure ce facteur dans la *Loi sur l'immigration* ou les règlements donne fortement à penser qu'il ne voulait pas que la capacité de payer soit considérée comme un facteur pertinent. Enfin, bien que plusieurs des dispositions qui ont précédé le sous-al. 19(1)a)(ii) aient précisé expressément que le soutien familial et la capacité de payer étaient des facteurs pertinents à l'égard de la question de l'admissibilité, rien de tel n'est prévu au sous-al. 19(1)a)(ii). [90-91] [95-97] [104]

La procédure établie par le règlement et les directives montre qu'on a voulu inclure dans l'évaluation le plus grand nombre possible d'éléments objectifs afin de garantir que tous les demandeurs soient traités également et équitablement. Si l'on devait ajouter aux

the burden of inquiring into the ability and desire of the applicant's family and community to provide financial and other support would render their task even more difficult. The more a medical officer's analysis is tied to highly subjective non-medical factors, the more likely it is that the medical officer will be drawn into assessments outside his or her area of expertise. Such an approach may produce inconsistent results for similarly situated applicants and thwart efforts to treat all applicants equally, and would result in longer delays. Finally, without the ability to enforce the promise to pay for social services, there is no way to ensure that the family will in fact mitigate the excessive demands placed on public funding. [103] [109] [111-112]

Although it may seem incongruous to admit investors, entrepreneurs and self-employed persons on the basis of their financial means and then ignore those same assets when making a determination of excessive demands, this is what Parliament has done. It has chosen to use criteria for the decision on medical inadmissibility that are distinct from those used for the selection as business or economic applicants. Business or economic applicants are evaluated on the basis of their potential contribution to Canada; however, in order to avoid undermining their potential contribution, these applicants must not fall into an inadmissible class of persons. The applicants can still be admitted on the basis of their wealth, but this is left to the discretion of the Minister who can issue a permit despite the medical inadmissibility. The Minister is in a better position to determine whether the special circumstances of a case warrant a departure from the rules. This also ensures that, because of their potential burden on Canadian health and social services, these exceptional cases are decided by a single authority. [105]

In this case, the medical officers considered all the appropriate factors and correctly concluded on a balance of probabilities that the admission of the applicants would create excessive demands on social services. [120-121]

#### Cases Cited

By Abella J.

**Approved:** *Poste v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 140 F.T.R. 126; *Wong v.*

responsabilités des médecins agréés l'obligation de vérifier la capacité et la volonté de la famille et de la communauté du demandeur d'assurer un soutien financier ou autre, on rendrait leur tâche encore plus difficile. Plus l'analyse est liée à des facteurs non médicaux très subjectifs, plus il est probable que les médecins agréés seront amenés à faire des évaluations hors de leur domaine d'expertise. On risque alors d'aboutir à des conclusions différentes à l'égard de demandeurs dont la situation est similaire, ce qui contrecarrerait les efforts faits pour que tous les demandeurs soient traités également, et demanderait davantage de temps. Enfin, sans la possibilité de faire respecter par le recours aux tribunaux la promesse de payer les services sociaux, il n'y a aucun moyen de s'assurer que la famille cherchera effectivement à atténuer tout fardeau excessif pour les finances publiques. [103] [109] [111-112]

Bien qu'il puisse sembler illogique d'admettre des investisseurs, des entrepreneurs et des travailleurs autonomes en fonction de leurs ressources financières mais de ne pas tenir compte de ces mêmes ressources lorsque vient le moment de se prononcer sur le risque que l'intéressé constitue un fardeau excessif, c'est ce que le législateur a fait. Il a décidé d'utiliser des critères distincts pour la décision concernant la non-admissibilité pour raisons médicales et pour la sélection comme gens d'affaires ou immigrants économiques. Ces demandeurs sont évalués en fonction de leur apport potentiel au Canada; toutefois, afin d'éviter que cet apport potentiel ne soit compromis, ces demandeurs ne doivent pas appartenir à l'une des catégories de personnes non admissibles. Ils peuvent néanmoins être admis en raison de leur capacité de payer, mais cette décision relève alors du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre, qui peut délivrer un permis malgré la non-admissibilité pour raisons médicales. Le ministre est mieux placé pour déterminer si les circonstances particulières d'un cas justifient une dérogation aux règles. Cette façon de faire permet également de faire en sorte que, vu le fardeau potentiel qu'ils pourraient entraîner pour les services sociaux et de santé canadiens, ces cas exceptionnels soient tranchés par une seule instance. [105]

En l'espèce, les médecins agréés ont tenu compte de tous les éléments pertinents et ont à juste titre conclu, suivant la prépondérance des probabilités, que l'admission des demandeurs entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux. [120-121]

#### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêts approuvés :** *Poste c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1805

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 141 F.T.R. 62; *Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 220 F.T.R. 137, 2002 FCT 625; *Simmons v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 221 F.T.R. 303, 2002 FCT 866; *Karmali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 230 F.T.R. 140, 2003 FCT 358; **referred to:** *Gao v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1993), 14 Admin. L.R. (2d) 233; *Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 301, 2002 FCA 271; *Hiramen v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 65 N.R. 67; *Badwal v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 64 D.L.R. (4th) 561.

By Deschamps J. (dissenting)

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139; *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Fei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 F.C. 274.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting Emigrants and Quarantine*, C.S.C. 1859, c. 40, s. 10(2).  
*Act respecting Immigration and Immigrants*, S.C. 1869, c. 10.  
*Act to amend the Immigration Act*, S.C. 1919, c. 25, s. 3.  
*Developmental Services Act*, R.S.O. 1990, c. D.11.  
*Immigration Act*, R.S.C. 1886, c. 65.  
*Immigration Act*, R.S.C. 1906, c. 93, s. 26.  
*Immigration Act*, R.S.C. 1927, c. 93, s. 3.  
*Immigration Act*, R.S.C. 1952, c. 325.  
*Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 3(a), (b), (c), (g), (h), (i), 5(2), 6(2), (4), (5), 9(2), (4), 11(1), 19(1)(a), (b), 27(1)(b), (3), (4), 37(1), 118.  
*Immigration Act*, S.C. 1910, c. 27, s. 3.  
*Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(b), (c), (d), 3(2), 38(1).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 34.  
*Immigration Regulations*, 1978, SOR/78-172, ss. 2(1), 4, 5, 6, 6.11 [ad. SOR/93-412, s. 3], 7, 8(1)(b), (c), 8(4), 9(1), 22, 23(1), 23.1 [ad. SOR/93-44, s. 17].

(QL); *Wong v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 24 (QL); *Wong v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] A.C.F. n° 980 (QL), 2002 CFPI 625; *Simmons v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] A.C.F. n° 1155 (QL), 2002 CFPI 866; *Karmali v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] A.C.F. n° 507 (QL), 2003 CFPI 358; **arrêts mentionnés :** *Gao v. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 114 (QL); *Deol v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 1 C.F. 301, 2002 CAF 271; *Hiramen v. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] A.C.F. n° 74 (QL); *Badwal v. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] A.C.F. n° 1022 (QL).

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Ismaili v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1127 (QL); *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35; *Pushpanathan v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Fei v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 C.F. 274.

### Lois et règlements cités

*Acte concernant les émigrés et la quarantaine*, S.R.C. 1859, ch. 40, art. 10(2).  
*Acte d'immigration*, S.R.C. 1886, ch. 65.  
*Acte relatif à l'immigration et aux immigrants*, S.C. 1869, ch. 10.  
*Loi de l'immigration*, S.C. 1910, ch. 27, art. 3.  
*Loi de l'immigration*, S.R.C. 1906, ch. 93, art. 26.  
*Loi de l'immigration*, S.R.C. 1927, ch. 93, art. 3.  
*Loi modifiant la Loi sur l'immigration*, S.C. 1919, ch. 25, art. 3.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 3a), b), c), g), h), i), 5(2), 6(2), (4), (5), 9(2), (4), 11(1), 19(1)(a), b), 27(1)(b), (3), (4), 37(1), 118.  
*Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1952, ch. 325.  
*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(b), c), d), 3(2), 38(1).  
*Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle*, L.R.O. 1990, ch. D.11.  
*Règlements sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2(1), 4, 5, 6, 6.11 [aj. DORS/93-412, art. 3], 7, 8(1)(b), c), 8(4), 9(1), 22, 23(1), 23.1 [aj. DORS/93-44, art. 17].

R.R.O. 1990, Reg. 272 (*Developmental Services Act*), ss. 15, 16.

### Authors Cited

- Canada. Department of Manpower and Immigration. *White Paper on Immigration*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.
- Canada. Health and Welfare. Medical Services Branch. *Medical Officer's Handbook: Immigration Medical Service*, Section III, "Assessing System and Method". Ottawa: Health and Welfare Canada, 1992 (loose-leaf amended October 1995).
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 11, April 5, 1977, pp. 11A:42 to 11A:43.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 42, June 28, 1977, p. 42:76.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Kelley, Ninette, and Michael Trebilcock. *The Making of the Mosaic: A History of Canadian Immigration Policy*. Toronto: University of Toronto Press, 1998.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Linden, Evans and Malone JJ.A.), [2004] 1 F.C.R. 696, 234 D.L.R. (4th) 439, 312 N.R. 201, 9 Admin. L.R. (4th) 79, 245 F.T.R. 319, [2003] F.C.J. No. 1677 (QL), 2003 FCA 420, setting aside a decision of Gibson J., [2003] 2 F.C. 3, 221 F.T.R. 213, 26 Imm. L.R. (3d) 23, [2002] F.C.J. No. 1121 (QL), 2002 FCT 844. Appeal allowed, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Linden, Evans and Malone JJ.A.) (2003), 315 N.R. 59, 36 Imm. L.R. (3d) 174, 245 F.T.R. 320, [2003] F.C.J. No. 1679 (QL), 2003 FCA 422, affirming a decision of Pinard J. (2002), 224 F.T.R. 151, 26 Imm. L.R. (3d) 42, [2002] F.C.J. No. 1573 (QL), 2002 FCT 1165. Appeal allowed, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

*Cecil L. Rotenberg, Q.C., Andrew Z. Wlodyka, Nicholas McHaffie, Howard Greenberg, Inna*

*Règlements sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 34.

R.R.O. 1990, Règl. 272 (*Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle*), art. 15, 16.

### Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, fascicule n° 11, 5 avril 1977, p. 11A : 105 à 11A : 107.
- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, fascicule n° 42, 28 juin 1977, p. 42 : 76.
- Canada. Ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration. *Livre blanc sur l'immigration*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.
- Canada. Santé et Bien-être social. Direction générale des services médicaux. *Guide du médecin : Service médical de l'immigration*, Section III, « Système et méthode d'évaluation ». Ottawa : Santé et Bien-être social Canada, 1992 (feuilles mobiles).
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Kelley, Ninette, and Michael Trebilcock. *The Making of the Mosaic : A History of Canadian Immigration Policy*. Toronto : University of Toronto Press, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Linden, Evans et Malone), [2004] 1 R.C.F. 696, 234 D.L.R. (4th) 439, 312 N.R. 201, 9 Admin. L.R. (4th) 79, 245 F.T.R. 319, [2003] A.C.F. n° 1677 (QL), 2003 CAF 420, qui a infirmé un jugement du juge Gibson, [2003] 2 C.F. 3, 221 F.T.R. 213, 26 Imm. L.R. (3d) 23, [2002] A.C.F. n° 1121 (QL), 2002 CFPI 844. Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Deschamps sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Linden, Evans et Malone) (2003), 315 N.R. 59, 36 Imm. L.R. (3d) 174, 245 F.T.R. 320, [2003] A.C.F. n° 1679 (QL), 2003 CAF 422, qui a confirmé un jugement du juge Pinard (2002), 224 F.T.R. 151, 26 Imm. L.R. (3d) 42, [2002] A.C.F. n° 1573 (QL), 2002 CFPI 1165. Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Deschamps sont dissidents.

*Cecil L. Rotenberg, c.r., Andrew Z. Wlodyka, Nicholas McHaffie, Howard Greenberg, Inna*

*Kogan, Rachel Rotenberg and Mario D. Bellissimo*,  
for the appellants.

*Urszula Kaczmarczyk and Michael H. Morris*,  
for the respondent.

*Ena Chadha and Dianne Wintermute*, for the  
interveners.

The judgment of McLachlin C.J. and Major,  
Bastarache, Binnie, Fish, Abella and Charron JJ.  
was delivered by

ABELLA J. — These appeals involve the inter-  
pretation of a provision of the *Immigration Act*,  
R.S.C. 1985, c. I-2, denying admission to persons  
who would cause “excessive demands” on Canadian  
social services as a result of a health impairment.  
David Hilewitz from South Africa and Dirk de  
Jong from the Netherlands applied for permanent  
residence under the “investor” and “self-employed”  
classes set out in the legislation. These categories  
require that applicants have substantial financial re-  
sources to qualify.

Both Mr. Hilewitz and Mr. de Jong qualified.  
Both applicants, however, were denied admission  
by the Minister of Citizenship and Immigration be-  
cause of the intellectual disability of a dependent  
child.

The operative provision at the time the applica-  
tions were refused was s. 19(1)(a)(ii) of the 1985  
*Immigration Act*, since repealed and replaced by  
a substantially similar provision, s. 38(1)(c) of the  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001,  
c. 27. Section 19(1)(a)(ii) stated:

**19. (1)** No person shall be granted admission who is a  
member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disor-  
der, disability or other health impairment as a result  
of the nature, severity or probable duration of which,  
in the opinion of a medical officer concurred in by at  
least one other medical officer,

*Kogan, Rachel Rotenberg et Mario D. Bellissimo*,  
pour les appelants.

*Urszula Kaczmarczyk et Michael H. Morris*,  
pour l'intimé.

*Ena Chadha et Dianne Wintermute*, pour les  
intervenantes.

Version française du jugement de la juge en chef  
McLachlin et des juges Major, Bastarache, Binnie,  
Fish, Abella et Charron rendu par

LA JUGE ABELLA — Les présents pourvois por-  
tent sur l'interprétation d'une disposition de la *Loi  
sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, qui déclare  
non admissibles les personnes dont l'admission en-  
traînerait un « fardeau excessif » pour les services  
sociaux canadiens en raison d'une maladie ou d'une  
invalidité. David Hilewitz, d'Afrique du Sud, et Dirk  
de Jong, des Pays-Bas, ont présenté une demande de  
résidence permanente, respectivement dans la caté-  
gorie des « investisseurs » et dans celle des « tra-  
vailleurs autonomes » instituées dans la législation.  
Les demandeurs appartenant à ces catégories doi-  
vent disposer de ressources financières importantes  
pour être admissibles.

MM. Hilewitz et de Jong étaient tous deux ad-  
missibles. Ils se sont toutefois vu refuser l'admission  
par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra-  
tion à cause de la déficience intellectuelle d'un en-  
fant à charge.

La disposition applicable lors du refus des de-  
mandes était le sous-al. 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur  
l'immigration* de 1985, lequel a depuis été abrogé et  
remplacé par une disposition essentiellement analo-  
gue, le par. 38(1) de la *Loi sur l'immigration et la  
protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. Le sous-  
al. 19(1)(a)(ii) était rédigé ainsi :

**19. (1)** Les personnes suivantes appartiennent à une  
catégorie non admissible :

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invali-  
dité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont  
telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé  
par au moins un autre médecin agréé, conclut :

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services;

(ii) . . . que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé;

4 Although s. 19(1)(a)(ii) referred to the impact of an individual's disabilities on either health *or* social services, these appeals are restricted to social services.

Bien qu'il soit question, au sous-al. 19(1)a)(ii), de l'incidence de la maladie ou de l'invalidité d'une personne sur les services de santé *ou* les services sociaux, les présents pourvois concernent uniquement les services sociaux.

5 Synoptically, the process followed in making the determinations at issue was the following. Pursuant to s. 11(1) of the *Immigration Act*, every applicant was required to undergo a special examination by a qualified medical officer (*Immigration Act*, ss. 9(4) and 11(1); *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 9(1)). The medical officer's opinion must be concurred in by at least one other medical officer (s. 19(1)(a)).

Voici, de façon schématique, de quelle façon étaient prises les décisions sur le « fardeau excessif ». En vertu du par. 11(1) de la *Loi sur l'immigration*, chaque demandeur était astreint à une visite médicale effectuée par un médecin agréé (*Loi sur l'immigration*, par. 9(4) et 11(1); *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, par. 9(1)). L'avis du médecin agréé devait être confirmé par au moins un autre médecin agréé (al. 19(1)a)).

6 After assessing an applicant's medical condition, the medical officers prepared a "medical notification" giving the visa officer their opinions along with the applicant's medical profile. The visa officer relied on this information to issue a decision on the applicant's admissibility. A visa would not be issued to the principal applicant if an accompanying dependant was found to be medically inadmissible.

Après avoir évalué l'état de santé du demandeur, les médecins agréés préparaient une « déclaration médicale » dans laquelle ils communiquaient à l'agent des visas leur opinion ainsi que le profil médical du demandeur. L'agent des visas se fondait sur ces renseignements pour rendre une décision relative à l'admissibilité du demandeur. On ne délivrait pas de visa au demandeur principal lorsqu'une personne à charge l'accompagnant était jugée non admissible pour des raisons médicales.

7 The issue in these appeals is whether the financial resources that otherwise qualified these two families for admission to this country could nonetheless be disregarded in assessing the impact of their children's disabilities on Canada's social services.

Il s'agit, dans les présents pourvois, de déterminer si les ressources financières qui justifiaient par ailleurs l'admission au pays de ces deux familles pouvaient néanmoins être écartées dans l'évaluation de l'incidence, sur les services sociaux canadiens, de la déficience de leurs enfants.

## I. Background

### A. *The Hilewitz Family*

8 David Ralph Hilewitz, a citizen of South Africa, applied for permanent residence in Canada in 1999 under the "investor" category. He is a successful South African businessman. The "investor" category requires an applicant to have substantial business experience and a net worth of at least \$800,000. The applicant must also commit to making a

## I. Contexte

### A. *La famille Hilewitz*

David Ralph Hilewitz, citoyen de l'Afrique du Sud, a présenté en 1999 une demande en vue d'obtenir la résidence permanente au Canada dans la catégorie des « investisseurs ». C'est un homme d'affaires prospère dans son pays. Pour relever de la catégorie des « investisseurs », le demandeur doit posséder une expérience importante de

significant financial investment in Canada (*Immigration Regulations, 1978*, s. 2(1)). Mr. Hilewitz satisfied these requirements.

In his application, Mr. Hilewitz included his dependent wife, Jean Susan Hilewitz, and two sons. Their younger son, Gavin Martin Hilewitz, was born in 1982 with intellectual disabilities. The family hoped to settle in the Toronto area.

While in South Africa, the Hilewitzes helped establish a private school for children with developmental disabilities, investing their own money and raising funds from others. They never resorted to publicly funded services for Gavin in South Africa, and expressed an intention to send him to a private school in Toronto.

On December 7, 1999, a medical officer, Dr. J. Larzarus, examined Gavin Hilewitz, who was then 17 years old, and issued a medical notification. The notification was concurred in by Dr. Jacques Saint-Germain, another medical officer. The notification outlined Gavin's intellectual disabilities and concluded that he was inadmissible under s. 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* because of his and his family's entitlement to social services:

This 17 year old dependent applicant has developmental delay and is functioning at the level of a child aged 8 years. He has delayed comprehension and reading skills as well as difficulty problem solving. He is easily distracted and impulsive. He is currently attending a special school for pupils with delayed scholastic ability.

If admitted to Canada, [Gavin] and his supporting family, where applicable, will be eligible for, and will likely require, a variety of social services such as further special education, continuous training to enhance his ability to carry out the activities of daily living and attain his full potential, respite care for parents, and ultimately vocational training. These requirements are

l'exploitation d'une entreprise et un avoir net d'au moins 800 000 \$. Il doit également s'engager à faire un investissement financier important au Canada (*Règlement sur l'immigration de 1978*, par. 2(1)). M. Hilewitz a satisfait à ces conditions.

Dans sa demande, M. Hilewitz a aussi inscrit, comme personnes à charge, son épouse, Jean Susan Hilewitz, et leurs deux fils. Le cadet, Gavin Martin Hilewitz, est né en 1982 avec une déficience intellectuelle. La famille espérait s'établir dans la région de Toronto.

Lorsqu'ils étaient en Afrique du Sud, les Hilewitz ont contribué à la fondation d'une école privée destinée aux enfants ayant une déficience développementale, à la fois en y investissant de leur argent et en collectant des fonds auprès d'autres personnes. Ils n'ont jamais eu recours aux services financés par l'État pour Gavin en Afrique du Sud, et ont exprimé l'intention de l'inscrire à une école privée de Toronto.

Le 7 décembre 1999, le D<sup>r</sup> J. Larzarus, médecin agréé, a examiné Gavin Hilewitz, alors âgé de 17 ans, et a préparé une déclaration médicale. Cette déclaration était confirmée par le D<sup>r</sup> Jacques Saint-Germain, un autre médecin agréé. Le médecin y décrivait la déficience intellectuelle de Gavin et concluait à sa non-admissibilité en vertu du sous-al. 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* parce que lui et sa famille auraient eu droit à des services sociaux :

[TRADUCTION] Ce demandeur de 17 ans, une personne à charge, est retardé sur le plan du développement et fonctionne au niveau d'un enfant de 8 ans. Il est en retard pour ce qui est de la compréhension et de la lecture et éprouve de la difficulté à résoudre des problèmes. Il est souvent distrait et impulsif. Il fréquente à l'heure actuelle une école spécialisée pour les élèves qui ont des difficultés d'apprentissage.

S'il est admis au Canada, [Gavin] et sa famille, le cas échéant, auront le droit d'utiliser, et utiliseront probablement, divers services sociaux comme des services d'éducation spécialisée, une formation permanente destinée à renforcer sa capacité d'exercer ses activités quotidiennes et à lui permettre d'atteindre son plein potentiel, des services de relève pour les parents et par la

9

10

11

far in excess of those of an average Canadian and will place an excessive demand on Canadian social services. [Emphasis added.]

12 Subsequently, on December 9, 1999, Mr. Hilewitz had an interview with the visa officer, Virginia Hughes. They discussed Gavin's disability, the private school Mr. Hilewitz had founded for Gavin in South Africa and the arrangements made for Gavin's admission to a private school in Canada.

13 Ms. Hughes found Mr. Hilewitz to be credible and felt that he would make a valuable contribution to Canada.

14 On March 22, 2000, pursuant to the requirements set out in *Gao v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 14 Admin. L.R. (2d) 233 (F.C.T.D.), Ms. Hughes sent Mr. Hilewitz what is known as a "fairness letter", advising him that questions had been raised regarding his application and giving him an opportunity to submit further relevant evidence before a final decision was made. Citing the medical notification of Dr. Larzarus, Ms. Hughes warned that since the admission of his son could reasonably be expected to cause excessive demands on Canada's social services, Mr. Hilewitz's application for permanent residence was at risk of being refused.

15 Mr. Hilewitz responded by letter to Ms. Hughes on May 10, 2000. He did not dispute the medical officer's opinion that Gavin had intellectual disabilities, but countered with information that in some respects Gavin functioned with a maturity that was well above the eight-year-old level attributed to him, and enjoyed many leisure and social activities appropriate for his age. Mr. Hilewitz pointed out that Gavin had never used publicly funded schooling in South Africa and that the family had helped establish a special school for him and others with similar disabilities.

16 Moreover, noting Gavin's affinity and competence for operating computers, Mr. Hilewitz

suite, une formation technique. Ces besoins dépassent de beaucoup ceux d'un Canadien moyen et entraîneront un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé canadiens. [Je souligne.]

Plus tard, le 9 décembre 1999, l'agente des visas, Virginia Hughes, a rencontré M. Hilewitz en entrevue. Ils ont parlé de la déficience de Gavin, de l'école privée que M. Hilewitz avait fondée en Afrique du Sud pour Gavin et des arrangements pris en vue d'inscrire Gavin à une école privée au Canada.

M<sup>me</sup> Hughes a jugé que M. Hilewitz était crédible et pourrait fournir un apport significatif au Canada.

Le 22 mars 2000, conformément aux exigences énoncées dans la décision *Gao c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 114 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), M<sup>me</sup> Hughes a envoyé à M. Hilewitz ce qu'on appelle une « lettre requise par l'équité » l'informant que sa demande avait suscité certaines questions et qu'il pouvait présenter de nouveaux éléments pertinents avant que la décision définitive soit prise. Citant un passage de la déclaration médicale du D<sup>r</sup> Larzarus, M<sup>me</sup> Hughes a averti M. Hilewitz que, comme l'admission de son fils risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens, sa demande de résidence permanente risquait d'être refusée.

M. Hilewitz a répondu par une lettre qu'il a envoyée à M<sup>me</sup> Hughes le 10 mai 2000. Il n'a pas contesté l'avis du médecin agréé concluant à la déficience intellectuelle de Gavin, mais il a répliqué en indiquant que, à certains égards, les capacités fonctionnelles de Gavin étaient bien supérieures à celles d'un enfant de huit ans et qu'il exerçait de nombreuses activités sociales et de loisir correspondant à son âge. M. Hilewitz a précisé que Gavin n'avait jamais reçu de services d'éducation financés par l'État en Afrique du Sud, et que la famille avait contribué à la fondation d'une école spéciale pour lui et d'autres enfants atteints de déficiences semblables.

En outre, soulignant l'intérêt de Gavin pour les ordinateurs et sa capacité de bien les utiliser,

expressed his intention to establish or purchase a business such as a video game franchise as one of his Canadian business interests in order to ensure Gavin's employment. "As demonstrated," he wrote, "we have never been a drain on any institutional or social service structure to support our son and cannot conceivably ever contemplate any change to this ethos in the future." He confirmed that he was financially able and willing to send Gavin to a private school and had, in fact, already identified a suitable one in Toronto. Included in his letter were brief reports from a clinical psychologist and a doctor who had known Gavin for many years, as well as extensive material relating both to his schooling and his educational progress.

Ms. Hughes was of the view that it was not part of her mandate to read Mr. Hilewitz's response. His letter was therefore sent directly to and reviewed by Dr. Saint-Germain, the medical officer who had concurred in Dr. Larzarus' medical notification. On May 23, 2000, Dr. Saint-Germain issued a short note, concurred in by Dr. Walter G. Waddell, concluding that the new information provided by Mr. Hilewitz "does not modify the current assessment" of Gavin's medical inadmissibility.

On September 15, 2000, Ms. Hughes, relying on this medical opinion and without reading Mr. Hilewitz's May 10 response, refused his application for a visa:

I have now completed the assessment of your application [for permanent residence]. I regret to inform you that your dependant son, Gavin Martin Hilewitz, comes within the inadmissible class of persons described in paragraph 19(1)(a) of the Immigration Act, 1976, in that he is suffering from developmental delay as a result of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer, his admission would cause or might reasonably be expected to cause an excessive demand on Canadian social services.

Since one of your dependants comes within an inadmissible class as described above . . . I am unable to issue

M. Hilewitz a dit avoir l'intention, entre autres projets d'affaires au Canada, de mettre sur pied ou d'acquérir une franchise de jeux vidéo afin de garantir un emploi à Gavin. [TRADUCTION] « Comme nous l'avons montré », explique-t-il, « nous n'avons jamais demandé d'aide institutionnelle ni eu recours à des services sociaux pour élever notre fils et il nous est impossible d'imaginer que notre attitude sur ce point puisse changer à l'avenir. » Il a confirmé qu'il avait les moyens d'envoyer Gavin à l'école privée, qu'il était prêt à le faire et qu'il avait même déjà trouvé à Toronto une école qui conviendrait. Il a joint à sa lettre de brefs rapports émanant d'un psychologue clinicien et d'un médecin qui connaissaient Gavin depuis plusieurs années, ainsi que de nombreux documents concernant son dossier scolaire et ses progrès à l'école.

M<sup>me</sup> Hughes a estimé qu'il n'entrait pas dans le cadre de ses fonctions de lire la réponse de M. Hilewitz. La lettre a donc été transmise directement au D<sup>r</sup> Saint-Germain, le médecin agréé qui avait confirmé la déclaration médicale du D<sup>r</sup> Larzarus. Le 23 mai 2000, le D<sup>r</sup> Saint-Germain a signé une brève note, confirmée par le D<sup>r</sup> Walter G. Waddell, dans laquelle il concluait que les nouveaux renseignements fournis par M. Hilewitz [TRADUCTION] « ne modifi[ai]ent pas la décision actuelle » de non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical.

Le 15 septembre 2000, se fondant sur cet avis médical et sans avoir lu la réponse datée du 10 mai de M. Hilewitz, M<sup>me</sup> Hughes refusait la demande de visa de ce dernier:

[TRADUCTION] J'ai terminé l'examen de votre demande [de résidence permanente]. J'ai le regret de vous informer que votre enfant à charge, Gavin Martin Hilewitz, fait partie d'une catégorie non admissible, à savoir celle des personnes visées par l'alinéa 19(1)a) de la Loi sur l'immigration de 1976, du fait qu'il souffre d'un retard de développement par suite duquel, selon l'avis d'un médecin agréé confirmé par au moins un autre médecin agréé, son admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé.

Étant donné qu'une des personnes à votre charge fait partie d'une catégorie non admissible décrite ci-haut,

17

18

an immigrant visa to you. Therefore, your application has been refused.

I have also considered possible humanitarian and compassionate factors but have determined that there are insufficient grounds to warrant special consideration. According to your application you have no relatives in Canada. You have lived in your native country of South Africa your entire life and I know of no reason that would prevent you from doing so in the future.

19 However, since she found Mr. Hilewitz to be credible and likely to make a significant economic contribution to Canada, Ms. Hughes recommended that a discretionary Minister's permit be issued so that he and his family could enter and remain in Canada for up to three years, but without access to the social services available only to permanent residents. For reasons that are unclear from the record, no permit was ever authorized for Mr. Hilewitz.

20 Mr. Hilewitz applied for judicial review of Ms. Hughes' decision. In the Federal Court, Trial Division, Gibson J. considered whether an applicant's financial circumstances were relevant in determining whether his or her admission to Canada would cause excessive demands on social services ([2003] 2 F.C. 3, 2002 FCT 844).

21 After reviewing the jurisprudence of the Federal Court, in particular *Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 301, 2002 FCA 271, Gibson J. was of the view that while parental resources and willingness to pay may be irrelevant in determining whether a disabled child's admission to Canada is likely to cause excessive demands on *health* services, the same cannot be said of *social* services which are funded and delivered on a different basis. In his view, therefore, the medical officer ought to have considered Mr. Hilewitz's ability and willingness to contribute to whatever social services his son might require.

[...] il m'est impossible de vous délivrer un visa d'immigrant. Votre demande est donc refusée.

J'ai également tenu compte des critères d'ordre humanitaire susceptibles d'être pris en considération, mais j'estime qu'il n'existe pas de motifs suffisants pour justifier un traitement spécial. Dans votre demande, vous indiquez que vous n'avez aucun parent au Canada. Vous avez toujours vécu en Afrique du Sud, votre pays d'origine, et il n'y a rien, à ma connaissance, qui puisse vous empêcher de continuer à y vivre.

Cependant, comme elle avait jugé que M. Hilewitz était crédible et qu'il pouvait fournir un apport économique significatif au Canada, M<sup>me</sup> Hughes a recommandé la délivrance d'un permis ministériel qui l'autoriserait à entrer au Canada avec sa famille et à y séjourner pour un maximum de trois ans, mais ne lui donnerait pas accès aux services sociaux offerts seulement aux résidents permanents. Pour des motifs qui n'apparaissent pas clairement au dossier, aucun permis n'a jamais été délivré pour M. Hilewitz.

M. Hilewitz a interjeté appel de la décision de M<sup>me</sup> Hughes. Lors du contrôle judiciaire devant la Section de première instance de la Cour fédérale, le juge Gibson s'est demandé s'il était pertinent de prendre en considération la situation financière d'un demandeur pour déterminer si son admission au Canada entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux ([2003] 2 C.F. 3, 2002 CFPI 844).

Après avoir examiné la jurisprudence de la Cour fédérale, particulièrement l'affaire *Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 1 C.F. 301, 2002 CAF 271, le juge Gibson a conclu que, si les ressources des parents et leur volonté de payer peuvent être dénuées de pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer si l'admission d'un enfant handicapé au Canada risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services *de santé*, on ne saurait en dire autant pour les services *sociaux*, dont le financement et la prestation se font sur une base différente. Selon le juge Gibson, le médecin agréé aurait par conséquent dû tenir compte de la capacité et de la volonté de M. Hilewitz de contribuer aux coûts des services sociaux dont son fils pourrait avoir besoin.

He also concluded that the visa officer ought to have read and taken Mr. Hilewitz's response into account before making her decision, rather than basing her opinion exclusively on the medical officer's recommendation.

Gibson J. therefore set aside the visa officer's decision and referred the Hilewitz application for permanent residence back to the Minister for re-determination by a different officer. The Minister appealed.

At the Federal Court of Appeal, Evans J.A., writing for a unanimous court (Linden and Malone J.J.A.), agreed with Gibson J. that the Hilewitz family's situation was distinguishable from that in *Deol*, a case where only health, not social services, were at issue ([2004] 1 F.C.R. 696, 2003 FCA 420). After an extensive review of the Federal Court jurisprudence, Evans J.A. noted that in the majority of those cases, non-medical factors, such as the availability of family support and the ability and willingness of the family to pay, were held to be relevant considerations in determining whether "excessive demands" would be made on Canada's social services.

It was a view he did not share. He found that the Minister's denial of Mr. Hilewitz's application reflected what Evans J.A. characterized as a risk-averse policy which takes into account the contingency that a family's financial situation could deteriorate, thereby creating a burden on Canadian social services.

He allowed the appeal and restored the decision of the visa officer denying Mr. Hilewitz's application for a visa.

#### B. *The de Jong Family*

In 1996, Dirk Cornelis Jan de Jong, a Dutch citizen, applied for permanent residence in the "self-employed" category. This category permits applicants to enter Canada if they demonstrate that they can successfully establish or purchase a

Il a également conclu que l'agente des visas aurait dû lire la réponse de M. Hilewitz et en tenir compte avant de rendre sa décision, au lieu de fonder son opinion exclusivement sur la recommandation du médecin agréé.

Le juge Gibson a donc annulé la décision de l'agente des visas et a renvoyé la demande de résidence permanente présentée par M. Hilewitz au ministre, afin qu'elle soit examinée à nouveau par un autre agent. Le ministre a interjeté appel.

En Cour d'appel fédérale ([2004] 1 R.C.F. 696, 2003 CAF 420), le juge Evans, qui a rédigé la décision unanime de la Cour (avec l'appui des juges Linden et Malone), était d'avis, comme le juge Gibson, qu'une distinction pouvait être faite entre la situation de la famille Hilewitz et celle dont il était question dans l'affaire *Deol*, où seuls étaient en cause les services de santé, et non les services sociaux. Après un examen approfondi de la jurisprudence de la Cour fédérale, le juge Evans a souligné que, dans la majorité de ces décisions, des critères non médicaux, tels que le soutien familial ainsi que la capacité et la volonté de la famille de payer, ont été jugés pertinents pour décider si l'admission d'une personne entraînerait un « fardeau excessif » pour les services sociaux canadiens.

Le juge Evans ne souscrivait pas à cette façon de voir les choses. Selon lui, la décision du ministre de refuser la demande de M. Hilewitz découlait de ce qu'il a décrit comme une politique soucieuse d'éviter les risques : on tient compte d'une possible détérioration de la situation financière d'une famille, qui se traduirait par un fardeau pour les services sociaux canadiens.

Le juge Evans a accueilli l'appel et rétabli la décision de l'agente des visas, qui avait refusé la demande présentée par M. Hilewitz.

#### B. *La famille de Jong*

En 1996, Dirk Cornelis Jan de Jong, citoyen néerlandais, a présenté une demande de résidence permanente dans la catégorie des « travailleurs autonomes ». Cette catégorie permet aux demandeurs d'entrer au Canada s'ils démontrent qu'ils

22

23

24

25

26

27

business which would create jobs for themselves and make a significant contribution to Canada's economy or cultural life (*Immigration Regulations, 1978*, s. 2(1)). At the time of his application, Mr. de Jong owned a dairy farm in the Netherlands and expressed an intention, if admitted to Canada, to buy a similar kind of farm in Ontario.

28 Mr. de Jong's application included his wife, Maaïke de Jong, and their six dependent children. One of their daughters, Dirkje, born in 1988, is intellectually disabled.

29 Mr. de Jong had visited Canada in 1996 and selected a farm in the Rehoboth Christian community in Ontario as a possible home. At the time of his application, his stated intention was to send all the children, including Dirkje, who was then nine years old, to the private Rehoboth Christian School in Norwich. The school had agreed to accept all the de Jong children.

30 On February 6, 1997, a medical officer, Dr. James Beltran, concluded that Dirkje had "developmental delay" and was inadmissible under s. 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* because her requirement for specialized education was "in excess of the requirements for her peer group and therefore represents an excessive demand on social services". Dr. Beltran's opinion was concurred in by Dr. George Giovinazzo on June 23, 1997. Their conclusion was confirmed on July 30, 1998, in a letter from the visa officer, Eliane Wassler, rejecting Mr. de Jong's application for permanent residence. Neither Dr. Beltran nor Ms. Wassler considered the additional information submitted by the de Jongs to be relevant, namely that Dirkje had been accepted by a private church-run school, making it unlikely that she would have to rely on publicly funded special education.

31 Mr. de Jong's application to the Federal Court for judicial review was allowed by Reed J., who,

peuvent établir ou acheter une entreprise qui leur permettrait de créer un emploi pour eux-mêmes et de contribuer de manière significative à la vie économique ou culturelle canadienne (*Règlement sur l'immigration de 1978*, par. 2(1)). Lorsqu'il a présenté sa demande, M. de Jong était propriétaire d'une ferme laitière aux Pays-Bas et il a exprimé l'intention, s'il était admis au Canada, de faire l'acquisition d'une ferme semblable en Ontario.

Étaient inscrits dans la demande présentée par M. de Jong son épouse, Maaïke de Jong, et leurs six enfants à charge. Une de leurs filles, Dirkje, née en 1988, est atteinte d'une déficience intellectuelle.

M. de Jong avait effectué une visite au Canada en 1996 et avait trouvé, comme résidence possible, une ferme située en Ontario, dans la collectivité chrétienne Rehoboth. Au moment où il a présenté sa demande, il a déclaré qu'il avait l'intention d'inscrire tous ses enfants, y compris Dirkje, alors âgée de neuf ans, à la Rehoboth Christian School de Norwich, une école privée. L'école s'était engagée à accepter tous les enfants de la famille de Jong.

Le 6 février 1997, le D<sup>r</sup> James Beltran, médecin agréé, a conclu que Dirkje accusait un [TRADUCTION] « retard de développement » et qu'elle n'était pas admissible en vertu du sous-al. 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*, parce l'éducation spécialisée qu'elle requiert [TRADUCTION] « excède les besoins du groupe de pairs et représente donc un fardeau excessif pour les services sociaux ». L'avis du D<sup>r</sup> Beltran a été confirmé par le D<sup>r</sup> George Giovinazzo le 23 juin 1997. Dans une lettre datée du 30 juillet 1998, l'agente des visas, Eliane Wassler, a confirmé cette conclusion et rejeté la demande de résidence permanente de M. de Jong. Ni le D<sup>r</sup> Beltran ni M<sup>me</sup> Wassler n'ont considéré comme pertinente l'information supplémentaire fournie par la famille de Jong, à savoir que Dirkje avait été acceptée par une école privée dirigée par des religieux, fait qui rendait peu probable le recours à l'éducation spécialisée financée par l'État.

La demande de contrôle judiciaire présentée à la Cour fédérale par M. de Jong a été accueillie par

in her order dated April 29, 1999, directed that Mr. de Jong's application be reconsidered by a different visa officer. She specified that in assessing the application under s. 19(1)(a)(ii), the Minister was

required to consider all of the individual's particular circumstances, as well as the personal circumstances of the Applicant and his family, including in this case the Applicant's ability and willingness to provide for his child's education through private schooling.

A new medical officer, Dr. Sylvain Bertrand, reviewed Dirkje's situation. In a letter dated August 13, 1999 to Mr. de Jong's counsel, Dr. Bertrand speculated that as Dirkje grew older, she would require vocational training and life-skills training, as well as respite care for her family.

Dr. Bertrand also wrote that he was compelled to take into account that Dirkje might not remain in private school and that the family might move or experience economic hardship, even though none of these possibilities were currently likely. His specific speculative concerns were expressed as follows:

**I cannot assume that Dirkje will remain in this school for the next 11 years, and if she transfers into the public school system, the costs of her specialized education will be excessive.**

This private school may close, the family may decide to move towns, cities or provinces, the family may fall upon bad economic times, they may decide that their limited financial resources must be allocated on items other than this child's schooling, etc. While you maintain none of these possibilities are probable, in my view, I would be remiss in my responsibilities under the *Immigration Act* if I did not take them into account. [Emphasis in original.]

Mr. de Jong's counsel responded by letter on September 8, 1999, strenuously objecting to Dr. Bertrand's failure to give effect to the specific directions in the order of Reed J. Nevertheless, on November 10, 1999, Dr. Bertrand issued a medical notification, concurred in by Dr. Jacques

la juge Reed, qui a ordonné, le 29 avril 1999, que la demande de résidence permanente soit réexaminée par un autre agent des visas. Elle a précisé que, dans son évaluation de la demande au regard du sous-al. 19(1)(a)(ii), le ministre devait

[TRADUCTION] tenir compte de l'ensemble de la situation de la personne en cause et de celle du demandeur et de sa famille, ce qui, en l'espèce, comprend notamment la capacité et l'intention du demandeur de pourvoir à l'éducation de son enfant en recourant à l'école privée.

Un autre médecin agréé, le D<sup>r</sup> Sylvain Bertrand, a examiné le cas de Dirkje. Dans une lettre datée du 13 août 1999 adressée à l'avocat de M. de Jong, le D<sup>r</sup> Bertrand s'est dit d'avis qu'en vieillissant Dirkje aurait besoin d'une formation professionnelle et d'un apprentissage de l'autonomie fonctionnelle, et que sa famille aurait besoin de services de relève.

Le D<sup>r</sup> Bertrand a également indiqué qu'il avait l'obligation d'envisager la possibilité que Dirkje cesse de fréquenter l'école privée ou encore que sa famille déménage ou éprouve des difficultés financières, même s'il était actuellement peu probable que ces possibilités se concrétisent. Il a formulé dans les termes suivants ses préoccupations de nature conjecturale :

**[TRADUCTION] Je ne peux pas tenir pour acquis que Dirkje sera inscrite à cette même école pendant les 11 prochaines années; et si elle passe au système scolaire public, les coûts de l'éducation spécialisée dont elle a besoin constitueront un fardeau excessif.**

L'école privée pourrait fermer ses portes, la famille pourrait déménager dans une autre ville, une autre province, elle pourrait connaître des difficultés financières et décider que ses ressources limitées doivent être consacrées à des besoins autres que l'éducation de leur fille, etc. Vous maintenez qu'aucune de ces possibilités n'est probable, j'estime que je manquerais aux responsabilités qui m'incombent en vertu de la *Loi sur l'immigration* si je n'en tenais pas compte. [En caractères gras dans l'original.]

L'avocat de M. de Jong a répondu par une lettre datée du 8 septembre 1999, dans laquelle il reprochait vivement au D<sup>r</sup> Bertrand de ne pas avoir suivi les directives précises contenues dans l'ordonnance de la juge Reed. Le 10 novembre 1999, le D<sup>r</sup> Bertrand a néanmoins transmis une déclaration

32

33

34

Saint-Germain, concluding that Dirkje was inadmissible. In a letter of the same date to Mr. de Jong's counsel, Dr. Bertrand defended his decision and reiterated the rationale given in his earlier letter of August 13, 1999.

35 A new visa officer, J. W. André Valotaire, reassessed Mr. de Jong's visa application based on Dr. Bertrand's opinion. It appears that he did not review Mr. de Jong's September 8 response and, relying exclusively on the medical opinion, rejected the de Jong application on November 17, 1999.

36 Once again, Mr. de Jong applied to the Federal Court for judicial review. Pinard J. expanded the analysis in *Deol* and concluded that a family's financial resources and willingness to support a disabled dependent were irrelevant not only in determining whether excessive demands would be placed on health services, but also in assessing the potential demands on social services ((2002), 224 F.T.R. 151, 2002 FCT 1165). Unlike Reed J., in his view the willingness of the de Jong family to pay for private schooling was irrelevant in determining medical inadmissibility under s. 19(1)(a)(ii). He dismissed the application.

37 Mr. de Jong appealed to the Federal Court of Appeal. The de Jong and Hilewitz appeals were heard consecutively. Evans J.A., relying on his reasons in the *Hilewitz* case, dismissed Mr. de Jong's appeal ((2003), 315 N.R. 59, 2003 FCA 422).

## II. Analysis

38 The issue in these appeals is whether the resources of the Hilewitz and the de Jong families should be disregarded in determining whether their disabled children would create an undue burden on Canada's social services.

39 It is important to recognize at the outset that we are dealing with individuals who qualify for

médicale (confirmée par le D<sup>r</sup> Jacques Saint-Germain) dans laquelle il concluait à la non-admissibilité de Dirkje. Dans une lettre adressée le même jour à l'avocat de M. de Jong, le D<sup>r</sup> Bertrand a défendu sa décision et réitéré le raisonnement exposé dans sa lettre du 13 août 1999.

J. W. André Valotaire, un autre agent des visas, a réexaminé la demande de visa de M. de Jong en se fondant sur l'avis du D<sup>r</sup> Bertrand. Il ne semble pas avoir examiné la réponse de M. de Jong datée du 8 septembre et, s'appuyant exclusivement sur l'avis médical, il a rejeté la demande de M. de Jong le 17 novembre 1999.

À nouveau, M. de Jong a présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. Le juge Pinard a élargi l'analyse énoncée dans *Deol* et a conclu à la non-pertinence des ressources financières d'une famille et de sa volonté de subvenir aux besoins d'une personne à charge handicapée, non seulement pour décider si un fardeau excessif serait créé pour les services de santé, mais également pour apprécier le fardeau potentiel pour les services sociaux ((2002), 224 F.T.R. 151, 2002 CFPI 1165). Contrairement à la juge Reed, le juge Pinard était d'avis que la volonté de la famille de Jong de payer des études à l'école privée n'était pas un élément pertinent pour décider de la non-admissibilité pour raisons médicales au regard du sous-al. 19(1)(a)(ii). Il a rejeté la demande.

M. de Jong a interjeté appel à la Cour d'appel fédérale. Les appels des de Jong et des Hilewitz ont été entendus consécutivement. Se fondant sur les motifs qu'il avait exposés dans l'affaire *Hilewitz*, le juge Evans a rejeté l'appel de M. de Jong ((2003), 315 N.R. 59, 2003 CAF 422).

## II. Analyse

La question en litige dans les présents pourvois est celle de savoir si les ressources des familles Hilewitz et de Jong doivent être prises en considération pour déterminer si la déficience de leurs enfants créerait un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens.

Il est important de reconnaître d'emblée qu'il est question de personnes qui répondent aux

admission to Canada in the “investor” and “self-employed” categories. These categories are, to a large extent, concerned with an individual’s assets. While there is no doubt that most immigrants, regardless of the state of their resources when they come to Canada, eventually contribute to this country in a variety of ways, the categories applicable to the applicants in these appeals reflect an aspect of immigration policy which admits individuals expected to make a more immediate substantial economic contribution.

It seems to me somewhat incongruous to interpret the legislation in such a way that the very assets that qualify investors and self-employed individuals for admission to Canada can simultaneously be ignored in determining the admissibility of their disabled children. I agree with those on the Federal Court who, like Justices Reed and Gibson, have held that the personal circumstances of the families of disabled dependants are relevant factors in a s. 19(1)(a)(ii) assessment of their anticipated impact on social services. See *Poste v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 140 F.T.R. 126, per Cullen J.; *Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 141 F.T.R. 62, per Reed J.; *Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 220 F.T.R. 137, 2002 FCT 625, per McKeown J.; *Simmons v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 221 F.T.R. 303, 2002 FCT 866, per Martineau J.; *Karmali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 230 F.T.R. 140, 2003 FCT 358, per O’Keefe J.

The financial impact of a potential immigrant’s health impairments is not a new legislative preoccupation in Canada, but its formulation has changed over time. Among the first statutes to deal with the admission of persons with physical or mental disabilities who might impose financial burdens on

critères d’admission au Canada dans les catégories des « investisseurs » et des « travailleurs autonomes ». L’appartenance à ces catégories repose, dans une large mesure, sur les avoirs d’une personne. Bien qu’il ne fasse aucun doute que la plupart des immigrants, peu importe leurs ressources lorsqu’ils arrivent au Canada, apportent au bout du compte beaucoup à notre pays de toutes sortes de façons, les catégories applicables aux demandeurs en l’espèce correspondent à un volet de la politique d’immigration qui permet d’admettre des personnes dont on attend un apport économique substantiel plus immédiat.

Il me semble quelque peu incongru d’interpréter la loi de façon telle que les mêmes avoirs qui, d’une part, permettent aux investisseurs et aux travailleurs autonomes de se faire admettre aux Canada, puissent, d’autre part, ne pas être pris en considération lorsqu’il s’agit de décider de l’admissibilité de leurs enfants handicapés. Je partage l’avis des juges de la Cour fédérale qui, à l’instar des juges Reed et Gibson, ont statué que la situation des familles des personnes à charge handicapées est un critère pertinent pour l’appréciation, en vertu du sous-al. 19(1)a(ii), de l’incidence prévue de l’admission de ces personnes sur les services sociaux. Voir *Poste c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1805 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), le juge Cullen; *Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 24 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), le juge Reed; *Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] A.C.F. n° 980 (QL), 2002 CFPI 625, le juge McKeown; *Simmons c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] A.C.F. n° 1155 (QL), 2002 CFPI 866, le juge Martineau; *Karmali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2003] A.C.F. n° 507 (QL), 2003 CFPI 358, le juge O’Keefe.

L’incidence financière de la maladie ou de l’invalidité d’un candidat à l’immigration n’est pas une préoccupation nouvelle pour le législateur canadien, mais sa formulation a évolué au fil du temps. Parmi les premières lois traitant de l’admission des personnes atteintes d’une déficience physique ou

the state and charitable institutions was *An Act respecting Emigrants and Quarantine*, C.S.C. 1859, c. 40. Unlike the current system of pre-travel immigration approval, ships then coming to Canada were quarantined on arrival and their passengers inspected by a medical superintendent. Section 10(2) of the 1859 Act directed that the authorities be notified of the presence among the passengers of persons likely to permanently become a public charge, including

any Lunatic, Idiotic, Deaf and Dumb, Blind or Infirm Person, not belonging to any Emigrant family, [if] such person is, in the opinion of the Medical Superintendent, likely to become permanently a public charge, the Medical Superintendent shall forthwith report the same . . . to the Collector of Customs . . . who shall . . . require the Master of the Vessel . . . to execute . . . a Bond to Her Majesty in the sum of three hundred dollars for every such Passenger so specially reported . . . .

42 The ban was not absolute. Persons with disabilities who belonged to an “Emigrant family” or were not “likely to become permanently a public charge” were permitted entry. Substantially the same provision was contained in *An Act respecting Immigration and Immigrants* (S.C. 1869, c. 10) and the *Immigration Act* of 1886 (R.S.C. 1886, c. 65).

43 This approach to the admission of persons with disabilities was continued in s. 26 of the 1906 legislation (*Immigration Act*, R.S.C. 1906, c. 93), whereby entry was possible if the disabled person was part of a family with the ability and willingness to provide satisfactory and permanent financial security:

No immigrant shall be permitted to land in Canada, who is feeble-minded, an idiot, or an epileptic, or who is insane, or has had an attack of insanity within five years; nor shall any immigrant be so landed who is deaf and dumb, or dumb, blind or infirm, unless he belongs to a family accompanying him or already in Canada and which gives security, satisfactory to the Minister, and in conformity with the regulations in that

mentale susceptible d'imposer un fardeau financier à l'État et aux institutions charitables figure l'*Acte concernant les émigrés et la quarantaine*, S.R.C. 1859, ch. 40. Aujourd'hui, les autorisations nécessaires à l'immigration sont données avant le départ du pays d'origine, mais, à l'époque, les navires étaient mis en quarantaine à leur arrivée au Canada et leurs passagers étaient examinés par un surintendant médical. Le paragraphe 10(2) de l'Acte de 1859 obligeait ce dernier à aviser les autorités lorsqu'il y avait parmi les passagers des personnes susceptibles de « devenir permanemment à charge au public », notamment

quelque aliéné, idiot, sourd et muet, aveugle ou personne infirme qui ne fait pas partie d'une famille d'émigrés, et qui, de l'avis du surintendant médical, pourrait devenir permanemment à charge au public, le surintendant médical en fera immédiatement un rapport [. . .] au percepteur [. . .] et tel percepteur exigera du maître du vaisseau [. . .] qu'il consente [. . .] une obligation envers Sa Majesté pour la somme de trois cents piastres, pour chaque passager dont il a été ainsi fait un rapport spécial . . . .

L'interdiction n'était pas absolue. Les personnes atteintes d'une déficience qui faisaient partie d'une « famille d'émigrés » ou qui n'étaient pas susceptibles de « devenir permanemment à charge au public » étaient autorisées à entrer au pays. Une disposition identique, pour l'essentiel, figurait dans l'*Acte relatif à l'immigration et aux immigrants* (S.C. 1869, ch. 10) et dans l'*Acte d'immigration* de 1886 (S.R.C. 1886, ch. 65).

Ces règles touchant l'admission des personnes handicapées ont été reprises dans l'art. 26 du texte de 1906 (*Loi de l'immigration*, S.R.C. 1906, ch. 93), qui permettait l'entrée au pays si la personne faisait partie d'une famille qui avait la capacité et la volonté de donner une garantie financière suffisante et permanente :

Il n'est permis de débarquer en Canada à nul immigrant qui est faible d'esprit, idiot, épileptique, ou qui est dément ou a subi deux ou plusieurs attaques d'insanité dans les cinq ans; ne peut non plus être débarqué nul immigrant qui est sourd et muet ou muet, aveugle ou infirme, à moins qu'il n'appartienne à une famille qui l'accompagne ou qui est déjà au Canada et qui donne garantie suffisante aux yeux du Ministre et

behalf, if any, for his permanent support if admitted into Canada.

In 1910, a significant change occurred with the introduction of “prohibited classes” (*Immigration Act*, S.C. 1910, c. 27). Section 3 of this Act stated:

3. No immigrant, passenger, or other person, unless he is a Canadian citizen, or has Canadian domicile, shall be permitted to land in Canada, or in case of having landed in or entered Canada shall be permitted to remain therein, who belongs to any of the following classes, hereinafter called “prohibited classes”, —

(a) idiots, imbeciles, feeble-minded persons, epileptics, insane persons, and persons who have been insane within five years previous;

(b) persons afflicted with any loathsome disease, or with a disease which is contagious or infectious, or which may become dangerous to the public health, whether such persons intend to settle in Canada or only to pass through Canada in transit to some other country: . . .

(c) immigrants who are dumb, blind, or otherwise physically defective, unless in the opinion of a Board of Inquiry or officer acting as such they have sufficient money, or have such profession, occupation, trade, employment or other legitimate mode of earning a living that they are not liable to become a public charge or unless they belong to a family accompanying them or already in Canada and which gives security satisfactory to the Minister against such immigrants becoming a public charge;

The 1910 Act departed from previous legislation by distinguishing between those with mental and physical disabilities. There was an absolute prohibition on admission for those with mental disabilities. Individuals who were “physically defective”, however, could be admitted with evidence of earning capacity or family support.

In 1927, s. 3 of the *Immigration Act*, R.S.C. 1927, c. 93, reproduced the 1919 amendment (S.C. 1919,

en conformité des règlements à cet égard, s’il en est, de le supporter à perpétuité, s’il lui est permis d’entrer en Canada.

En 1910, la loi a été modifiée de façon importante par l’adoption des « catégories refusées » (*Loi de l’immigration*, S.C. 1910, ch. 27). L’article 3 de cette loi disposait :

3. Nul immigrant, passager, voyageur, ni autre personne, à moins qu’il ne soit citoyen du Canada ou ait un domicile au Canada, n’est admis à entrer en Canada, ou, s’il y est débarqué ou y est entré, n’est admis à y rester, s’il appartient à l’une des catégories suivantes, ci-après désignées par l’expression « catégories refusées », savoir :

a) les idiots, imbeciles, faibles d’esprit, épileptiques, déments et personnes qui ont eu des attaques d’insanité dans les cinq ans;

b) les personnes affligées d’une maladie repoussante ou d’une maladie qui est contagieuse ou infectieuse ou qui peut devenir dangereuse pour la santé publique, soit que ces personnes aient l’intention de s’établir au Canada ou seulement de passer par le Canada pour aller dans un autre pays; . . .

c) les immigrants qui sont muets, aveugles ou autrement affligés de quelque défaut physique, à moins que de l’avis d’un conseil d’enquête ou d’un fonctionnaire agissant en cette qualité, ils aient assez d’argent, ou aient une profession, une occupation, un commerce, un emploi ou un autre moyen légitime de gagner leur vie qui ne les exposent pas à devenir un fardeau pour le public, ou, à moins qu’ils n’appartiennent à une famille qui les accompagne ou qui est déjà en Canada et qui donne garantie suffisante aux yeux du Ministre que ces immigrants ne deviendront pas un fardeau pour le public;

À la différence des textes précédents, la Loi de 1910 établissait une distinction entre les personnes atteintes de déficience mentale et celles atteintes d’une déficience physique. En effet, l’admission des personnes atteintes de déficience mentale était catégoriquement exclue, tandis que les immigrants « affligés de quelque défaut physique » pouvaient être admis s’il était établi qu’ils étaient en mesure de gagner leur vie ou pouvaient compter sur le soutien de leur famille.

En 1927, l’art. 3 de la *Loi de l’immigration*, S.R.C. 1927, ch. 93, reproduisait la modification de

44

45

46

c. 25, s. 3) extending the list of prohibited classes to include those who were *either* “mentally or physically defective to such a degree as to affect their ability to earn a living”.

47 Notably, for the first time, even those who could demonstrate family support or financial resources to ensure that they would not become public charges were denied the possibility of entry. This absolute ban was continued in the *Immigration Act*, R.S.C. 1952, c. 325.

48 As is evident from this brief history, the evolution of immigration policy in Canada began halfway through the 19th century with an expansive approach designed to attract as many immigrants as possible. Almost a century later, it focused on an immigrant’s particular qualities, often resulting in the application of exclusionary euphemistic designations that concealed prejudices about, among other characteristics, disability (see N. Kelley and M. Trebilcock, *The Making of the Mosaic: A History of Canadian Immigration Policy* (1998)).

49 The rigidity of the “prohibited classes” provisions of the early 20th century eventually inspired concerns that such policies were overly restrictive. In releasing the 1966 *White Paper on Immigration*, the Honourable Jean Marchand, then Minister of Manpower and Immigration, emphasized that it was “neither practical nor realistic” to block all those who fell within a prohibited class of the *Immigration Act*, since many posed no real risk to the country (p. 24). The White Paper urged instead that the policy exclude only those who had no family support or who posed an actual danger to public health or safety. It recommended a return to the original policy of permitting entry to persons with mental or physical disabilities if they had family assistance.

1919 (S.C. 1919, ch. 25, art. 3) qui ajoutait à la liste des « catégories interdites » celle des personnes « mentalement *ou* physiquement atteintes, au point de ne pouvoir gagner leur vie qu’avec difficulté ».

Il convient de souligner que, pour la première fois, même les personnes en mesure d’établir que le soutien familial ou les ressources financières dont elles disposaient garantissait qu’elles ne deviendraient pas à la charge de la collectivité se voyaient refuser la possibilité d’entrer au pays. Cette interdiction absolue a été maintenue dans la *Loi sur l’immigration*, S.R.C. 1952, ch. 325.

Comme le démontre ce bref historique, la politique d’immigration du Canada se caractérise à ses débuts, vers le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, par un esprit d’ouverture visant à attirer le plus grand nombre possible d’immigrants. Presque un siècle plus tard, elle est devenue centrée sur les qualités particulières de l’immigrant, ce qui donne souvent lieu au recours, pour l’exclusion de certaines personnes, à des désignations euphémiques masquant des préjugés au sujet de la déficience, entre autres caractéristiques (voir N. Kelley et M. Trebilcock, *The Making of the Mosaic : A History of Canadian Immigration Policy* (1998)).

La rigidité des dispositions du début du XX<sup>e</sup> siècle établissant des « catégories interdites » a fini par faire craindre qu’une telle politique soit trop restrictive. Lorsqu’il a rendu public le *Livre blanc sur l’immigration* de 1966, l’honorable Jean Marchand, alors ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration, a souligné qu’empêcher l’admission de toutes les personnes appartenant à une catégorie interdite au sens de la *Loi sur l’immigration* « n’[était] guère pratique et ne [tenait] pas compte de la réalité », du fait que nombre d’entre elles ne constituaient pas un risque véritable pour le Canada (p. 26). Le livre blanc préconisait plutôt que la politique exclue uniquement les personnes qui ne bénéficiaient d’aucun soutien familial ou qui constituaient un danger réel pour la santé ou la sécurité publiques. On y recommandait le rétablissement de la politique initiale consistant à n’autoriser l’admission des personnes atteintes de déficiences mentales ou physiques que si elles bénéficiaient d’un soutien familial.

In line with the views expressed in the 1966 White Paper, Parliament enacted the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52. In it, an “excessive demands” standard replaced the wholesale rejection of “prohibited classes” for those who were mentally and physically disabled. Section 19(1) in the 1985 Act under which these appeals were argued is identical to the “excessive demands” provision in the 1976 legislation.

Regulations pursuant to the 1976 Act were first proposed at a 1977 meeting of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration. A document submitted to the Committee by the Honorable Bud Cullen, the Minister of Manpower and Immigration, entitled *Factors to be Considered by Medical Officers*, sought to illuminate the more embracing intention behind the new medical inadmissibility rules:

#### Intent and Possible Content of the Regulations

- . . .
- To ensure that medical officers consider all the factors, but only the factors relevant to the determination of whether a person constitutes an actual or potential danger to Canadian health or safety or will excessively burden health or social services.

- . . .
- Such non-medical factors as the availability of private support and the strains imposed by the individual's chosen occupation can enter realistically into the assessment of risk, so that each decision will apply to the particular individual and not to a particular disease, disability or other medical condition. [Emphasis added.]

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 11, April 5, 1977, at pp. 11A:42 to 11A:43)

In a later meeting of the Committee, John L. Manion, then Deputy Minister of Manpower and

En accord avec le point de vue exprimé dans le Livre blanc de 1966, le Parlement a adopté la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52. Le critère du « fardeau excessif » y a remplacé, en ce qui a trait aux personnes handicapées mentalement ou physiquement, la politique de rejet systématique fondée sur l'appartenance à des « catégories interdites ». Le paragraphe 19(1) de la Loi de 1985, objet du débat dans les présents pourvois, est identique à la disposition de la Loi de 1976 ayant trait au « fardeau excessif ».

Le règlement d'application de la Loi de 1976 a d'abord été proposé à l'occasion d'une réunion du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration tenue en 1977. Un document soumis au comité par l'honorable Bud Cullen, ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, intitulé *Critères dont doivent tenir compte les médecins*, visait à éclairer l'objectif d'assouplissement sous-tendant les nouvelles règles applicables à la non-admissibilité pour raisons médicales :

#### Objectif et champ d'application éventuel du Règlement

- . . .
- Veiller à ce que les médecins ne tiennent compte que de tous les critères visant à déterminer si une personne constitue un danger réel ou virtuel pour la santé ou la sécurité publiques ou si elle entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé.

- . . .
- Des critères non médicaux tels que l'aide privée offerte ainsi que les contraintes imposées par la profession qu'a choisie la personne peuvent effectivement influencer sur l'évaluation des risques, de telle sorte que chaque décision s'appliquera à chaque personne et non à une maladie, invalidité ou autre état médical donné. [Je souligne.]

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, fascicule n° 11, 5 avril 1977, p. 11A : 105 à 11A : 107)

Lors d'une réunion ultérieure du comité, John L. Manion, alors sous-ministre de la Main-

50

51

52

Immigration, answered the following question from a Committee member, confirming an intended return to a policy incorporating the relevance of a family's circumstances in an "excessive demands" assessment:

**Mr. Caccia:** All right, then. Dealing with Clause 19(1)(a)(ii) if the applicant or the parents will be able to prove that the individual in question will be kept at home and will not place demands on health or social services, what will be the position of the department?

**Mr. Manion:** Well the position of the prospective immigrant is that he would not be prohibited. They could be landed rather than being brought in under minister's permit. If the family can provide assurances that the immigrant will not cause excessive demands on health or social services, then the individual will be admitted as a landed immigrant. [Emphasis added.]

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 42, June 28, 1977, at p. 42:76)

53

This review of the legislative history indicates a legislative intention to shift from an approach based on categorical exclusion to one calling for individualized assessments. This brings us back to the relevant portions of s. 19(1) of the 1985 *Immigration Act*, reproduced for ease of reference:

**19. (1)** No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

. . .

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services;

54

Section 19(1)(a)(ii) calls for an assessment of whether an applicant's health would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands

d'œuvre et l'Immigration, a confirmé, dans sa réponse à une question posée par un membre du Comité, l'intention de revenir à une politique permettant de prendre en considération la situation financière d'une famille dans l'appréciation du « fardeau excessif » :

**M. Caccia :** Très bien. Occupons-nous du sous-alinéa 19(1)a(ii); si le requérant ou les parents réussissent à prouver que la personne en question sera gardée à la maison et n'imposera pas de fardeau aux services médicaux ou sociaux, quelle sera la position adoptée par le ministère?

**M. Manion :** L'immigrant éventuel ne serait plus jugé inadmissible. Il pourrait venir au Canada en qualité d'immigrant reçu plutôt qu'en vertu d'un permis du ministre. Si la famille réussit à garantir que l'immigrant n'imposera pas de fardeau excessif aux services médicaux ou sociaux, cette personne pourra être admise comme immigrant reçu. [Je souligne.]

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, fascicule n° 42, 28 juin 1977, p. 42 : 76)

Cet historique indique, chez le législateur, l'intention de passer d'une politique d'exclusion basée sur des catégories à une politique requérant des évaluations individualisées. Cela nous ramène aux passages pertinents du par. 19(1) de la *Loi sur l'immigration* de 1985, que je reproduis ici par souci de commodité :

**19. (1)** Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut :

. . .

(ii) . . . que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé;

Le sous-alinéa 19(1)a(ii) exige qu'on détermine si l'état de santé du demandeur entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les

on Canada's social services. The term "excessive demands" is inherently evaluative and comparative. Without consideration of an applicant's ability and intention to pay for social services, it is impossible to determine realistically what "demands" will be made on Ontario's social services. The wording of the provision shows that medical officers must assess likely *demands* on social services, not mere eligibility for them.

To do so, the medical officers must necessarily take into account both medical and non-medical factors, such as the availability, scarcity or cost of publicly funded services, along with the willingness and ability of the applicant or his or her family to pay for the services.

This, it seems to me, requires individualized assessments. It is impossible, for example, to determine the "nature", "severity" or probable "duration" of a health impairment without doing so in relation to a given individual. If the medical officer considers the need for potential services based only on the *classification* of the impairment rather than on its particular manifestation, the assessment becomes generic rather than individual. It is an approach which attaches a cost assessment to the disability rather than to the individual. This in turn results in an automatic exclusion for all individuals with a particular disability, even those whose admission would not cause, or would not reasonably be expected to cause, excessive demands on public funds.

The issue is not whether Canada can design its immigration policy in a way that reduces its exposure to undue burdens caused by potential immigrants. Clearly it can. But here the legislation is being interpreted in a way that impedes entry for *all* persons who are intellectually disabled, regardless of family support or assistance, and regardless of whether they pose any reasonable likelihood of excessively burdening Canada's social services. Such an interpretation, disregarding a family's actual circumstances, replaces the provision's purpose with a cookie-cutter methodology. Interpreting the

services sociaux canadiens. Le terme « fardeau excessif » appelle intrinsèquement à l'évaluation et à la comparaison. Si l'on ne tient pas compte de la capacité et de la volonté du demandeur d'assumer le coût des services sociaux, il est impossible de déterminer d'une manière réaliste en quoi consiste le « fardeau » que devront supporter les services sociaux de l'Ontario. Le texte de la disposition indique que les médecins agréés doivent déterminer le *fardeau* probable pour les services sociaux, et non la simple admissibilité à ces services.

Pour ce faire, les médecins agréés doivent nécessairement tenir compte de critères médicaux et non médicaux — comme la disponibilité, la rareté ou le coût des services financés par l'État, ainsi que la volonté et la capacité du demandeur ou de sa famille de payer pour les services concernés.

Cela exige, me semble-t-il, des appréciations individualisées. Il est impossible, par exemple, de déterminer la « nature », la « gravité » ou la « durée probable » d'une maladie sans le faire à l'égard d'une personne donnée. Si le médecin agréé s'interroge sur les services susceptibles d'être requis en se fondant uniquement sur la *classification* de la maladie ou de l'invalidité, et non sur la façon précise dont elle se manifeste, l'appréciation devient générique plutôt qu'individuelle. L'évaluation des coûts est alors faite en fonction de la déficience plutôt qu'en fonction de l'individu. Toutes les personnes atteintes d'une déficience donnée sont alors automatiquement exclues, même celles dont l'admission n'entraînerait pas, ou ne risquerait pas d'entraîner, un fardeau excessif pour les fonds publics.

La question n'est pas de savoir si le Canada peut élaborer une politique d'immigration propre à réduire le risque que des candidats à l'immigration lui occasionnent un fardeau excessif. Il est clair qu'il peut le faire. Mais, dans les présentes affaires, la Loi est interprétée d'une manière qui fait obstacle à l'admission de *toutes* les personnes ayant une déficience intellectuelle, sans égard au soutien ou à l'aide de la famille et à la question de savoir si leur admission crée une probabilité raisonnable de fardeau excessif pour les services sociaux canadiens. Une telle interprétation, qui ne tient pas compte de

55

56

57

legislation in this way may be more efficient, but an efficiency argument is not a valid rebuttal to justify avoiding the requirements of the legislation. The Act calls for individual assessments. This means that the individual, not administrative convenience, is the interpretive focus.

58 The clear legislative threshold provides that to be denied admission, the individual's medical condition "would" or "might reasonably be expected" to result in an excessive public burden. The threshold is reasonable probability, not remote possibility. It should be more likely than not, based on a family's circumstances, that the contingencies will materialize. See *Hiramen v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 65 N.R. 67 (F.C.A.), and *Badwal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 64 D.L.R. (4th) 561 (F.C.A.), both by MacGuigan J.A.

59 The same analysis is applicable to the new *Immigration and Refugee Protection Act*, which replaced most of the *Immigration Act*, including s. 19. Medical inadmissibility, as previously stated, is now determined under s. 38(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, which states:

**38.** (1) A foreign national is inadmissible on health grounds if their health condition

. . .

(c) might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services.

60 Under this new provision, health impairments need no longer be those that "would cause or might reasonably be expected to cause" excessive demands. Only those that "might reasonably be expected to cause" them are relevant. I see no real significance to the omission of the words "would cause". The wording is sufficiently similar to preserve the requirement that any anticipated burdens

la situation financière concrète de la famille, substituée à l'objet de la mesure législative une méthode d'évaluation à la chaîne. Il est peut être plus efficient d'interpréter la mesure législative de cette manière, mais un argument fondé sur l'efficience ne saurait valablement justifier le non-respect des exigences de cette mesure. La Loi requiert des appréciations individuelles. Cela signifie que l'interprétation doit être centrée sur la personne, et non sur la commodité administrative.

Le critère législatif est clair : pour qu'une personne se voit refuser l'admission, on doit avoir conclu que son état de santé « entraînerait » ou « risquerait d'entraîner » un fardeau excessif pour le public. Ce critère correspond à une probabilité raisonnable, non à une faible possibilité. Il doit être probable, eu égard à la situation de la famille, que les éventualités envisagées se réaliseront. Voir *Hiramen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] A.C.F. n° 74 (QL) (C.A.), et *Badwal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] A.C.F. n° 1022 (QL) (C.A.), deux arrêts dans lesquels le juge MacGuigan a exposé les motifs.

La même analyse vaut pour la nouvelle *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, qui a remplacé la plus grande partie de la *Loi sur l'immigration*, y compris l'art. 19. Comme je l'ai indiqué précédemment, la non-admissibilité pour raisons médicales est maintenant déterminée en vertu du par. 38(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* :

**38.** (1) Emporte, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour motifs sanitaires l'état de santé de l'étranger [ . . . ] risquant d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé.

Selon cette nouvelle disposition, il n'est plus nécessaire de conclure que la maladie ou l'invalidité « entraînerait ou risquerait d'entraîner » un fardeau excessif. Seul l'état de santé « risquant d'entraîner » un fardeau excessif est visé. Que l'on n'ait pas écrit « entraînant » est, selon moi, sans importance véritable. Le texte est suffisamment similaire pour permettre de conclure au maintien de l'obligation de

on the public purse be tethered to the realities, not the possibilities, of applicants' circumstances, including the extent of their families' willingness and ability to contribute time and resources.

It follows from the preceding analysis that the Hilewitz and de Jong families' ability and willingness to attenuate the burden on the public purse that would otherwise be created by their intellectually disabled children are relevant factors in determining whether those children might reasonably be expected to cause excessive demands on Canada's social services.

The medical notifications relating to both Gavin Hilewitz and Dirkje de Jong identified three social services that might be required: special education, vocational training and respite care. The Hilewitz and de Jong families both expressed an intention to send their children to private schools with specialized education. Mr. Hilewitz also expressed an intention to purchase a company which would provide employment for Gavin, thus avoiding the need for vocational training. Nevertheless, both applications were rejected on the basis that there would be excessive demands on social services.

In the case of the Hilewitz application, the affidavit of Dr. Waddell is revealing. He referred to the excessive costs to the province of social services for Gavin without taking into consideration the reasonableness of the likelihood that public funds would be used. It is also clear from his cross-examination by Mr. Hilewitz's counsel that Dr. Waddell felt that once *eligibility* for social services was made out, a finding of "excessive demands" would automatically follow and there was no need to inquire into either the assistance to be provided by the family or the likelihood of their reliance on publicly funded services.

A similar approach informed the review by the visa officer. When, in cross-examination on her

rattacher toute prévision de fardeau pour les fonds publics à la situation réelle des demandeurs, notamment la mesure dans laquelle leur famille a la volonté et la capacité de leur consacrer du temps et des ressources — et non à l'évolution possible de cette situation.

Il ressort de cette analyse que la capacité et la volonté des familles Hilewitz et de Jong de réduire le fardeau autrement susceptible d'être occasionné pour les fonds publics par la déficience intellectuelle de leurs enfants sont des éléments pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si l'admission de ces enfants risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens.

Les déclarations médicales concernant Gavin Hilewitz et Dirkje de Jong mentionnaient trois services sociaux susceptibles d'être requis : l'éducation spécialisée, la formation professionnelle et les services de relève. Les familles Hilewitz et de Jong ont toutes deux exprimé leur intention d'inscrire leurs enfants à des écoles privées offrant une éducation spécialisée. M. Hilewitz a également exprimé l'intention d'acquérir une entreprise qui procurerait un emploi à Gavin, ce qui éliminerait la nécessité de recourir à la formation professionnelle. Malgré cela, les deux demandes ont été rejetées, au motif que l'admission des intéressés entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux.

Dans le cas de la demande de la famille Hilewitz, l'affidavit du D<sup>r</sup> Waddell est révélateur. Ce dernier fait état des coûts excessifs qu'assumerait la province pour les services sociaux requis par Gavin, sans s'interroger sur le caractère raisonnable de la probabilité que des fonds publics seraient utilisés. De plus, il ressort clairement du contre-interrogatoire du D<sup>r</sup> Waddell par l'avocat de M. Hilewitz que le premier estimait qu'une fois l'*admissibilité* aux services sociaux établie, la conclusion de « fardeau excessif » suivait automatiquement, et qu'il n'était pas nécessaire de s'interroger sur l'aide qu'apporterait la famille ou sur la probabilité que celle-ci ait recours à des services financés par l'État.

L'examen effectué par l'agente des visas procédait d'une façon de voir similaire. Lorsque l'avocat

61

62

63

64

affidavit, she was asked by Mr. Hilewitz's counsel for the reasons behind her rejection of his application, Ms. Hughes explained that she had not looked at the additional information submitted by Mr. Hilewitz in response to the fairness letter because she was not the person forming the medical opinion. She felt her duty was to read only the medical notification and to ensure that it pertained "to the right person". She admitted that she had an obligation to assure herself that the medical notification was reasonable, but felt there was no room for error because "there is no mechanism [by which] a permanent resident can opt out of the eligibility for the medical or social services". She made no distinction between health and social services.

65 She also raised concerns about a number of future contingencies relating to possible economic reversals, saying:

Right now Mr. Hilewitz is a very-well-to-do man who cares very much about his son and has heretofore defrayed the costs of Gavin's needs, and I'm sure that it is his intention to do so in the future too, but you see, I don't know what will happen in the future. It's very hard to predict about the future.

For example, if something happened to the ability to pay, then would Gavin not need the social services and avail himself of his eligibility? I mean, to my knowledge, there are no legal provisions to limit Gavin's eligibility to social services based on his ability to pay if he were to be admitted as a permanent resident. And although eligibility may not constitute probability or use, it does constitute possibility, and that is what I think I have to look at, you see. I think that is entirely reasonable.

Q. I see. That is kind of a long answer, so let me go at this —

A. I can shorten it up for you, sir. If Mr. Hilewitz, Heaven forbid, were to become insolvent, it is reasonable to assume that Gavin would use existing public services.

66 Ms. Hughes recognized that it was "highly unlikely" that the Hilewitzes would make use of

de M. Hilewitz a contre-interrogé M<sup>me</sup> Hughes au sujet de son affidavit et lui a demandé les raisons qui l'avaient amenée à refuser la demande, cette dernière a expliqué qu'elle n'avait pas pris connaissance des renseignements additionnels fournis par M. Hilewitz en réponse à la lettre requise par l'équité, parce qu'elle n'était pas la personne chargée de formuler l'avis médical. Son obligation se limitait selon elle à lire la déclaration médicale et à vérifier qu'elle concernait [TRADUCTION] « la bonne personne ». Reconnaissant qu'elle avait l'obligation de s'assurer du caractère raisonnable de la déclaration médicale, elle estimait toutefois qu'il n'y avait pas de possibilité d'erreur, puisque [TRADUCTION] « aucun mécanisme [. . .] ne permet à un résident permanent de renoncer à son admissibilité aux services médicaux ou sociaux ». Elle n'a fait aucune distinction entre les services de santé et les services sociaux.

Elle a également évoqué un certain nombre d'éventualités ayant trait à de possibles modifications de la situation financière de la famille :

[TRADUCTION] À l'heure actuelle, M. Hilewitz est un homme très prospère qui aime beaucoup son fils et qui a jusqu'ici assumé tous les frais qu'entraînaient les soins dont avait besoin Gavin, et je suis sûre qu'il a l'intention de continuer à le faire, mais, voyez-vous, je ne sais pas ce qui arrivera à l'avenir. Il est très difficile de prédire l'avenir.

Par exemple, s'il devenait tout à coup incapable d'assumer ces frais, Gavin n'aurait-il pas alors besoin de services sociaux et n'exercerait-il pas son droit de les utiliser? D'après ce que je sais, il n'existe aucune disposition législative qui limite le droit d'accès de Gavin à des services sociaux sur la base de sa capacité de payer, dans le cas où il serait admis en tant que résident permanent. Et quoique l'admissibilité à ces services ne signifie pas qu'il est probable qu'on y ait recours, cela demeure néanmoins une possibilité et c'est ce dont il faut tenir compte, vous comprenez. Cela me paraît tout à fait raisonnable.

Q. Je vois. Votre réponse est assez longue alors permettez-moi de —

R. Je peux vous la résumer, Maître. Si M. Hilewitz, le ciel l'en préserve, devenait insolvable, il est raisonnable de supposer que Gavin aurait recours aux services publics.

M<sup>me</sup> Hughes a reconnu qu'il était [TRADUCTION] « très improbable » que la famille Hilewitz ait

government-funded services, but was nevertheless concerned about the mere possibility that such reliance would occur.

In the de Jong case, the letter from Dr. Bertrand similarly shows that he too made no distinction between health and social services, and refused to take into account the de Jong family's resources and support in determining the potential burden on social services. Instead, he raised the speculative possibility that the family would fall on hard times and be forced to resort to publicly funded services. Despite the clear directions in the order of Reed J., Dr. Bertrand persisted in insisting that in making his determination, he had no authority in law to consider the family's financial resources.

These views, it seems to me, undermine and contradict the direction in the legislation that a person can only be found to be ineligible for admission if his or her admission "would" or "might reasonably be expected" to cause excessive demands. That means that something more than speculation must be applied to the inquiry. The fears articulated in the rejections of the Hilewitz and de Jong applications, such as possible bankruptcy, mobility, school closure or parental death, represent contingencies that could be raised in relation to any applicant. Using such contingencies to negate a family's genuine ability and willingness to absorb some of the burdens created by a child's disabilities anchors an applicant's admissibility to conjecture, not reality.

Social services are regulated by provincial statutes. In Ontario, the province in which both the Hilewitz and de Jong families have expressed their intention to live, the *Developmental Services Act*, R.S.O. 1990, c. D.11, as amended, addresses some of the facilities, assistance and services that may be provided to a person with developmental disabilities. Section 15 of the regulations under the

recours à des services financés par l'État, mais que la seule possibilité que cela puisse se produire la préoccupait néanmoins.

Dans le cas de la famille de Jong, la lettre du D<sup>r</sup> Bertrand indique de façon analogue que lui non plus ne faisait pas de distinction entre les services de santé et les services sociaux, et que, dans la détermination du fardeau potentiel pour les services sociaux, il a refusé de tenir compte des ressources financières de la famille de Jong et du soutien qu'elle pouvait apporter. Il a plutôt soulevé la possibilité de nature conjecturale que la famille éprouve un jour des difficultés financières et soit forcée d'avoir recours aux services financés par l'État. Malgré les directives claires contenues dans l'ordonnance de la juge Reed, le D<sup>r</sup> Bertrand a persisté à prétendre que, dans la cadre de la décision qu'il devait prendre, il n'était pas autorisé en droit à tenir compte des ressources financières de la famille.

Ces façons de voir me paraissent affaiblir et contredire la disposition de la Loi, disposition qui prescrit qu'une personne peut être jugée non admissible seulement si son admission « entraînerait » ou « risquerait d'entraîner » un fardeau excessif. Cela signifie que la décision ne saurait reposer sur de simples conjectures. Les craintes exposées dans le rejet des demandes des Hilewitz et des de Jong quant à diverses possibilités (faillite, déménagement, fermeture d'école ou décès des parents) sont des éventualités qui pourraient être soulevées à l'égard de tout demandeur. En invoquant de telles éventualités pour nier la capacité et la volonté réelles d'une famille de supporter une partie du fardeau occasionné par la déficience d'un enfant, on se trouve à rattacher l'admissibilité d'un demandeur à des conjectures et non à la réalité.

Les services sociaux relèvent de lois provinciales. En Ontario, la province où les familles Hilewitz et de Jong ont exprimé l'intention de s'installer, les établissements, l'aide et les services susceptibles d'être mis à la disposition des personnes ayant une déficience intellectuelle sont en partie régis par la *Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle*, L.R.O. 1990, ch. D.11, et

67

68

69

*Developmental Services Act Regulations*, R.R.O. 1990, Reg. 272, states that a determination will be made as to the ability of the applicant for “admission to [a] facility and for assistance” to contribute “to all or any part of the cost” thereof. Section 16 extends the same approach to applications for “services”. The Ontario legislation manifestly contemplates the possibility of financial contributions from families able to make them. Even if the Hilewitz and de Jong families’ stated intentions regarding education and training did not materialize, the financial resources of both families are such that they likely would be required to contribute a substantial portion, if not the entirety, of the costs associated with certain social services provided by the province.

ses modifications. Selon l’article 15 du règlement d’application de la *Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle*, R.R.O. 1990, Règl. 272, il faut déterminer si une personne qui demande [TRADUCTION] « l’admission à un établissement et de l’aide » est à même de supporter « tout ou partie du coût » de telles mesures. L’article 16 étend l’application de cette même règle aux demandes de « services ». Manifestement, la législation ontarienne envisage la participation financière des familles qui ont les moyens de le faire. Même si les intentions exprimées par les familles Hilewitz et de Jong en matière d’éducation et de formation ne se matérialisaient pas, les ressources financières de ces familles sont telles que ces dernières seraient vraisemblablement appelées à supporter une part substantielle, voire la totalité, des coûts afférents à certains services sociaux fournis par la province.

70 The medical officers were obliged to consider all relevant factors, both medical and non-medical, such as the availability of the services and the anticipated need for them. In both cases, the visa officers erred by confirming the medical officers’ refusal to account for the potential impact of the families’ willingness to assist. Moreover, their failure to read the families’ responses to the fairness letters sent to them by the medical officers meant that their decisions were not based on all the relevant available information.

Les médecins agréés et les agents des visas avaient l’obligation de tenir compte de tous les éléments pertinents, tant de nature médicale que non médicale, par exemple la disponibilité des services et les besoins prévus à cet égard. Or dans les deux cas, les agents des visas ont commis une erreur en confirmant le refus des médecins agréés de prendre en considération l’incidence possible de la volonté des familles d’apporter leur soutien. En outre, leurs décisions n’étaient pas fondées sur la totalité de l’information disponible, vu leur refus de lire les réponses des familles aux lettres requises par l’équité que leur avaient fait parvenir les médecins agréés.

71 The parties are in agreement that correctness is the applicable standard for reviewing the visa officers’ decisions in these appeals. The error in the interpretation of s. 19(1)(a)(ii) warrants the setting aside of those decisions.

Les parties s’entendent pour dire que c’est la norme de la décision correcte qui s’applique au contrôle des décisions des agents des visas faisant l’objet des présents pourvois. L’erreur commise dans l’interprétation du sous-al. 19(1)a)(ii) justifie l’annulation de ces décisions.

### III. Disposition

### III. Dispositif

72 Both appeals are allowed with costs throughout, and both applications are referred to the Minister for reconsideration and redetermination by different visa officers in accordance with these reasons.

Les deux pourvois sont accueillis avec dépens dans toutes les cours, et les deux demandes sont renvoyées au ministre pour réexamen et nouvelle décision par d’autres agents des visas en conformité avec les présents motifs.

The reasons of LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting) —

#### I. Introduction

I agree with the majority that the issue in these appeals is whether wealth can be considered when determining if the medical condition of an immigration applicant's dependant might reasonably be expected to cause excessive demands on social services. In the majority's view, it can. On the basis of statutory interpretation, however, I reach the opposite conclusion. I would therefore dismiss the appeals.

Section 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2 ("IA"), is at the heart of the debate. It reads:

**19. (1)** No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

. . .

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services;

The IA has now been replaced by the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 ("IRPA"), which has a similar provision dealing with medical inadmissibility (s. 38(1)(c)). The Court of Appeal took the view that the IA continues to apply to the proceedings; this position has not been challenged.

Section 19(1)(a)(ii) IA requires a medical officer to assess the nature, severity and probable duration of an individual's medical condition and to consider what services the person is likely to require because

Version française des motifs des juges LeBel et Deschamps rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) —

#### I. Introduction

Tout comme les juges majoritaires, j'estime qu'il s'agit de décider, dans les présents pourvois, si la capacité de payer peut être prise en considération pour déterminer si la maladie ou l'invalidité d'une personne à la charge de l'auteur d'une demande d'immigration risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux. Les juges majoritaires sont d'avis qu'elle peut l'être. En me fondant sur l'interprétation de la loi, j'arrive, quant à moi, à la conclusion contraire et, en conséquence, je rejetterais les pourvois.

Le sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2 (« LI »), est au cœur même du litige. Voici le libellé de cette disposition :

**19. (1)** Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut :

. . .

(ii) . . . que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé;

La LI a maintenant été remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« LIPR »), qui comporte une disposition semblable prévoyant l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires (par. 38(1)). La Cour d'appel a estimé que la LI s'appliquait encore aux présentes espèces; cette position n'a pas été contestée.

Le sous-alinéa 19(1)a)(ii) LI exige qu'un médecin agréé apprécie la nature, la gravité et la durée probable de la maladie ou de l'invalidité dont est atteinte une personne et prenne en considération les services

73

74

75

76

of that condition if admitted into Canada. The question is whether the demands on those services are excessive in relation to the demands generated by other members of Canadian society. The majority would read into the provision the possibility that the likely demands on services can be reduced or eliminated where the applicant is wealthy. In my view, this interpretation runs counter to the history and purpose of the legislation and is inconsistent with the scheme of Part III of the *IA*, which concerns exclusion from entry into Canada.

## II. Facts

77 David Hilewitz and Dirk de Jong, along with their families, applied to enter Canada in the late-1990s. Mr. Hilewitz sought admission as an investor and Mr. de Jong as a self-employed person. Each of them was refused admission because he had a child whose intellectual disability was found likely to cause excessive demands on Canada's social services. Both children were diagnosed with delayed mental development and were found to be eligible for and likely in need of special education, counselling, occupational therapy or life skills training, respite care for their parents and vocational training. In the case of Ms. de Jong, the medical officer thought it was probable that she would also qualify for sheltered workshop employment.

78 The facts in the appeals and the judgments below are thoroughly set out by the majority and I will not repeat them save as is necessary for the purposes of discussion.

## III. Analysis

79 Canada has a long history of opening its doors to newcomers. The government of Canada has recognized the importance of immigration, as is

dont cette personne est susceptible d'avoir besoin en raison de cette maladie ou invalidité si elle est admise au Canada. Il s'agit de décider si le fardeau pour ces services est excessif par rapport à celui qui est occasionné par d'autres membres de la société canadienne. Pour les juges majoritaires, cette disposition envisage implicitement que le fardeau susceptible d'être créé pour les services sociaux puisse être réduit ou éliminé lorsque le demandeur a la capacité de payer pour ces services. Or, à mon avis, cette interprétation va à l'encontre de l'histoire et de l'objectif de la législation et elle est incompatible avec l'économie de la partie III de la *LI*, qui concerne les personnes non admissibles au Canada.

## II. Faits

David Hilewitz et Dirk de Jong, ainsi que leur famille respective, ont présenté une demande d'admission au Canada vers la fin des années 1990. Le premier a présenté sa demande en tant qu'investisseur et le second en tant que travailleur autonome. Leurs demandes d'admission ont été refusées parce que chacun des demandeurs avait à sa charge un enfant dont la déficience intellectuelle a été considérée comme susceptible d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux du Canada. On a diagnostiqué chez les deux enfants un retard de développement intellectuel et jugé qu'ils étaient susceptibles d'avoir besoin d'une éducation spécialisée, de séances de consultation, d'ergothérapie ou d'apprentissage de l'autonomie fonctionnelle, de services de relève pour les parents et de formation professionnelle, services auxquels ils auraient le droit de recourir. Dans le cas de M<sup>lle</sup> de Jong, le médecin agréé a aussi estimé qu'elle serait probablement admissible à un emploi dans un atelier protégé.

Les faits en cause dans les présents pourvois et dans les décisions des juridictions inférieures ayant été exposés en détail par les juges majoritaires, je ne les rappellerai que lorsque cela est nécessaire pour les besoins de l'analyse.

## III. Analyse

Le Canada ouvre depuis longtemps ses portes aux nouveaux arrivants. Le gouvernement canadien reconnaît l'importance de l'immigration, comme

evidenced by an extensive practice of admitting thousands of people into Canada each year in an effort to increase the population and enrich the social and cultural fabric of the country: s. 3(a) and (b) *IA*; s. 3(1)(b) *IRPA*.

However, as important as it is to bring new people into Canada, Parliament has chosen to do so in a way that maintains and protects the health, safety and good order of Canadian society: s. 3(i) *IA*. Admission to Canada is and has always been subject to certain limitations (s. 5(2) *IA*). The *IA* establishes classes of inadmissible persons. For reasons beyond their control, the appellants belong to one of those classes and are inadmissible.

This conclusion follows from an application of the modern contextual approach to statutory interpretation described by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

See *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26.

In applying the modern contextual approach, I find it helpful to begin by reviewing the history of the legislation. This provides the background for a more focussed discussion, beginning with the overall scheme of the *IA* and then moving to the words of the provision itself. In my view, the analysis clearly leads to the conclusion that wealth is not a relevant consideration under s. 19(1)(a)(ii). This position is reinforced when the broader context of the medical inadmissibility assessment and the responsibilities of medical officers are considered.

#### A. History

Legislative intent can be gleaned from a review of the various changes to the statutory provision.

en témoigne le fait qu'il admet résolument chaque année des milliers de personnes au pays pour favoriser la croissance de la population et enrichir le tissu social et culturel du pays : al. 3a) et b) *LI*; al. 3(1)b) *LIPR*.

Toutefois, si important soit-il d'attirer de nouvelles personnes, le législateur a choisi de le faire d'une manière propre à maintenir et à garantir la santé, la sécurité et l'ordre public au Canada : al. 3i) *LI*. L'admission au Canada a toujours été subordonnée à certaines conditions (par. 5(2) *LI*). La *LI* établit des catégories de personnes non admissibles. Or, pour des raisons indépendantes de leur volonté, les appelants appartiennent à l'une de ces catégories et sont non admissibles.

Cette conclusion découle de l'application de la méthode contextuelle moderne d'interprétation des lois décrite par E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87 :

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26.

Pour appliquer la méthode contextuelle moderne, je considère qu'il est utile de faire d'abord l'histoire de la législation. Le contexte ayant ainsi été défini, on peut alors procéder à une analyse plus précise portant tout d'abord sur le régime général établi par la *LI* et, ensuite, sur le libellé de la disposition elle-même. À mon avis, il ressort clairement de cette analyse que la capacité de payer n'est pas un élément pertinent pour l'application du sous-al. 19(1)a)(ii). L'examen du contexte plus général de l'appréciation de la non-admissibilité pour raisons médicales ainsi que des responsabilités des médecins agréés vient renforcer cette conclusion.

#### A. Historique

Il est possible de découvrir l'intention du législateur en examinant les diverses modifications

80

81

82

83

Thus, it is useful to look at the way in which the wealth of an individual has been included or excluded from immigration legislation over the years.

apportées à la disposition législative. Il est par conséquent utile de voir comment la capacité de payer d'un individu a été incluse dans la législation sur l'immigration ou exclue de celle-ci au fil des ans.

84

One of the earliest immigration acts, *An Act Respecting Emigrants and Quarantine*, C.S.C. 1859, c. 40, envisaged the admission to Canada of persons with disabilities who were “likely to become permanently a public charge”, provided that security was given for their support (s. 10(2)). Thus, in the 19th century, the admission of persons to Canada was not as expansive as might appear at first blush: even at a time where there was almost no social safety net, the provision of financial security was required for persons suffering from certain medical conditions who were likely to become public charges. Admission criteria became even stricter in the *Immigration Act*, S.C. 1910, c. 27, and in its subsequent amendments (S.C. 1919, c. 25, s. 3) which are found in the *Immigration Act*, R.S.C. 1927, c. 93. The 1910 Act prohibited the entry of classes of persons on the basis of medical conditions alone; there was an absolute ban on persons with mental disabilities: s. 3(a). The subsequent amendments included a ban on persons who were “mentally or physically defective to such a degree as to affect their ability to earn a living”: s. 3(m) of the 1927 Act.

L'une des lois les plus anciennes en matière d'immigration, l'*Acte concernant les émigrés et la quarantaine*, S.R.C. 1859, ch. 40, prévoyait l'admission au Canada de personnes atteintes d'une déficience qui « pourrai[ent] devenir permanemment à charge au public » à la condition qu'un cautionnement soit versé quant aux dépenses susceptibles de devoir être engagées pour subvenir à leurs besoins (par. 10(2)). Ainsi, au XIX<sup>e</sup> siècle, l'admission au Canada n'était pas aussi étendue qu'elle pouvait sembler à première vue : même à cette époque où il n'existait quasiment aucun filet de sécurité sociale, on exigeait une garantie financière à l'égard des personnes atteintes de certaines déficiences qui risquaient de devenir un fardeau pour la collectivité. Les critères d'admission ont été resserrés davantage dans la *Loi de l'immigration*, S.C. 1910, ch. 27, et dans ses modifications ultérieures (S.C. 1919, ch. 25, art. 3) que l'on trouve dans la *Loi de l'immigration*, S.R.C. 1927, ch. 93. Dans la Loi de 1910, certaines catégories de personnes se voyaient interdire l'admission uniquement sur la base de raisons médicales; l'interdiction était absolue à l'égard des personnes atteintes de déficience mentale : al. 3a). Des modifications subséquentes comportaient une interdiction visant les personnes « mentalement ou physiquement atteintes, au point de ne pouvoir gagner leur vie qu'avec difficulté » : al. 3m) de la Loi de 1927.

85

The “excessive demands” criterion — which determined inadmissibility on the basis of demands placed on health or social services rather than on the mere existence of a medical condition — was first introduced in the *Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52 (subsequently R.S.C. 1985, c. I-2). The new criterion certainly represented a more modern approach to mental disability but did not, in itself, indicate a legislative departure from a policy of protecting Canada's finite resources from those who might impose a burden on it. Although inadmissibility on the basis of medical conditions alone

Le critère du « fardeau excessif » — suivant lequel la non-admissibilité était établie en fonction du fardeau pour les services sociaux ou de santé plutôt que de la simple existence d'une maladie — a été introduit dans la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52 (plus tard L.R.C. 1985, ch. I-2). Ce nouveau critère dénotait très certainement une façon plus moderne d'aborder la déficience mentale, sans pour autant indiquer en soi la volonté du législateur d'abandonner la politique consistant à protéger les ressources limitées du Canada contre ceux dont l'admission risquerait de

and the provision on giving security to the Minister had been abandoned, the new mechanism sought to protect the integrity of health and social services. As such, to adopt an overly expansive view of s. 19(1)(a)(ii) would be to depart from a long history of selective admission policies. When wealth was to be considered by the decision maker, the statutes said so clearly. Section 19(1)(a)(ii) makes no such reference. In its historical context, this silence is meaningful. This is particularly true when one considers that other provisions of the *IA* explicitly refer to sponsorship and the provision of security (see ss. 6(2) and (4) and 19(1)(b)).

#### B. *The Immigration Act*

Several broad objectives define Canadian immigration policy: reuniting families, protecting refugees, and fostering a viable economy (s. 3(c), (g) and (h) *IA*; ss. 3(1)(c) and (d), and 3(2) *IRPA*). These objectives are met through the recognition of different classes of immigrants and the adoption of different admission criteria for each class: for example, refugees (s. 7 of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 (“*IR*”)), family class immigrants (s. 4 *IR*) and what are often referred to as business or economic immigrants. This last class includes investors, self-employed persons and entrepreneurs: see ss. 6.11, 8(1)(b) and (c), and 8(4) *IR*. The Hilewitz and de Jong applications belong to the last of these subclasses. The financial resources and potential economic contribution of this class of immigrants are central to the success of their applications. Wealth, at this stage, is certainly of prime importance since the admission of these immigrants is essential to meeting the statute’s objective of fostering prosperity in Canada.

However, even if applicants meet the criteria for admission of a particular class of immigrants, they

lui imposer un fardeau. Bien que l’on eût renoncé à la non-admissibilité fondée sur l’état de santé seulement et à la disposition concernant le versement d’un cautionnement au ministre, le nouveau mécanisme visait à protéger l’intégrité des services sociaux et de santé. Voilà pourquoi une interprétation exagérément large du sous-al. 19(1)(a)(ii) s’écarterait d’une longue histoire de politiques fondées sur l’admission sélective. Lorsque la capacité de payer devait être prise en considération par le décideur, les lois l’indiquaient clairement. Or, il n’est nullement question de cet élément au sous-al. 19(1)(a)(ii). Dans son contexte historique, ce silence est significatif, particulièrement si l’on considère que d’autres dispositions de la *LI* font expressément mention du parrainage et du cautionnement (voir les par. 6(2) et (4), et l’al. 19(1)(b)).

#### B. *La Loi sur l’immigration*

Plusieurs objectifs généraux définissent la politique canadienne d’immigration : la réunion des familles, la protection des réfugiés et le développement d’une économie florissante (al. 3c), (g) et (h) *LI*; al. 3(1)c) et (d) et par. 3(2) *LIPR*). L’établissement de plusieurs catégories d’immigrants et de critères d’admission différents pour chaque catégorie permet d’atteindre ces objectifs : par exemple, la catégorie des réfugiés (art. 7 du *Règlement sur l’immigration de 1978*, DORS/78-172 (« *RI* »)), la catégorie des parents (art. 4 *RI*) et ce qu’on appelle souvent la catégorie des gens d’affaires immigrants ou immigrants économiques. Cette dernière catégorie comprend les investisseurs, les travailleurs autonomes et les entrepreneurs : voir l’art. 6.11, les al. 8(1)(b) et (c), et le par. 8(4) *RI*. Les demandes présentées par les Hilewitz et les de Jong entrent dans cette dernière catégorie. Les ressources financières et l’apport économique potentiel de cette catégorie d’immigrants jouent un rôle central dans l’issue de leurs demandes. La capacité de payer, à cette étape, a certainement une importance primordiale, puisque l’admission de ces immigrants est essentielle à la réalisation d’un objectif de la *LI*, celui de favoriser la prospérité du Canada.

Même s’ils remplissent les conditions d’admission fixées à l’égard d’une catégorie donnée

may still be excluded on other grounds. A visa will be issued by a visa officer only where it would not be contrary to the *IA* to do so (s. 9(4)). Pursuant to s. 11(1) *IA*, every immigrant must undergo a medical examination by a medical officer. The medical officer must conduct an examination to determine whether the potential immigrant falls within an inadmissible class. Section 19, which is found in Part III — Exclusion and Removal — sets out the classes of inadmissible persons. I will discuss only medical inadmissibility.

88

An obvious example of a medically inadmissible person is one who is likely to be a threat to public safety. This exclusion is mentioned in s. 19(1)(a)(i):

**19. (1)** No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

(i) they are or are likely to be a danger to public health or to public safety, . . .

The chief responsibility of the medical officer in such cases is to assess the danger to public health or safety. Wealth, regardless of how rich the applicant is, is irrelevant to this assessment.

89

Under s. 19(1)(a)(ii), the medical officer makes the same type of assessment. He or she must take the nature, severity and probable duration of the potential immigrant's impairment into account in determining whether:

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services.

90

A plain reading of the words of the provision suggests that the determination of excessive

d'immigrants, les demandeurs peuvent toutefois être exclus pour d'autres motifs. L'agent des visas ne délivre un visa que si cela ne contrevient pas à la *LI* (par. 9(4)). Suivant le par. 11(1) *LI*, tous les immigrants doivent se prêter à un examen fait par un médecin agréé, qui doit déterminer si le candidat à l'immigration appartient à une catégorie non admissible. L'article 19, que l'on trouve dans la partie III — Exclusion et renvoi —, énonce les catégories de personnes non admissibles. Je ne traiterai que de la non-admissibilité pour raisons médicales.

La personne qui constituerait vraisemblablement un danger pour la sécurité publique est un exemple évident de personne non admissible pour raisons médicales. Cette exclusion est prévue au sous-al. 19(1)a(i) :

**19. (1)** Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut :

(i) . . . que ces personnes constituent ou constitueraient vraisemblablement un danger pour la santé ou la sécurité publiques,

Dans de tels cas, la principale responsabilité du médecin agréé consiste à apprécier le danger pour la santé ou la sécurité publiques. La capacité de payer, quel que soit le niveau de richesse du demandeur, n'est aucunement prise en compte dans cette appréciation.

Le médecin agréé procède au même type d'évaluation en vertu du sous-al. 19(1)a(ii). Il doit prendre en compte la nature, la gravité et la durée probable de la maladie ou de l'invalidité dont est atteint le candidat à l'immigration pour déterminer si :

(ii) [son] admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé.

À la simple lecture de cette disposition, il semble que l'existence d'un fardeau excessif doive être

demands is made by reference to the nature, severity and probable duration of the medical condition itself. Rather than exclude persons on the basis of the condition alone, Parliament intended the medical officer to look at how the condition affects the individual. Nothing, however, suggests that an applicant's wealth should be understood to be included in the words "nature, severity or probable duration".

There is no question that the words of the enactment require an individualized assessment in order to determine whether a particular person is medically inadmissible. I agree with the majority that "[i]t is impossible . . . to determine the 'nature', 'severity', or 'probable duration' of a health impairment without doing so in relation to a given individual" (para. 56). Looking at a particular individual's situation does not, however, mean looking at criteria that have nothing to do with the medical condition.

There is no indication anywhere that Parliament intended medical officers to take wealth into account under s. 19(1)(a)(ii). For instance, s. 22 *IR* lists factors to be considered by the medical officer when making an "excessive demands" determination. These include reports made by medical practitioners, any effect on potential employability and the availability of required health or social services. None of the factors relate to the family's ability or intent to pay for the requisite services. Section 22 has been declared *ultra vires* (see *Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139) as applied to s. 19(1)(a)(ii) and has now been repealed, but it is nevertheless informative insofar as it provides guidance with respect to legislative intent.

Neither s. 38(1)(c) of the subsequent statute, the *IRPA*, nor its accompanying regulations (see s. 34 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227) make any reference to family support or income; instead, s. 34 directs officers drawing conclusions about excessive demands to consider only reports made by a

déterminée en fonction de la nature, de la gravité et de la durée probable de la maladie ou de l'invalidité elle-même. L'intention du législateur était que le médecin agréé se demande de quelle manière la maladie ou l'invalidité affecte la personne atteinte, au lieu d'exclure cette dernière du seul fait de cette maladie ou invalidité. Rien cependant ne tend à indiquer que la capacité de payer du demandeur doive être considérée comme visée par les mots « la nature, la gravité ou la durée probable ».

Il ne fait aucun doute que le libellé du texte de loi requiert une appréciation individualisée de la situation d'une personne pour déterminer si elle est non admissible pour des raisons médicales. Je souscris à l'opinion des juges majoritaires selon laquelle « [i]l est impossible [. . .] de déterminer la « nature », la « gravité » ou la « durée probable » d'une maladie sans le faire à l'égard d'une personne donnée » (par. 56). Mais considérer la situation d'une personne donnée ne veut pas dire appliquer des critères qui n'ont rien à voir avec son état de santé.

Absolument rien n'indique que le législateur voulait que les médecins agréés tiennent compte de la capacité de payer dans l'application du sous-al. 19(1)(a)(ii). Par exemple, l'art. 22 *RI* énumère les éléments dont doit tenir compte le médecin agréé pour déterminer s'il y a « fardeau excessif ». Il s'agit notamment de tout rapport rédigé par un médecin, de l'incidence possible quant à l'employabilité éventuelle et de l'existence des services sociaux ou de santé requis. Aucun de ces éléments ne concerne la capacité ou l'intention de la famille de payer les services requis. L'article 22 a été déclaré inconstitutionnel (voir *Ismaili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1127 (QL) (1<sup>re</sup> inst.)) pour ce qui est du sous-al. 19(1)(a)(ii) et il a été abrogé, mais il est néanmoins instructif quant à l'intention du législateur.

Il n'est fait aucune mention du revenu ou du soutien familial au par. 38(1) de la *LIPR*, qui a remplacé la *LI*, ni dans son règlement d'application (voir l'art. 34 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227); au contraire, l'art. 34 oblige l'agent ayant à se prononcer sur la question du fardeau excessif à tenir compte

91

92

93

health practitioner or medical laboratory and any condition identified by the medical examination.

94

Likewise, the handbook given to medical officers to assist them in making their assessments specifically directs them to ignore “civil factors, such as the economic circumstances of the applicant” and to focus “solely on the medical considerations specified in the Act and Regulations”: *Medical Officer’s Handbook: Immigration Medical Service* (1992 (loose-leaf amended in October 1995), Section III, “Assessing System and Method”, para 3.1(11). While the interpretation suggested by the handbook is certainly not binding, it is a “helpful confirmation of what appears evident on the face of the Act”: *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35, at para. 26.

95

Thus, the subsequent statute, regulations and internal guidelines all point to the applicant’s medical condition alone and not to his or her wealth. If Parliament had wanted to direct medical officers to consider family support or wealth, it had ample opportunity to do so when revising the rules. It is not for the courts to make such revisions in a case where there is no constitutional challenge.

96

Furthermore, s. 19(1)(b) *IA*, which immediately follows the medical inadmissibility provisions, specifically envisages that financial arrangements can be made for persons who are unable or unwilling to care for themselves:

*(b) persons who there are reasonable grounds to believe are or will be unable or unwilling to support themselves and those persons who are dependent on them for care and support, except persons who have satisfied an immigration officer that adequate arrangements, other than those that involve social assistance, have been made for their care and support;*

Since special arrangements are explicitly considered under s. 19(1)(b), it would be inconsistent to deem the same consideration implicit in s. 19(1)(a)(ii).

uniquement des rapports établis par un spécialiste de la santé ou par un laboratoire médical et de toute maladie détectée lors de la visite médicale.

De même, le guide remis au médecin agréé pour l’aider à faire son évaluation lui enjoint directement de ne pas tenir compte de « divers facteurs d’ordre social, notamment la situation financière du requérant » et d’« uniquement fonder son opinion sur les considérations médicales précisées dans la loi et le règlement précités » : *Guide du médecin : Service médical de l’immigration* (1992 (feuilles mobiles)), Section III, « Système et méthode d’évaluation », par. 3.1(11). Bien que l’interprétation suggérée par le Guide n’ait évidemment pas force obligatoire, c’est « une confirmation utile de ce qui se dégage clairement de la Loi » : *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35, par. 26.

Par conséquent, tant la loi subséquente que les dispositions réglementaires et les directives internes semblent indiquer que seul doit être pris en considération l’état de santé du demandeur, et non sa capacité de payer. Si le législateur avait voulu prescrire aux médecins agréés de tenir compte du soutien familial ou de la capacité de payer, il aurait eu amplement l’occasion de le faire lorsqu’il a modifié les règles applicables. Il n’appartient pas aux tribunaux d’apporter de telles modifications dans une affaire où il n’y a pas contestation constitutionnelle.

De plus, l’al. 19(1)b) *LI*, qui suit immédiatement les dispositions concernant la non-admissibilité pour raisons médicales, prévoit expressément que des dispositions financières peuvent être prises à l’égard des personnes qui n’ont pas la capacité ou la volonté de subvenir à leurs besoins :

*b) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elles n’ont pas la capacité ou la volonté présente ou future de subvenir tant à leurs besoins qu’à ceux des personnes à leur charge et qui ne peuvent convaincre l’agent d’immigration que les dispositions nécessaires — n’impliquant pas l’aide sociale — ont été prises en vue d’assurer leur soutien;*

Comme des dispositions spéciales sont expressément envisagées à l’al. 19(1)b), il serait incohérent de présumer que cette considération est implicite au sous-al. 19(1)a)(ii).

Also instructive is the fact that Parliament considered whether family support was relevant to an “excessive demands” opinion and chose not to include it in either the *IA* or the regulations. In a document entitled “Factors to be considered by medical officers” (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 11, April 5, 1977, at pp. 11A:42 to 11A:43), which was submitted to the Standing Committee considering the new *Immigration Act*, reference was made to “the availability of private support” as a factor that could be considered by medical officers. Excerpts from a discussion between then Deputy Minister of Manpower and Immigration John L. Manion and a committee member at a 1977 meeting of the Standing Committee (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 42, June 28, 1977, at p. 42:76), provide additional evidence that Parliament considered the impact of family support on the “excessive demands” assessment. Thus, leaving family support out was not an oversight but a considered decision. In my view, the fact that Parliament expressly considered family support but chose not to include it in either the provision or the accompanying regulations strongly suggests that Parliament did not intend wealth to be a relevant factor.

When the provision is looked at in its ordinary sense, together with the legislative context (including the regulations and internal directives), it is clear that Parliament intended that the inquiry into demands be tethered to the applicant’s medical condition.

### C. *The Broader Context*

#### (1) Undertakings

In permitting the landing of persons with disabilities, the former Acts often provided that security could be given to the Minister to guarantee that

Un autre élément révélateur est le fait que le législateur s’est demandé si le soutien familial était pertinent pour la détermination du « fardeau excessif » et a décidé de ne pas inclure ce facteur dans la *LI* ou les règlements. Dans un document intitulé « Critères dont doivent tenir compte les médecins » (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, fascicule n° 11, 5 avril 1977, p. 11A : 105 à 11A : 107), qui a été soumis au Comité permanent examinant la nouvelle loi sur l’immigration, il a été question de l’« aide privée offerte » comme d’un élément dont pourraient tenir compte les médecins agréés. Des extraits d’échanges ayant eu lieu en 1977 entre le sous-ministre adjoint de la Main-d’œuvre et de l’Immigration, John L. Manion, et un membre du comité, lors d’une réunion du Comité permanent (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, fascicule n° 42, 28 juin 1977, p. 42 : 76) viennent eux aussi confirmer que le législateur a étudié la question de l’incidence du soutien familial sur l’appréciation du « fardeau excessif ». Ce n’est donc pas par oubli, mais bien à la suite d’une décision réfléchie, que le soutien familial a été exclu des éléments à prendre en compte. À mon avis, le fait que le législateur ait expressément examiné la question du soutien familial puis finalement décidé de ne pas en faire état dans la disposition législative et les règlements connexes donne fortement à penser qu’il ne voulait pas que la capacité de payer soit prise en compte.

Si l’on considère cette disposition dans son sens ordinaire et en tenant compte du contexte législatif (y compris les textes réglementaires et les directives internes), on voit clairement que le législateur entendait que l’analyse du fardeau soit axée sur l’état de santé du demandeur.

### C. *Le contexte général*

#### (1) Engagements

Les lois antérieures qui accordaient le droit d’établissement aux personnes atteintes de déficience prévoyaient souvent le versement d’un cautionnement

97

98

99

the immigrant would not be a burden on Canada. Statements of intention with respect to medical inadmissibility are not and never have been envisaged by the immigration statutes.

au ministre pour garantir que l'immigrant ne constituerait pas un fardeau pour le Canada. Les lois sur l'immigration n'envisagent pas, et n'ont jamais envisagé, les déclarations d'intention en ce qui a trait à la non-admissibilité pour raisons médicales.

100

Sections 23(1) and 23.1 *IR*, which applied to all applications for immigration when the *IA* was in force, set out the terms and conditions that can be imposed in respect of an immigrant. These include the time and place at which the applicant must report for a medical examination, surveillance or treatment, the minimum investment an investor class applicant must make, and the times and places at which an immigrant must furnish evidence of compliance with other terms and conditions. Additionally, an entrepreneur class applicant is permitted entry into Canada on the basis of a promise to control and manage a business in Canada that creates at least one employment opportunity for a non-family member. The ability of the immigration officer to accept such promises is provided for in s. 23.1(1) *IR*.

Le paragraphe 23(1) et l'art. 23.1 *RI*, qui s'appliquaient à toutes les demandes d'immigration lorsque la *LI* était en vigueur, prescrivent les conditions qui peuvent être imposées à un immigrant. Ces conditions concernent notamment les dates, heures et lieux où l'immigrant doit se présenter pour visite médicale, surveillance médicale ou traitement médical, le placement minimal que doit effectuer une personne appartenant à la catégorie des investisseurs, et les dates, heures et lieux où l'immigrant doit fournir la preuve qu'il s'est conformé aux conditions imposées. De plus, l'immigrant appartenant à la catégorie des entrepreneurs est autorisé à entrer au Canada en échange d'une promesse de diriger et d'administrer une entreprise au Canada qui crée au moins une possibilité d'emploi pour une personne qui ne fait pas partie de sa famille. C'est le par. 23.1(1) *RI* qui habilite l'agent d'immigration à accepter ces promesses.

101

The usual mechanism for dealing with a person who fails to comply with the terms and conditions placed on his or her visa is a removal order under s. 27(1)(b), (3) and (4) *IA*. Removal orders may also be issued where a person was granted landing by reason of a misrepresentation of any material fact or where a person fails to support him or herself or any dependent member of his or her family in Canada. However, it is unlikely that either mechanism would apply in a situation where a family has stated in good faith that it will pay for social services such as special education.

La mesure qui est habituellement prise à l'encontre d'une personne qui ne se conforme pas aux conditions dont est assorti son visa est le renvoi en vertu de l'al. 27(1)*b*) et des par. 27(3) et (4) *LI*. Une mesure de renvoi peut également être prise à l'égard d'une personne qui a obtenu le droit d'établissement par suite d'une fausse indication sur un fait important ou qui manque à son obligation de subvenir à ses propres besoins ou à ceux d'une personne à charge — membre de sa famille — au Canada. Il est toutefois peu probable que l'un ou l'autre de ces mécanismes soit applicable dans un cas où une famille a affirmé de bonne foi qu'elle paiera les services sociaux comme l'éducation spécialisée.

102

Another way in which the Minister can enforce promises to avoid relying on the public purse for support is through undertakings. An undertaking is given to a government by a person sponsoring a member of the family class of immigrants. The sponsor promises to make provision for the essential needs of the member and the member's

Les engagements constituent pour le ministre un autre moyen de faire respecter les promesses de ne pas avoir recours aux fonds publics pour subvenir aux besoins d'immigrants. La personne qui parraine un immigrant faisant partie de la catégorie des parents prend un tel engagement envers le gouvernement. Le parrain s'engage à subvenir aux

dependants for 10 years and to ensure that the member and his or her dependants are not dependent on prescribed public payments (such as welfare); s. 2(1) *IR*. Where the regulations provide that an undertaking may be given (ss. 5 and 6 *IR*) and that undertaking is breached, the amount pledged in the undertaking is then converted into a debt owed to the Crown and may be recovered in court (s. 118 *IA*). There is no provision in the *IA* allowing an applicant to give an undertaking on behalf of a dependant.

Without the ability to enforce the promise to pay for social services, there is no way to ensure that the family will in fact mitigate any excessive demands placed on public funding.

As I have mentioned, many of the predecessors to s. 19(1)(a)(ii) specifically provided that family support and wealth were relevant to the question of admissibility. No such provision is made in s. 19(1)(a)(ii). Section 19(1)(a)(ii) was not drafted in a vacuum; it is impossible to ignore the context of widespread health and social safety nets which existed when the provision came into force.

On a superficial analysis, it may seem incongruous to admit investors, entrepreneurs and self-employed persons on the basis of their financial means and then ignore those same assets when making a determination of excessive demands. But this analysis would only be superficial. Parliament has used criteria for the decision on medical inadmissibility that are different from those used for the selection as business or economic applicant. It has made it clear that two different enquiries are to be made. On the one hand, business or economic applicants are evaluated on the basis of their potential contribution to Canada; however, in order to avoid undermining their potential contribution, these applicants must not fall into an inadmissible class of persons. Merging the two enquiries is contrary to the scheme created by the *IA*. The

besoins essentiels du parent et des personnes à sa charge pendant une période de 10 ans, et à faire en sorte que ce parent et les personnes à sa charge n'aient pas recours aux fonds publics (comme l'aide sociale) pour leur subsistance : par. 2(1) *RI*. Lorsque le règlement prévoit qu'un engagement peut être pris (art. 5 et 6 *RI*) et qu'il y a rupture de l'engagement, la somme versée à titre d'engagement devient une créance de la Couronne et peut être recouvrée devant les tribunaux (art. 118 *LI*). Aucune disposition de la *LI* n'autorise un demandeur à prendre un engagement au nom d'une personne à charge.

Sans la possibilité de faire respecter par le recours aux tribunaux la promesse de payer les services sociaux, il n'y a aucun moyen de s'assurer que la famille cherchera effectivement à atténuer tout fardeau excessif pour les finances publiques.

Comme je l'ai mentionné précédemment, plusieurs des dispositions qui ont précédé le sous-al. 19(1)a(ii) précisaient expressément que le soutien familial et la capacité de payer étaient des facteurs pertinents à l'égard de la question de l'admissibilité. Or, rien de tel n'est prévu au sous-al. 19(1)a(ii). Cette disposition n'a pas été rédigée dans l'abstrait; il est impossible de ne pas tenir compte des importants programmes de protection qui existaient en matière de santé et de sécurité sociale lorsque cette disposition est entrée en vigueur.

Si on se limite à une analyse superficielle, il peut sembler illogique d'admettre des investisseurs, des entrepreneurs et des travailleurs autonomes en fonction de leurs ressources financières mais de ne pas tenir compte de ces mêmes ressources lorsque vient le moment de se prononcer sur le risque que l'intéressé constitue un fardeau excessif. Cette analyse ne serait que superficielle. Le législateur a décidé d'utiliser des critères distincts pour la décision concernant la non-admissibilité pour raisons médicales et pour la sélection comme gens d'affaires ou immigrants économiques. Il a clairement indiqué que deux examens différents doivent être effectués. Les demandeurs qui sont des gens d'affaires ou des immigrants économiques sont évalués en fonction de leur apport potentiel au Canada; toutefois, afin d'éviter que cet apport potentiel ne soit compromis,

103

104

105

applicant can still be admitted on the basis of his or her wealth, but this is left to the discretion of the Minister who can issue a permit despite the medical inadmissibility (s. 37(1) *IA*). The Minister is in a better position to determine whether the special circumstances of a case warrant a departure from the rules. This also ensures that, because of their potential burden on Canadian health and social services, these exceptional cases are decided by a single authority.

## (2) Practical Considerations

106

These appeals are concerned only with social services, not with health services. The majority distinguishes social services from health services on the basis that many social services involve some mechanism for recovering all or part of the cost of the services from the user based on financial means. This argument is unconvincing for reasons that Evans J.A. explained well in the Court of Appeal judgment in the *Hilewitz* case (paras. 74-76). In short, requiring medical officers to take into account the applicant's wealth as it relates to user-pay social services would require them to apply complicated funding formulas to particular financial situations. To ask a medical officer to consider the myriad formulas for user contributions in order to determine whether and what the individual's family will be required to pay for the services would go beyond what Parliament has mandated.

107

The medical officer is called upon to assess the applicant on the basis of the applicant's own medical condition. The assessment is highly individualized but it is in relation to the condition that might reasonably be expected to trigger the services. The medical officer is not authorized to look at the

ces demandeurs ne doivent pas appartenir à l'une des catégories de personnes non admissibles. Il est contraire au régime établi par la *LI* de fusionner ces deux examens. Le demandeur peut néanmoins être admis en raison de sa capacité de payer, mais cette décision relève alors du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre, qui peut délivrer un permis malgré la non-admissibilité pour raisons médicales (par. 37(1) *LI*). Le ministre est mieux placé pour déterminer si les circonstances particulières d'un cas justifient une dérogation aux règles. Cette façon de faire permet également de faire en sorte que, vu le fardeau potentiel qu'ils pourraient entraîner pour les services sociaux et de santé canadiens, ces cas exceptionnels soient tranchés par une seule instance.

## (2) Considérations d'ordre pratique

Les présents pourvois portent uniquement sur les services sociaux et non sur les services de santé. Les juges majoritaires font une distinction entre ces deux types de services, du fait que de nombreux services sociaux comportent un mécanisme permettant le recouvrement intégral ou partiel du coût des services auprès de l'utilisateur en fonction de ses ressources financières. Cet argument n'est guère convaincant, pour des raisons que le juge Evans a bien expliquées dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Hilewitz* (par. 74-76). En résumé, obliger les médecins agréés à tenir compte de la capacité de payer du demandeur en ce qui a trait à des services sociaux payables par l'utilisateur obligerait à appliquer des formules de financement compliquées à des situations financières particulières. Demander à ces médecins d'appliquer une myriade de formules relatives à la contribution de l'utilisateur pour déterminer si la famille de l'intéressé sera tenue de payer quelque chose pour les services, et dans l'affirmation combien, ce serait aller au-delà de ce que le législateur a prescrit.

Le médecin agréé est appelé à faire une évaluation du demandeur en fonction de l'état de santé de ce dernier. Cette évaluation est très individualisée, mais elle se rapporte à la maladie ou à l'invalidité qui risquerait d'entraîner le besoin de services. Le médecin agréé n'est pas autorisé à examiner

circumstances — financial or otherwise — of the inadmissible person's parents or other family members, nor is he or she to look at the viability of the immigration application as a whole.

I recognize that medical assessments are largely subjective. It is therefore rare that diagnoses are entirely objective. *A fortiori*, whether a particular medical condition would create excessive demands on social services cannot be determined on the basis of mathematical formulas; this determination necessarily requires the medical officer to consider a number of factors that are difficult to quantify, and to exercise professional judgment. This is not an easy task. Medical officers have been assisted in this endeavour by means of detailed guidelines and regulations.

The process established by the regulations and the Medical Officer's Handbook reflects an attempt to integrate as many objective factors as possible into the assessment in order to ensure that all applicants receive fair and equal treatment. This is achieved by articulating criteria that are to be applied by all medical officers. In these circumstances, it is of the utmost importance that the rules be clearly understood and applied consistently. These objectives are set out in para. 3.1(5) of the Medical Officer's Handbook:

In order to give a medical opinion in terms which are clearly understood and accepted by both medical and immigration authorities, and which are consistent with the Act, a system of assessment has been developed whereby an applicant is assigned a **medical profile**. [Emphasis in original.]

The handbook describes the medical officer's responsibility and emphasizes that the medical assessment obviously involves a highly individualized assessment of the person (paras. 3.3(6) to 3.3(8)):

6. The responsibility of the Medical Officer then is:

- (a) First, to identify and appraise those medical conditions which will now, or in the foreseeable

la situation — financière ou autre — des parents ou des autres membres de la famille de la personne non admissible; il ne lui appartient pas non plus d'examiner la viabilité globale de la demande d'immigration.

Je reconnais que toute évaluation médicale est dans une large mesure subjective. Il est par conséquent rare qu'un diagnostic soit totalement objectif. À plus forte raison, il est impossible de déterminer par des formules mathématiques si telle maladie ou invalidité entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux. Le médecin agréé doit nécessairement prendre en considération un certain nombre d'éléments difficiles à quantifier et exercer son jugement professionnel. Ce n'est pas une tâche facile. Des dispositions réglementaires et des directives détaillées aident les médecins agréés à s'acquitter de cette tâche.

La procédure établie par le règlement et le Guide du médecin montre qu'on a voulu inclure dans l'évaluation le plus grand nombre possible d'éléments objectifs afin de garantir que tous les demandeurs soient traités également et équitablement. On a pour cela formulé des critères que doivent appliquer tous les médecins agréés. Dans ce contexte, il est de la plus haute importance que les règles soient bien comprises et soient appliquées de façon uniforme. Ces objectifs sont énoncés au par. 3.1(5) du Guide du médecin :

Afin de pouvoir communiquer une opinion médicale qui soit clairement comprise et acceptée à la fois par les autorités médicales et de l'immigration, une opinion qui soit en outre conforme à l'esprit de la loi [. . .], un système d'évaluation a été élaboré aux fins de dresser pour chaque requérant un **profil médical**. [Caractères gras et soulignement dans l'original.]

Le Guide décrit le rôle du médecin agréé et insiste sur le fait que l'évaluation médicale suppose naturellement une appréciation fortement individualisée de la personne (par. 3.3(6) à 3.3(8)) :

6. Dans ce contexte, il incombe au médecin agréé de s'acquitter des tâches ci-après :

- (a) en premier lieu, il doit cerner et évaluer les cas qui, dans l'immédiat ou dans un avenir

108

109

110

future, place a substantial demand on medical services; and

- (b) Second, to arrive at a judgement as to whether or not that demand should be considered “excessive”.
- (c) Again, this cannot be done on a precise, statistical basis. The Medical Officer’s recommendation must rest on his knowledge of the natural history of the disease or disorder with and without treatment and in relation to age, sex and other aspects of the individual’s physical and mental make-up.

7. One possible fallacy in connection with service costs requires mention. We have tended to assume that highly complex investigation or treatment is necessarily costly, when it is not always so.

The facility as a whole may be expensive in terms of reaching the stage of “readiness to serve”. Once it is established, however, the additional cost of treating a few extra patients may be negligible. An example is the haematology unit in which both professional and technical personnel are paid by salary, and the cost of material used for treating, say, sickle cell anemia, may be quite small. On the other hand, open-heart surgery may use expensive expendable materials, and some of the large surgical team may be paid on a fee-for-service basis.

- 8. Thus, taking the H, T, S, E criteria into account, the M recommendation concerning admissibility will follow logically. This approach does not avoid the inevitably subjective element in the Medical Officer’s judgement.
  - (a) Nevertheless, to follow the above procedure should ensure the provision of objective medical information, recorded explicitly in categories.
  - (b) In this way the evaluations of different applicants by different medical officers should be reasonably consistent.
  - (c) The medical officer is reminded that a narrative may be used to specify the period over which demand is forecast. [Emphasis in original.]

prévisible, se traduiront par une demande importante en services médicaux, et

- (b) en deuxième lieu, il doit déterminer si cette demande doit être considérée « excessive » ou non.
- (c) En guise de rappel, soulignons qu’aucune méthode statistique ne permet de mesurer ces aspects avec précision. La recommandation que formulera le médecin agréé découlera de sa connaissance de la nature et de l’évolution d’une maladie ou d’un trouble, avec ou sans traitement, le tout en regard de l’âge, du sexe et d’autres facteurs de la santé physique et mentale de la personne visée.

7. En ce qui a trait aux coûts des services, il importe de rétablir ici certains faits. On a trop souvent tendance à présumer que des examens ou des traitements très complexes sont nécessairement onéreux. Ce n’est pas toujours le cas.

Globalement, la mise en service d’une installation peut se révéler coûteuse pendant sa période de « rodage ». Néanmoins, une fois bien rodée, le fait d’y traiter quelques patients supplémentaires n’entraîne bien souvent que des coûts très faibles. Il en est par exemple ainsi d’un service d’hématologie réunissant du personnel technique et professionnel salarié. Le coût pour y traiter une anémie falciforme peut parfois y être de quelques dollars seulement. Par ailleurs, la chirurgie à cœur ouvert exige l’utilisation de fournitures coûteuses et la mobilisation d’une importante équipe dont certains membres sont payés à l’acte.

- 8. Dès lors, en tenant dûment compte des critères H, T, S et E, la cote M à recommander, relativement à l’admissibilité au Canada d’un requérant, s’imposera d’elle-même. Cette méthode ne saurait éliminer la subjectivité du jugement du médecin agréé.
  - (a) Néanmoins, la méthode susmentionnée devrait permettre de réunir des renseignements médicaux objectifs et de les consigner de façon explicite dans les différentes catégories.
  - (b) En procédant de la sorte, les évaluations de différents requérants pratiquées par différents médecins agréés devraient malgré tout être raisonnablement uniformes.
  - (c) Le médecin agréé peut, par un exposé circonstancié, préciser la période visée par la demande prévue en services sociaux ou de santé.

By following these guidelines, medical officers are assured of producing the most equitable and consistent assessment possible. To add to the medical officer's responsibilities the burden of inquiring into the ability and desire of the applicant's family and community to provide financial and other support would render the task even more difficult. The more the analysis is tied to highly subjective non-medical factors, the more likely it is that the medical officers will be drawn into assessments outside their area of expertise. Such an approach may produce inconsistent results for similarly situated applicants and thwart efforts to treat all applicants equally.

Furthermore, such an approach would result in longer delays to permit the medical officer to ensure that the applicant's plans are in fact realistic. Although medical officers must be familiar with health and social services already available in Canada, they are not mandated to consider case-specific resources or services not yet in existence (such as the development of a special education program for Ms. de Jong at a private school or the job-creation plan put forth by Mr. Hilewitz). There is no process in place for assessing particular proposed service plans, and medical officers are certainly not equipped to undertake these assessments.

The admission of business or economic immigrants is aimed at bringing into Canada persons who are likely to enhance Canadian prosperity. The benefit to Canada would be greatly undermined by potentially inconsistent, overly subjective assessments and lengthy enquiries by medical officers into the willingness and ability of the applicants to fund services privately, and into the feasibility of their plans. Minister's permits issued under s. 37(1) are a more appropriate channel for special and compelling cases. As I have mentioned, placing all these cases in the Minister's hands ensures that a single authority makes all such decisions. Transferring

Par l'application de ces directives, les médecins agréés sont assurés de produire des évaluations qui soient les plus équitables et les plus uniformes possible. Si l'on devait ajouter aux responsabilités des médecins agréés l'obligation de vérifier la capacité et la volonté de la famille et de la communauté du demandeur d'assurer un soutien financier ou autre, on rendrait leur tâche encore plus difficile. Plus l'analyse est liée à des facteurs non médicaux très subjectifs, plus il est probable que les médecins agréés seront amenés à faire des évaluations hors de leur domaine d'expertise. On risque alors d'aboutir à des conclusions différentes à l'égard de demandeurs dont la situation est similaire, ce qui contrecarrerait les efforts faits pour que tous les demandeurs soient traités également.

Une telle approche demanderait en outre davantage de temps, le médecin agréé devant vérifier si les plans du demandeur sont bien réalistes. Même s'il leur faut connaître les services sociaux et de santé déjà offerts au Canada, les médecins agréés ne sont pas tenus de prendre en considération des ressources ou des services encore inexistantes relativement à un cas particulier (comme la mise sur pied d'un programme d'éducation spécialisée dans une école privée pour M<sup>lle</sup> de Jong ou le projet de création d'emploi mis de l'avant par M. Hilewitz). Il n'existe aucun mécanisme d'évaluation de tels projets particuliers, et les médecins agréés ne sont certainement pas en mesure d'entreprendre de telles évaluations.

L'admission d'immigrants faisant partie de la catégorie des gens d'affaires ou des immigrants économiques a pour but d'attirer au Canada des personnes susceptibles de contribuer à la prospérité du pays. Les avantages qu'en tire le Canada seraient considérablement amoindris par des évaluations potentiellement contradictoires et exagérément subjectives ainsi que par les longues vérifications que feraient les médecins agréés s'ils devaient prendre en considération la volonté et la capacité des demandeurs de payer eux-mêmes les services, et la faisabilité de leurs projets. Les permis ministériels délivrés en vertu du par. 37(1) constituent une voie plus appropriée dans les cas exceptionnels. Comme

111

112

113

responsibility from the Minister to the medical officers is unwarranted and ill-advised.

je l'ai signalé précédemment, le fait de confier l'ensemble de ces cas au ministre garantit que toutes les décisions de ce type seront prises par une seule et même autorité. Il est injustifié et inopportun de transférer cette responsabilité du ministre aux médecins agréés.

114 As a final point, it should be clear that I equate demand not with mere eligibility to the service but with the likelihood that the individual will *need* the services to function in society. What matters is not whether the individual will actually use the services but, rather, whether the medical condition makes it likely he or she will require them. It is not for the medical officer to act as a clairvoyant and predict whether the individual will in fact make use of the services. Rather, the inquiry concerns an applicant's entitlement to and need for those services. This does not require the officer to consider wealth.

Enfin, je tiens à préciser que je n'assimile pas la notion de fardeau à la seule question de l'admissibilité aux services, mais à la possibilité que la personne ait *besoin* des services pour être en mesure de fonctionner dans la société. Ce qui importe, ce n'est pas de savoir si la personne utilisera effectivement les services, mais bien de savoir si, en raison de sa maladie ou de son invalidité, elle est susceptible d'en avoir besoin. Il n'appartient pas au médecin agréé de jouer au devin et de prédire si la personne utilisera effectivement les services. Il lui faut plutôt déterminer si le demandeur a droit à ces services et en a besoin. Pour cela, le médecin n'a pas à tenir compte de la capacité de payer.

#### D. *Standard of Review*

#### D. *La norme de contrôle*

115 Although the Court of Appeal briefly touched on the topic, not much has been said about the appropriate standard of review. The proper approach for determining the standard of review is the pragmatic and functional approach, which involves four contextual factors: (1) the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; (2) the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; (3) the purpose of the legislation and of the particular provision; and (4) the nature of the question, namely whether it is one of law, fact, or mixed law and fact. See *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paras. 29-38.

Bien que le sujet ait été abordé brièvement par la Cour d'appel, il n'a pas été beaucoup question de la norme de contrôle applicable. La démarche à suivre pour déterminer la norme de contrôle est l'analyse pragmatique et fonctionnelle, qui fait intervenir quatre facteurs contextuels : (1) la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; (2) l'expertise du tribunal sur la question en litige, par rapport à celle de la cour appelée à exercer le contrôle judiciaire; (3) l'objet de la loi et de la disposition en cause; (4) la nature de la question — de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 29-38.

116 It is helpful at this point to review the decision-making process under review. Under s. 9(4) *IA*, the visa officer may issue a visa only where it would not be contrary to the *IA* to do so. The visa officer must consider whether each and every dependant is a person who may be granted landing: s. 9(2) *IA*. Where a medical officer has issued a valid opinion of medical inadmissibility, the visa officer

Il convient, à ce stade-ci, d'examiner le processus décisionnel en cause. Suivant le par. 9(4) *LI*, l'agent des visas peut délivrer un visa seulement dans le cas où cela ne contreviendrait pas à la *LI*. Il doit se demander si chacune des personnes à la charge du demandeur répond aux critères de l'établissement : par. 9(2) *LI*. Lorsqu'un médecin agréé a émis un avis valide de non-admissibilité pour

has no discretion to issue a visa: see *Fei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 F.C. 274 (T.D.), at para. 41.

There is no privative clause in the *IA* with respect to an appeal from an immigration officer's decision to refuse to issue a visa. The absence of a privative clause is a neutral factor where other factors point to greater deference: *Pushpanathan*, at para. 30. Whether or not wealth is a relevant factor under s. 19(1)(a)(ii) is a question of law, and is accordingly outside the expertise of the medical officer who has no legal training. However, the question of whether the admission of an individual with a particular medical condition would create excessive demands on social services (and whether the condition could be accommodated by existing services) is within the medical officer's area of expertise. Applying the pragmatic and functional approach, I conclude that — of the four factors — the nature of the question requires some deference. However, in these cases, on any view of the matter, the medical officers' decisions were correct. So were those of the visa officers.

#### IV. Application

What was required of the medical officers was that they determine — on a balance of probabilities — whether the admission of an applicant would cause excessive demands on social services because of the nature, severity or probable duration of his or her medical condition. They had to look at the services that would likely be required by the individual applicant and determine whether the demands on these services would be “excessive”.

In the case of Dirkje de Jong, Dr. Bertrand (whose opinion was concurred in by Dr. Saint-Germain) found that she would likely require “a full range of educational, vocational and social services” such as “highly individualized special teaching until the end of her 21st year; psycholog[ical] counselling;

raisons médicales, l'agent des visas n'a pas le pouvoir discrétionnaire de délivrer un visa : voir *Fei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 C.F. 274 (1<sup>re</sup> inst.), par. 41.

La *LI* ne comporte aucune clause privative empêchant d'interjeter appel du refus d'un agent d'immigration de délivrer un visa. L'absence de clause privative est un facteur neutre lorsque d'autres facteurs suggèrent une plus grande déférence : *Pushpanathan*, par. 30. Comme la question de savoir si la capacité de payer est pertinente dans l'analyse fondée sur le sous-al. 19(1)(a)(ii) constitue une question de droit, elle ne relève en conséquence pas de la compétence du médecin agréé, qui n'a aucune formation juridique. En revanche, la question de savoir si l'admission d'une personne atteinte d'une maladie ou invalidité particulière créerait un fardeau excessif pour les services sociaux (et si les soins que son état requiert pourraient être assurés par les services existants) relève du domaine d'expertise du médecin agréé. Appliquant l'analyse pragmatique et fonctionnelle, je conclus que, des quatre facteurs, la nature de la question commande une certaine déférence. En l'espèce, toutefois, les décisions des médecins agréés étaient correctes, peu importe l'angle sous lequel on examine la question. Il en va de même des décisions des agents des visas.

#### IV. Application

Les médecins agréés devaient déterminer — suivant la prépondérance des probabilités — si l'admission d'un demandeur entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux en raison de la nature, de la gravité ou de la durée probable de sa maladie ou de son invalidité. Il leur fallait se demander quels services chacun des demandeurs était susceptible d'avoir besoin, puis déterminer si le fardeau pour ces services serait « excessif ».

Dans le cas de Dirkje de Jong, le D<sup>r</sup> Bertrand (à l'avis duquel a souscrit le D<sup>r</sup> Saint-Germain) a conclu qu'elle aurait vraisemblablement besoin [TRADUCTION] « de toute une gamme de services éducatifs, professionnels et sociaux » comme « un enseignement spécialisé très personnalisé jusqu'à

117

118

119

occupational therapy; small group instruction for health, safety and life-skill acquisition; vocational assessment/training; and, in time, continuing adult education”. He also found it “probable that she [would] also ultimately qualify for shelter workshop employment” and that her family would be eligible for counselling and respite care. In response to a letter from Ms. de Jong’s lawyer, Dr. Bertrand confirmed that he thought it was probable that Ms. de Jong would require these services. He provided the family with evidence of the costs associated with each of the services. Moreover, he explained that the kinds of services she needed could not be provided by family or community support:

... With respect to the private school where the parents state they intend to send their child, the August 23, 1999 principal’s letter states that while the school has previously accommodated some students with various “learning disabilities and difficulties”, the principal admits that there have only been “proposals” for the school to provide specialized programs for mentally handicapped older children, such as the daughter in this specific case. Indeed, the letter states that older mentally retarded children have been accommodated in the public school system and have only visited the private school, as part of a co-op placement program within the public school system. Based on the principal’s letter, I am not convinced that this private school is currently equipped to provide the specialized education and services which this family’s daughter needs, or that it would necessarily be successful in doing so, to adequately provide for her special needs in the future.

Further, you seem to have overlooked the important fact that specialized education to the age of 21 is only ONE of the many social services required by this child, both now and when she becomes an adult with different and additional needs in the future. These services must be provided by trained professionals, since by definition, these needs cannot be adequately or realistically provided for by well-meaning and loving parents or a supportive, close-knit Christian community alone. Vocational assessment and training, followed by sheltered workshop placement, for example, is an ongoing, costly social service for which there currently

la fin de sa 21<sup>e</sup> année; des séances de consultation psychologique; de l’ergothérapie; une instruction en petit groupe destinée à lui permettre d’acquérir des connaissances de base ainsi que des connaissances sur le plan de la santé et de la sécurité; une évaluation et une formation professionnelles; et, le moment venu, une formation permanente pour adultes ». Il a en outre conclu qu’il était [TRADUCTION] « probable qu’elle pourra un jour travailler dans un atelier protégé » et que sa famille sera admissible à des séances de consultation et à des services de relève. En réponse à une lettre de l’avocat de M<sup>lle</sup> de Jong, le D<sup>r</sup> Bertrand a confirmé qu’il estimait probable que M<sup>lle</sup> de Jong aurait besoin de ces services. Il a fourni à la famille des preuves des coûts liés à chacun de ceux-ci. De plus, il a expliqué que les services dont elle avait besoin ne pouvaient pas être fournis par la famille ou la communauté :

[TRADUCTION] ... En ce qui concerne l’école privée à laquelle les parents déclarent avoir l’intention d’envoyer leur enfant, le directeur de l’école indique dans sa lettre du 23 août 1999 que, même si l’école a déjà accueilli quelques élèves atteints de « problèmes ou de difficultés d’apprentissage », il reconnaît que seulement des « propositions » ont été faites à l’égard de programmes spécialisés à son école à l’intention des enfants plus âgés ayant une déficience mentale, comme la jeune fille dans le présent dossier. En fait, la lettre indique que le système scolaire public accueille les enfants plus âgés ayant une déficience mentale et que ceux-ci n’ont fréquenté l’école privée que dans le cadre d’un programme coopératif de placement existant dans le système scolaire public. À la lumière de la lettre du directeur, je ne suis pas convaincu que cette école privée dispose à l’heure actuelle des ressources nécessaires pour offrir les services et l’éducation spécialisés dont a besoin la fille [de de Jong], ou qu’elle réussirait nécessairement à répondre à ses besoins particuliers dans l’avenir.

De plus, vous semblez avoir négligé un fait important : l’éducation spécialisée jusqu’à l’âge de 21 ans n’est que l’UN des nombreux services sociaux dont a besoin cette enfant, aujourd’hui et lorsqu’elle sera devenue une adulte ayant des besoins différents et additionnels. Ces services doivent être fournis par des professionnels compétents puisque, par définition, il n’est pas possible à des parents aimants et bien intentionnés ni à une communauté chrétienne très unie de répondre à eux seuls adéquatement ou de façon réaliste à ces besoins. L’évaluation et la formation professionnelles, suivies par un placement dans un atelier protégé, par

are long waiting lists in many parts of Canada, and is one example of a social service which cannot be met by family, school or community. [Emphasis added.]

In my view, the medical officer considered all the appropriate factors and was satisfied on a balance of probabilities that the admission of Ms. de Jong would cause excessive demands on social services. In this case, even if it were a proper consideration, nothing supports the view that the de Jong family's wealth would have been relevant since only public resources could provide the kind of support Ms. de Jong needs. Her family could not have contributed to needs for which support was available only in the form of publicly funded services.

In the case of Gavin Hilewitz, the medical officer, Dr. Larzarus (whose opinion was concurred in by Dr. Saint-Germain and, later, Dr. Waddell), found that Gavin would likely require "a variety of social services such as further special education, continuous training to enhance his ability to carry out the activities of daily living and attain his full potential, respite care for parents, and ultimately vocational training". Information submitted by Mr. Hilewitz's father about private arrangements for education and employment did not alter this opinion. On cross-examination, Dr. Waddell confirmed that the social services at issue were "[s]pecial education in the broadest sense" and respite care for the parents. In his affidavit filed on the application for judicial review, Dr. Waddell stated:

There is no doubt that Gavin is a healthy, pleasant, teenaged boy who is maturing and continues to learn. However, he still requires special education and is presently attending a special school for pupils with delayed scholastic ability. . . .

exemple, constituent un service social coûteux pour lequel il existe à l'heure actuelle de longues listes d'attente dans de nombreuses régions au Canada, et il s'agit d'un exemple de services sociaux que ne peuvent pas offrir la famille, l'école ou la communauté. [Je souligne.]

À mon avis, le médecin agréé a tenu compte de tous les éléments pertinents et était convaincu, suivant la prépondérance des probabilités, que l'admission de M<sup>lle</sup> de Jong entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux. En l'espèce, même en supposant qu'il s'agisse d'une considération appropriée, rien ne permet de croire que la capacité de payer de la famille de Jong aurait été pertinente, puisque seules les ressources publiques pouvaient offrir à M<sup>lle</sup> de Jong le type de soutien dont elle a besoin. Sa famille n'aurait pas pu contribuer à la satisfaction de besoins pour lesquels l'aide n'était disponible que sous la forme de services financés par des fonds publics.

Dans le cas de Gavin Hilewitz, le médecin agréé, le D<sup>r</sup> Larzarus (à l'avis duquel à souscrit le D<sup>r</sup> Saint-Germain et, plus tard, le D<sup>r</sup> Waddell) a conclu que Gavin aurait vraisemblablement besoin de [TRADUCTION] « divers services sociaux comme des services d'éducation spécialisée, une formation permanente destinée à renforcer sa capacité d'exercer ses activités quotidiennes et à lui permettre d'atteindre son plein potentiel, des services de relève pour les parents et, par la suite, une formation technique ». Les renseignements fournis par le père de M. Hilewitz au sujet des mesures particulières prises en vue de son éducation et de son accès à l'emploi n'ont pas amené le médecin à changer d'avis. Contre-interrogé, le D<sup>r</sup> Waddell a confirmé que les services sociaux en cause étaient [TRADUCTION] « [l']éducation spécialisée dans le sens le plus large du terme » et des services de relève pour les parents. Dans son affidavit joint à la demande de contrôle judiciaire, le D<sup>r</sup> Waddell a dit ceci :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que Gavin est un adolescent en bonne santé et agréable, qui prend de la maturité et continue de progresser. Toutefois, il a encore besoin d'une éducation spécialisée et il fréquente à l'heure actuelle une école spécialisée pour les élèves qui ont des difficultés d'apprentissage. . . .

120

121

If admitted to Canada, Gavin would qualify for special education in Ontario until the end of his 21<sup>st</sup> year. According to the Ministry of Education for Ontario, special education is expensive and recently average[s] almost \$20,000 per student over and above the usual per pupil expenses. . . .

Again, I find that the medical officers considered all appropriate factors and were correct in concluding that the admission of Gavin Hilewitz would cause excessive demands on social services.

122 The majority points to “speculative possibilities” raised by the medical officers and visa officers in both cases about the families’ financial security and ability to privately fund social services such as education. This view reduces the medical officer’s assessment to a mere dismissal of the real issue.

123 In order to ensure that all those who seek admission to Canada are treated equally and fairly, it is necessary to apply the law consistently. Although the result may sometimes appear to be harsh for a particular applicant, the words of the statute must not be manipulated in order to permit something Parliament never intended them to permit. It must be remembered that the *IA* contains mechanisms for dealing with particularly compelling cases: a Minister’s permit could be issued, as I mentioned above, or landing could be granted where humanitarian and compassionate grounds exist (s. 6(5) *IA*). In both the *de Jong* and *Hilewitz* cases, the visa officers found that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant special consideration. While I am sympathetic to the situation of the *de Jong* and *Hilewitz* families, the facts of their cases cannot alter the law. The law must govern the facts.

## V. Conclusion

124 I would therefore have dismissed the appeals.

S’il était admis au Canada, Gavin aurait droit à une éducation spécialisée en Ontario jusqu’à la fin de sa 21<sup>e</sup> année. Selon le ministère de l’Éducation de l’Ontario, l’éducation spécialisée est onéreuse et coûte en moyenne environ 20 000 \$ de plus par élève. . .

Dans ce cas également, j’estime que les médecins agréés ont tenu compte de tous les facteurs pertinents et ont eu raison de conclure que l’admission de Gavin Hilewitz entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux.

Les juges majoritaires font état de « possibilités de nature conjecturale » soulevées dans les deux cas par les médecins agréés et les agents des visas au sujet de la sécurité financière des familles et de leur capacité d’assurer le financement privé de services sociaux comme l’éducation. Cette façon de voir les choses réduit l’évaluation faite par le médecin agréé à un refus de considérer la véritable question.

Si l’on veut que toutes les personnes qui demandent l’admission au Canada soient traitées également et équitablement, il est nécessaire d’appliquer la loi uniformément. Bien que le résultat puisse sembler parfois dur pour un demandeur en particulier, on ne saurait déformer le libellé de dispositions législatives pour permettre quelque chose que le législateur n’a jamais entendu autoriser. Il convient de rappeler que la *LI* prévoit des mécanismes pour les cas vraiment exceptionnels : un permis ministériel pourrait être délivré, comme je l’ai indiqué précédemment, ou le droit d’établissement pourrait être accordé pour des motifs d’ordre humanitaire (par. 6(5) *LI*). Dans les affaires *de Jong* et *Hilewitz*, les agents des visas ont jugé que les motifs d’ordre humanitaire n’étaient pas suffisants pour justifier un traitement spécial. Bien que je comprenne la situation des familles de *Jong* et *Hilewitz*, les faits de leur dossier ne peuvent pas modifier le droit. Le droit doit régir les faits.

## V. Conclusion

Par conséquent, je rejeterais les pourvois.

*Appeals allowed with costs, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellants: Cecil L. Rotenberg, Don Mills.*

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

*Solicitors for the interveners: ARCH: A Legal Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.*

*Pourvois accueillis avec dépens, les juges LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.*

*Procureur des appelants : Cecil L. Rotenberg, Don Mills.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes : ARCH : A Legal Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.*

TAB 10

# IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: ***Hupacasath First Nation v. British  
Columbia (Minister of Forests) et al.,***  
2005 BCSC 1712

Date: 20051206  
Docket: L043095  
Registry: Vancouver

Between:

**Ke-Kin-Is-Uqs, also known as Judith Sayers, Chief Councillor  
suing on her own behalf and on behalf of all members of the  
Hupacasath First Nation, the Hupacasath First Nation Council and  
the Hupacasath First Nation**

Petitioners

And:

**Minister of Forests of the Province of British Columbia,  
the Chief Forester and Brascan Corporation**

Respondents

Before: The Honourable Madam Justice Lynn Smith

## Reasons for Judgment

Counsel for Petitioners:

P.R. Grant  
D. Schultze

Counsel for Respondents Minister of Forests  
and The Chief Forester:

G.R. Thompson

Counsel for the Respondent Brascan Corporation:

D.R. Clark, Q.C.

Date and Place of Trial/Hearing:

July 11-15, 2005  
Vancouver, B.C.

## **I. INTRODUCTION**

[1] The Hupacasath First Nation (“HFN”) seeks judicial review of decisions by the British Columbia Minister of Forests and the Chief Forester.

[2] The individual petitioner, Ke-Kin-Is-Uqs (also known as Judith Sayers), is a member and elected Chief of the petitioner HFN. The Hupacasath people were formerly known as the Opetchesaht, and are an aboriginal people of Canada within the meaning of s. 35 of the **Constitution Act, 1982**, being Schedule B to the **Canada Act 1982** (U.K), 1982, c.11.

[3] The respondent Brascan Corporation (“Brascan”) controls the lands and is the licensee under the Tree Farm Licence (“TFL”) relevant to these proceedings. Brascan has recently changed its name to Brookfield Asset Management Inc., but for convenience I will continue to refer to it as Brascan.

[4] The petitioners seek judicial review of two decisions: (1) the July 9, 2004 decision of the Minister of Forests consenting to the removal of certain privately owned land (the “Removed Lands”) from Tree Farm Licence 44 (“TFL 44”); (2) the August 26, 2004 decision of the Chief Forester determining a new allowable annual cut for TFL 44, effective July 9, 2004.

[5] The petitioners seek relief based on an alleged breach of the constitutional duty of the Provincial Crown to consult with them regarding the Crown’s decisions to permit removal of the land from TFL 44 and to amend the allowable annual cut for TFL 44. Alternatively, they seek relief based on an alleged failure of the relevant provincial authorities to comply with the governing statutes and regulations. They seek orders quashing or suspending the two decisions, and referring the matter for reconsideration after there has been consultation and compliance with the statutes.

[6] The respondents oppose the petition on a number of grounds, one of the most significant being that the Removed Lands are privately owned. Their position is that there was no duty on the Crown to consult; if there was any duty, it

was met; and if there was any failure in a duty to consult, the relief sought by the petitioners should not be granted in all of the circumstances. Their position is further that the decisions were made in compliance with applicable laws.

[7] The origin of the constitutional duty of the Crown to aboriginal peoples is in s. 35 of the **Constitution Act, 1982**, which states:

- 35 (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

[8] The statutory provision governing the removal of land from a TFL is s. 39.1 of the **Forest Act**, R.S.B.C. 1996, c. 157, brought into force May 13, 2004:

- 39.1 (1) The minister may change the boundary or area of a tree farm licence with the consent of its holder.
- (2) The discretion of the minister under subsection (1) includes the discretion to change the boundary or area of the tree farm licence with the consent of its holder by
- (a) adding private land of the holder of the tree farm licence to the area of the licence, or
- (b) removing private land from the area of the licence.

The **Ministry of Forests Act**, R.S.B.C. 1996, c. 300, provides authority for the Minister to enter into agreements:

- 6 The minister may
- (a) enter into an agreement or arrangement with any person or province or with Canada relating to a matter included in the minister's duties, powers and functions, and ...

The **Forest Act** provides for the determination of the allowable annual cut in s. 8, which states in part:

- 8 (1) The chief forester must determine an allowable annual cut at least once every 5 years after the date of the last determination, for

- (a) the Crown land in each timber supply area, excluding tree farm licence areas, community forest agreement areas and woodlot licence areas, and
- (b) each tree farm licence area.

[9] Evidence was tendered in the form of affidavits (in a Chambers Record of some 21 volumes). The evidence went in almost entirely without objection, but where objection was taken to evidence or submissions were made as to its weight, I have disregarded the evidence or have taken those submissions into account in weighing it.

## **II. FACTS**

[10] The Hupacasath live near Port Alberni, on Vancouver Island. They assert aboriginal rights and title with respect to some 232,000 hectares of land in central Vancouver Island. They claim that most of the privately owned Removed Lands are within their traditional territory. The territory which they claim is described in the affidavit of Chief Sayers as encompassing:

... the headwaters of the Ash and Elsie River systems in the northwest, east to the height of land on the Beaufort Range and then southeast to Mount Arrowsmith to Labour Day Lake and the Cameron River system; the southeast boundary includes the China Creek, Franklin River, Corrigan Creek Areas and the north part of the Coleman Creek Area; the southern boundary follows Alberni Inlet to Handy Creek then northwest to follow the height of land between Henderson Lake and Nahmint Lake; the west boundary includes the headwaters of the Sproat Lake and Great Central Lake Areas; and including the river beds and lake beds of all bodies of water.

[11] The HFN occupied their claimed traditional territory at the time of first contact with Europeans, according to the evidence they tendered. They have never surrendered their aboriginal rights and title by treaty.

[12] Hupacasath elders deposed that the Hupacasath have names, which pre-date contact, for places found throughout their traditional territory. They have traditionally used the claimed traditional territory for hunting wildlife (including deer

and marmot), gathering food and medicinal plants, fishing for trout and salmon (a mainstay of their diet) and harvesting red and yellow cedar for numerous uses, including the building of houses and canoes. The Hupacasath traditionally visited sacred sites throughout their traditional territory for spiritual purposes, and continue to do so. The petitioners' evidence is that their sacred sites are secret, specific to families, and must be secluded from, and untouched by, other human beings. One particularly important sacred site is Grassy Mountain, which is in the Removed Lands and has never been logged.

[13] The petitioners' evidence as to their traditional use of the land was not contradicted, although the Crown tendered some evidence regarding overlapping claims to some of the same territory.

[14] Chief Judith Sayers deposed that the Hupacasath have never been conquered. That assertion is questioned by the Crown. Counsel for the Crown referred to some historical sources stating that another First Nation, the Tseshaht, may have been the dominant group in a portion of the land in the upper Alberni Inlet and the lower Somass River at the time the Crown asserted sovereignty in 1846. The Crown also pointed to some evidence that the Ucluelet took another area (called Nahmint) from the Hupacasath. I make no finding on this point, because the scant evidence before me does not permit it, but note that the evidence referred to by the Crown, if accepted, would not on its own ground a conclusion that the Hupacasath had been conquered.

[15] About 50% of the HFN claimed traditional territory is not subject to any competing claim.

[16] With respect to the other 50%, the Tseshaht, Cape Mudge, Comox, Qualicum, Snuneymuxw, Te'mexw, Uchucklesaht and Ucluelet First Nations have advanced claims and indicated consultative boundaries that overlap with some portions of the HFN claimed territory.

[17] The Tseshaht have two Indian Reserves in the middle of the HFN asserted traditional territory. The largest of the Tseshaht Reserves is between two smaller HFN Reserves near the city of Port Alberni.

[18] In 1980 the Nuu-Chah-Nulth Tribal Council, of which the HFN was a member, filed a comprehensive land claim with the federal government.

[19] In 1993, the Nuu-Chah-Nulth Tribal Council provided to the Provincial Crown a Statement of Intent, which included the claims of the HFN, as part of the British Columbia Treaty Process. This led to a Framework Agreement signed with the provincial and federal Crown on March 27, 1996, marking entry into Stage Four of the treaty process.

[20] The HFN provided its own land selection to the Provincial Crown on September 23, 1998. The land selection covered lands in TFL 44, including the Removed Lands, which were then owned by Weyerhaeuser Company Limited (“Weyerhaeuser”).

[21] On February 22, 2000, the HFN filed a Statement of Intent to engage in direct treaty negotiations with Canada and British Columbia, following HFN withdrawal from negotiations as part of the Nuu-Chah-Nulth Tribal Council, and confirmed its agreement to resolve overlapping claims. On February 21, 2001, the Crown agreed to resume treaty negotiations directly with the HFN. Those Treaty negotiations are currently at Stage Four.

[22] The Removed Lands are located in the centre of Vancouver Island. The area of the Removed Lands is about 70,000 hectares and is largely within the HFN claimed traditional territory. The Removed Lands roughly form a rectangle that runs along the northwest/southeast plane of Vancouver Island, but exclude an area around Port Alberni that stretches northeast. Their western border cuts through the eastern tip of Great Central Lake and Sterling Arm in Sprout Lake, and their eastern border stops short of Home and Cameron Lakes. Smaller

pockets of the Removed Lands are located within the borders of TFL 44, primarily around Great Central Lake and Sprout Lake, Alberni Inlet, Bamfield and Ucluelet.

[23] The Removed Lands have been privately owned since 1887 when the Dominion of Canada transferred a tract of land (the “Railway Lands”) to the Esquimalt and Nanaimo Railway Company. The Dominion had received the lands from the British Columbia Government in 1884 under the **Settlement Act**, 1884, chap. 14 S.B.C. (***An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock and Railway Lands of the Province***)).

[24] MacMillan Bloedel Limited owned the lands for a time, and Weyerhaeuser owned them until May, 2005.

[25] Although the lands have been used for logging for over 100 years, some old growth areas remain untouched.

[26] Making an estimate based on the maps provided in evidence, about 40% of the Removed Lands is not subject to any competing claim from other First Nations.

[27] TFLs are created under the **Forest Act**, and permit logging by private entities on Crown land.

[28] A TFL may also cover private land. This occurs when an owner of private land adjacent to a TFL on Crown land agrees to have the same TFL extend to cover the private land, in order to permit a unified managed logging operation. In the past, private landowners were given tax incentives, preferential harvesting rights, and other economic incentives to bring their land under a TFL.

[29] Once private land has come under a TFL, the land or an interest in the land cannot be alienated to third parties without the prior written consent of the Minister of Forests (s. 54.7 of the **Forest Act**). The land cannot be used for other non-forestry purposes (s. 2(1) of the **Forest Practices Code of British Columbia Act**, R.S.B.C. 1996, c. 159 (“**Forest Practices Code**”)). The permission of the Minister

of Forests must be obtained to remove the land from the TFL (s. 39.1 of the **Forest Act**).

[30] The **Land Title Act**, R.S.B.C. 1996, c. 250, s. 281, provides that the Minister of Forests may file a written notice in the Land Title Office showing that land for which indefeasible title is registered has become subject to a TFL. The evidence is silent as to whether the Minister had filed a written notice with respect to the TFL covering the Removed Lands.

[31] Around 1945 the then owner of the Removed Lands held a TFL covering adjacent Crown land and agreed to have the Removed Lands brought under that TFL. Brascan produced evidence that the Removed Lands have been moved in and out of the TFL more than once.

[32] Beginning in about 1995, the Provincial Crown engaged in consultation with the HFN and Weyerhaeuser regarding forestry activity within TFL 44.

[33] John Laing, a Tenures Officer of the Ministry of Forests, deposed that there is “a long history of extensive consultations and accommodations with the [HFN] in relation to forestry operations and activities on TFL 44”. In the exhibits to Mr. Laing’s affidavit, recording consultations with the HFN, there is no indication that those involved in the consultation made a distinction between the private lands and the Crown lands. It appears from the evidence as a whole that in general no distinction was made between the Crown lands and the Removed Lands regarding the fact or degree of consultation.

[34] In 1997, the HFN established a liaison position within the Band to review and respond to forest consultation requests. In 1998, a Joint Forest Council was formed between the Crown and the HFN.

[35] Chief Judith Sayers deposed that the consultation processes dealt with the following concerns: protecting and enhancing fish habitat and rebuilding salmon runs, protecting and enhancing water quality, protecting sacred sites, protecting and managing red and yellow cedar and maintaining old growth trees, protecting

culturally modified trees, protecting and enhancing bird and wildlife habitat, protecting uncommon tree and plant species such as Yew which are used for cultural and medicinal purposes, and providing access to the territory for HFN members to exercise spiritual practices and aboriginal hunting and fishing rights. She swore that between 1998 and June 2004, the HFN and Weyerhaeuser met almost monthly to consult on forestry-related issues and by 2001 had developed an efficient process for considering and integrating aboriginal interests into the operational-level planning of forestry operations, with the result that Ministry intervention was rarely required.

[36] On August 6, 1999, following public consultations, the *MacMillan Bloedel Parks Settlement Agreement*, written by David Perry (the “Perry Report”) was submitted to government regarding the contemplated removal of private lands from TFL 44 and TFL 39. The report concluded that such a transfer might impinge on aboriginal rights because any removed lands would be subject to the much less restrictive private forest regulations.

[37] On November 30, 2000, Weyerhaeuser entered into a Memorandum of Understanding with the HFN, which included a consultation protocol regarding the Ash River lands, which at that time were being transferred from the Crown to Weyerhaeuser. They form part of the Removed Lands.

[38] In 2001, Weyerhaeuser published a document (*Coastal Competitive Reform: A Proposal for Market-based Stumpage and Tenure Diversification for Coastal B.C.*, October 2001) in which it referred to the economic benefits of removing private lands from Tree Farm Licences. The document states:

#### 4.2.2 Removal of Private Lands from TFLs

A few coastal companies have private land within their Tree Farm Licences (TFLs). Private land within TFLs is managed to the Forest Practices Code. Private land outside TFLs is managed to the lower cost and results-based private forest land regulations. Private land inside the TFLs is subject to an AAC approval from the Chief Forester of the Ministry of Forests. Private land outside TFLs is subject to an economic harvest regime. Private land inside the TFLs is subject to

provincial log export restrictions with the logs financially restricted for being exported. The value of removing private lands from the TFLs is attributed to those three areas: 1) regulatory cost reduction; 2) harvest rate benefit; and 3) log export benefit.

[39] On October 1, 2003, the HFN announced that it had completed the first phase of a *Land Use Plan* for its claimed traditional territory.

[40] Weyerhaeuser wrote to the Minister of Forests on December 5, 2003, requesting removal of private land from both TFL 39 and TFL 44.

[41] Counsel for the petitioners advised the court that the petitioners filed a writ (Van. Reg. No. SO36690) claiming aboriginal title to their traditional territory on December 10, 2003, in order to avoid a possible limitations defence.

[42] The West Island Woodlands Community Advisory Group (“WIWAG”) was formed around 1998. It was sponsored by Weyerhaeuser in compliance with one of the requirements for certification by the Canadian Standards Association (“CSA”). It is composed of representatives from various sectors, including regional and city governments, small businesses, Parks Canada, woodlot owners, sawmill owners, logging contractors, First Nations (Hupacasath and Tseshah), environmental organizations, Ministry of Forests and contractors.

[43] The *CSA Standard 5.2* (in *Sustainable Forest Management: Requirements and Guidance*) states:

## 5.2 Interested Parties

The organization shall

- a) openly seek representation from a broad range of interested parties, including DFA-related workers, and invite them to participate in developing the public participation process;
- b) provide interested parties with relevant background information;

- c) demonstrate through documentation that efforts were made to contact Aboriginal forest users and communities affected by or interested in forest management in the DFA;
- d) demonstrate through documentation that efforts were made to encourage Aboriginal forest users and communities to become involved in identifying and addressing SFM values;
- e) recognize Aboriginal and treaty rights and agree that Aboriginal participation in the public participation process will not prejudice those rights;
- f) establish and maintain a list of interested parties, including those that chose to participate, those that decided not to participate, and those that were unable to participate. The list shall contain names and contact information, as well as any links to the organization.

[44] The WIWAG minutes show that on September 19, 2002, Tom Holmes of Weyerhaeuser made a presentation to WIWAG in which he advised WIWAG that Weyerhaeuser was “trying to change the status of Private Lands inside of the TFL”.

[45] The minutes of the January 8, 2004 meeting of WIWAG state that “[t]he rumor mill has indicated that Private Lands currently in TFL #44 will be taken out of the Tree Farm Licence by March”, that the group asked Steve Chambers of Weyerhaeuser for more information, and that he inquired and reported that Weyerhaeuser was not aware of this development.

[46] On February 12, 2004, Stan Coleman, the Unit Manager (West Island Timberlands) for Weyerhaeuser, advised a WIWAG meeting that Weyerhaeuser was “actively seeking to remove its private lands from TFL 44” and addressed “the likely management practices that would apply on those lands after their removal”. There was further discussion about the “fate of the private lands in the TFL” at the WIWAG meeting of May 13, 2004.

[47] The minutes of the meetings show that Tawney Lem attended as the HFN representative at all of these meetings and that, with the exception of the

September 19, 2002 meeting, there was apparently no representative of the Provincial Crown present.

[48] Chief Sayers deposed, and her evidence was not contradicted in this respect, that no representative of the Minister or Chief Forester ever contacted her or any other HFN representative to propose consultation regarding the removal of the lands from the TFL.

[49] On June 11, 2004, Chief Sayers, at a meeting with Weyerhaeuser discussing the Removed Lands, proposed certain conditions before Weyerhaeuser could “get the land out”.

[50] Tawney Lem and Judith Sayers both deposed that they believed that Weyerhaeuser and the government were having discussions, but did not know that Weyerhaeuser had made formal application for permission to remove the lands.

[51] The evidence thus shows that the HFN (through WIWAG meetings with Weyerhaeuser) became aware of Weyerhaeuser’s desire to remove the lands from the TFL as early as 2002, and learned of the company’s pursuit of the issue with government in early 2004. The evidence does not show, however, any formal consultation or indeed any discussion between the Minister or other agent of the Crown and the HFN regarding Weyerhaeuser’s initiative.

[52] The Minister of Forests made the removal decision on July 9, 2004, pursuant to the newly-enacted s. 39.1 of the ***Forest Act***. In his letter advising of the decision, the then Minister, the Honourable Michael DeJong, set out a number of terms and conditions. These were:

***Future Forest Management***

Subject to applicable law and Weyerhaeuser’s operation, risk management and other needs, the current status of “managed forest” on the private property will continue and be subject to all applicable legislation and regulations within the *Private Managed Forest Land Act* that governs planning, soil conservation, harvesting rate and

reforestation. Variable retention and stewardship zoning on old growth areas will be maintained indefinitely. Federally, the Department of Fisheries and Oceans and the *Species at Risk Act* will govern fish habitat and wildlife issues.

#### *Water Quality*

Private Forest Watershed Assessment Plan (PFWAP) for key community watersheds will be developed in collaboration with the Ministry of Sustainable Resource Management, Department of Fisheries and Oceans, local stream keepers and municipal governments. Weyerhaeuser will commit to periodic follow-up meetings with impacted stakeholders to verify the commitments have been kept. Weyerhaeuser commits to initiating a PLWAP on the China Creek Watershed within 1-year of closing and other communities with high fisheries value watersheds, within private lands, will be prioritized for PLWAP within 1-year of closing.

#### *Critical Wildlife Habitat*

Weyerhaeuser will maintain all current critical wildlife habitat areas within the subject private lands for 2 years while a long-term plan for protecting Ungulate Winter Ranges and Wildlife Habitat Area #1-002 is developed with the Ministry of Water, Land and Air Protection.

#### *Certification*

Weyerhaeuser will maintain ISO and/or CSA certifications and continue to subject the private lands to the public advisory as per CSA standards.

#### *Access (Road Systems)*

Weyerhaeuser will maintain current access for the public, industrial road user and aboriginal groups.

#### *Log Exports*

Weyerhaeuser will maintain its commitment to a voluntary moratorium of log exports from the private lands authorized by this letter for removal from the TFL until February 1, 2006.

#### *Research Installations*

Within 60 days of the date of this letter, Weyerhaeuser will enter into a Memorandum of Understanding that reconfirms the relationship between the Ministry of Forests and Weyerhaeuser regarding ministry research installations located on the private lands.

*First Nations Consultation*

Based on the commitment by Weyerhaeuser with respect to the managed forest designation, land-use does not change significantly. If Weyerhaeuser's use of its private land will interfere with an exercise of an aboriginal right, Weyerhaeuser will endeavour to provide notice and the period of time the areas would be affected.

*Powell River Canoe Route*

Identifying the canoe route as a high value recreation feature for the Powell River community, subject to applicable law and Weyerhaeuser's operational and risk management needs, Weyerhaeuser in consultation with CSA Community Advisory Group commits to maintaining its protection. This commitment to maintain this important recreational feature will be maintained for the duration of the Forest Stewardship Plan.

*Allowable Annual Cut (AAC) Determination*

Due to the significance of the private land deletion and its impact on the AAC determination for TFLs 39 and 44, I expect the chief forester will make a new AAC determination reflecting the reduction in size of the TFLs effective the date the private lands are removed.

[53] The HFN received notice of the removal decision on July 13, 2004, and on July 19, 2004, gave notice to the Minister of Forests that it considered that the removal decision infringed its aboriginal rights and title. The HFN informed the Minister that accommodation of HFN rights could be achieved by respecting the HFN *Land Use Plan* and on August 12, 2004, Chief Sayers outlined a list of conditions that Weyerhaeuser would have to satisfy in order to gain HFN acceptance of the removal decision.

[54] Weyerhaeuser informed the HFN on August 20, 2004, that Weyerhaeuser no longer had an obligation to consult with them with respect to activities on the Removed Lands.

[55] On August 26, 2004, the Deputy Chief Forester amended the allowable annual cut for TFL 44, retroactive to July 9, 2004. In his *Rationale for AAC*

*Adjustment Resulting from the Deletion of Private Lands* (the “*Amendment Rationale*”), the Deputy Chief Forester stated:

I am satisfied that the assessment provided by Weyerhaeuser is a reasonable portrayal of the impact of reducing the THLB assumed in the 2003 AAC determination. Based on the assessment, my knowledge of the previous analysis, and on expert advice from Ministry staff, I hereby determine that the AAC for TFL 44 is 1 327 000 cubic metres, effective July 9, 2004

Within the AAC, I also conclude that harvesting in the Clayoquot Working Circle should not exceed 29 hectares per year.

[56] The evidence shows that the amendment was based on a Weyerhaeuser assessment and was simply mathematical; the allowable annual cut was reduced by the proportion that the Removed Lands bore to the total TFL area. Kenneth Baker, the Deputy Chief Forester at the time, deposed that the information and factors on which the original determination had been based 13 months earlier had not changed, that he had considered “concerns regarding identified wildlife, wildlife habitat and retention of old growth forests”, and that he decided on that basis that a proportional reduction was appropriate.

[57] The province confirmed in September, 2004, that it was ready to resume Stage Four treaty negotiations with the Hupacasath directly.

[58] Weyerhaeuser advised the HFN of the allowable annual cut amendment on September 14, 2004.

[59] In October 2004, Brascan began to negotiate with Weyerhaeuser for the purchase of all of Weyerhaeuser’s coastal forestry assets and operations. Brascan has produced evidence, which was uncontradicted, that the removal of the privately owned lands from TFL 44 was a critical consideration in its decision to proceed with the transaction. Its business plan was based on the premise that it would be able to conduct two different logging operations, through two different entities, under different management regimes for the Crown land than for the private land. Unlike lands in the TFL system, private timberlands can be

“harvested to market”, thus allowing private owners to harvest the species commanding the best prices in the market. A further benefit for private owners is that they are not subject to TFL restrictions on the export of logs that are surplus to the demands of domestic mills.

[60] The Tseshah First Nation entered into a Forest and Range Agreement with the Minister of Forests on October 15, 2004, providing the Tseshah with access to two non-replaceable licences to harvest timber on TFL 44, in areas forming part of the asserted traditional territory of both the Hupacasath and the Tseshah.

[61] On November 16, 2004, the District Manager of the South Island Forest District sent the HFN the *Amendment Rationale* for the allowable annual cut amendment.

[62] The Supreme Court of Canada handed down its decisions on November 18, 2004, in ***Haida First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)***, [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. The Court held that although there is a duty on the Crown to consult with and accommodate the interests of aboriginal peoples, there is no obligation on third parties (such as Weyerhaeuser) to consult and accommodate, overturning the British Columbia Court of Appeal on that point.

[63] Brascan made a proposal to Weyerhaeuser on December 6, 2004, regarding the purchase of Weyerhaeuser’s coastal timber assets, including the Removed Lands. Weyerhaeuser accepted that proposal on December 14, 2004. The parties entered into an exclusivity agreement, which thereafter precluded Brascan from making inquiries of the Crown or of the HFN regarding the legal validity of the removal decision.

[64] This petition was filed on December 15, 2004, and Brascan learned of it on December 16, 2004.

[65] Weyerhaeuser and Brascan publicly announced the agreement for purchase and sale on February 17, 2005, and government approvals were obtained.

[66] The petitioners applied for an order enjoining the completion of the sale pending consultation and accommodation. Madam Justice Ross refused that application on March 11, 2005 (***Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)***, [2005] 2 C.N.L.R. 138, 2005 BCSC 345), finding that although there was a triable issue and the potential for irreparable harm, the balance of convenience did not favour granting interim relief.

[67] On April 27, 2005, Weyerhaeuser was joined as a party to the petition by consent and an amended petition was filed.

[68] The sale to Brascan for the total purchase price of \$1.4 billion closed on May 30, 2005. The purchase included 258,000 hectares of privately owned timberlands, the annual harvesting rights to 3.6 million cubic metres of Crown timberlands, five coastal sawmills and two remanufacturing facilities.

[69] After receiving Weyerhaeuser's coastal assets, Brascan transferred the Removed Lands to Island Timberlands GP Ltd. to be held beneficially for Island Timberlands Limited Partnership ("Island Timberlands") and it transferred its interest in TFL 44 and the Crown land based operations to Cascadia Forest Products Ltd. ("Cascadia"). Island Timberlands is a limited partnership in which Brascan holds the majority interest and Cascadia is a wholly owned subsidiary of Brascan. (I was advised by counsel for Brascan on November 28, 2005 that Brascan has agreed to sell Cascadia to Western Forest Products Inc., a public company in which Brascan has an indirect non-controlling interest, subject to government approvals.)

[70] For convenience, however, I will refer to Brascan as both the owner of the Removed Lands and the holder of TFL 44.

[71] Brascan considers that Island Timberlands will be significantly more profitable than Cascadia because Island Timberlands will be able to operate outside the more restrictive conditions of the TFL.

[72] On May 30, 2005, Mr. Justice Goepel granted interim relief requiring Brascan to provide the petitioners with seven days notice of any intention to use the Removed Lands in a manner that will interfere with the exercise of an aboriginal right by the petitioners. At the conclusion of the hearing of this petition, I continued that order pending judgment.

### **III. ISSUES**

[73] I will address the issues in the following sequence:

#### **A. Duty to Consult**

- (1) The Foundational Principles
- (2) The Legal Test
- (3) Knowledge of the Crown
- (4) Contemplated conduct affecting aboriginal rights
  - a. Could the HFN have aboriginal rights or title with respect to the Removed Lands?
  - b. Did the Crown contemplate conduct that might adversely affect HFN rights?
- (5) The Crown's duty
  - a. What was the nature and scope of the Crown's duty?
  - b. Did the Crown fulfill its duty to consult and accommodate?

(6) Amendment to the allowable annual cut

(7) Remedy

**B. Compliance with Provincial Statutory Requirements**

**C. Summary of Conclusions**

**IV. ANALYSIS**

**A. Duty to Consult**

**(1) The Foundational Principles**

[74] In **R. v. Van der Peet**, [1996] 2 S.C.R. 507 at paras. 30-31, Lamer C.J.C., for the majority, described the nature and origin of the aboriginal rights protected under s. 35(1) of the **Constitution Act, 1982**:

In my view, the doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries. It is this fact, and this fact above all others, which separates aboriginal peoples from all other minority groups in Canadian society and which mandates their special legal, and now constitutional, status.

More specifically, what s. 35(1) does is provide the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, traditions and cultures, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose; the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be directed towards the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown. [emphasis in original]

[75] In **Delgamuukw v. British Columbia**, [1997] 3 S.C.R. 1010, the Supreme Court of Canada addressed a claim for aboriginal title over land in British Columbia. The Court held that aboriginal title is *sui generis* and began to sketch an outline of some of its characteristics, which include: it is held communally; it is

inalienable; and it cannot be transferred, sold or surrendered to anyone other than the Crown (paras. 113-15).

[76] The Court held that aboriginal rights cannot be extinguished by provincial laws of general application. It stated that constitutionally recognized aboriginal rights fall along a spectrum. At one end of the spectrum are those aboriginal rights which relate to practices, customs and traditions integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the rights but where the degree of use and occupation of the land is insufficient to support a claim of aboriginal title (para. 138). At the other end of the spectrum is aboriginal title itself. The Court stated that s. 35(1) of the ***Constitution Act, 1982***, whose purpose is to reconcile the prior presence of aboriginal peoples in Canada with the assertion of Crown sovereignty, allows for the possibility that the Crown may infringe aboriginal title so long as such infringement is justified (para. 150). In the context of assessing whether an infringement is consistent with the special fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples, the Crown has a duty to consult the aboriginal people in question (para. 168).

[77] In ***R. v. Marshall; R. v. Bernard***, [2005] 3 C.N.L.R. 214, 2005 SCC 43, the Supreme Court of Canada elaborated on what it had previously said about the nature of aboriginal title. The accused had argued that as Mi'kmaq Indians, they were not required to obtain provincial authorization to log because they have a right to log on Crown lands for commercial purposes pursuant to treaty or aboriginal title.

[78] The Court held that aboriginal title is one of the aboriginal rights and that, in order to prove aboriginal title, the claimant must establish aboriginal practices that indicate possession similar to that associated with title at common law. To establish title, claimants must prove “‘exclusive’ pre-sovereignty ‘occupation’” of the land (referring to ***Delgamuukw*** at para. 143) (para. 55). The Court said (at paras. 56-57) that “occupation” means physical occupation and that “exclusive occupation” means “the intention and capacity to retain exclusive control”. The

latter is not negated by occasional acts of trespass or the presence of other aboriginal groups with consent. Shared exclusivity could result in joint title and non-exclusive occupation may establish aboriginal rights short of title.

[79] The Chief Justice wrote at para. 38:

Where title to lands formerly occupied by an aboriginal people has not been surrendered, a claim for aboriginal title to the land may be made under the common law. Aboriginal peoples used the land in many ways at the time of sovereignty. Some uses, like hunting and fishing, give rights to continue those practices in today's world: see *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013. Aboriginal title, based on occupancy at the time of sovereignty, is one of these various aboriginal rights.

[80] Aboriginal rights refer to specific independent rights, such as the right to hunt or fish and they are not derivative of aboriginal title. This point is highlighted at para. 53:

Different aboriginal practices correspond to different modern rights. This Court has rejected the view of a dominant right to title to the land, from which other rights, like the right to hunt or fish, flow: *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, at para. 26; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at paras. 35-39. It is more accurate to speak of a variety of independent aboriginal rights.

[81] A claim to aboriginal title must be subject to a stringent test, and evidence to establish a claim to aboriginal title must correspond to the core element of a fee simple, that is, it must show “exclusivity” (para. 40). At para. 77 the Court stated:

... [t]he common law right to title is commensurate with exclusionary rights of control. That is what it means and has always meant. If the ancient aboriginal practices do not indicate that type of control, then title is not the appropriate right. To confer title in the absence of evidence of sufficiently regular and exclusive pre-sovereignty occupation, would transform the ancient right into a new and different right. It would also obliterate the distinction that this Court has consistently made between lesser aboriginal rights like the right to fish and the highest aboriginal right, the right to title to the land: *Adams*, *Côté*.

[82] The Court in **Marshall** left open the question of whether the granting of a fee simple by the Crown extinguishes aboriginal title.

[83] The Court of Appeal for British Columbia in **Skeetchestn Indian Band v. British Columbia (Registrar of Land Titles)** (2000), 80 B.C.L.R. (3d) 233, 2000 BCCA 525, concluded that the Registrar of Land Titles had acted correctly in refusing to register a certificate of pending litigation regarding the appellant First Nation's land claim on the basis that aboriginal title was not a registrable interest. Southin J.A. commented at para. 5:

Sooner or later, the question of whether those who hold certificates of indefeasible title, whether to ranch lands on Kamloops Lake or to a small lot with a house on it on Railway Avenue in the Village of Ashcroft or an office tower on Georgia Street in the City of Vancouver, are subject to claims of aboriginal right must be decided. If it is proper in some aspects of Indian claims to weigh in the balance in favour of the claimant the honour of the Crown, as I thought was right in my dissenting judgment in *Attorney General (British Columbia) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156 (B.C.C.A.), should the honour of the Crown not also be weighed when determining whether a Crown grant in fee simple, at least one made before 17th April, 1982, assures to a person who obtained, founded on the grant, whether through the absolute fee system explained hereafter or directly, a certificate of indefeasible title, and his successors in title, the title for which he paid free of aboriginal claims?

Referring to **Delgamuukw**, Southin J.A. stated at para. 32:

It is for the Supreme Court of Canada to tell the courts of this Province what the implications of that judgment are for the holders of certificates of indefeasible title in a case where the issue directly arises, as it may do if the action brought by the appellants goes to trial.

[84] In concurring reasons, MacKenzie J.A. referred to the dangers of a piecemeal approach in deciding these fundamentally important and complex issues, at para. 81-82:

This submission highlights the complexity of the issues surrounding aboriginal rights in lands alienated by the Crown. Registration is only one aspect and not the most important. More central questions are

those that have been in the forefront of the Australian litigation - infringement, reconciliation and remedies. The issues may be even more complex in Canada because of the divided jurisdiction over land, and constitutional uncertainties as to the line between federal and provincial powers and responsibilities.

These broader issues are not before the court on this appeal but they underline the danger of a piecemeal approach when many implications may be hidden. I agree with Lamperson J. and Southin J.A. that this appeal from the Registrar is not the place to decide the larger questions.

[85] All parties to this proceeding agreed that, as in ***Skeetchestn***, it is unnecessary and would be inadvisable for this Court to reach a conclusion regarding the broader issues respecting aboriginal rights and title in lands alienated by the Crown.

[86] I note that in these Reasons I generally use “aboriginal rights” as a generic term which, in most contexts, includes aboriginal title.

(2) *The Legal Test*

[87] In ***Haida Nation*** and ***Taku River***, the Supreme Court of Canada made clear that the Crown's duty to consult with and possibly accommodate the rights of aboriginal peoples exists prior to the final proof of aboriginal rights in court and prior to the signing of treaties.

[88] In ***Haida Nation***, the provincial Minister of Forests had made certain decisions regarding TFL 39, which covers Crown land in northern coastal British Columbia. The Court summarized the issue at para. 5-6:

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.

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 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? [emphasis in original]

[89] The Supreme Court referred to the finding by the chambers judge that the Haida had a strong claim to aboriginal title to the land, called Haida Gwaii. The Court also referred to the Haida argument that without consultation and accommodation, they might win their aboriginal title claim in the end, but find themselves deprived of the forests vital to their economy and their culture (para. 7).

[90] A summary of the Court's conclusion is found at para. 10 of the reasons for judgment of the Chief Justice:

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.

[91] Chief Justice McLachlin held that, because the aboriginal interest is insufficiently specific, the duty to consult is not derived from the Crown acting as fiduciary (para. 18). Rather, the source of the duty is the honour of the Crown, which is always at stake in its dealings with aboriginal peoples (para. 16). This concept must be understood generously "in order to reflect the underlying realities from which it stems" (para. 17). The Court held:

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. 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. (para. 17)

[92] The duty relates not only to the Crown's conduct in decision making about lands but also to the Crown's conduct in the treaty making and interpretation process (para. 19). It includes issues relating to claims to resources. At para. 22 Chief Justice McLachlin wrote:

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"....

[93] The source of the duty was summarized at para. 25:

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.

[94] The duty arises not when aboriginal claims have been proved and resolved, but once claims affecting those interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation and proof. The Court stated:

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. (para. 27)

[95] The Court distinguished between what is sufficient to trigger the existence of the duty and what is to be considered in determining the scope or content of the duty. It held that:

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. (para. 37)

[96] The Court held that the content of the duty to consult and accommodate varies with the circumstances and 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 (para. 39).

[97] Thus, the Court said, there will be a spectrum (para. 43). Where, for example, the claim to title is weak, the aboriginal right limited, or the potential for infringement minor, 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 are the cases where a strong *prima facie* case for the aboriginal rights claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the aboriginal people and the risk of non-compensable damage is high (para. 44). In such cases, “deep consultation”, aimed at finding a satisfactory interim solution, may be required. In discussing what is “meaningful consultation” the Court referred (at para. 46) to the New Zealand Minister of Justice’s *Guide for Consultation with Maori 1997* and to its statement that:

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...

[98] Emphasizing that the process does not give aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim, the Chief Justice said that what is required is "a process of balancing interests, of give and take" (para. 48).

[99] After holding that third parties do not owe a duty to consult and accommodate, the Court rejected the argument that any duty to consult or accommodate rests solely with the federal government and held that the duty may also rest with provincial governments (paras. 52-59).

[100] Discussing the possible role of third parties in a consultation process, and stating that the honour of the Crown cannot be delegated, the Chief Justice wrote at para. 53:

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.

[101] As to procedure, the matter may come to court by way of judicial review (para. 60). The existence or extent of the duty to consult or accommodate is a question of law reviewable on a correctness standard but it is typically premised on an assessment of the facts; thus, a degree of deference to the finding of fact of the initial adjudicator may be appropriate (para. 61). The examination of the process itself, the Court said, would likely be on a standard of reasonableness with the question being whether the regulatory scheme or government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question” (para. 62).

[102] Thus, in summary, the Court stated at para. 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.

[103] On the facts before it, the Court found that the province had knowledge of the potential existence of aboriginal rights or title and contemplated conduct that might adversely affect them, that it had not consulted with the Haida at all, and 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. (para. 76)

[104] The order approved by the Supreme Court contained a declaration that the provincial Crown had legally enforceable duties to the Haida people to consult with them in good faith and to endeavour to seek workable accommodations between the aboriginal interest of the Haida people on the one hand and the Crown’s objectives to manage the TFL in accordance with the public interest on the other hand.

[105] I pause to comment that although the **Haida Nation** case shares a significant aspect of the case before me, in that it arises from a Ministerial decision regarding a TFL, there is also a notable difference: it concerned Crown land, not privately owned land. Counsel for the respondents emphasized that distinction and one other: that in **Haida Nation** a claim to aboriginal title was advanced. I will return to these points later.

[106] In **Taku River**, a mining company sought permission from the provincial government to reopen an old mine in British Columbia and to build a road through a portion of the Taku River Tlinget First Nation's (TRTFN) claimed traditional territory.

[107] The Supreme Court of Canada held that, on the principles discussed in **Haida Nation**, the Crown was under a duty to consult with the TRTFN regarding the decision to reopen the mine. It further held that the duty had been complied with on the facts of the case. The province had conducted an environmental review process in which the TRTFN had, for the most part, participated fully, putting their views before the decision-makers. Steps had been taken to address the TRTFN concerns. The Court held that it was not necessary for the province to set up a separate aboriginal consultation process.

[108] In discussing the source of the duty on the Crown, the Court stated at para. 24:

The Province's submissions present an impoverished vision of the honour of the Crown and all that it implies. As discussed in the companion case of *Haida, supra*, the principle of the honour of the Crown grounds the Crown's duty to consult and if indicated accommodate Aboriginal peoples, even prior to proof of asserted Aboriginal rights and title. The duty of honour derives from the Crown's assertion of sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation. It has been enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms existing Aboriginal rights and titles. Section 35(1) has, as one of its purposes, negotiation of just settlement of Aboriginal claims. In all its dealings with Aboriginal peoples, the Crown must act honourably, in accordance with its historical and future relationship with the Aboriginal peoples in question. 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).

[109] Very recently (one week ago), the Supreme Court of Canada delivered its decision in ***Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)***, [2005] S.C.J. No. 71, 2005 SCC 69. I requested from the parties, and have received, their submissions as to its implications for the case before me.

[110] The issue in ***Mikisew*** arose when the federal government approved the construction of a winter road through the Mikisew Reserve, over the protests of the Mikisew. The Mikisew are under Treaty 8, which permits the Crown to “take up” land from time to time for purposes such as settlement, mining, lumbering and trading. Their reserve is in Wood Buffalo National Park, on Crown land.

[111] The Supreme Court held that the Crown had breached its duty of consultation. Binnie J. stated that, given that the Crown was proposing to build a fairly minor winter road on surrendered lands where the Mikisew hunting, fishing and trapping rights were expressly subject to the “taking up” limitation, the Crown’s duty lay at the lower end of the spectrum (para. 64). The Court quashed the Minister’s approval order and remitted the winter road project to the Minister to be dealt with in accordance with the Court’s Reasons.

[112] Much of the discussion in the case relates to the Crown’s duties in the context of defined and acknowledged treaty rights, and is not directly relevant to the case before me. However, the Court made some general statements about the duty of consultation which may have some bearing.

[113] In the opening paragraph, Binnie J. wrote:

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.

[114] Further, in para. 55, he commented:

... 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. ...

[115] With respect to the content of the duty to consult, the Court stated at para. 64 that the duty had both informational and response components. Thus, the Court held that the Crown should have given notice to the Mikisew and engaged directly with them, rather than doing so as an afterthought to a general public consultation with Park users; it should have provided 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; and it should have solicited and listened carefully to the Mikisew concerns and attempted to minimize adverse impacts on their hunting, fishing and trapping rights.

[116] I note, however, as counsel for the respondents pointed out, that the content of the duty to consult could differ outside the context of a treaty rights case.

[117] In ***Musqueam v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*** (2005), 37 B.C.L.R. (4th) 309, 2005 BCCA 128, the Musqueam Indian Band sought an order quashing a decision by the provincial Crown to sell the University of British Columbia Golf Course (which was on Crown land) to the University of British Columbia. The Musqueam argued that the respondents had not consulted in good faith concerning a possible accommodation of any infringement of the appellant's asserted aboriginal interests in the Golf Course land. The Crown conceded, and the Court held, that the Band had shown a strong claim of aboriginal title to the lands. The Court concluded that the Crown

had failed to consult meaningfully, and ordered that the authorization for the sale be suspended for two years to provide for proper consultation.

[118] Hall J.A. commented that the decision in ***Haida Nation*** pertains to a range of asserted aboriginal rights, including title:

Thus, provincial governments can justifiably infringe aboriginal title, but as the Supreme Court of Canada recently stated in *Haida*, if there is infringement or potential infringement of an aboriginal right - which of course includes aboriginal title - consultation is required with those affected with a view to reaching some accommodation pending final resolution of the validity of the rights claimed. (para. 87)

In summarizing his conclusions on why the Crown had failed in its duty here, Hall J.A. wrote (at paras. 94-96):

In my view, the duty owed to the Musqueam by LWBC in this case tended to the more expansive end of the spectrum. The Crown conceded the Musqueam had a prima facie case for title over the Golf Course Land, and the report of the archaeological firm noted that the Musqueam had the strongest case of the bands in the area. Potential infringement is of significance to the Musqueam in light of their concerns about their land base. If the land is sold to a third party, there will likely be no opportunity for the Musqueam to prove their connection to this land again. The Musqueam were therefore entitled to a meaningful consultation process in order that avenues of accommodation could be explored.

In light of my view of the consultation required in this situation, I consider that the consultation process was flawed. If this was only a case where notice was required, the consultation may have been sufficient. However, in the present case, I consider the consultation was left until a too advanced stage in the proposed sale transaction. As McLachlin C.J. observed in *Haida*, there is ultimately no obligation on parties to agree after due consultation but in my view a decent regard must be had for transparent and informed discussion. Of course, legitimate time constraints may exist in some cases where the luxury of stately progress towards a business decision does not exist, but such urgency was not readily apparent in the present case. These lands have been used as a public golf course for a long time, and the status quo is not about to change having regard to the extant lease arrangements. The Musqueam should have had the benefit of an earlier consultation process as opposed to a series of counter-offers following the decision by LWBC to proceed with the sale.

I note that McLachlin C.J. suggested there should be some measure of deference when a court considers the adequacy of the government's efforts to consult with an aboriginal group, and that administrative law principles suggest a standard of reasonableness would be used by the court when the question is not a purely legal question. She also observed that what is required is not perfection, but reasonableness in any consultation process followed by the Crown. However, even providing an appropriate measure of deference, for the reasons set out above, the Province in my view did not adequately consult with the Musqueam regarding the sale of the Golf Course Land.

[119] I will next briefly discuss what emerges from some of the recent trial-level decisions on the duty to consult.

[120] ***Gitxsan First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*** (2002), 10 B.C.L.R. (4th) 126, 2002 BCSC 1701 (***Gitxsan First Nation #1***) was decided prior to the Supreme Court of Canada decision in ***Haida Nation***. The claimant First Nations sought to set aside the respondent Minister of Forest's consent to a change in corporate control of Skeena Cellulose, which held a TFL and several forest licences over Crown land. The First Nations asserted rights and title to that land. Tysoe J. held that each of the petitioning First Nations had a good *prima facie* claim of aboriginal title and a strong *prima facie* claim of aboriginal rights with respect to at least part of the lands concerned. He noted at para. 72:

The claims for aboriginal rights are stronger than the claims for aboriginal title because they do not require an element of exclusivity, but each claim qualifies for a classification as a good or strong *prima facie* claim.

[121] Tysoe J. rejected the Crown's argument that a *prima facie* case could not be made out because there were overlapping claims to the lands, finding instead that in such a case, the court can "conclude that the competing groups have each established aboriginal rights in respect of the area" (at para. 74). He concluded that the government did have a duty to consult. In so doing, he rejected the Crown's argument that the change in ownership was "neutral" and did not require any consultation (para. 82). Tysoe J. did not quash the Minister's decision to

consent to the change in control but directed that the Minister be given an opportunity to fulfill the duty.

[122] The Gitanyow First Nation returned to court in 2004, arguing that the Minister had not provided adequate and meaningful consultation, and that the decision consenting to the change in control should be quashed. Following the Supreme Court of Canada decision in ***Haida Nation***, Tysoe J. declared that the Crown had not yet fulfilled its duty to consult. Rather than granting the further relief requested by the Gitanyow, he ordered the parties to resume negotiations: see (2004), 38 B.C.L.R. (4th) 57, 2004 BCSC 1734 (“***Gitxsan First Nation #2***”).

[123] Powers J. in ***Homalco Indian Band v. British Columbia (Minister of Agriculture, Food and Fisheries)*** (2004), 39 B.C.L.R. (4th) 263, 2005 BCSC 283, considered an application for judicial review of an amendment to a licence for a salmon farm in Bute Inlet, allowing the introduction of Atlantic salmon to the farm. A company called Marine Harvest held the licence for the salmon farm; the Homalco claimed aboriginal title and rights in that area. The Homalco argued that the introduction of Atlantic salmon could bring potentially serious adverse consequences for the wild salmon stocks, and indeed that the mere presence of a fish farm carried risks. Powers J. noted at para. 16 that the petitioner “correctly argues that the duty arises when the Crown makes decisions that have a serious impact on asserted Aboriginal rights and title” and found at para. 25 that:

1. There is a reasonable probability that the Homalco will be able to establish Aboriginal title to at least some parts of the Homalco Territory including portions of Bute Inlet in the vicinity of Church House...
2. There is a substantial probability that the Homalco will be able to establish Aboriginal rights to harvest wild Pacific salmon and other marine resources of the Homalco territory.

[124] The Court found that a duty to consult existed. In considerable measure the conclusion seemed to flow from the finding regarding the likelihood that the Homalco would be able to establish aboriginal rights to fish in the area they

claimed. The application for judicial review was adjourned. Until the consultation process was complete, the company was not to add additional Atlantic salmon to the site.

[125] At issue in ***Musqueam Indian Band v. Richmond (City)*** (2005), 12 M.P.L.R. (4th) 97, 2005 BCSC 1069 was the decision of the Lottery Corporation (a Provincial Crown corporation) to place a casino on Crown lands against which aboriginal title was asserted. The Court held that a duty to consult was triggered. Brown J. held that the Province was aware that the lands were the subject of a Musqueam claim, and that the placement of the casino might adversely affect the Musqueam's aboriginal title interests. The Court referred to the limited amount of Crown land available to meet the Musqueam First Nation's aboriginal title claims, and held that the Crown had a duty to consult and accommodate. Brown J. declined to set aside the decision to relocate the casino, taking into account the balance of convenience.

[126] In ***Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*** [2005] 3 C.N.L.R. 74, 2005 BCSC 697 (under appeal), the issue was the Crown's application of the Forest and Range Agreement program. The program involved the allocation of forest tenures to First Nations following the enactment of the ***Forest Revitalization Act***, S.B.C. 2003, c. 17, which took back 20% of the allowable annual cut from major replaceable forest licences and TFLs throughout the province. The Huu-Ay-Aht objected to the province's use of a population-based formula for the allocation of forest tenures. One of the Crown's arguments was that its duty to consult and accommodate aboriginal interests is not triggered by the Crown's general management of forestry permits and approvals; rather, it is only triggered by specific decisions that have the potential to infringe on s. 35 rights.

[127] Dillon J. said the following at para. 104:

...declaratory relief has been granted by this court in several cases involving First Nations disputes concerning the duty to consult. In

regards to forestry decisions, declaratory relief stems from the initial decisions to issue timber licences. In this case, the FRA initiative is a creature of statute, the *Forestry Revitalization Act* and the *Forest Act*, which enable the province to make specific agreements with First Nations regarding forest tenure. The FRA is the vehicle that the Ministry chose to deliver those specific agreements. The concept of 'decision' should not be strictly applied when there is legislative enablement for a government initiative that directly affects the constitutional rights of First Nations. This approach has been approved by the Supreme Court of Canada in *Haida* when it spoke of review of governmental action affecting the duty to consult. The petitioners are entitled to seek the declaratory relief under the *JRPA* that the FRA policy does not meet the Crown's constitutional obligation to consult the HFN.

[128] That the Crown held title to the land was taken as one factor among several in the Court's finding that the First Nation had a strong *prima facie* case (para. 120):

The HFN and the Crown are near the end of treaty negotiations with an agreement in principle that acknowledges rights related to forest resources and title to certain lands without legally recognizing HFN's rights or title. There have been two previous accommodation agreements (the IMA and IMEA) that, for six years, had provided a process for continuing consultation that had been honoured by both parties. On this basis alone, the HFN have shown a strong *prima facie* claim to title and rights related to forestry resources such that consultation with respect to ongoing operations is warranted. In addition, the Crown holds title to the land in question with the HFN claim based upon occupation of the lands before Crown sovereignty. Although there are overlapping claims over part of the Hahoothlee, a part is exclusively claimed by the HFN. The issue of exclusive possession is challenging but not insurmountable (see *Musqueam* at paras. 87-88). It certainly does not mean that no consultation should occur. The level of potential infringement of rights to timber resources is severe given the harvest rate contemplated by third parties over the next five years.

[129] The duty of consultation and accommodation was applied by the Superior Court of Quebec in ***Betsiamites First Nation v. Attorney General of Canada***, 2005 J.Q. No. 8173 (QL). That case dealt with the duty to consult and accommodate regarding timber supply and forest management agreements

granted to a private company planning logging operations in an area to which the Betsiamites First Nation (“BFN”) asserted aboriginal rights and title. The Court concluded that the Crown, which had conceded that BFN had rights relating to food, ritual and social purposes on the territory, was also aware of the potential existence of aboriginal title, as past negotiations had revealed the nature, extent and complexity of land claims. The parties had reached an advanced stage in treaty negotiations, having achieved an Agreement in Principle.

[130] Grenier J. held that the province of Quebec had violated its constitutional duty to consult the BFN, and ordered the defendant logging company to cease its operations until a judgment on the merits was rendered on the application for an interlocutory injunction. The decision is now on appeal.

[131] In addition to the judicial decisions I have referred to, two decisions of environmental tribunals have come to my attention. While these decisions do not have precedential value, their reasoning is of interest.

[132] In ***TimberWest Forest Corp v. British Columbia (Deputy Administrator, Pesticide Control Act)***, [2003] B.C.E.A. No 31, TimberWest appealed the Deputy Administrator’s decision to place a number of conditions on a Pest Management Plan (PMP) TimberWest had submitted for authorization. Under the PMP, TimberWest sought permission to use pesticides on its land (formerly part of the Railway Lands, like the Removed Lands in this case.) The Cowichan First Nation (CFN) claimed aboriginal rights and title to those lands. Before authorizing the PMP, the Deputy Administrator met with representatives of the CFN concerning the proposed PMP. When the final PMP was issued, it took into consideration the CFN’s asserted aboriginal rights by restricting the use of pesticides at sites of particular spiritual or ceremonial significance to the CFN.

[133] Before the Environmental Appeal Board, TimberWest argued that the PMP restrictions were based on irrelevant considerations, one of which was the Deputy Administrator’s consultation with the CFN. Based on the Court of Appeal decisions in ***Haida Nation***, (2000), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147, and

***Taku River***, (2000), 98 B.C.L.R. (3d) 16, 2002 BCCA 59, the Panel acknowledged that the Deputy Administrator had a duty to consult and accommodate with aboriginals in the circumstances, and held that aboriginal rights and title are not subordinate to the rights of a fee simple owner.

[134] The Panel also held that where the Crown performs a regulatory role, the infringement of an aboriginal right can occur whenever the Crown exercises its decision making powers, regardless of the tenure of lands affected, reasoning:

... limiting aboriginal people to challenging only the original grant of fee simple, rather than any subsequent Crown authorized use of the private land, would be contrary to the purpose of section 35 of the *Constitution Act, 1982* ... (para. 203)

[135] The Panel concluded that the Deputy Minister did have a duty to consult and accommodate CFN interests before issuing his authorization of the PMP, and therefore, that the CFN's claims of aboriginal rights and title were relevant considerations.

[136] In ***Penelakut First Nations Elders v. British Columbia (Regional Waste Management)***, [2005] B.C.W.L.D. 547, elders of the Penelakut First Nation appealed the Regional Waste Manager's decision to authorize the discharge of waste from a land-based fish hatchery on Salt Spring Island that was located on land leased from a third party. The Penelakut First Nation asserted aboriginal rights to harvest food and to visit a sacred burial site near the hatchery site. The Environmental Appeal Board Panel held that the Provincial Crown had a duty to consult and accommodate aboriginal peoples in those circumstances, and that the Crown had met its duty.

[137] To summarize the effect of the judicial authorities, they show a three-step process for considering an alleged failure of the Crown to consult with and accommodate aboriginal people.

[138] First, in determining whether a duty to consult arises, the court must assess whether the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence

of the aboriginal rights. Second, the court must determine if the Crown contemplated conduct that might adversely affect those rights. If there is such knowledge and contemplated conduct, then the court must take the third step and consider the scope and content of the duty to consult and accommodate, and whether that duty has been met. Determining the scope and content of the duty necessitates a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right, and a consideration of the seriousness of the potentially adverse effect upon the rights claimed.

(3) *Knowledge of the Crown*

[139] Did the Crown have knowledge, real or constructive, of the existence of potential aboriginal rights pertaining to the Removed Lands and to the surrounding Crown lands?

[140] The petitioners claim that most of the Removed Lands and a portion of Crown lands within TFL 44 are in their traditional territory. They rely on past negotiations and consultations with the Provincial Crown to prove that the Crown knew the extent and nature of their claim.

[141] As part of treaty negotiations, which have reached Stage Four, the HFN presented evidence to the Crown, including a “land selection” which encompasses the area in question. As well, the HFN had provided to the Crown a copy of their *Land Use Plan* for their claimed traditional territory.

[142] Between about 1994 and July 2004 there was consultation between the Crown and HFN with respect to logging plans in TFL 44, including the Removed Lands. During that period, the Crown was in a position to learn the details of the HFN position regarding the territory.

[143] The petitioners produced evidence from ethnographers and anthropologists indicating that Hupacasath people were present in the area in question at the time of first contact with Europeans. At least some of that evidence is in the public domain.

[144] The petitioners also argue that *R. v. NTC Smokehouse* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158 (CA), [1996] 2 S.C.R. 672, shows previous judicial recognition of a Hupacasath aboriginal right to fish for salmon in the Somass River.

[145] In *NTC Smokehouse*, the defendant company was charged with selling fish allegedly caught illegally by Sheshaht (Tseshahat) and Opetchesaht (Hupacasath) people. The Provincial Court Judge at trial found that the “Sheshaht people” had established an aboriginal right to fish, without specifying whether the finding was meant to include or exclude the Hupacasath. The findings of fact at trial were upheld and adopted in both the British Columbia Court of Appeal and the Supreme Court of Canada. No level of court specifically addressed whether there was a basis for distinction between the Tseshahat and Hupacasath. Wallace J.A. stated that one of the questions before the Court of Appeal was “[d]oes the Aboriginal right of the Sheshaht and Opetchesaht Bands to fish for food encompass the commercial sale of fish?” (at para. 34). At para. 45, Wallace J.A. wrote:

Section 839(1) of the *Criminal Code* provides that an appeal to this Court from the summary conviction appeal court may “be taken on any ground that involves a question of law alone”. Findings of fact and questions of mixed fact and law are not reviewable by the court. The nature and scope of the aboriginal rights of the Seshahat and Opetchesaht peoples in this case were determined as a question of fact on the basis of the traditional practices integral to the aboriginal society of the claimants’ ancestors. Accordingly, the trial judge’s ruling that the commercial sale of fish cannot be characterized as an aboriginal fishing right of the Seshahat and Opetchesaht Indian Bands should not be disturbed.

[146] In the Supreme Court of Canada, Lamer C.J.C. stated:

For the purposes of this analysis no distinction will be made between the cultures of the Sheshaht and Opetchesaht because no such distinction was made by the appellant in its factum nor in the decisions of the courts below. Further, the evidence presented at trial did not distinguish between the cultures and history of the two bands. Normally, because the determination of whether or not an aboriginal right exists is specific to the particular aboriginal group claiming the right, distinctions between aboriginal claimants will be significant and

important; however, in this case it does not appear, as a factual matter, that any significant distinctions exist between the Sheshaht and the Opetchesaht. (para. 23)

[147] There is a Tseshahat reserve at the mouth of the Somass River. The respondents argue that the right to fish for food was recognized basically as a communal right held by a larger community composed of both the Tseshahat and the Hupacasath bands and point out that the Tseshahat now dispute whether the Hupacasath have retained their aboriginal rights to fish in the area and may seek to prevent them from fishing there.

[148] I do not read **NTC Smokehouse** as constituting specific judicial determination that the HFN has an aboriginal right to fish in the Somass River, though it does show judicial recognition of such a right on the part of a larger Tseshahat/Hupacasath community, without distinction between the two groups.

[149] I note that the evidence tendered in the **NTC Smokehouse** case and the findings of fact of the trial judge were within the knowledge of the Provincial Crown, which appeared as intervener in both the Court of Appeal and Supreme Court of Canada actions.

[150] Given the treaty negotiations, the prior consultations, the publicly available information, and the evidence in **NTC Smokehouse**, I find that the Crown was aware or should have been aware, when it made the removal decision, of the HFN claims, and of the potential existence of aboriginal rights pertaining to the Removed Lands and the surrounding Crown lands in TFL 44.

*(4) Contemplated conduct affecting aboriginal rights*

[151] Did the Crown contemplate conduct that could adversely affect aboriginal rights?

[152] I will address this question in two stages. First, could the HFN have aboriginal rights (including possible aboriginal title) with respect to the privately owned land? Second, did the Crown contemplate conduct that might adversely

affect HFN aboriginal rights with respect to the Removed Lands or with respect to the Crown land in TFL 44?

(a) Could the HFN have aboriginal rights with respect  
to the Removed Lands?

[153] As a threshold issue, I must decide whether the honour of the Crown is at stake only when its dealings relate to Crown land. Does the fact that the Removed Lands are private lands mean that the honour of the Crown cannot be implicated and thus, that a duty to consult and accommodate cannot arise on these facts?

[154] I will first briefly summarize the parties' submissions on this point.

[155] Mr. Thompson for the Crown submitted that **Haida Nation** is premised on the fact that the Crown held legal title to the land and that the aboriginal group claimed aboriginal title to that land. He submitted that for claims to give rise to a duty to consult, they must be ones that are capable of realization. He urged that the petitioners in these proceedings do not challenge the original Crown grant or the fee simple title held now by Island Timberlands.

[156] The Crown's position is that aboriginal title and fee simple title are fundamentally incompatible, because the former, which **Delgamuukw** described at para. 117 as "the right to exclusive use and occupation of the land" cannot coexist with fee simple title, the highest form of tenure in Canadian law and the most substantial estate that can exist in land.

[157] Thus, Mr. Thompson argued, a claim to aboriginal title over private land is not realizable and no duty to consult can arise.

[158] The Crown referred to the comments of Mahoney J. in the case of **Hamlet of Baker Lake v. The Queen**, [1980] 1 F.C. 518 at para. 102 (T.D.) (Q.L.):

The coexistence of an aboriginal title with the estate of the ordinary private landholder is readily recognized as an absurdity. The

communal right of aborigines to occupy it cannot be reconciled with the right of a private owner to peaceful enjoyment of his land.

[159] The Crown also relies on ***Skeetchesten*** and this statement by MacKenzie J.A. at para. 72:

The appellant's ultimate objective is stated to be reconciliation of the claimed aboriginal title with Kamlands title to the 6 Mile Ranch in some form of accommodation of interests. The appellant argues that the present use of the lands as a ranch is compatible with aboriginal title but an intensive resort development with hotels, condominiums and golf courses would be incompatible. This submission appears to have an inherent contradiction inasmuch as the claimed aboriginal title and the fee simple title each involve rights to exclusive possession which are mutually exclusive.

[160] In the Crown's view, if the petitioners were to challenge the fee simple owner's title, such a challenge would not succeed either because of the inherent incompatibility of fee simple and aboriginal title or because the infringement of aboriginal title would be justified.

[161] With respect to justification for infringement of aboriginal title, the Crown's position is that both requirements can be met: (a) the infringement is in furtherance of a legislative objective that is compelling, substantial and reconcilable with aboriginal rights and the broader community of which they are a part; and (b) it is consistent with the special fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples: ***Delgamuukw***, paras. 161-162.

[162] The Crown also submits that aboriginal title to the Removed Lands may have been extinguished as a result of the Federal Crown grant in 1887 to the Esquimalt and Nanaimo Railway (although the Crown urges that I should not reach a conclusion regarding extinction of title.)

[163] Further, the Crown's position is that the question of whether aboriginal title and fee simple title can co-exist is inappropriate for a petition on judicial review and should not be decided in this proceeding.

[164] Under the terms of the British Columbia Treaty Process, the petitioners will not be able to obtain title to any private lands, except on a willing seller/willing buyer basis, and the Crown relies on that fact as further support for its position that there is a fundamental incompatibility between aboriginal title and fee simple title. The Crown's position is that it does not recognize aboriginal title to lands that are privately held and that it does not have jurisdiction to provide privately held land if it is claimed.

[165] With respect to aboriginal rights short of title, Mr. Thompson argued that any aboriginal rights exercised by the HFN on the Removed Lands are at the sufferance of the private landowner, which can at any time prohibit access to its private property. He further submitted that aboriginal rights are subject to the right of the fee simple landowners to put their lands to uses that are visibly incompatible with the exercise of aboriginal rights, such as the harvesting of commercial timber.

[166] The Crown submits that a finding by this Court that the petitioners have established a *prima facie* case would "necessitate a finding that aboriginal rights and title not only exist on private land, ... but a finding that First Nations must be consulted by the Crown or even private landowners when exercising their rights as fee simple titleholders at common law." The Crown argued that "[s]uch a finding would constitute a step towards a challenge to the entire Torrens property system in British Columbia."

[167] Brascan's argument is consistent with that of the Crown. Brascan argues that the petitioners have not established a credible claim to aboriginal title in the Removed Lands. Mr. Clark pointed to the absence of authority for a duty to consult where the claim is for aboriginal title to privately owned land and emphasized that fee simple is the highest form of tenure in Canadian law and the most substantial estate which can exist in land. Brascan's position is that it is logically impossible for both aboriginal title and fee simple title to co-exist on the same parcel of land. Brascan also stresses that the petitioners are not challenging the fee simple title.

[168] The petitioners respond that the authorities do not exempt private land from the duty to consult, and that the authorities do not support the proposition that aboriginal rights and title are inapplicable on private lands. Mr. Grant for the petitioners argued that aboriginal rights and title can co-exist with fee simple title. Further, he submitted that, although the petitioners are not challenging the fee simple title in this proceeding, they have filed a writ claiming aboriginal title over their traditional territory, which includes the Removed Lands.

[169] Mr. Grant argued that Crown sovereignty continues over all lands, including those held in fee simple, and that the obligation to consult flows simply from s. 35 of the **Constitution Act, 1982**, and the previous occupation of lands by an aboriginal group.

[170] I will begin my analysis with a review of some of the relevant authorities on the possible co-existence of private land ownership with aboriginal title and rights.

[171] As I read the cases, it has not yet been decided what meaning, if any, aboriginal title continues to have once the land over which it is asserted has been granted in fee simple to a third party.

[172] **Skeetschten** holds that aboriginal title is not a registrable interest, but leaves open the larger question of whether aboriginal title can co-exist with fee simple title. Southin J.A. adopted the metaphor used by MacKenzie J.A. that an aboriginal title claim is “upstream” of the certificate of indefeasible title:

During argument, my colleague, Mr. Justice Mackenzie, encapsulated the Registrar's argument thus: "The claim of the appellant is upstream of the certificate of indefeasible title. The Registrar's duties are downstream of the certificate." (para. 4)

MacKenzie J.A. and Rowles J.A., after making the comment at para. 72 relied on by the Crown, that “the claimed aboriginal title and the fee simple title each involve rights to exclusive possession which are mutually exclusive”, adverted to the complexity of the issues surrounding aboriginal rights in lands alienated by the Crown and concluded that the court was bound by its earlier decision in **Re Uukw**

**et al. v. The Queen in Right of British Columbia et al.** (1987), 37 D.L.R. (4th) 408 (B.C.C.A.) regarding registrability of aboriginal land claims (para. 83).

[173] As for aboriginal rights short of aboriginal title, although there is some authority with respect to their continued existence relating to privately owned land, many questions remain open.

[174] In **Delgamuukw** at para. 36, the Supreme Court of Canada summarized the Reasons of Macfarlane J.A. in the Court of Appeal regarding aboriginal rights and extinguishment:

The purpose of the colonial instruments in question was to facilitate an orderly settlement of the province, and to give the Crown control over grants to third parties. It is not inevitable, upon a reading of the statutory scheme, that the aboriginal interest was to be disregarded. They did not foreclose the possibility of treaties or of co-existence of aboriginal and Crown interests. Similarly, even fee simple grants to third parties do not necessarily exclude aboriginal use. For example, uncultivated vacant land held in fee simple does not necessarily preclude the exercise of hunting rights. Moreover, it is clear that, at common law, two or more interests in land less than fee simple can co-exist. However, since the record was not sufficiently specific to permit the detailed analysis of such issues, Macfarlane J.A. suggested that these issues be dealt with in negotiation. He concluded that extinguishment by a particular grant needed to be determined on a case by case basis. [emphasis added]

[175] Lamer C.J.C. later considered whether provincial laws of general application could extinguish aboriginal rights, and concluded:

It follows that aboriginal rights are part of the core of Indianness at the heart of s. 91(24). Prior to 1982, as a result, they could not be extinguished by provincial laws of general application. (para. 181)

[176] The relationship between existing treaty rights and private property was considered in **R. v. Badger**, [1996] 1 S.C.R. 771. That case involved hunting offences under the Alberta **Wildlife Act**, S.A. 1984, c. W-9.1. Three accused, with rights under Treaty No. 8, were caught hunting on private land. On appeal, the Court considered whether status Indians under Treaty No. 8 had the right to hunt

for food on private land. The Court considered the text of Treaty No. 8, which provided for hunting, trapping and fishing "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" (para. 40).

[177] Cory J. considered the text of the treaty and the circumstances in which it was signed and concluded:

... the 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. (para. 58)

As to whether aboriginals had a treaty right of access to hunt on privately owned lands, he concluded they did not where the land is put to a "visible, incompatible use". He held at para. 66:

Where lands are privately owned, it must be determined on a case-by-case basis whether they are "other lands" to which Indians had a "right of access" under the Treaty. If the lands are occupied, that is, put to visible use which is incompatible with hunting, Indians will not have a right of access. Conversely, if privately owned land is unoccupied and not put to visible use, Indians, pursuant to Treaty No. 8, will have a right of access in order to hunt for food.

[178] Access to private land to practise aboriginal rights, as opposed to treaty rights, was considered in **R. v. Alphonse** (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 17 (C.A.). That case concerned an appeal from charges under the **Wildlife Act**, S.B.C. 1982, c. 57, for hunting out of season on private, uncultivated land. The accused alleged that he was exercising an aboriginal hunting right at the time of his arrest. Macfarlane J.A. considered whether this defence was ineffective because Mr. Alphonse was hunting on private land.

[179] Macfarlane J.A. concluded that if legislation, such as the **Trespass Act**, R.S.B.C. 1979, c. 411, or the **Wildlife Act**, does not circumscribe the aboriginal rights in question, then those rights can be exercised. He dismissed the Crown's argument that consent of the owner of private land was required, and concluded:

Applying the Trespass Act to the circumstances of this case, there was no prohibition with respect to hunting on the lands in question. That being so, it was not unlawful to hunt on those lands. Thus, it was not unlawful to exercise an aboriginal right on those lands. (para. 34)

Lambert J.A., in separate and concurring reasons for judgment, held:

The second aspect of this question relates to whether the exercise by Mr. Alphonse of a hunting right incidental to his aboriginal title or of a separate hunting right over the traditional ancestral lands of the Shuswap people may have been regulated in such a way as to preclude that exercise on land owned by the Onward Cattle Co. Ltd. in fee simple. In my opinion there is nothing in the Wildlife Act, the Trespass Act, or any other Provincial legislation which, by referential incorporation as Federal legislation or otherwise, might be thought to have precluded the exercise by Mr. Alphonse of a right to shoot the mule deer on this private land. The land was uncultivated bush; it was not occupied by livestock; it was not surrounded by a fence or a natural boundary; and it was not posted with signs prohibiting trespass. Just as in *R. v. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78 (B.C.C.A.), where such land was available for the exercise of treaty hunting rights over unoccupied lands, so in this case it was available for the exercise of aboriginal hunting rights. That is not to say that it would not have been available if it had been occupied by livestock or surrounded by a fence. Such a supposition raises a number of questions which it is not necessary to resolve in this appeal. (para. 111)

[180] Read together, ***Badger*** and ***Alphonse*** indicate that existing aboriginal and treaty rights, for example to hunt or fish, may be exercised on unoccupied private land if the activity is permitted by statute or common law and is not prohibited by the private landowner. With treaty rights, at least where a “tracts taken-up clause” is included in the relevant treaty, their exercise is precluded if the private land is occupied and visibly used for incompatible purposes. The exercise of aboriginal rights may also be precluded by visible, incompatible use, although the point does not appear to have been finally determined.

[181] I did not understand the petitioners to dispute that, whatever remains of aboriginal rights (short of title) with respect to private land, the owner of that land can preclude access as part of the owner’s rights to exclusive use and possession.

[182] I turn now to my analysis and conclusions regarding the respondents' argument that the private ownership of the land precludes a claim for aboriginal title and, correspondingly, the existence of a duty to consult.

[183] There are no judicial decisions directly on point, so far as the research of counsel or my own research has disclosed. (As described above, two B.C. Environmental Appeal Board cases have addressed the point, but neither has previously been referred to in a judicial decision as far as I am aware, the cases were not the subject of submissions before me, and in any event, they do not have precedential value.)

[184] The Supreme Court of Canada and B.C. Court of Appeal authorities on the duty to consult (*Delgamuukw*, *Haida Nation*, *Taku River*, *Musqueam* and *Mikisew*) all involved Crown land, though they do not explicitly limit the duty to Crown land. The reasons in *Haida Nation* and *Taku River* do not emphasize Crown ownership of the land in question. Most of the discussion centres on the Crown as decision-maker rather than the Crown as landowner.

[185] The lower court cases decided since *Haida Nation* and *Taku River* have begun the development of the common law on duty to consult, as envisioned by the Supreme Court of Canada, and show a variety of circumstances in which the duty has been found to exist. Often the reasoning centres on Crown decision-making. However, all cases but one (*Homalco*) clearly involved Crown land.

[186] In *Gitxsan First Nation #1*, a change of corporate ownership of a company that held a TFL and forest licences over Crown land was challenged. In *Huu-Ay-Aht*, it was the operation of the provincial Forest and Range Agreement program. *Musqueam v. Richmond* and *Betsiamites* both concerned directly the use of Crown land or resources.

[187] In *Homalco*, the issue was the location and choice of fish stock for a fish farm operated by a private party. *Homalco* involved a decision whose effect was

possibly to endanger fish stocks in waters where the First Nation claimed an aboriginal right to fish, adjacent to Crown land where they claimed aboriginal title.

[188] Despite the absence of authority on point, direction can be found in the principles articulated by the Supreme Court of Canada.

[189] The Supreme Court has found that consultation and accommodation are required where a First Nation advances a factually credible claim to aboriginal rights. The rights claimed can be as limited as the right to enter upon the land to fish, hunt or visit a sacred site, or as extensive as the right to maintain exclusive possession (aboriginal title). It is not necessary for the claimant to show that the claim will succeed; only that it is a credible claim. The strength of the claim, if it passes the threshold of credibility, does not bear on the existence of the duty; rather, it is relevant to the content of the duty. The Court reiterated in ***Mikisew*** that the initial threshold is low, and that “[t]he flexibility lies not in the trigger (“might adversely affect it”) but in the variable content of the duty once triggered” (para. 34).

[190] The duty to consult exists because of the need to reconcile the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown.

[191] The Crown is sovereign over all lands, including those held in fee simple. Certain decisions by the Crown, such as this decision to remove the lands from the TFL, may significantly affect land to which aboriginal peoples lay claim, even though the Crown is not the title-holder to the land. Crown sovereignty and its power to make decisions about land during the time (which may be lengthy) when claims of aboriginal rights have been advanced but not yet proved triggers the duty to consult. Crown ownership of the land is not a necessary condition for the existence of that power to make decisions.

[192] Although Crown sovereignty extends to all land, Crown decision-making power about the land does not. Here, the Minister had specific and significant control over activities on the land, could prevent it from being used for non-forestry

purposes, and could even prevent it from being alienated. These are unique and unusual circumstances.

[193] The respondents are asking me to decide at this stage, which is in effect an interim proceeding, that the removal decision could have no effect on aboriginal title. They urge, in general, that aboriginal title and fee simple title are fundamentally inconsistent and that it is logically impossible for them to co-exist on the same parcel of land, and in particular, that with respect to the Railway Lands aboriginal title was extinguished by the Federal Crown grant.

[194] Thus, they are asking me in fact to decide what they say I should refrain from deciding, by seeking a conclusion that the door is closed on aboriginal title claims when land is held in fee simple by a third party.

[195] The petitioners, on the other hand, are not seeking a ruling that aboriginal title continues to exist: only that it might. They are content that the door remain open, as it has been left by the higher courts. They assert aboriginal title without challenging the fee simple title in this proceeding, on the premise that this claim, under the existing state of the law, is sufficiently credible to found a duty to consult.

[196] Here, the Provincial Crown and the HFN are at Stage Four in treaty negotiations. Prior to the removal decision, the province consulted with the HFN regarding its actions within HFN claimed traditional territory as a whole. There is no evidence that the Provincial Crown made any distinction in this consultation process between the Crown land and the private land. When the Removed Lands were under TFL 44, the Crown had the power to restrict significantly the owner's use of those lands, and could refuse to permit the alienation of those lands. The TFL was registrable against title under the ***Land Title Act*** by way of notice. The decision to remove the land from the TFL was a decision with important ramifications for the future of that land.

[197] I do not accept the respondents' argument that this case is distinguishable from ***Haida Nation*** and ***Taku River***.

[198] First, I do not find it significant that the fee simple title is not attacked in this proceeding. Further, the petitioners are advancing a claim to aboriginal title in a separate proceeding.

[199] Second, I conclude that the principles articulated in ***Haida Nation*** and ***Taku River*** can apply outside the context of Crown land. The Crown's honour does not exist only when the Crown is a land-owner. The Crown's honour can be implicated in this kind of decision-making affecting private land. Here, the Crown's decision to permit removal of the lands from TFL 44 is one that could give rise to a duty to consult and accommodate. I refer back to the words of the Supreme Court in ***Haida Nation*** at para. 76: the province may have a duty to consult and perhaps accommodate on TFL decisions, which reflect the strategic planning for the utilization of the resource and which may potentially have serious impacts on aboriginal rights.

[200] I have concluded that the existence of a duty to consult, in these unique circumstances, is not precluded by the fact that these are private lands.

(b) Did the Crown contemplate conduct that might  
adversely affect HFN rights?

[201] The next step is to determine whether the Minister's decision to remove the land from TFL 44 in fact had the potential to affect adversely aboriginal rights or title asserted by the HFN.

[202] The petitioners argue that their ability to exercise their aboriginal rights with respect to the Removed Lands requires that they have access to and protection of the land's wildlife, fish and plant resources and the sacred sites integral to their way of life.

[203] The Removed Lands, when managed as part of TFL 44, were subject to the **Forest Act**, the **Forest Practices Code** and the **Forest and Range Practices Act**. They are no longer subject to that legislation. The petitioners urge that, as a result, the removal decision has significantly reduced the Crown's ability to control forestry activities on the removed lands; it terminates, for example, the landowner's obligations to submit a management plan, a timber supply analysis, and a 20-year plan and to be subject to an allowable annual cut.

[204] The HFN argues that the removal decision also purports to end the obligation of the Crown to consult with them regarding significant management decisions affecting the Removed Lands, pointing to past consultation and accommodation which led, for example, to protection of their sacred sites.

[205] The petitioners argue that the "management objectives" in the **Private Managed Forest Land Act**, S.B.C. 2003, c. 88, the legislation which now applies to the Removed Lands, are vague and non-specific, provide significantly reduced protection, and are easily avoided due to the regime's voluntary nature. The legislation permits landowners to withdraw their lands from the managed forest classification at will, subject only to the possible payment of an exit fee to the local taxing authority and the loss of a benefit in terms of property tax rates (ss. 17-19).

[206] They submit that the level of environmental protection on the Removed Lands has been reduced.

[207] They also point to the fact that the owner's powers over the Removed Lands have increased. For example, the owner can now subdivide and develop the lands for housing and sell the lands without the permission of the Minister.

[208] The petitioners concede that the HFN have always needed permission to go on the land since it became privately owned, but argue that previously there was a context in which permission was obtained, and a process under the terms of the TFL for managing the use of the land in consultation with them.

[209] The petitioners also argue that there is a potential adverse affect on their ability to exercise their aboriginal rights to resources on Crown land in TFL 44 because statutory and regulatory forest cover requirements for environmental purposes are often expressed as a proportion of the TFL's total area; thus, the reduction of the total area of TFL 44 reduces in absolute terms the minimum size of the areas which are protected.

[210] The Crown argues that even if a claim does exist, there is no possible adverse impact on, or infringement of, asserted aboriginal rights or title since the petitioners continue to have the same ability to access the lands for cultural and other purposes. It submits that the change in the regulatory regime has not resulted in lesser environmental protections and that the removed lands have never been available for land selection through treaty in any event.

[211] Further, the Crown points to the conditions regarding the Removed Lands imposed by the Minister and agreed to by Brascan, in support of the argument that if the Hupacasath have any claim, their interests were accounted for and protected by the Minister of Forests when the removal decision was implemented, well beyond what would actually have been required.

[212] The Crown's position is that it had an enforceable contract with Weyerhaeuser and that Brascan has subsequently indicated that it considers itself equally bound by the terms and conditions and will continue to manage the private lands in accordance with the provisions of the July 9 letter. It submits that Brascan has also agreed to be bound by the letter of agreement with the Ministry of Water, Land and Air Protection to protect ungulate winter ranges and other habitats and work to develop permanent protections for two years.

[213] The Crown argues that any failure by Brascan to continue to manage the lands under the **Private Managed Forest Land Act** would be a contractual breach and subject to remedy or penalty, and that federal legislation (the **Fisheries Act**, R.S.C. 1985, c. F-14, **Navigable Waters Protection Act**, R.S.C. 1985, c. N-22, **Species at Risk Act**, S.C. 2002, c. 29) and provincial legislation

(**Water Act**, R.S.B.C. 1996, C. 483, **Heritage Conversation Act**, R.S.B.C. 1996, c. 187, **Environmental Management Act**, S.B.C. 2003, c. 53) continues to apply. The Crown points to the conditions imposed by the Minister regarding water quality and fish habitat through management objectives under the **Private Managed Forest Land Act**.

[214] The Crown argues that it is significant that Weyerhaeuser and now Brascan have agreed to maintain International Standards Organization (ISO) and CSA certifications, which require engagement of aboriginal groups in forms of consultation. Brascan submits that these certifications carry a comprehensive set of standards, which are not easily met, and that certification is not lightly obtained. Brascan points to evidence showing that HFN representatives had in fact agreed that CSA certification was preferable to the TFL regime.

[215] The respondents both argue that the petitioners are not entitled to an unchanging regulatory regime. They submit that, while there may be fewer opportunities for judicial review applications because there will be fewer decisions made by government, in any event the entire forest industry is moving towards a “results based” rather than a codified and process-oriented management regime.

[216] As did the Crown, Brascan argues that there in fact will be no change in the ability of the petitioners to access the private lands. It says that sites and objects having historical or cultural value to an aboriginal people, including those located on private land, are protected under the **Heritage Conservation Act**.

[217] Brascan confirmed in argument that it will abide by the Minister’s conditions for the removal decision. In response to a question from the Court as to whether the agreement between the government and Weyerhaeuser is enforceable as between the government and Brascan, Mr. Clark for Brascan stated that there has to be good faith between government and industry. He said that government “calls the shots” and that Brascan will abide by the government’s conditions, because if it did not, it would find itself subject to regulation and law reform, and “back to where it started”.

[218] Brascan argues that it is maintaining many of Weyerhaeuser's policies and procedures with employees trained to be sensitive to aboriginal cultural issues, that it is in the business of timber harvesting for the long term and that the private lands in question are highly productive and can support in perpetuity large scale commercially viable harvesting on a sustainable basis.

[219] Brascan argues that there is no evidence of any concrete adverse effects from removal decision on the petitioners' asserted rights because both Weyerhaeuser and Brascan have complied fully with the Minister's conditions and the applicable legislation.

[220] In the alternative, Brascan argues that if the HFN did successfully establish aboriginal title in the removed lands, their only remedy could be against the Crown, and not against Brascan's title, because aboriginal title is an encumbrance on the Crown's underlying title and does not attach to fee simple title.

[221] I will now state my conclusions on the question whether the Crown contemplated conduct that might adversely affect Hupacasath aboriginal rights.

[222] The difference between the level of regulation of forestry activities on the land before removal from the TFL, under the **Forest Act** and the **Forest Practices Code**, and after removal under the **Private Managed Forest Land Act**, is significant enough, according to Brascan, that removal of the lands was a major factor in its decision to enter into the agreement to purchase Weyerhaeuser's coastal assets.

[223] The removal decision, by all accounts, results in a lower level of possible government intervention in the activities on the land than existed under the TFL regime. There is a reduced level of forestry management and a lesser degree of environmental over-sight. Access to the land by the Hupacasath becomes, in practical terms, less secure because of the withdrawal of the Crown from the picture. There will possibly be increased pressure on the resources on the Crown

land in the TFL as a result of the withdrawal of the Removed Lands. The lands may now be developed and re-sold.

[224] The conditions in the Minister's letter are not enforceable by the HFN, even if they are enforceable by the Minister.

[225] In agreeing to the removal of the lands, the Crown decided to relinquish control over the activities on the land, control that permitted a degree of protection of potential aboriginal rights over and above that which flows from the continued application of federal and provincial legislation.

[226] Further, it is undisputed that nothing formally prevents Brascan from ceasing its voluntary compliance with the **Private Managed Forest Land Act** regime at any time its operational requirements so dictate. The conditions in the Minister's letter to Weyerhaeuser, assuming that they are binding on Brascan, require maintenance of the current status of "managed forest" on the private property "[s]ubject to applicable law and Weyerhaeuser's operation, risk management and other needs." Similarly, the conditions state that "[v]ariable retention and stewardship zoning on old growth areas will be maintained indefinitely", which would seem to allow for a change at any time.

[227] Brascan's agreement to maintain current critical wildlife habitat areas for two years while a long-term plan is developed with the Ministry of Water, Land and Air Protection does not require that any ultimate agreement be reached.

[228] Although there is no evidence that the Hupacasath have experienced problems in exercising specific aboriginal rights on the land since the removal decision, the question is whether a greater potential now exists for such rights to be adversely affected than did before.

[229] The authorities reveal that the contemplated adverse effect need not be obvious. The test, as articulated by **Haida Nation**, and subsequently followed in a number of cases, focuses on conduct that has the potential to cause an adverse effect. In **Gitxsan First Nation #1**, Tysoe J. rejected the Crown's argument that

the transfer of a TFL and forest licences was a “neutral” decision that did not require any consultation (para. 82). He held that the potential for an adverse effect did result; the transfer changed the identity of the controlling mind of Skeena and the philosophy of the persons making the decisions associated with the licences and prevented the sale of the licences.

[230] The change from the regulatory regime before July 9, 2004, to the post-removal regime does have the potential to affect adversely aboriginal interests, despite the conditions imposed by the Minister, the continued application of federal and provincial legislation and the effect of the certification requirements. The Crown has relinquished its ability to protect undeclared aboriginal rights and to maintain the integrity of the treaty process.

[231] I find that the petitioners have established that the decision to remove the lands from management under the TFL regime has the potential to affect their ability to exercise aboriginal rights they may have on the Removed Lands (to fish, to hunt, to gather food, to harvest trees, to visit sacred places). I find that when the Minister decided to remove the lands from TFL 44, he contemplated conduct that had the potential to affect adversely the HFN's aboriginal rights.

[232] I find as well that the Minister's decision has the potential to affect the HFN's aboriginal rights with respect to Crown land within their asserted traditional territory. Increased logging on the Removed Lands could have an impact on adjacent Crown land. Although the regulatory regime is not changed within TFL 44, activities such as logging and protection of old growth areas in TFL 44 may be altered as a result of the removal decision. The change has the potential to affect adversely the aboriginal rights asserted by the HFN.

[233] Thus, I find that the Minister contemplated conduct which he knew or ought to have known had the potential to affect adversely Hupacasath aboriginal rights.

(5) *The Crown's duty*

(a) What was the nature and scope of the Crown's duty?

[234] The scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case and to the seriousness of the potentially adverse effects upon the right or title claimed.

[235] Where the claim to title is weak, the aboriginal right limited, or the potential for infringement minor, the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice. It is different when a strong *prima facie* case is established, the right and potential infringement is of high significance to the aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high: deep consultation, aimed at finding a satisfactory interim solution, may then be required: **Haida Nation**, paras. 43-44.

[236] While the petitioners' position is that they have shown a strong *prima facie* claim for aboriginal rights over all of their traditional territory, the Crown's position is that the claim is non-existent on the Removed Lands and weak, at best, on the Crown land.

[237] In assessing the strength of the HFN claim, I take into account both the evidence as to traditional use (by the HFN and others) and the fact that the Removed Lands are privately owned: thus, I consider in a preliminary way both the factual and legal strength of the claim.

[238] There was some dispute in argument about the extent to which the Deputy Chief Forester acknowledged the claims of the HFN in his rationale for the amendment to the allowable annual cut. I agree with the Crown that he did not acknowledge the validity of those claims, as opposed to the fact that they were being made.

[239] I also agree with the submission of the Crown that the fact that the petitioners were accepted into the B.C. Treaty Process does not in itself reveal

that they have a strong case since there was no evidence as to the criteria imposed for inclusion in the Treaty Process. However, the fact that negotiations are at Stage Four was a factor in my earlier conclusion that the Crown was or should have been aware of the nature and extent of the Hupacasath claim and the potential for adverse effect on aboriginal rights.

[240] The southern part of the asserted HFN traditional territory is subject to extensive overlapping claims by eight other First Nations, and the Crown specifically submitted that the strength of the HFN's claim was reduced in light of historical evidence that they were conquered by the Tseshaht. As stated above, I make no finding as to conquest. I also note that I have taken into account, in assessing the evidence on traditional use and occupation, the submissions of counsel regarding factors bearing on its weight.

[241] The respondents conceded that both the northern area of the traditional territory as a whole, and more specifically the northern area of the Removed Lands, are relatively free of overlap.

[242] In ***Gitxsan First Nation #1*** the Court noted, in responding to the Crown's argument that a *prima facie* case could not be made out because of overlapping claims, that:

... in the event that the overlapping claims result in a finding that aboriginal title to a disputed area has not been established, it is still possible for the Court to conclude that the competing groups have each established aboriginal rights in respect of the area. (para. 74)

[243] In its most recent pronouncement in ***Marshall***, the Supreme Court of Canada stated that aboriginal title requires the intention and capacity to retain exclusive control, that shared exclusivity could result in joint title and that aboriginal title is not negated by occasional acts of trespass or entry onto the land by consent (para. 57).

[244] Because of the private ownership of the land, and the position taken by the province in treaty negotiations, the prospect that the HFN will in the end obtain

exclusive possession of any of the Removed Lands or ownership of the resources on them seems remote.

[245] However, the Removed Lands are contiguous with Crown land, and the removal decision affects the Crown land claimed by the HFN as part of its traditional territory. The prospect exists that the HFN will obtain exclusive possession of some of that Crown land or its resources through treaty.

[246] Based on the evidence before me, including the uncontradicted evidence of the Hupacasath elders regarding traditional use of the territory they describe, for the purposes of this application my preliminary assessment of the strength of the case is as follows.

[247] I will first address the case regarding Crown land. I find that the HFN has shown a strong *prima facie* case for aboriginal rights including title with respect to the portion of their asserted traditional territory on the Crown land which is not subject to any overlapping claims. I reach no conclusions on the strength of the competing claims by other First Nations, but take those claims into account in concluding that the HFN *prima facie* case for aboriginal title to the portion of Crown land subject to overlap is weaker than for the other portion. Regarding the portion of their asserted traditional territory on Crown land subject to overlapping claims, the petitioners have shown a good *prima facie* case for aboriginal rights to hunt, fish, gather food, harvest trees and visit sacred sites. Since those rights do not require exclusivity, the existence of the overlapping claims does not in general weaken the petitioners' case.

[248] Second, with respect to the Removed Lands, I find that the petitioners have shown a *prima facie* case for aboriginal rights to hunt, fish, gather food, harvest trees and visit sacred sites on their asserted traditional territory, subject to the rights of the fee simple owner of that land to prohibit their access. Again, because the exercise of these aboriginal rights does not require exclusivity, I do not find that the existence of overlapping claims in general weakens the HFN case. I find that the petitioners have also shown a *prima facie* case for aboriginal title (if such

title has not been extinguished and continues to exist with respect to the Removed Lands), with respect to the portion of their traditional territory not subject to overlapping claims. As for the portion of the traditional territory on the Removed Lands subject to overlapping claims, given the requirement of exclusivity, I find they have shown a weak *prima facie* case.

[249] On the existing state of the law, the petitioners' aboriginal rights with respect to the Removed Lands are at best highly attenuated. Prior to the removal decision, the owners of the lands could have decided to exclude the Hupacasath from access to the lands at any time, subject to possible intervention by the Crown through its power to control activities on the land under the TFL. Their claimed aboriginal title, if it has not been extinguished, seems very unlikely to result in the Hupacasath obtaining exclusive possession of the Removed Lands in the future. The authorities indicate that the possible availability of the land to satisfy future land claims or treaty settlements is an important consideration in determining the extent of the Crown's duty.

[250] The extent of the Crown's duty is also proportionate to the seriousness of the potential adverse effect on the claimed aboriginal rights.

[251] I have described in the preceding part of these Reasons the potential adverse effects of the removal decision on HFN aboriginal rights.

[252] As a consequence of changes in activities on the Removed Lands, there might be some impact on fishing or hunting on the HFN claimed traditional territory outside the Removed Lands (and on Crown lands). I would say that the potential effect of the removal decision on the claimed aboriginal rights pertaining to the Crown land is modest.

[253] With respect to the Removed Lands themselves, the previous level of regulation of logging, wildlife protection and other activities on the land has been replaced by a different and much more forgiving regime. As well, the use of some of the lands could change altogether, for example through development for

housing. The potential effect of the removal decision on the claimed traditional territory in the Removed Lands is serious.

[254] Taking both the strength of the HFN claim and the seriousness of the potential adverse effects into account, I find that the duty to consult was at a moderate level with respect to the Crown lands, and at a lower level with respect to the Removed Lands.

(b) Did the Crown fulfill its duty to consult and accommodate?

[255] I turn to the question of whether the Crown's duty to consult was in fact fulfilled.

[256] Consultation requires good faith on both sides, which does not preclude hard bargaining. Aboriginal claimants must not frustrate the Crown's reasonable efforts, nor should they take unreasonable positions to thwart government in its consultation attempts: ***Haida Nation*** at para. 42. The standard is reasonableness, not perfection (para. 62). The right to be consulted is not a right to veto (para. 48). What is required is a process of balancing interests, of give and take (para. 48).

[257] The Crown argued that the strength of the *prima facie* case, if it exists, is so slight that at most the HFN was entitled to notice. Mr. Thompson submitted that the after-the-fact public notice released by the Crown on July 13, 2004 was sufficient notice and satisfies the test with respect to the honour of the Crown. He did not refer to any authority in support of his position that after-the-fact notice could suffice as consultation, and I am not persuaded by this submission, which seems inconsistent with the Supreme Court of Canada's pronouncements as to the meaning of consultation.

[258] The Crown conceded that there are remaining Crown lands which may be impacted, that consultation about these lands is ongoing and submitted that

because, in that context, the HFN will have a chance to be consulted about specific impacts flowing from the removal decision, nothing else is necessary.

[259] Both the Crown and Brascan argued that the WIWAG meetings and other interaction between the HFN and Weyerhaeuser fulfilled any consultation requirements on the Crown. The Crown pointed to the fact that the prevailing framework until November 2004 was the B.C. Court of Appeal decision in ***Haida Nation***, which required third party consultation.

[260] Brascan pointed to the statement by the Chief Justice in ***Haida Nation*** at para. 53 that “[t]he Crown may delegate procedural aspects of consultation to industry proponents seeking a particular development; this is not infrequently done in environmental assessments”, and argued that in effect Weyerhaeuser was carrying out the Crown’s obligations.

[261] However, there is no evidence that the Crown delegated the procedural (or any) aspects of consultation to Weyerhaeuser. The WIWAG process was not the Crown’s, whether directly or indirectly, and the WIWAG process did not involve consultation by the Crown about the pending removal decision.

[262] Most significantly, there is no evidence of any occasion when the Ministry either sought out or had the opportunity to hear the HFN’s views about the Weyerhaeuser proposal to remove the lands, or the HFN’s views about appropriate measures to accommodate aboriginal interests. Weyerhaeuser’s discussions with the petitioners were in a context of asymmetrical information. The HFN did not know that Weyerhaeuser had made formal application to remove the lands, what representations it had made, or what terms and conditions were under discussion. Nor could it be said that the HFN had an opportunity to express their interests and concerns to the Crown, or to ensure that their representations were seriously considered and, where possible, integrated into the proposed plan of action.

[263] The respondents both argued that the HFN's interests were in fact accommodated, beyond what would have been required, by the conditions imposed by the Minister. The Brascan submission put it this way:

The conditions to the Removal Letter are extensive, unusual and onerous. As will be discussed in more detail below, the conditions not only guarantee aboriginal access and notice, practices originally established on a voluntary basis by Weyerhaeuser, but they also protect aboriginal interests by imposing stringent environmental and forest practice requirements for the management of the lands. Environmental protection was further strengthened by Weyerhaeuser's concurrent agreement to protect ungulate winter ranges and a wildlife habitat area within the removed lands. The owners of privately owned timberlands are not normally required to adhere to such conditions or agreements.

[264] I do not find this to be an answer to the alleged breach of the duty to consult. While the Ministry and Weyerhaeuser may have turned their minds to what would protect aboriginal interests, the HFN have a position about what is necessary to do so and they should have been able to put their views and position forward to the Crown while the Crown was considering whether to accede to the request to remove the land.

[265] The Brascan submission emphasized that the courts do not insist on elaborate consultation or attempts at accommodation where it would be futile in light of inflexible or unreasonable positions taken by aboriginal claimants. Brascan argues that the petitioners have repeatedly asserted that their consent was required for the lands to be removed, and that they would refuse their support unless there was an acknowledgment of Hupacasath rights and title to Brascan's lands, control over resources on Brascan's lands, and agreements with respect to jobs and revenues for the HFN. Thus, Mr. Clark submitted, consultation and attempts at accommodation beyond what in fact took place would have been manifestly useless in the light of the petitioners' intransigence. He referred to ***Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia*** (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107 at paras. 71-86, 103-118, 2003 BCSC 1422; ***Halfway River First Nation v. British Columbia (Min. of Forests)*** (1999), 64 B.C.L.R. (3d) 206 at para. 161 per

Finch J.A, 1999 BCCA 470; and **Lax Kw'Alaams Indian Band v. British Columbia**, 2004 BCSC 420 at para. 62.

[266] In **Halfway River**, Finch J.A. stated at para. 160-61:

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... .

There is a reciprocal duty on aboriginal peoples to express their interests and concerns once they have had an opportunity to consider the information provided by the Crown, and to consult in good faith by whatever means are available to them. They cannot frustrate the consultation process by refusing to meet or participate, or by imposing unreasonable conditions... .

[267] There is no evidence that the HFN refused to meet or to participate. The evidence that the HFN took the position with Brascan that it needed HFN consent to “get the land out” because of their asserted aboriginal rights and title to the land, without more, does not persuade me that they did frustrate or would have frustrated a consultation process. There was no consultation process for them to frustrate.

[268] The Crown argued that there was a duty on the HFN to take steps to deal with the issue, after it received notice on February 12, 2004 at the WIWAG meeting of Weyerhaeuser’s application to remove the land, by approaching the Minister of Forests to discuss its concerns about the potential impact of removing the lands from the TFL. The Crown argued that consultation is a “two-way street” (referring to **Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Act, Project Assessment Director)**, (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 1 at para. 73 (S.C.) and to **Ryan v. British Columbia (Minister of Forests – District Manager)** (1994), 40 B.C.A.C. 91 (C.A.)).

[269] While there is no doubt the HFN knew that Weyerhaeuser was trying to persuade the Crown to remove the land, there is no evidence that HFN leaders knew that a formal application had been made, or that the Crown was considering it. I do not find that the failure of the HFN to make representations to the Crown in the February – July 2004 period disentitles them from now seeking review of the Crown's failure to meet its duty to consult and accommodate.

[270] I do not find that what transpired in this case is comparable to what occurred in ***Heiltsuk*** or in ***Lax Hw'Alaams*** or that the HFN failed to meet their reciprocal duty to express their interests and concerns.

[271] Here, despite the previous history of consultation with the HFN about the management of TFL 44, the Crown did not attempt consultation at all. The Crown did not meet what Finch J.A. described as its "positive obligation".

[272] I recognize that, as stated in ***Taku River*** at para. 40, the Crown does not have to develop a special or separate consultation process for aboriginal groups so long as the public consultation process takes aboriginal interests into account. However, the Crown did not conduct any public consultation process with respect to this decision and the participation of HFN representatives in WIWAG did not constitute consultation by the Crown.

[273] In summary, the Crown had a duty to consult with the HFN regarding the removal of the land from TFL 44, and regarding the consequences of the removal of that land on the remaining (Crown land) portion of TFL 44.

[274] The Crown's duty with respect to alleged aboriginal rights on the Removed Land is at a low level and does not require "deep consultation". It does require informed discussion between the Crown and the HFN in which the HFN have the opportunity to put forward their views and in which the Crown considers the HFN position in good faith and where possible integrates them into its plan of action. The Crown has not met that duty.

[275] The duty on the Crown with respect to the effect of the removal decision on aboriginal rights asserted on Crown land is higher, and requires something closer to “deep consultation”. On the evidence, the Crown did not meet that duty.

(6) *Amendment to the allowable annual cut*

[276] I must also consider whether the Crown met its duty to consult with respect to the decision of the Chief Forester to determine a new allowable annual cut for Crown lands remaining in TFL 44. Did the Crown contemplate that its amendment to the allowable annual cut had the potential to affect adversely HFN aboriginal rights in the Crown land that remained in the TFL area?

[277] The Crown was aware of the HFN claim to the Crown land under the TFL, and had consulted with the HFN in the past regarding decisions relating to the TFL, including the allowable annual cut. As set out above, my preliminary assessment is that the HFN *prima facie* claim to aboriginal rights on the Crown land is strong, particularly so with respect to land that is not subject to overlapping claims.

[278] The petitioners submit that the Chief Forester’s amendment decision has the direct (and the potentially adverse) effect of altering the rate at which timber harvesting will take place on lands over which they assert aboriginal rights. Further, they submit the adjustment has the indirect effect of altering the protective measures previously established in TFL 44. They argue the August 26, 2004, adjustment, which they say was made without reference to localized considerations, affects measures previously adopted to conserve wildlife and fish habitat, water quality, and biodiversity.

[279] The Crown submits that the adjustment in question does not have a potential adverse effect on the asserted aboriginal rights of the HFN, as it reduces the level of harvest on a wholly proportional basis. The Crown submits that the adjustment at worst leaves the Hupacasath in the same position they were in prior

to the removal decision, or in fact benefits them. The Crown submits that no duty to consult is triggered.

[280] The Crown also submits that the petitioners failed to respond on two occasions when the Crown contacted them to solicit approval of the original allowable annual cut determination for TFL 44 and that therefore the petitioners' claims of concern regarding the adjustment should be viewed with some scepticism.

[281] Given the Crown's knowledge of the HFN claim, the past history of consultation, and the potential for the allowable annual cut amendment to affect the claimed aboriginal rights, I find that the Crown had a duty to consult the HFN about that decision.

[282] As already described, the authorities show that the scope and content of the duty will be proportional to the strength of the claim and the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed.

[283] Here, the decision reduces the rate of timber harvesting on the Crown land, proportionate to the change in total area in the TFL resulting from the removal of the lands. The HFN position, as I understand it, is that the decision is problematic with respect to their asserted aboriginal rights because the rate was not reduced more.

[284] The Crown points out that the allowable annual cut determination is a lengthy and complex process, taking at least 20 months and occurring every five years. Mr. Thompson also submitted that the Crown had to reduce the rate of timber harvesting in the TFL once the Removed Lands were out; otherwise, there would have been an unsustainable rate of harvesting.

[285] In all of the circumstances, it is fair to characterize the potentially adverse effect, if any, as minor. Under ***Haida Nation***, where potential infringement is minor, the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice (para. 43).

[286] The HFN first received notice on July 13, 2004 that it was likely the Chief Forester would amend the allowable annual cut on, when a copy of the Minister of Forests' letter of July 9, 2004 was forwarded to them. That letter stated:

Allowable Annual Cut (AAC) Determination

Due to the significance of the private land deletion and its impact on the AAC determination for TFLs 39 and 44, I expect the chief forester will make a new AAC determination reflecting the reduction in size of the TFLs effective the date the private lands are removed

[287] More generally, the HFN were aware, or should have been aware, that the allowable annual cut would be changed if the "management assumptions" on which it was based changed. The original *Rationale for Allowable Annual Cut (AAC) Determination for Tree Farm Licence 44 effective August 1, 2003*, provided at p. 33:

...If additional significant new information is made available to me in respect of the management assumptions upon which I have predicated this decision, or First Nations' interests, then I am prepared to revisit this determination sooner than the five years required by legislation

[288] The HFN received notice of the allowable annual cut amendment from Weyerhaeuser, on September 14, 2004, and the *Amendment Rationale* from the Ministry of Forests on November 16, 2004.

[289] The HFN had notice that it was likely the allowable annual cut was going to be amended and knew, or should have known, that the Chief Forester had explicitly reserved the right to amend the allowable annual cut if the assumptions on which the original cut was based changed. There is no evidence that the HFN contacted the Chief Forester after the removal decision was made but before the allowable annual cut was adjusted to discuss how their aboriginal interests would be affected. At the same time, there is no indication that the Crown approached them or asked them for their views.

[290] I have concluded that in these circumstances, where the Crown gave notice and disclosed information regarding its decision, and where there is no evidence

that it failed to respond to concerns raised by the HFN, it fulfilled its duty to consult.

(7) *What remedy, if any, should be granted as a result of the breach of duty to consult and accommodate?*

[291] First, the petitioners sought declaratory relief.

[292] There will be a declaration that the Minister of Forests had, prior to the removal decision on July 9, 2004, and continues to have, a duty to consult with the Hupacasath in good faith and to endeavour to seek accommodation between their aboriginal rights and the objectives of the Crown to manage TFL 44 in accordance with the public interest, both aboriginal and non-aboriginal.

[293] There will be a declaration that making the removal decision on July 9, 2004 without consultation with the Hupacasath was inconsistent with the honour of the Crown in right of British Columbia in its dealings with the Hupacasath.

[294] There will be a declaration that the Chief Forester had, prior to the August 26, 2004 decision to amend the allowable annual cut for TFL 44, and continues to have a duty to meaningfully consult in good faith with the Hupacasath and to endeavour to seek accommodation between their aboriginal rights and the objectives of the Crown to manage TFL 44 in accordance with the public interest, both aboriginal and non-aboriginal.

[295] Second, the petitioners urge that unless this Court orders, in addition to declaratory relief, that the Minister's decision be quashed or suspended in its effect, any consultation would be a purely formal and empty exercise because the Minister has "stripped himself" of the ability to exercise statutory powers over the Removed Lands.

[296] The petitioners ask that I set aside or stay the effects of the removal decision, and refer the matter for reconsideration after further consultation with the petitioners and after the seeking of meaningful workable accommodation.

Mr. Grant for the petitioners referred to the Crown's conduct in this matter as "egregious" and described the possible impact on Hupacasath aboriginal rights of leaving the removal decision in place as very serious. In particular, he emphasized the right to fish and the right to carry on sacred practices on the land.

[297] The petitioners argue that Brascan was well aware of their position and of this petition when it completed the purchase of the Weyerhaeuser coastal assets and that it should not now be able to assert prejudice resulting from its reliance on the validity of the removal decision.

[298] The Crown argues that there is a duty on the HFN to take steps and advise the Crown of its concerns and that First Nations cannot frustrate the consultation process by refusing to meet or participate or by imposing unreasonable conditions, as set out in ***Halfway River*** at para. 161; thus, a remedy should be refused.

[299] As stated above, I do not find that construction of the facts to be accurate. It has not been established on the evidence that the HFN refused to meet, imposed unreasonable conditions or was intransigent.

[300] The Crown also argued that the petitioners did not commence this proceeding until over five months after the removal decision and that there has been a significant delay in filing materials, a factor for the exercise of discretion against granting relief.

[301] The petitioners notified the Minister of their position very shortly after they learned of the removal decision and have proceeded relatively expeditiously. I do not find that the remedy granted should be affected by alleged delay on their part.

[302] The Crown argued that remedies under judicial review are wholly discretionary and that the court may withhold a remedy for objective reasons, including a balancing of potential prejudices to parties who have relied on the Minister's consent in good faith. The Crown argued that private landowners have spent money and taken steps in reliance on the Minister's decision, a factor

weighing against setting it aside. It also urged that granting the relief sought by the petitioners would affect the public interest because it would “subvert public confidence in the finality of government decisions”.

[303] The Crown argues that setting aside the decision and restoring the Removed Lands to TFL 44 would serve no purpose since the petitioners are not challenging the fee simple title of Brascan and any aboriginal rights asserted are subject to the visible and incompatible use doctrine and can only be exercised at the sufferance of Brascan.

[304] The Crown argued that the impact on the public interest and third parties far outweighs the speculative prejudice alleged by the petitioners.

[305] Brascan joined in the Crown’s submission.

[306] In addition, Mr. Clark for Brascan argued that a key factor for Brascan in purchasing Weyerhaeuser’s property was the prospect of high quality, privately owned timberlands and that when Brascan learned that this petition had been filed on December 16, 2004, Brascan was already deeply committed and the essential terms of the proposed purchase were already in place. He argued that Brascan was justified in relying on the validity of the removal decision when it bought Weyerhaeuser’s assets, pointing to evidence of Brascan’s understanding about the background to the removal decision: namely, that similar previous removal decisions by the Minister had not been challenged and that Weyerhaeuser had had positive working relationships with First Nations and had informed HFN representatives of its quest to have the lands removed.

[307] Mr. Clark argued that the petitioners are really seeking the right to consent and approval, and that the Court should exercise its discretion against the remedies sought by the petitioners for three main reasons: (1) the immateriality of the alleged failure to consult and accommodate, especially in light of the practical futility of the remedies sought; (2) the serious and irremediable prejudice Brascan and many others would suffer if the remedies were granted; and (3) the public

interest in the validity and reliability of administrative decisions with respect to private land in British Columbia.

[308] In support of the assertion of prejudice, Mr. Clark tendered evidence in the form of an affidavit from Reid Carter, the Managing Partner of Brascan Timberlands Management LP.

[309] Mr. Carter deposed that Island Timberlands' operations are based in Nanaimo, employing about 285 people in operating the privately owned timberlands and the sale of logs, and holding agreements with independent logging contractors which employ about 450 – 500 people. He deposed that in forming Island Timberlands, Brascan represented to potential institutional partners the advantages of the privately owned timberlands. He swore that Brascan's estimate is that the profit margin on the sale of timber from the privately owned timberlands business is about \$25- \$30 per cubic metre higher than the margin attainable from the timber within TFL 44, and that Island Timberlands could face a loss of \$15-\$24 million annually if the Removed Lands are returned to TFL 44 because of this difference in margin. He stated that the value of the Brascan purchase from Weyerhaeuser would be seriously impacted by such an outcome.

[310] Mr. Carter stated opinions in his affidavit about the wide economic consequences of a reversal of the removal decision for Brascan, its shareholders, Island Timberlands, its investment partners and employees, and the surrounding communities. The petitioners objected to this opinion evidence, and I have disregarded it because Mr. Carter's qualifications to provide expert opinion evidence were not set out in the affidavit or otherwise provided to the Court

[311] I do take into account other aspects of Mr. Carter's evidence, including his statements that if the privately owned timberlands were returned to TFL 44 the forced co-mingling of two incompatible businesses would result and that Island Timberlands would need to reassess and reconfigure its business plans in a significant way possibly leading to reduced production and job losses.

[312] I also take into account the context in which Brascan made its decision to go forward with the purchase.

[313] On November 30, 2005, in conjunction with his submissions on the impact of the **Mikisew** case, counsel for Brascan also advanced arguments based on the increased prejudice to third parties that would flow from an order setting aside the removal decision, in the light of the recent sale of Cascadia to Western Forest Products Inc., and offered to provide affidavit evidence in support of those arguments. Counsel for the petitioners objected to this. I have not taken those recent submissions as to increased prejudice into account in reaching my conclusions.

[314] I am satisfied on the evidence before me that there would be significant prejudice to Island Timberlands and to Brascan if the Removal Decision were set aside or suspended in its effects.

[315] Finally, Mr. Clark argued that third parties are not responsible for the Crown's failure to consult or accommodate and indeed the honour of the Crown can weigh in favour of third parties, as stated by Madam Justice Southin in **Skeetchestn** at para. 5. He submitted that if there is to be any remedy, it should be to direct the Crown and the petitioners to engage in consultation and if necessary, arrive at appropriate accommodation measures that engage the resources of the Crown and not Brascan.

[316] Should the decision to permit the removal of lands from TFL 44 be quashed and set aside, or suspended in its effects?

[317] In the light of the substantial prejudice to third parties which could flow from quashing or suspending the removal decision, compared with the lesser prejudice which could befall the HFN if the removal decision is left in effect, I have concluded that the removal decision should not be quashed or set aside.

[318] However, I believe that a meaningful remedy can be granted pending the completion of consultation.

[319] Both of the respondents took the position that the conditions in the Minister's letter of July 9, 2004, amounted to more than reasonable accommodation of the HFN's interests. Counsel for the petitioners argued forcefully, however, that those conditions are not enforceable by the HFN and are imprecise in some respects.

[320] I have concluded that appropriate interim relief for the Crown's breach of its duty to consult and accommodate regarding the removal decision can be built upon the conditions in the Minister's letter.

[321] The following will be terms of this Court's order and will be in effect for two years from the date of entry of this order or until the province has completed consultations with the HFN, whichever is sooner:

1. Brascan will maintain the current status of "managed forest" on the Removed Lands and will keep the land under the ***Private Managed Forest Land Act***, subject to all of its provisions and regulations governing planning, soil conservation, harvesting rate and reforestation;
2. Brascan will maintain variable retention and stewardship zoning on old growth areas in the Removed Lands;
3. Brascan will fulfill its commitments in the Minister's letter regarding maintenance of water quality on the Removed Lands;
4. Brascan will maintain all current wildlife habitat areas on the Removed Lands;
5. Brascan will maintain ISO or CSA certifications and will continue to subject the Removed Lands to the public advisory process as per CSA standards;
6. Brascan will maintain current access for aboriginal groups to the Removed Lands;

7. Brascan will provide to the HFN seven days notice of any intention to conduct activities on the land which may interfere with the exercise of aboriginal rights asserted by the HFN.

[322] This order will apply to Brascan, Island Timberlands, and their successors in interest.

[323] The parties will exchange positions as to what kinds of activities might interfere with the exercise of aboriginal rights and if there is a failure to agree on a framework, the matter will go to mediation. The Crown will facilitate the operation of this term of the order, including, if requested by the petitioners and Brascan, providing the services of independent mediators at Crown expense.

[324] The petitioners also seek orders for disclosure of information relevant to the consultation.

[325] I will order that the Crown and the petitioners provide to each other such information as is reasonably necessary for the consultation to be completed. Counsel for the Crown suggested that there should be discussion between the parties as to the exact type and extent of the information to be provided, as in ***Homalco*** (at para. 124) and ***Gitxsan First Nation #1*** (at para. 113). I agree. I direct that the Crown and the petitioners attempt to agree on the information exchange. If they are unable to agree, the matter will go to mediation.

[326] As well, the Crown and the petitioners will attempt to agree on a consultation process and if they are unable to agree on a process, they will go to mediation. If mediation fails, they may seek further directions from the Court.

#### ***B. Compliance with Provincial Statutory Requirements***

[327] In addition to the claims based on the Crown's duty to consult and accommodate, the HFN also claims that the decisions of both the Minister of Forests to remove the lands from TFL 44 and the Deputy Chief Forester to amend

the allowable annual cut did not comply with applicable statutes, and that therefore, this Court should quash or suspend those decisions.

[328] First, the petitioners argue that the Minister of Forests' decision to remove the private lands from TFL 44 did not comply with the requirements of the **Forest Practices Code**, and its successor the **Forest and Range Practices Act**, S.B.C. 2002 c. 69 [**FRPC**]. The HFN claims that the removal decision changes Resource Management Zones, thus invoking the comment and review requirements of s. 3(3) of the **Forest Practices Code**.

[329] They also claim that the removal decision is invalid because it purports to cancel a wildlife habitat area (specifically, WHA #1-002) that only the Minister of Water, Land and Air Protection (WLAP) has the authority to repeal.

[330] Second, the petitioners submit that the adjustment to the annual allowable cut is invalid because the Deputy Chief Forester did not turn his mind to all the factors that must be considered to properly fulfill that officer's statutory decision-making function. They submit that under s. 8(8) of the **Forest Act**, the Chief Forester is required to consider, among other things, what rate of timber production can be sustained in the area. They claim that the former deputy's proportional adjustment was purely mathematical and ignored the localized considerations that would need to be considered to meet the guiding objectives.

[331] I have considered the evidence, the authorities and the submissions of counsel and have concluded that the alleged statutory breaches in this case would not, even if they were established, warrant the exercise of my discretion to grant an order to quash or suspend the removal decision or the allowable annual cut amendment, given the balance of convenience and prejudice.

[332] Since I have granted relief to the petitioners on the basis of the breach of the Crown's duty to consult, it is unnecessary for me to decide the issues raised regarding breach of statutory duties.

***C. Summary of Conclusions***

[333] The Minister of Forests' decision to remove lands from TFL 44 gave rise to a duty on the Provincial Crown to consult the Hupacasath. The Crown failed to meet that duty.

[334] The Chief Forester's decision to amend the allowable annual cut for TFL 44 gave rise to a duty on the Provincial Crown to consult the Hupacasath. The Crown met that duty.

[335] The petitioners will have declaratory relief. I decline to order that the removal decision be quashed or suspended. Certain conditions regarding the use of the Removed Lands for up to two years, pending the completion of consultation and accommodation, are imposed as terms of this order. Where the parties fail to agree on matters regarding the consultation they will go to mediation.

[336] I find it unnecessary to decide the issues raised regarding the alleged breach of statutory duties.

[337] The petitioners have largely been successful, and will have their costs of these proceedings.

[338] I am not seized of this matter.

"Lynn Smith, J."  
The Honourable Madam Justice Lynn Smith

TAB 11

# Hydro One Networks Inc. (Re), 2010 LNONOEB 365

Ontario Energy Board Decisions

Ontario Energy Board

Panel: Ken Quesnelle, Presiding Member

Decision: August 6, 2010.

No. EB-2010-0023

## 2010 LNONOEB 365

IN THE MATTER OF the Ontario Energy Board Act 1998, S.O. 1998, c. 15, (Schedule B); AND IN THE MATTER OF section 99 of the Act; AND IN THE MATTER OF an application by Hydro One Networks Inc. for authority to expropriate interest in certain lands for the purpose of constructing and operating a new 500 kilovolt double circuit transmission line known as the Bruce to Milton Transmission Reinforcement Project; AND IN THE MATTER OF Notices of Motion brought by the Fallis Group of Intervenors and Eric K. Gillespie Professional Corp. representing Intervenor Mr. Robert Watson.

(69 paras.)

---

## DECISION ON MOTIONS

### INTRODUCTION

1 Hydro One Networks Inc. ("Hydro One") has filed an application (the "Application"), dated February 26, 2010, with the Ontario Energy Board (the "Board") under Section 99 of the *Ontario Energy Board Act 1998*, S.O. 1998, c. 15 (Schedule B) (the "OEB Act") for authority to expropriate interests in certain lands for the purpose of constructing and operating a new 500 kilovolt double circuit transmission line known as the Bruce to Milton Transmission Reinforcement Project (the "Project") located between the Bruce Power Complex in Kincardine, Ontario and Hydro One's switching station in Milton, Ontario. The Board has assigned File No. EB-2010-0023 to this application.

2 Hydro One was granted leave of the Board to construct the Project on September 15, 2008 pursuant to Board Decision EB-2007- 0050. The Project will be constructed adjacent to the existing transmission corridor extending from the Bruce Power Complex on the Lake Huron shore in the Municipality of Kincardine and will proceed in a south by south-east direction to Hydro One's Milton Switching Station located south-east of the interchange of James Snow Parkway and Highway 401 in the Town of Milton

3 On March 16, 2010, the Board issued a Notice of Application (the "Notice") for this proceeding. Hydro One served the Notice, the Application, and relevant pre-filed evidence on all affected landowners and other interested parties.

4 Through its Procedural Order No. 1, the Board invited submissions from the Applicant, intervenors and Board staff regarding the issues that should be considered in this proceeding and made provisions for an Issues Day hearing to hear submissions from parties regarding the issues to be considered in this case. Accordingly, the following parties filed submissions:

- Mr. Gordon M. Nettleton, Osler, Hoskin & Harcourt LLP, representing Hydro One;
- Mr. Peter T. Fallis, Fallis, Fallis & McMillan, representing client intervenors (the "Fallis Group");
- Mr. Eric K. Gillespie, Eric K. Gillespie Prof Corp, representing Mr. Robert Watson;

Chris Evans

## Hydro One Networks Inc. (Re), 2010 LNONOEB 365

- Mr. John D. Goudy, Cohen Highley LLP, representing Ms. Catherine Gale Walford;
- Mr. Ian Mathany, Borden Ladner Gervais LLP, representing client intervenors;
- Mr. Quinn M. Ross, The Ross Firm, representing client intervenors; and
- Board Staff

**5** A number of the issues proposed by the Fallis Group in its May 13, 2010 submission related to "prematurity of the application" and "referral of issues to the court". In order to allow the Issues Day proceeding to remain focused on the identification of issues to be considered during any evidentiary and argument hearing process held for the Application, the Board decided that the "prematurity of the application" and "referral of issues to the court" issues would be handled by way of a formal motion that would be filed after Issues Day. Accordingly, an Issues Day hearing was held on June 8, 2010, followed by Notices of Motion filed by the Fallis Group and Mr. Robert Watson and a Motions Day hearing was held on July 14, 2010.

**6** A Decision regarding the issues to be considered in this case (EB-2009-0023) was issued on August 6, 2010.

**7** This Decision addresses the Notices of Motion filed by the Fallis Group and by Mr. Robert Watson.

## DESCRIPTION OF THE MOTIONS AND BOARD FINDINGS

### (A) The Motion on Robert Watson ("Watson Motion")

**8** The Watson Motion seeks an order of the Board: (1) staying the proceeding until the completion of all proceedings pursuant to the *Consolidated Hearings Act*, ("CHA") or, in the alternative, (2) an order permitting Mr. Watson (or any other intervenor) to adduce evidence and make submissions regarding the alterations to the preferred route of the Project based on the impacts to their lands and interests that have not previously been assessed.

#### (i) Prematurity of the Section 99 Application

**9** The Watson Motion stated that Hydro One's Application under Section 99 of the OEB Act is premature because:

- Hydro One has not obtained all necessary approvals, permits, licenses, certificates and easement rights as per Condition 1(4) in the Boards Decision and Order (EB-2007-0050) which granted Hydro One leave to construct the Project.
- Hydro One has not given any written notice of the Undertaking to the Hearings Registrar of the Environmental Hearing Board under s. 3(1) of the CHA.

**10** The Watson Motion contends that the Project may require as many as five hearings and approvals that are covered by the CHA: a hearing before the Environmental Review Tribunal with respect to the Environmental Assessment, a hearing of inquiry pursuant to sections 6 and 7 of the *Expropriations Act*, a hearing for a development approval before the Niagara Escarpment Commission, a hearing before the Ontario Municipal Board for an approval under the *Ontario Planning and Development Act* with respect to one of the alternate proposed transmission corridor routes, and another hearing before the Environmental Review Tribunal for dewatering permits pursuant to the *Ontario Water Resources Act*.

**11** Hydro One submitted that applications made pursuant to section 99 are not premature simply because the prerequisite section 92 approval is subject to outstanding conditions. Hydro One further submitted that "Condition 1(4) expressly obligates Hydro One to obtain all necessary approvals and easement rights required to construct and operate and maintain the project and to provide copies of same to the Board upon request. The Condition does not

state that all such specific approvals must be obtained before applications are brought by Hydro One pursuant to section 99 of the Act."

**12** Hydro One also submitted that it has not taken steps to proceed under the CHA because it is not required to do so since the OEB Act is not included in the CHA's Schedule, and thus the CHA cannot be said to be applicable or relevant to applications made to this Board under the Act. In the alternative, Hydro One argues that even if the CHA were relevant to the current proceeding, Hydro One has complied with all of the provisions of that Act. Specifically, Hydro One argues that it is not required to notify the hearings registrar because the criteria in section 2 of the CHA have not been triggered.

**13** Section 2 requires that the CHA hearing requirements apply where: "more than one hearing is required or may be required or held by more than one tribunal under one or more of the Acts set out in the Schedule or prescribed by the regulations." Hydro One submits that it does not require approvals by more than one of the tribunals listed in the Schedule to the CHA. The Environmental Assessment for the Project was not referred by the Minister of the Environment to the Environmental Review Tribunal. Hydro One did require an approval under the Niagara Escarpment Planning and Development Act, but that approval has been obtained (although it is under appeal). Hydro One further maintains that it does not require any approvals under the *Ontario Planning and Development Act*, nor does it intend to seek any approvals pursuant to the *Ontario Water Resources Act*. In addition, Hydro One does not require any approvals pursuant to sections 6, 7 or 8 of the *Expropriations Act*, as Hydro One is seeking approval instead through section 99 of the OEB Act.

**14** The Board accepts Hydro One's submission that Condition 1(4) in the Board's Decision and Order (EB-2007-0050) does not require Hydro to obtain all the approvals pursuant to Condition 1(4) before filing an application with the Board under section 99 of the Act.

**15** The Board will also not stay this proceeding on account of any breaches relating to the CHA. The Board is not mentioned in the CHA, and has no role to play regarding any enforcement of its provisions. The Board does not intend to involve itself in the administration of an act that does not relate to the Board.

**16** It is also not clear to the Board that there has been any breach of the CHA. Although there may be some possibility Hydro One will be required to obtain additional approvals, this does not appear to be either imminent or likely. The Board understands that the CHA applies where more than one hearing is required or "may be required", however it does not accept that this should lead to significant delays where the necessity to hold a particular hearing is speculative and not imminent. There must be some reasonable basis on which to believe a requirement for a hearing to which the CHA applies is a realistic possibility. The Board is not convinced that this is the case here.

**17** The Board therefore rejects the Watson Motion for an order from the Board staying the proceeding until the completion of all proceedings pursuant to the CHA.

## **(ii) Consideration of Routing Alternatives**

**18** The Watson Motion stated that Hydro One and the Board did not allow landowners the opportunity to present evidence regarding routing alternatives for the Project in the section 92 proceeding (EB-2007-0050). The Motion further stated that "only certainly generic and therefore limited aspects of routing have been dealt with and the Board specifically declined to deal with the specific and individual routing issues the Intervenor still seek to raise".

**19** In its pre-filed materials, Hydro One submitted that "the Board's section 92 proceeding and the EA process both took into consideration Project alternatives, including different routes or route modifications. The fact is that the Act now expressly mandates the specific factors and criteria that are considered in the context of whether leave to construct a Project should be granted". Board staff pointed out in its submission that the Board also addressed the issue of route alternatives in its Issues Day Decision and Order dated September 26, 2007 for the section 92

proceeding. At page 5 of that decision, the Board held:

The Board finds that it can and should address route alternatives that have a material impact on price, reliability and quality of electricity service, and we note [the intervenor group] Powerline Connections' intention to file evidence in this respect. That assessment should be included in the comparison of all reasonably alternatives. The Board notes that these alternatives may be alternatives in routing within the applied for corridor or alternatives outside the applied for corridor.

**20** Mr. Goudy, representing Ms. Catherine Gale Walford, supported the Watson Motion with respect to consideration of routing alternatives in this Section 99 application. Mr. Goudy further emphasized the position that neither the Environmental Assessment process nor the Board's Section 92 proceeding examined the routing at a very site-specific level based on very site-specific considerations. In Mr. Goudy's view, that is left to the Board's Section 99 proceeding. Specifically, Mr. Goudy submitted that this proceeding should allow the consideration of routing alternatives that involve properties adjacent to the lands that have been targeted for expropriation.

**21** The Board does not agree with the position as expressed by the Watson Motion (and the Fallis Group Motion) that the Board refused to entertain evidence on routing in the leave to construct proceeding. The Board was clear that the route of the Project would be an issue in that proceeding, and indeed heard evidence and submissions on that topic.

**22** The Board also accepts, however, that the leave to construct proceeding did not examine the potential impacts of the Project on a site specific, property by property basis. The Board agrees that this is to some extent the purpose of the current proceeding.

**23** During the oral hearing of the motions, it appeared that the land owner groups accepted, however, that the general routing for the project had already been determined. Their focus with regard to routing was on site specific routing issues.

**24** Mr. Gillespie argued that the Board should permit questions and evidence on site specific routing issues. He submitted that parties should be permitted to ask questions relating to possible routing alternatives not only within the corridor Hydro One identified in the leave to construct process, but also on neighbouring lands. In Mr. Gillespie's view, this would not amount to a reconsideration of the general routing of the project.

**25** Mr. Goudy argued that parties should be permitted to ask questions about routing alternatives outside of the lands that have been targeted by Hydro One for expropriation. He does not propose to examine routing alternatives outside of the general route that was approved through the leave to construct proceeding and the Environmental Assessment.

**26** Hydro One agreed that parties should be permitted to ask questions regarding the design and location of the transmission facilities that Hydro One proposes to build on their properties, provided that scope of the questions is restricted to the approved route. Hydro One has two concerns, however, regarding any questions or submissions relating to routing alternatives that fall outside of the approved route. First, any **variations** to the route approved in this proceeding would not match the approval in the **leave to construct** proceeding. In such a situation, Hydro One would arguably not have leave to construct approval to build the transmission line over the route as approved in the current proceeding. Second, Hydro One emphasized that it had already filed its request for specific expropriations rights, and that it did not intend to file any additional evidence on routing issues because it had no desire to see the route changed. To the extent that route refinements are proposed by any land owner, they would be required to provide evidence in support of that refinement. Hydro One did accept that in some cases it might provide additional information on proposed route refinements through the interrogatory process, depending on the question and the final issues list.

**27** The Board has no intention of revisiting the issues that were decided in the leave to construct proceeding. The

general route for the Project was an issue in that proceeding, and the general route will not be considered again in this proceeding.

28 However, with regard to potential route refinements, the Board will allow questions and submissions on route refinements within the corridor, and to a very limited extent on areas immediately adjacent to the corridor. To be clear, the Board does not accept that it would be appropriate to move the route outside of the corridor. It is not the Board's intent to allow parties to seek information on routing refinements that include areas immediately adjacent to the corridor on the simple grounds that they are impacted by the existing plan. Hydro One will only be expected to answer questions intended to ascertain the reasonableness of any potential avoidance of demonstrable and substantial impacts that can not otherwise be accommodated within the corridor. The Board recognises that there would be notice issues if new properties potentially become impacted. At this stage, however, the Board is prepared to allow parties to ask questions and make submissions on these matters. The Board re-iterates, however, that it does not intend to stray from the decision in the leave to construct proceeding, nor to make a decision that would be inconsistent with the Environmental Assessment approval. The Board will not amend the approved Issues List; any questions relating to routing will fall within Issue 1.

### **(B) The Fallis Group Motion**

29 The Fallis Group Motion asks the Board to make twenty four separate orders. Many of these proposed orders are related, and the Board agrees with Board staff's submissions that these requested orders can be generally organized into five categories:

#### **Notice Issues (requested orders 1-3)**

30 The Fallis Group Motion states that Cedar Crest Trout Farm (the "Company") has an interest as a tenant and holder of a constructive trust in one of the properties that Hydro One Networks Inc. ("Hydro One") seeks to expropriate, and that it did not receive direct notice of the application for authorization to expropriate (the "Application"). Proposed order #3 asks that the Board declare that it is without legislative competence to grant the Application with respect to this property as a proper notice was not served. The Fallis Group Motion also states that the Company was never provided notice for the original section 92 leave to construct application (EB-2007-0050).

31 Both Hydro One and Board staff opposed the granting of the requested relief. They noted that the Company had been an intervenor since May 20, and that it had been actively represented by Mr. Fallis at every stage of the proceeding. It was also pointed out that the principals of the Company are in fact also the landowners, who did receive direct notice of the application. Mr. Fallis did not identify any prejudice to his client resulting from the alleged lack of notice.

32 With regard to the assertions in the Fallis Group Motion that the Company did not receive notice of the original section 92 leave to construct application, Board staff submitted that Notice for the Leave to Construct application was in fact widely published in 6 local newspapers during the period January 9-15, 2008.

33 The Board finds that there is no issue relating to notice vis a vis the Company. The Company received at minimum constructive notice, and has not been prejudiced in any way. The Board will not make any of the notice related orders requested in the Fallis Group Motion.

34 The Board accepts Board staff's submissions with respect to the Notice Issues and rejects the request for orders 1-3 of the Fallis Group Motion.

35 The Board does recognize, however, that it is possible that there are parties that could be impacted by the decision that have not received notice. Tenants without a registered interest in the land, for example, would not have received direct notice of the application. Although it is the Board's expectation that the registered owners would notify all tenants, it is not a certainty that they have done so. In order to ensure that notice is complete, the

Board will require Hydro One to publish a supplemental notice through the next Procedural Order. To the extent any new parties respond to this notice, the Board will make provision for them to make submissions on any preceding procedural steps, such as the issues list.

### **Injurious Affection Issues (requested orders 4-6 and 10)**

**36** The Fallis Group Motion seeks an order from the Board declaring that the Board has no jurisdiction to authorize Hydro One to cause injurious affection.

**37** Hydro One submitted that injurious affection is term that concerns claims for a type of damage resulting from a taking. As a result, this is a compensation issue, and is not a matter within the Board's jurisdiction to address. Hydro One argues that compensation issues are decided through the provisions of the Expropriations Act, and the Board therefore does not need to make any declarations or orders relating to injurious affection.

**38** Board staff submitted that injurious affection is in effect a heading of damages, and not a subject of explicit approval itself. Injurious affection is essentially a by-product of some expropriations. Although an expropriation itself may be authorized by an approving authority (such as the Board), injurious affection is a compensation issue and should be dealt with in that context. As discussed below, the Board itself has no authority over compensation issues.

*Distinction between "expropriating authority" and "statutory authority" (Decision with respect to questions presented in Procedural Order No. 3)*

**39** In the context of discussions around the injurious affection issues, the Board indicated that it would seek further written submissions from parties relating to certain definitions in the *Expropriations Act*. In Procedural Order No. 3, the Board identified three questions it wished to have addressed, and gave parties until July 30 to make written submissions on these questions. The Board received submissions from Mr. Goudy, Mr. Nettleton, Mr. Fallis, and Mr. Ross. Mr. Gillespie indicated that he supported the submissions of Mr. Fallis and Mr. Ross.

**40** After reviewing each party's respective submissions, the Board agrees with and adopts the position taken by Mr. Goudy in response to the questions presented in Procedural Order No. 3. The Board also accepts the position taken by Hydro One, to the extent that Hydro One's submissions support the position taken by Mr. Goudy.

**41** Therefore, the Board takes the position that the distinction between the terms "statutory authority" and "expropriating authority" in the *Expropriations Act* has no significance in the context of this proceeding and is not an issue that the Board needs to address in its final decision in this case. Under the *Expropriations Act*, the term "statutory authority" is expansive and encompasses the term "expropriating authority."<sup>1</sup> Every "expropriating authority" is also a "statutory authority" for the purposes of certain provisions of the *Expropriations Act*.<sup>2</sup> If the Board does authorize the proposed expropriations under the OEB Act, Hydro One will become an "expropriating authority" and will therefore be a "statutory authority" under the *Expropriations Act*.

**42** Mr. Ross submitted issues regarding the Board's mandate to test an application under section 99 of the OEB Act in order to determine if the expropriation is in the public interest. These submissions do not address the questions asked by the Board in Procedural Order No. 3 and therefore the Board will not discuss them further.

**43** Mr. Ross also submitted that a "Statutory Authority" has the power to cause injurious affection whereas an "Expropriating Authority" does not and that neither term encompasses the other, that if authorized to expropriate land, Hydro One would be an Expropriating Authority able to expropriate land but not cause injurious affection in the process, and that the distinction between an "expropriating authority" and a "statutory authority" is an issue that the Board must address in its final decision in order to reach a juristically sound result.

**44** The Board does not accept the position taken by Mr. Ross. As discussed at para. 3 of this decision, every expropriating authority is also a statutory authority for the purposes of certain provisions of the *Expropriations Act*,

including those relating to cost awards. This idea has been confirmed by the Ontario Court of Appeals.<sup>3</sup> Therefore if authorized to expropriate land under the OEB Act, Hydro One would be an "expropriating authority" and also a "statutory authority," giving Hydro One the ability to both expropriate land and cause injurious affection as defined by the *Expropriations Act*.

**45** Mr. Fallis put forward many lengthy submissions in response to Procedural Order No. 3, a number of which did not address any of the questions asked by the Board.

**46** Response submissions 3-6 address the business composition of Hydro One Inc., and suggest that the beneficial equity in the company is owned solely by the Government of Ontario.

**47** Response submissions 7-9 address the authority of the Minister of Government Services to request a taking and an expropriation of land on behalf of the Minister of Energy and Infrastructure.

**48** Response submissions 10-11 address the process that the Minister of Government Services must follow when applying to the Board for an Order for leave to construct on behalf of the Minister of Energy and Infrastructure, which does not require the Minister of Government Services to apply for the authority to expropriate lands, subject only to the *Expropriations Act*.

**49** Response submissions 12-17 argue that every expropriation of land by the Government and government agencies of Ontario, if carried out under the authority of the Minister of Government Services, shall be subject to the *Expropriations Act*.

**50** Response submissions 21-23 submit that sections 98, 102 and 103(1), (2) of the OEB Act have nothing to do with the expropriation of land.

**51** None of these submissions relate in any way to the questions posed by the Board in Procedural Order No. 3, and the Board will not address them further.

**52** Other submissions made by Mr. Fallis, though they relate to the questions asked by the Board, largely mirror his written submissions put forward in his original motion. Mr. Fallis' response submissions 1 -2, 28-32, and 42-44 question the Board's legislative authority to approve an application to expropriate certain lands under section 99 of the OEB Act. These submissions are the same as the issues addressed in requested orders 11-22 of the original Fallis Group Motion. Response submissions 25 -26 relate to compensation for injurious affection, and response submissions 36-38, and 48 relate to the authority of the Board to grant Hydro One the authority to cause injurious affection, issues that were addressed in the Fallis Group Motion requested orders 4-6 and 10.

**53** Mr. Fallis' response submissions 45-46 state that if the Board empowers Hydro One with the right to expropriate land, it will neither be an "expropriating authority" nor a "statutory authority." The Board rejects this submission for the reasons stated above.

**54** The Board has determined that it will not make any of the requested orders relating to injurious affection. The Board's powers with regard to expropriations are set out in the OEB Act. Injurious affection is a category of damages; it is not expressly "authorized" by the Board, but is instead a result of certain expropriations. Any claims relating to injurious affection are compensation issues and are properly dealt with through the framework of the *Expropriations Act*.

#### **The Meaning of the Word "authorizing" in s. 99(5) of the Act (requested orders 11-22);**

**55** Section 99(5) of the Act states: "If after the hearing the Board is of the opinion that the expropriation of the land is in the public interest, it may make an order authorizing the applicant to expropriate the land."

**56** The Fallis Group Motion seeks clarity from the Board regarding the effect or meaning of any order granting

authority to expropriate under s. 99(5) of the OEB Act. The Fallis Group Motion's central contention in this regard appears to be that a Board order authorizing expropriation under s. 99(5) is in effect a condition precedent to a subsequent application to expropriate through the provisions of the *Expropriations Act*. The Motion seeks an order confirming that an "authorization" of the Board does not amount to an approval to expropriate, and that Hydro One would still have to apply under the *Expropriations Act* for an actual approval to expropriate.

**57** Hydro One submits that the analysis in the Fallis Group Motion is incorrect, and that section 99 of the OEB Act provides the Board with the express power to grant orders authorizing an applicant to expropriate land. Hydro One argues that section 4(2) of the *Expropriations Act* expressly precludes applications under section 99 of the OEB Act for being subject to the inquiry and application processes under sections 6, 7 and 8 of the *Expropriations Act*. In other words, an approval under section 99 of the OEB Act authorizes the applicant to actually expropriate the lands, and is not a condition precedent to a subsequent application under the *Expropriations Act*.

**58** Board staff's arguments on this point were similar to those of Hydro One. Board staff submitted that the Fallis Group's interpretation of the OEB Act and the *Expropriations Act* is not correct, and that any authorization granted under s. 99(5) of the OEB Act is in fact an approval to expropriate. Where authority is granted under s. 99(5) of the OEB Act, an applicant need not seek separate approval through ss. 6-8 of the *Expropriations Act*.

**59** The Board accepts the interpretation of the Acts as presented by Hydro One and Board staff. Section 4(2) of the *Expropriations Act* clearly exempts parties that have an approval under section 99 of the OEB Act from following the process established in sections 6-8 of the *Expropriations Act*. The Board will not make any of the orders requested in the Fallis Group Motion relating to the interpretation of the word "authorizing" in section 99 of the OEB Act.

#### **Issues Regarding the Consolidated Hearings Act (requested orders 23-24)**

**60** The Fallis Group Motion and the Watson Motion make similar arguments and request similar relief with respect to issues concerning the Consolidated Hearings Act.

**61** The Board's decision with respect to CHA hearings is detailed above.

**62** The Board therefore rejects the request for orders 23-24 of the Fallis Group Motion.

#### **Other Issues (requested orders 7, 9, and 22)**

**63** The Fallis Group Motion requests several additional orders that do not fit neatly into the categories listed above. Requested order 7 of the Fallis Group Motion asks the Board to declare that Hydro One has no authority to expropriate lands for its works absent a grant of authority by the Board under s. 99. The very purpose of this Hydro One application to the Board is to receive an order from the Board authorizing it to expropriate land. There is no suggestion from any party that Hydro One has an independent right to expropriate land absent such an authorization from the Board. Therefore, there is no need to make an order confirming this, and the Board will not do so.

**64** Requested order 9 seeks a declaration from the Board that any damages arising from the proposed expropriations will be determined by the Ontario Municipal Board unless otherwise agreed to by the parties. The Board has been very clear that it has no authority to set compensation and that compensation is determined (if necessary) through the provisions of the *Expropriations Act* or by the Ontario Municipal Board. Hydro One has stated on several occasions that it agrees that the Board has no authority to set compensation amounts. In fact, the Board is not aware of any party suggesting that the Board has responsibility for setting compensation. The Board finds, therefore, that there is no need to make a declaration confirming this point.

**65** Requested order 22 seeks a declaration from the Board that it has not established guidelines or forms for use in s. 99 applications. As submitted by Board staff, the Board notes that its powers with respect to expropriations are set out in the OEB Act, and the Act does not require the Board to establish guidelines or prepare forms. To the

extent any guidelines or forms were established, they would be subordinate to the provisions of the OEB Act in any event. There is no need for an order stating that no guidelines or forms have been established.

**66** Requested order 22 further asks the Board to refer all 20 of the previous requested orders (there is no requested order number 9) to the Superior Court of Justice to gain "clarity of understanding of the limitation of powers as conferred upon the Board on a Sec. 99 Application."

**67** The Board will not refer any of the orders requested in the Fallis Group Motion to the courts. Section 32 of the OEB Act does allow the Board to state cases to the Divisional Court. However, there is no reason to do so in this case. The Board has considered numerous expropriation cases before without recourse to a stated case. Pursuant to section 19 of the OEB Act, the Board has full authority to hear and determine all issues of fact and law that fall within its jurisdiction. The Board intends to hear this case in full. In addition, there may be factual issues relevant to the requested orders that have yet to be determined, and any record presented to the Divisional Court might be incomplete. The request to refer this matter to the courts is therefore denied.

**68** At paragraph 17 of the Motion Record, the Fallis Group Motion alleges that there have been certain breaches of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* with respect to this application. Mr. Fallis repeated the allegations in his oral argument. Mr. Fallis did not, however, identify which Charter right or rights he felt had been breached, nor did he provide any case law, or indeed any real argument, to support these allegations. In the Board's view, an alleged breach of a Charter provision is a serious matter. It is irresponsible for counsel to make such allegations where they are unable to articulate any of the details of the alleged breach, or even identify which provision they believe has been breached. Such conduct is not helpful to the Board's processes. The Board finds that there is no merit to these allegations whatsoever, and will make no orders in this regard.

## CONCLUSION

**69** Based on the submissions of the parties and the above findings, the Board has decided that certain issues relating to routing will be considered to be within the scope of Issue 1 as identified in the Issues Decision. All other requested orders in the Watson Motion and the Fallis Group Motion are denied.

**DATED** at Toronto, August 6, 2010

## ONTARIO ENERGY BOARD

*Original signed by*

Kirsten Walli  
Board Secretary

- 
- 1** The *Expropriations Act* refers to an "expropriating authority" only when the provision deals with an "authority" actually engaging in the process of land expropriation. On the other hand, the term "statutory authority" is referred to in provisions that deal not only with the actual process of land expropriation but in provisions that deal with compensation issues relating to that process, which do not involve actual expropriation of land *per se*.
  - 2** See Ontario Court of Appeal's decision in *Rotenberg v. York (Borough)* (No. 2) ([1976](#)), [13 O.R. \(2d\) 101](#) (C.A.), 1976 CarswellOnt 267, which confirms that the term "statutory authority" encompasses an "expropriating authority" in the context of cost awards.
  - 3** See note 2

---

End of Document

TAB 12

**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

[TRADUCTION] 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, [TRADUCTION] « expliquer comment les choses [devaient] se passer » à l’avenir [TRADUCTION] « 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 Haida* 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 Haida*, 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 Haida* 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 Haida*, 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.*

TAB 13

**Minister of National Revenue** *Appellant*

v.

**Grand Chief Michael Mitchell also known as Kanentakeron** *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Mohawk Council of Kahnawake, the Assembly of First Nations and the Union of New Brunswick Indians** *Interveners*

INDEXED AS: MITCHELL v. M.N.R.

Neutral citation: 2001 SCC 33.

File No.: 27066.

2000: June 16; 2001: May 24.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Aboriginal rights — Right to bring goods across St. Lawrence River for purposes of trade — Whether Mohawks of Akwesasne have right to bring goods into Canada from U.S. for trading purposes without paying customs duties — Whether claimed right incompatible with Canadian sovereignty — Constitution Act, 1982, s. 35(1).*

*Evidence — Aboriginal rights — Evidence to be adduced to establish aboriginal right — Assessment of evidence in aboriginal claims.*

The respondent is a Mohawk of Akwesasne and a descendant of the Mohawk nation, one of the polities of the Iroquois Confederacy prior to the arrival of Europeans. In 1988, the respondent crossed the international border bearing goods purchased in the United States. He declared the goods to Canadian customs agents but asserted that aboriginal and treaty rights exempted him from paying duty. He was permitted to continue into Canada but advised he would be charged duty. The goods except some motor oil were presented to the

**Ministre du Revenu national** *Appelant*

c.

**Grand Chef Michael Mitchell alias Kanentakeron** *Intimé*

et

**Procureur général du Québec, Procureur général du Nouveau-Brunswick, Procureur général du Manitoba, Procureur général de la Colombie-Britannique, Conseil des Mohawks de Kahnawake, Assemblée des Premières nations et Union of New Brunswick Indians** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : MITCHELL c. M.R.N.

Référence neutre : 2001 CSC 33.

N° du greffe : 27066.

2000 : 16 juin; 2001 : 24 mai.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales — Les Mohawks d'Akwesasne ont-ils le droit de rapporter au Canada des marchandises des États-Unis à des fins commerciales sans payer de droits de douane? — Le droit revendiqué est-il incompatible avec la souveraineté canadienne? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).*

*Preuve — Droits ancestraux — Preuve nécessaire pour établir un droit ancestral — Appréciation de la preuve dans les revendications autochtones.*

L'intimé est un Mohawk d'Akwesasne et un descendant de la nation Mohawk, une des entités politiques de la Confédération iroquoise avant l'arrivée des Européens. En 1988, l'intimé traverse la frontière internationale, apportant avec lui des marchandises achetées aux États-Unis. Il déclare les marchandises aux agents de douane canadiens, mais affirme qu'il a des droits ancestraux et des droits issus de traités qui l'exemptent du paiement de droits de douane. Il est autorisé à entrer au Canada, mais on l'informe qu'il devra payer des droits.

Mohawk community of Tyendinaga as gifts. The oil was taken to a store in Akwesasne for resale to members of that community. The respondent was served with a claim for unpaid duty and sought declaratory relief. The Federal Court, Trial Division held that the respondent had an aboriginal right to cross the border freely without having to pay customs duties on goods destined for personal and community use as well as for noncommercial scale trade with other First Nations. The Federal Court of Appeal affirmed an aboriginal right to bring goods into Canada duty-free, subject to limitations based on the evidence of the traditional range of Mohawk trading.

*Held:* The appeal should be allowed. The claimed aboriginal right has not been established. The respondent must pay duty on the goods imported into Canada.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Arbour and LeBel JJ.: Under English colonial law, the pre-existing laws and interests of aboriginal societies were absorbed into the common law as rights upon the Crown's assertion of sovereignty unless these rights were surrendered, extinguished or inconsistent with Crown sovereignty. The enactment of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* accorded constitutional status to existing aboriginal and treaty rights, including the aboriginal rights recognized at common law. However, the government retained the jurisdiction to limit aboriginal rights for justifiable reasons in the pursuit of substantial and compelling public objectives. The test to establish an aboriginal right focuses on the integral, defining features of the relevant aboriginal society before the Crown's assertion of sovereignty. A claimant must prove that a modern practice, custom or tradition has a reasonable degree of continuity with a practice, tradition or custom that was in existence prior to contact with the Europeans. The practice, tradition or custom must have been integral to the distinctive culture of the aboriginal people in the sense that it distinguished or characterized their traditional culture and lay at the core of the aboriginal people's identity.

The initial step is to ascertain the true nature of the claimed right, without assessing its merits or artificially broadening or narrowing the right. This requires examining (1) the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right; (2) the nature of the governmental legislation or action

Il fait présent à la communauté mohawk de Tyendinaga des marchandises, sauf l'huile à moteur. L'huile à moteur est apportée à un magasin situé à Akwesasne pour y être revendue aux membres de la communauté. L'intimé, qui a reçu signification d'une demande de paiement de droits de douane, sollicite un jugement déclaratoire. La Section de première instance de la Cour fédérale conclut que l'intimé jouit d'un droit ancestral de traverser librement la frontière sans acquitter de droits de douane sur des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire ainsi qu'à un petit négoce avec d'autres Premières nations. La Cour d'appel fédérale confirme l'existence d'un droit ancestral d'introduire des marchandises au Canada en franchise, sous réserve de restrictions fondées sur la preuve de l'étendue traditionnelle du commerce mohawk.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli. Le droit ancestral revendiqué n'a pas été établi. L'intimé doit payer des droits sur les marchandises importées au Canada.

*Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Arbour et LeBel :* En droit colonial britannique, les lois et les intérêts préexistants des sociétés autochtones ont été incorporés dans la common law en tant que droits dès l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, sauf s'ils étaient cédés, éteints ou incompatibles avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. L'édiction du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* a conféré un statut constitutionnel aux droits existants, ancestraux ou issus de traités, y compris les droits ancestraux reconnus en common law. Cependant, le gouvernement conservait le pouvoir de restreindre les droits ancestraux pour des motifs valables, dans la poursuite d'objectifs publics impérieux et réels. Le critère d'existence d'un droit ancestral est axé sur les caractéristiques déterminantes qui faisaient partie intégrante de la société autochtone en cause avant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Le demandeur doit établir que la pratique, tradition ou coutume moderne a un degré raisonnable de continuité avec la pratique, tradition ou coutume qui existait avant le contact avec les Européens. La pratique, coutume ou tradition doit avoir fait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone, au sens où elle doit avoir distingué ou caractérisé sa culture traditionnelle et avoir été au cœur de son identité.

La première étape consiste à établir la nature véritable du droit revendiqué, sans évaluer son bien-fondé et sans l'étendre ou le restreindre artificiellement. Pour cela, il faut examiner (1) la nature de l'acte qui, selon le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral; (2) la nature de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale

alleged to infringe the right, i.e. the conflict between the claim and the limitation; and (3) the ancestral traditions and practices relied upon to establish the right. An application of these factors in this case suggests that the claimed right is properly characterized as the right to bring goods across the Canada-United States boundary at the St. Lawrence River for purposes of trade. The claim is for a right to trade *simpliciter* and necessarily entails a mobility right because the right to bring goods across the St. Lawrence River for purposes of trade involves travel. The right should not be qualified as a right to bring goods without paying duty or taxes because such a limitation should be considered at the infringement stage. Technically, the right should be characterized as a right to bring goods across the St. Lawrence River as opposed to the international border, a construction of newcomers. However, in modern terms, the river and the border are equivalent.

Aboriginal rights claims give rise to inherent evidentiary difficulties. However, the rights protected under s. 35(1) should not be rendered illusory by imposing an impossible burden of proof. The rules of evidence must therefore be applied flexibly, in a manner commensurate with the inherent difficulties posed by aboriginal claims. Since claimants must demonstrate features of pre-contact society in the absence of written records, oral histories may offer otherwise unavailable evidence of ancestral practices and aboriginal perspectives. Oral histories are admissible as evidence where they are both useful and reasonably reliable, subject always to the exclusionary discretion of the trial judge. In determining the usefulness and reliability of oral histories, judges must resist facile assumptions based on Eurocentric traditions of gathering and passing on historical facts. Here, the parties presented evidence from historians and archeologists. The aboriginal perspective was supplied by oral histories of elders such as the respondent. The respondent's testimony, confirmed by archaeological and historical evidence, was useful and the trial judge did not err in finding the respondent's evidence to be credible and reliable.

There are no precise rules or absolute principles governing the interpretation or weighing of evidence in support of aboriginal claims. The laws of evidence must ensure that the aboriginal perspective is given due weight but consciousness of the special nature of aborig-

qu'il dit porter atteinte au droit, c.-à-d. le conflit entre la revendication et la restriction; et (3) les traditions et pratiques ancestrales invoquées pour établir l'existence du droit. L'application de ces facteurs en l'espèce indique que le droit revendiqué est caractérisé à juste titre comme étant le droit de transporter des marchandises à travers la frontière entre le Canada et les États-Unis, par le fleuve Saint-Laurent, à des fins commerciales. La revendication vise simplement un droit de commercer, et elle suppose nécessairement une liberté de circulation parce que le droit de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises, à des fins commerciales, implique des déplacements. Le droit ne devrait pas être caractérisé comme un droit de rapporter des marchandises en franchise de taxes ou de droits parce qu'une telle restriction devrait être examinée à l'étape de l'atteinte. Techniquement, le droit devrait être caractérisé comme le droit de traverser le Saint-Laurent plutôt que la frontière, qui est une création des nouveaux arrivants, avec des marchandises. Toutefois, en langage contemporain, le fleuve et la frontière sont équivalents.

La revendication de droits ancestraux soulève des difficultés de preuve intrinsèques. Toutefois, il ne faudrait pas rendre illusoires les droits protégés par le par. 35(1) en imposant un fardeau de preuve impossible. Les règles de preuve doivent donc être appliquées avec souplesse, d'une façon adaptée aux difficultés inhérentes aux revendications autochtones. Comme les demandeurs doivent établir les caractéristiques de leur société avant le contact avec les Européens en l'absence d'écrits, les récits oraux peuvent fournir une preuve, impossible à obtenir d'une autre façon, des pratiques ancestrales et des points de vue autochtones. Les récits oraux sont admissibles en preuve lorsqu'ils sont à la fois utiles et raisonnablement fiables, sous réserve toujours du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de les exclure. Pour déterminer l'utilité et la fiabilité des récits oraux, les juges doivent se garder de faire des suppositions faciles fondées sur les traditions eurocentriques de collecte et de transmission des faits historiques. En l'espèce, les parties ont présenté des témoignages d'historiens et d'archéologues. Les récits oraux d'aînés, dont l'intimé, ont fourni le point de vue autochtone. Le témoignage de l'intimé, confirmé par la preuve archéologique et historique, était utile, et le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que ce témoignage était crédible et fiable.

Il n'y a pas de règles précises ni de principes absolus régissant l'interprétation ou l'appréciation de la preuve relative aux revendications autochtones. Les règles de preuve doivent garantir qu'on accordera au point de vue autochtone le poids qui convient, mais la conscience de

inal claims does not negate general principles governing evidence. Claims must still be established on persuasive evidence demonstrating validity on a balance of probabilities. In the present case, the evidence indicates that the Mohawks travelled north on occasion and trade was a distinguishing feature of their society. The evidence does not show, however, an ancestral practice of trading north of the St. Lawrence River. Mohawk trade at the time of contact fell predominantly along an east-west axis. The relevant evidence supporting the claim consists of a single ceremonial knife, treaties that make no reference to pre-existing trade, and the mere fact of Mohawk involvement in the fur trade. While appellate courts grant considerable deference to findings of fact made by trial judges, the finding of a cross-border trading right in this case represents, in view of the paucity of the evidence, a “palpable and overriding error”. Evidentiary principles must be sensitively applied to aboriginal claims but they cannot be strained beyond reason.

In any event, even if deference were granted to the trial judge’s finding of pre-contact trade relations between the Mohawks and First Nations north of the St. Lawrence River, the evidence does not establish this northerly trade as a defining feature of the Mohawk culture. The claimed right implicates an international boundary and, consequently, geographical considerations are clearly relevant to the determination of whether the trading in this case is integral to the Mohawks’ culture. Even if the trial judge’s generous interpretation of the evidence were accepted, it discloses negligible transportation and trade of goods by the Mohawks north of the St. Lawrence River prior to contact. This trade was not vital to the Mohawks’ collective identity. It follows that no aboriginal right to bring goods across the border for the purposes of trade has been established.

Since the respondent has not proven his claim to an aboriginal right, there is no need to comment on the extent, if any, to which colonial laws of sovereign succession are relevant to the definition of aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

la nature particulière des revendications autochtones ne neutralise pas les principes généraux de preuve. Il faut encore établir le bien-fondé des revendications sur la base d’une preuve convaincante qui démontre leur validité selon la prépondérance des probabilités. En l’espèce, la preuve indique que les Mohawks voyageaient parfois au nord et que le commerce était une caractéristique distinctive de leur société. La preuve ne révèle pas, cependant, l’existence d’une pratique ancestrale de commerce au nord du Saint-Laurent. Le commerce mohawk au moment du contact avec les Européens suivait principalement un axe est-ouest. La preuve pertinente à l’appui de la revendication consiste en un seul couteau rituel, des traités qui ne font pas mention d’un commerce antérieur et le simple fait de la participation des Mohawks au commerce de fourrure. Si les cours d’appel doivent s’en remettre largement aux conclusions de fait des juges de première instance, la conclusion sur le droit de faire le commerce transfrontalier en l’espèce est une « erreur manifeste et dominante », vu l’insuffisance de la preuve. Les principes de preuve doivent être appliqués de façon éclairée aux revendications autochtones, mais ne peuvent faire l’objet d’une extension déraisonnable.

Quoi qu’il en soit, même si l’on déférait à la conclusion du juge de première instance qu’il existait des relations commerciales entre les Mohawks et les Premières nations au nord du Saint-Laurent avant le contact avec les Européens, la preuve n’établit pas que ce commerce vers le nord est une caractéristique déterminante de la culture mohawk. Le droit revendiqué met en jeu une frontière internationale et, en conséquence, les considérations géographiques sont clairement pertinentes pour déterminer si le commerce en l’espèce fait partie intégrante de la culture mohawk. Même si l’interprétation libérale du juge de première instance était acceptée, la preuve révèle l’importance négligeable du transport et du commerce de marchandises par les Mohawks au nord du Saint-Laurent, avant le contact avec les Européens. Ce commerce n’était pas vital pour l’identité collective des Mohawks. Aucun droit ancestral de rapporter des marchandises à travers la frontière à des fins commerciales n’a donc été établi.

Comme l’intimé n’a pas établi l’existence du droit autochtone revendiqué, il n’est pas nécessaire de faire des commentaires sur la question de savoir dans quelle mesure le droit colonial en matière de succession des pouvoirs souverains est pertinent dans la définition des droits autochtones en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

*Per Major and Binnie JJ.:* It is agreed that even if Mohawks did occasionally trade goods across the St. Lawrence River with First Nations to the north prior to contact, this practice was neither a defining feature of their culture nor vital to their collective identity. There are, however, additional considerations for allowing the appeal. In this case, an issue arises about the sovereignty implications of the international trading and mobility right claimed by the respondent as a citizen of the Iroquois Confederacy.

Akwesasne lies at the jurisdictional epicentre of the St. Lawrence River and straddles the Canada-United States border, as well as provincial and state borders. This crisscrossing of borders through the Mohawk community goes beyond mere inconvenience and constitutes a significant burden on everyday living. The Mohawk people seek to diminish the border disruption in their lives, reunite a divided community, and find economic advantage in the international boundary. That economic value of their claim is created by non-aboriginal society is not fatal to its existence. A frozen rights theory is incompatible with s. 35(1) and aboriginal rights are capable of growth and evolution.

An aboriginal right must be derived from pre-contact activity that was an element of a practice, custom or tradition integral to the aboriginal community's distinctive culture. Traditional Mohawk homelands were in the Mohawk Valley (N.Y. State) but the Mohawks historically travelled as far north as the St. Lawrence River valley. In that era, the Mohawks were, and acted as, a fully autonomous people within the Iroquois Confederacy. Territorial boundaries changed as a militarily powerful Iroquois Confederacy spread to and along the St. Lawrence River displacing other aboriginal inhabitants. While none of the boundaries between First Nation Territories in pre-contact times corresponded with the present international boundary at Akwesasne, such boundaries existed and, under traditional practices and customs, they were respected by the Mohawks in times of peace.

Counsel for the respondent does not dispute Canadian sovereignty. He seeks Mohawk autonomy within the broader framework of Canadian sovereignty. The respondent's claim is not just about physical movement of people or goods in and about Akwesasne. It is about

*Les juges Major et Binnie :* Il est admis que même si, avant le contact avec les Européens, les Mohawks faisaient occasionnellement le commerce de marchandises au-delà du fleuve Saint-Laurent avec des Premières nations établies au nord, cette pratique n'était pas une caractéristique déterminante de leur culture et elle n'était pas vitale pour leur identité collective. Il y a toutefois des raisons additionnelles d'accueillir le pourvoi. En l'espèce, une question se pose quant aux incidences qu'aurait sur la souveraineté le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé en sa qualité de citoyen de la Confédération iroquoise.

Akwesasne est à l'épicentre frontalier du Saint-Laurent, étant à cheval sur la frontière entre le Canada et les États-Unis ainsi que sur une frontière provinciale. Cet entrecroisement de frontières dans la communauté mohawk va au-delà du simple inconvénient et constitue un fardeau important dans la vie quotidienne. Les Mohawks cherchent à réduire les complications frontalières dans leurs vies, à unir de nouveau une communauté divisée et à trouver un avantage économique à la frontière internationale. La valeur économique de leur revendication, créée par une société non autochtone, n'est pas fatale. La théorie des droits figés est incompatible avec le par. 35(1) et les droits ancestraux peuvent s'accroître et évoluer.

Un droit ancestral doit découler d'une activité antérieure au contact avec les Européens et cette activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition qui faisait partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone. Les terres traditionnelles des Mohawks se trouvaient dans la vallée des Mohawks (État de New York), mais, historiquement, les Mohawks voyageaient au nord jusqu'à la vallée du Saint-Laurent. À cette époque, les Mohawks étaient, et agissaient comme, un peuple pleinement autonome au sein de la Confédération iroquoise. Les frontières territoriales ont changé avec l'extension d'une Confédération iroquoise militairement puissante jusqu'à la vallée du Saint-Laurent et le long de celle-ci, qui en chassait les autres habitants autochtones. Même si aucune des frontières entre les territoires des Premières nations avant le contact avec les Européens ne correspond à la frontière internationale actuelle à Akwesasne, ces frontières existaient et, selon les pratiques et coutumes traditionnelles, les Mohawks les respectaient en temps de paix.

L'avocat de l'intimé ne conteste pas la souveraineté canadienne. Il revendique l'autonomie mohawk dans le cadre plus large de la souveraineté canadienne. La revendication de l'intimé ne concerne pas seulement le déplacement physique de personnes ou de marchandises

the Mohawks' aspiration to live as if the international boundary did not exist.

Whereas historically the Crown may have been portrayed as an entity across the seas with which aboriginal people could scarcely be expected to identify, this was no longer the case in 1982 when the s. 35(1) reconciliation process was established. The Constitution was patriated and all aspects of our sovereignty became firmly located within our borders. If the principle of "merged sovereignty" articulated by the Royal Commission on Aboriginal Peoples is to have any true meaning, it must include at least the idea that aboriginal and non-aboriginal Canadians together form a sovereign entity with a measure of common purpose and united effort. It is this new entity, as inheritor of the historical attributes of sovereignty, with which existing aboriginal and treaty rights must be reconciled. The constitutional objective is reconciliation not mutual isolation. What is significant is that the Royal Commission itself sees aboriginal peoples as full participants with non-aboriginal peoples in a shared Canadian sovereignty. Aboriginal peoples do not stand in opposition to, nor are they subjugated by, Canadian sovereignty. They are part of it.

The respondent's claim presents two defining elements. He asserts a trading and mobility right across the international boundary and he attaches this right to his current citizenship not of Canada but of the Haudenosaunee (Iroquois) Confederacy with its capital in Onondaga, New York State.

A treaty right is an affirmative promise by the Crown which will be interpreted generously and enforced in a way that upholds the honour of the Crown. In the case of aboriginal rights, there is no historical event comparable to the treaty-making process in which the Crown negotiated the right or obligation sought to be enforced. The respondent's claim is rooted in practices which he says long preceded the Mohawks' first contact with Europeans in 1609.

British colonial law presumed that the Crown intended to respect aboriginal rights that were neither unconscionable nor incompatible with the Crown's sovereignty. Courts have extended this recognition to practices, customs or traditions integral to the aboriginal community's distinctive culture. While care must be taken not to carry forward doctrines of British colonial

à Akwesasne. Elle a trait à l'aspiration des Mohawks à vivre comme si la frontière internationale n'existait pas.

Bien qu'historiquement, la Couronne ait pu être représentée comme une entité lointaine par-delà les mers à laquelle on ne pouvait guère s'attendre que les autochtones s'identifient, cela n'était plus le cas en 1982 quand le processus de conciliation du par. 35(1) a été établi. Avec le rapatriement de la Constitution, tous les aspects de la souveraineté canadienne se sont fermement ancrés à l'intérieur de nos frontières. Si le principe de « souveraineté fusionnée » énoncé par la Commission royale sur les peuples autochtones doit avoir un sens véritable, il doit comporter au moins l'idée que les Canadiens autochtones et non autochtones forment ensemble une entité souveraine munie d'une certaine communauté d'objectifs et d'efforts. C'est avec cette nouvelle entité, héritière des attributs historiques de la souveraineté, qu'il faut concilier les droits existants ancestraux ou issus de traités. L'objectif constitutionnel est la conciliation et non pas l'isolement mutuel. Ce qui importe c'est que la Commission royale elle-même considère les autochtones comme étant des participants à part entière, avec les non autochtones, à une souveraineté canadienne partagée. Les autochtones ne s'opposent pas à la souveraineté canadienne, et ils ne lui sont pas asservis, ils en font partie.

La revendication de l'intimé présente deux éléments distinctifs. Il revendique un droit de commerce et de circulation à travers la frontière internationale et il lie ce droit au fait qu'il est actuellement citoyen non pas du Canada, mais de Haudenosaunee (Confédération iroquoise) dont la capitale est à Onondaga, dans l'État de New York.

Un droit issu d'un traité est une promesse affirmative de Sa Majesté, qui sera interprétée libéralement et mise en application d'une façon qui préserve l'honneur de la Couronne. Dans le cas de droits ancestraux, il n'y a aucun événement historique comparable au processus de conclusion des traités, où Sa Majesté a négocié le droit ou l'obligation qu'on cherche à faire respecter. La revendication de l'intimé est fondée sur des pratiques qui, selon lui, existent depuis bien avant le premier contact des Mohawks avec les Européens en 1609.

Il était présumé, en droit colonial britannique, que Sa Majesté avait l'intention de respecter les droits ancestraux qui n'étaient pas contraires à la conscience ou incompatibles avec sa souveraineté. Les tribunaux ont élargi cette reconnaissance aux pratiques, coutumes et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone. Bien qu'il faille se

law into interpretations of s. 35(1) without careful reflection, s. 35(1) was not a wholesale repudiation of the common law. The notion of incompatibility with Crown sovereignty was a defining characteristic of sovereign succession and therefore a limitation on the scope of aboriginal rights. For example, important as they may have been to the Mohawk identity as a people, it could not be said that pre-contact warrior activities gave rise under successor regimes to a legal right under s. 35(1) to engage in military adventures on Canadian territory. This concept of sovereign incompatibility continues to be an element in the s. 35(1) analysis, albeit a limitation that will be sparingly applied. For the most part, the protection of practices, traditions and customs that are distinctive to aboriginal cultures in Canada does not raise legitimate sovereignty issues at the definitional stage.

With the creation of the international boundary in 1783, Akwesasne became the point at which British (and later Canadian) sovereignty came face to face with the sovereignty of the U.S. Control over the mobility of persons and goods across a border has always been a fundamental attribute and incident of sovereignty. States are expected to exercise their authority over borders in the public interest. The duty cannot be abdicated to the vagaries of an earlier regime whose sovereignty has been eclipsed. Therefore, the international trading/mobility right claimed by the respondent is incompatible with the historical attributes of Canadian sovereignty. Since the claimed aboriginal right did not survive the transition to non-Mohawk sovereignty, there was nothing in existence in 1982 to which s. 35(1) protection of existing aboriginal rights could attach.

This conclusion is not at odds with the purpose of s. 35(1) to bring about a reconciliation of the interests of aboriginal peoples with Canadian sovereignty. Aboriginal people are part of Canadian sovereignty and the accommodation of their rights is not a zero-sum relationship between minority rights and citizenship. Affirmation of the sovereign interest of Canadians as a whole, including aboriginal peoples, should not in this case be seen as a loss of legitimate constitutional space for aboriginal peoples. To extend constitutional protection to the respondent's claim would overshoot the purpose of s. 35(1). In terms of sovereign incompatibility, the respondent's claim relates to national interests that all of us have in common rather than to distinctive inter-

garder d'introduire des principes de droit colonial britannique dans l'interprétation du par. 35(1) sans mûre réflexion, le par. 35(1) n'est pas une répudiation globale de la common law. La notion d'incompatibilité avec la souveraineté de la Couronne était une caractéristique déterminante de la succession de pouvoirs souverains et constituait par le fait même une restriction à la portée des droits ancestraux. Par exemple, si importantes qu'elles aient été pour l'identité du peuple mohawk, on ne pourrait pas dire que les activités guerrières antérieures au contact avec les Européens ont donné naissance sous les régimes successeurs à un droit en vertu du par. 35(1) de se livrer à des opérations militaires sur le territoire canadien. Cette notion de l'incompatibilité avec la souveraineté continue d'être un élément de l'analyse du par. 35(1), bien qu'il s'agisse d'une restriction à appliquer avec modération. Dans la plupart des cas, la protection de pratiques, traditions et coutumes distinctives de cultures autochtones au Canada ne suscite pas de réelles questions de souveraineté à l'étape de leur définition.

Depuis la création de la frontière internationale en 1783, Akwesasne est l'endroit où la souveraineté britannique (et plus tard canadienne) fait face à la souveraineté des États-Unis. Le contrôle de la circulation des personnes et des marchandises à travers les frontières a toujours été un attribut fondamental et un pouvoir accessoire de la souveraineté. On s'attend à ce que les États exercent leur pouvoir sur les frontières dans l'intérêt public. L'obligation ne peut être soumise aux caprices d'un régime antérieur dont la souveraineté a été éclip­sée. Le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé est donc incompatible avec les attributs historiques de la souveraineté canadienne. Puisque le droit ancestral revendiqué n'a pas survécu au passage à la souveraineté non mohawk, il n'existait rien en 1982 qui pouvait recevoir la protection donnée par le par. 35(1) aux droits ancestraux existants.

Cette conclusion n'est pas contraire à l'objectif du par. 35(1), la conciliation entre les intérêts des peuples autochtones et la souveraineté canadienne. Les peuples autochtones font partie de la souveraineté canadienne et les accommodements requis pour les droits autochtones ne constituent pas un rapport à somme nulle entre droits de minorités et droits de citoyenneté. L'affirmation du droit souverain de l'ensemble des Canadiens, y compris les autochtones, ne devrait pas en l'espèce être considérée comme la perte pour les autochtones d'un espace constitutionnel légitime. L'élargissement de la protection constitutionnelle à la revendication de l'intimé irait au-delà de l'objet du par. 35(1). Pour ce qui est de l'incompatibilité avec la souveraineté, la revendication de

ests that for some purposes differentiate an aboriginal community. Reconciliation of these interests in this particular case favours an affirmation of our collective sovereignty. This conclusion neither forecloses nor endorses any position on the compatibility or incompatibility of internal self-governing institutions of First Nations with Crown sovereignty, either past or present.

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Applied:** *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, aff'g in part [1993] 5 W.W.R. 97; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455; *R. v. Campbell* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 1; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *Inasa v. Oshodi*, [1934] A.C. 99; *R. v. Jacobs*, [1999] 3 C.N.L.R. 239.

By Binnie J.

**Applied:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; **explained:** *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; **distinguished:** *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455; **referred to:** *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *United States v. Garrow*, 88 F.2d 318 (1937); *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *Attorney General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542; *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, aff'g in part [1993] 5 W.W.R. 97; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571;

l'intimé vise des intérêts nationaux que nous avons tous en commun plutôt que des intérêts distinctifs qui différencient les communautés autochtones à certaines fins. La conciliation de ces intérêts en l'espèce milite en faveur de l'affirmation de notre souveraineté collective. Cette conclusion n'écarte et n'appuie aucunement un point de vue quelconque quant à la compatibilité ou l'incompatibilité d'institutions autonomes internes des Premières nations avec la souveraineté de la Couronne, dans le passé ou dans le présent.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

**Arrêts appliqués :** *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, conf. en partie [1993] 5 W.W.R. 97; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Mabo c. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455; *R. c. Campbell* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 1; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *Inasa c. Oshodi*, [1934] A.C. 99; *R. c. Jacobs*, [1999] 3 C.N.L.R. 239.

Citée par le juge Binnie

**Arrêts appliqués :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; **arrêt expliqué :** *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; **distinction faite d'avec l'arrêt :** *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455; **arrêts mentionnés :** *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *United States v. Garrow*, 88 F.2d 318 (1937); *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *Attorney General for Canada c. Cain*, [1906] A.C. 542; *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, conf. en partie [1993] 5 W.W.R. 97; *Attorney-General for*

*Campbell v. British Columbia (Attorney General)* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045; *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1; *Wik Peoples v. Queensland* (1996), 187 C.L.R. 1; *R. v. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365; *R. v. Hare* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, *Almeida-Sanchez v. United States*, 413 U.S. 266 (1973); *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977); *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893); *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978); *Akins v. United States*, 551 F.2d 1222 (1977); *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

#### Statutes and Regulations Cited

*Akwesasne Residents Remission Order*, SOR/91-412.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(24).  
*Constitution Act, 1982*, s. 35(1).  
*Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*. General Conference of the International Labour Organisation, June 27, 1989, Art. 32.  
*Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 17, 31, 131, 153(c), 159.  
*Customs Tariff*, R.S.C. 1985, c. 41 (3rd Supp.).  
*Draft of the Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Inter-American Commission on Human Rights, September 18, 1995, Art. 24.  
*Draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples*. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Res. 1994/45, Art. 35.  
*Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2.  
*Royal Proclamation (1763)*, R.S.C. 1985, App. II, No.1.  
*Treaty of Paris (1763)*.  
*Treaty of Paris (1783)*.

*Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; *Campbell c. British Columbia (Attorney General)* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Campbell c. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045; *Amodu Tijani c. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Mabo c. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1; *Wik Peoples c. Queensland* (1996), 187 C.L.R. 1; *R. c. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365; *R. c. Hare* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, *Almeida-Sanchez c. United States*, 413 U.S. 266 (1973); *United States c. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977); *Chae Chan Ping c. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Ekiu c. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Fong Yue Ting c. United States*, 149 U.S. 698 (1893); *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *United States c. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978); *Akins c. United States*, 551 F.2d 1222 (1977); *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Convention (n° 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*. Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, 27 juin 1989, art. 32.  
*Décret de remise visant les résidents d'Akwesasne*, DORS/91-412.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1).  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 17, 31, 131, 153(c), 159.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2.  
*Proclamation royale (1763)*, L.R.C. 1985, App. II, n° 1.  
*Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Rés. 1994/45, art. 35.  
*Projet de la Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones*. Commission interaméricaine des droits de l'homme, 18 septembre 1995, art. 24.  
*Tarif des douanes*, L.R.C. 1985, ch. 41 (3<sup>e</sup> suppl.).  
*Traité de Paris (1763)*.  
*Traité de Paris (1783)*.

## Authors Cited

- Barsh, Russel L., and James Y. Henderson. "The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand" (1997), 42 *McGill L.J.* 993.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1770.
- Borrows, John. "The Trickster: Integral to a Distinctive Culture" (1997), 8 *Constitutional Forum* 27.
- Borrows, John. "Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 15.
- Canada. House of Commons. Special Committee on Indian Self-Government. *Indian Self-Government in Canada: Report of the Special Committee*. Ottawa: Queen's Printer for Canada, 1983.
- Canada. National Film Board. *Between Friends/Entre Amis*. Toronto: McClelland & Stewart, 1976.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government, and the Constitution*. Ottawa: The Commission, 1993.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship*. Ottawa: The Commission, 1996.
- Greschner, Donna. "Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice", [1992] *U.B.C. L. Rev. (Sp. ed.)* 338.
- Hogg, Peter W., and Mary Ellen Turpel. "Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 187.
- Kymlicka, Will, and Wayne Norman, eds. *Citizenship in Diverse Societies*. New York: Oxford University Press, 2000.
- Nicholson, Norman L. *The Boundaries of the Canadian Confederation*. Toronto: Macmillan of Canada, 1979.
- Richter, Daniel K. *The Ordeal of the Longhouse: The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization*. Chapel Hill, N.C.: University of North Carolina Press, 1992.
- Ritchie, William A. *The Archaeology of New York State*, rev. ed., Harrison, N.Y.: Harbor Hill Books, 1980.
- Slattery, Brian. "Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 196.
- Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.
- Sopinka, John, and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Story, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*, 4th ed., vol. II. Boston: Little, Brown, 1873.

## Doctrine citée

- Barsh, Russel L., and James Y. Henderson. « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993.
- Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 1. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris : Bossange, 1822.
- Borrows, John. « The Trickster: Integral to a Distinctive Culture » (1997), 8 *Forum Constitutionnel* 27.
- Borrows, John. « Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court » (2001), 80 *R. du B. can.* 15.
- Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur l'Autonomie politique des Indiens. *L'autonomie politique des Indiens au Canada : Rapport du Comité spécial*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1983.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*. Ottawa : La Commission, 1993.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*. Ottawa : La Commission, 1996.
- Canada. Office national du film. *Between Friends/Entre Amis*. Toronto : McClelland & Stewart, 1976.
- Greschner, Donna. « Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice », [1992] *U.B.C. L. Rev. (Sp. ed.)* 338.
- Hogg, Peter W., and Mary Ellen Turpel. « Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues » (1995), 74 *R. du B. can.* 187.
- Kymlicka, Will, and Wayne Norman, eds. *Citizenship in Diverse Societies*. New York : Oxford University Press, 2000.
- Nicholson, Norman L. *The Boundaries of the Canadian Confederation*. Toronto : Macmillan of Canada, 1979.
- Richter, Daniel K. *The Ordeal of the Longhouse: The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization*. Chapel Hill, N.C. : University of North Carolina Press, 1992.
- Ritchie, William A. *The Archaeology of New York State*, rev. ed. Harrison, N.Y. : Harbor Hill Books, 1980.
- Slattery, Brian. « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights » (2000), 79 *R. du B. can.* 196.
- Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.
- Sopinka, John, and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto : Butterworths, 1974.

Vattel, Emer de. *The Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Book II, new edition by Joseph Chitty. London: S. Sweet, 1834.

Woodward, Jack. *Native Law*. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2000, release 2).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1999] 1 F.C. 375, 167 D.L.R. (4th) 702, 233 N.R. 129, [1999] 1 C.N.L.R. 112, [1998] F.C.J. No. 1513 (QL), affirming in part a judgment of the Trial Division, [1997] 4 C.N.L.R. 103, 134 F.T.R. 1, [1997] F.C.J. No. 882 (QL). Appeal allowed.

*Graham Garton, Q.C., and Sandra Phillips, for the appellant.*

*Peter W. Hutchins, Anjali Choksi, Micha J. Menczer and Paul Williams, for the respondent.*

*René Morin, for the intervener the Attorney General of Quebec.*

*Gabriel Bourgeois, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.*

*Kenneth J. Tyler and Robert J. C. Deane, for the intervener the Attorney General of Manitoba.*

*Timothy Leadem and Kathryn Kickbush, for the intervener the Attorney General of British Columbia.*

*Murray Marshall and François Dandonneau, for the intervener the Mohawk Council of Kahnawake.*

*Jack R. London, Q.C., and Martin S. Minuk, for the intervener the Assembly of First Nations.*

*Henry J. Bear, for the intervener the Union of New Brunswick Indians.*

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

Story, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*, 4th ed., vol. II. Boston : Little, Brown, 1873.

Vattel, Emer de. *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle, appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, t. 1, nouv. éd. Paris : Aillaud, 1830.

Woodward, Jack. *Native Law*. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2000, release 2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1999] 1 C.F. 375, 167 D.L.R. (4th) 702, 233 N.R. 129, [1999] 1 C.N.L.R. 112, [1998] A.C.F. n° 1513 (QL), qui a confirmé en partie un jugement de la Section de première instance, [1997] 4 C.N.L.R. 103, 134 F.T.R. 1, [1997] A.C.F. n° 882 (QL). Pourvoi accueilli.

*Graham Garton, c.r., et Sandra Phillips, pour l'appelant.*

*Peter W. Hutchins, Anjali Choksi, Micha J. Menczer et Paul Williams, pour l'intimé.*

*René Morin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.*

*Gabriel Bourgeois, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.*

*Kenneth J. Tyler et Robert J. C. Deane, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.*

*Timothy Leadem et Kathryn Kickbush, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.*

*Murray Marshall et François Dandonneau, pour l'intervenant le Conseil des Mohawks de Kahnawake.*

*Jack R. London, c.r., et Martin S. Minuk, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières nations.*

*Henry J. Bear, pour l'intervenante l'Union of New Brunswick Indians.*

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Arbour et LeBel a été rendu par

THE CHIEF JUSTICE —

LE JUGE EN CHEF —

I. IntroductionI. Introduction

<sup>1</sup> This case raises the issue of whether the Mohawk Canadians of Akwesasne have the right to bring goods into Canada from the United States for collective use and trade with other First Nations without paying customs duties. Grand Chief Michael Mitchell claims that his people have an aboriginal right that ousts Canadian customs law. The government replies that no such right exists, first because the evidence does not support it and second because such a right would be fundamentally contrary to Canadian sovereignty. At the heart of the case lies the question of the evidence that must be adduced to establish an aboriginal right.

La question en l'espèce est de savoir si les Mohawks canadiens d'Akwesasne ont le droit de rapporter au Canada des marchandises des États-Unis à des fins d'usage communautaire et de commerce avec d'autres Premières nations sans payer de droits de douane. Le grand chef Michael Mitchell soutient que les membres de sa communauté ont un droit ancestral qui écarte le droit canadien en matière de douanes. Le gouvernement répond que le droit revendiqué n'existe pas parce que, premièrement, il n'est pas établi par la preuve et que, deuxièmement, il serait fondamentalement contraire à la souveraineté canadienne. Au cœur du présent pourvoi se pose la question de la preuve qu'il faut soumettre pour établir un droit ancestral.

<sup>2</sup> Chief Mitchell is a Mohawk of Akwesasne, a Mohawk community located just west of Montreal, and a descendant of the Mohawk nation, one of the polities comprising the Iroquois Confederacy prior to the arrival of Europeans. On March 22, 1988, Chief Mitchell crossed the international border from the United States into Canada, arriving at the Cornwall customs office. He brought with him some blankets, bibles, motor oil, food, clothing, and a washing machine, all of which had been purchased in the United States. He declared the goods to the Canadian customs agents but asserted that he had aboriginal and treaty rights which exempted him from paying duty on the goods. After some discussion, the customs agents notified Chief Mitchell that he would be charged \$142.88 in duty, and they permitted him to continue into Canada. Chief Mitchell, along with other Mohawks of Akwesasne, presented everything but the motor oil to the Mohawk community of Tyendinaga. The gifts were intended to symbolize the renewal of the historic trading relationship between the two communities. The oil was taken to a store in Akwesasne territory for resale to members of that community. In September of 1989, Chief Mitchell was served with a Notice of Ascertained Forfeiture

Le chef Mitchell est un Mohawk d'Akwesasne, une communauté mohawk située juste à l'ouest de Montréal, et un descendant de la nation Mohawk, une des entités politiques de la Confédération iroquoise avant l'arrivée des Européens. Le 22 mars 1988, le chef Mitchell traverse la frontière des États-Unis au Canada, arrivant au bureau de douane de Cornwall. Il apporte avec lui des couvertures, des bibles, de l'huile à moteur, de la nourriture, des vêtements et une machine à laver, tous achetés aux États-Unis. Il déclare les marchandises aux agents de douane canadiens, mais affirme qu'il a des droits ancestraux et des droits issus de traités qui l'exemptent du paiement de droits de douane sur ces marchandises. Après discussion, les agents de douane informent le chef Mitchell qu'il devra payer des droits de 142,88 \$ et ils l'autorisent à entrer au Canada. Le chef Mitchell, accompagné d'autres Mohawks d'Akwesasne, fait présent à la communauté mohawk de Tyendinaga de toutes les marchandises, sauf l'huile à moteur. Ces dons visent à symboliser le renouveau des relations commerciales historiques entre les deux communautés. L'huile à moteur est apportée à un magasin situé dans le territoire d'Akwesasne pour y être revendue aux membres de la communauté. En septembre 1989, l'intimé reçoit un avis de confiscation compensatoire récla-

claiming \$361.64 for unpaid duty, taxes and penalties.

I conclude that the aboriginal right claimed has not been established. The sparse and tenuous evidence advanced in this case to prove the existence of pre-contact Mohawk trading north of the Canada-United States boundary simply cannot support the claimed right. Even if deference is paid to the trial judge on this finding, any such trade was clearly incidental, and not integral, to the Mohawk culture. As a result, Chief Mitchell must pay duty on the goods he imported to Canada.

## II. Enactments

### *Constitution Act, 1982*

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

### *Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.)*

17. (1) Imported goods are charged with duties thereon from the time of importation thereof until such time as the duties are paid or the charge is otherwise removed.

(2) Subject to this Act, the rates of duties on imported goods shall be the rates applicable to the goods at the time they are accounted for under subsection 32(1), (2) or (5).

(3) Whenever the importer of goods that have been released or any person authorized pursuant to paragraph 32(6)(a) to account for goods becomes liable under this Act to pay duties thereon, the owner of the goods at the time of release becomes jointly and severally liable, with the importer or person authorized, to pay the duties.

31. Subject to section 19, no goods shall be removed from a customs office, sufferance warehouse, bonded warehouse or duty free shop by any person other than an officer in the performance of his duties under this or any other Act of Parliament unless the goods have been released by an officer.

361,64 \$ de droits impayés, de taxes et d'amendes

Je conclus que le droit ancestral revendiqué n'a pas été établi. La preuve éparsée et ténue soumise en l'espèce pour démontrer l'existence d'un commerce mohawk au nord de la frontière entre le Canada et les États-Unis avant le contact avec les Européens ne permet tout simplement pas d'établir le droit revendiqué. Même si on déférait à la conclusion du juge de première instance sur ce point, un tel commerce était clairement accessoire dans la culture mohawk, et n'en faisait pas partie intégrante. En conséquence, le chef Mitchell est tenu de payer des droits de douane sur les marchandises qu'il a importées au Canada.

## II. Les textes

### *Loi constitutionnelle de 1982*

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

### *Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.)*

17. (1) Les marchandises importées sont passibles de droits à compter de leur importation jusqu'à paiement ou suppression des droits.

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le taux des droits payables sur les marchandises importées est celui qui leur est applicable au moment où elles font l'objet de la déclaration en détail ou provisoire prévue au paragraphe 32(1), (2) ou (5).

(3) Dès que l'importateur de marchandises dédouanées ou quiconque est autorisé à déclarer des marchandises en détail conformément à l'alinéa 32(6)a) devient redevable, en vertu de la présente loi, des droits afférents, la personne qui est propriétaire des marchandises au moment du dédouanement devient solidaire du paiement des droits.

31. Sous réserve de l'article 19, seul l'agent, dans l'exercice des fonctions que lui confère la présente loi ou une autre loi fédérale, peut, sauf s'il s'agit de marchandises dédouanées par lui ou par un autre agent, enlever des marchandises d'un bureau de douane, d'un entrepôt d'attente, d'un entrepôt de stockage ou d'une boutique hors taxes.

3

4

## 153. No person shall

. . . .

(c) wilfully, in any manner, evade or attempt to evade compliance with any provision of this Act or evade or attempt to evade the payment of duties under this Act.

159. Every person commits an offence who smuggles or attempts to smuggle into Canada, whether clandestinely or not, any goods subject to duties, or any goods the importation of which is prohibited, controlled or regulated by or pursuant to this or any other Act of Parliament.

III. Decisions

5

At trial ((1997), 134 F.T.R. 1), McKeown J. declared that Chief Mitchell possesses an existing aboriginal but not a treaty right “to pass and repass freely across what is now the Canada-United States boundary including the right to bring goods from the United States into Canada for personal and community use without having to pay customs duties on those goods . . . . The aboriginal right includes the right to bring these goods from the United States into Canada for noncommercial scale trade with other First Nations” (p. 75). He found that the ancestors of the Akwesasne Mohawks lived in present-day New York State, with the Adirondack mountains representing the northern boundary of their territory. They travelled north into what is now Canada and crossed what is now the Canada-United States boundary, carrying with them goods for personal and community use. Further, he concluded that the area around Akwesasne was used by the Mohawks prior to the arrival of Europeans for the purposes of travel, diplomacy and trade. This history, he concluded, established an aboriginal right to bring goods across the present border free of duty, and to trade these goods with other First Nations.

6

McKeown J. accepted that the Mohawks, like other aboriginal societies of North America, were accustomed to the concept of boundaries and paying for the privilege of crossing arbitrary lines established by other peoples. However, he con-

## 153. Il est interdit :

. . . .

c) d’éluder ou de tenter d’éluder, délibérément et de quelque façon que ce soit, l’observation de la présente loi ou le paiement des droits qu’elle prévoit.

159. Constitue une infraction le fait d’introduire ou de tenter d’introduire en fraude au Canada, par contrebande ou non clandestinement, des marchandises passibles de droits ou dont l’importation est prohibée, contrôlée ou réglementée en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale.

III. Les décisions

En première instance ([1997] A.C.F. n° 882 (QL)) le juge McKeown déclare que le chef Mitchell jouit d’un droit ancestral existant, mais non d’un droit issu d’un traité, « de passer et de repasser librement l’actuelle frontière Canada-États-Unis, y compris le droit d’introduire au Canada, à partir des États-Unis, des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire, sans acquitter de droits de douane [. . .] Ce droit ancestral comprend le droit d’introduire ces marchandises au Canada à partir des États-Unis aux fins d’un petit négoce avec les autres Premières nations » (par. 304). Il conclut que les ancêtres des Mohawks d’Akwesasne vivaient dans l’État actuel de New York, et que les monts Adirondacks représentaient la frontière nord de leur territoire. Ils voyageaient au nord dans le Canada actuel et traversaient ce qui est maintenant la frontière entre le Canada et les États-Unis, transportant avec eux des marchandises à usage personnel et communautaire. En outre, il conclut qu’avant l’arrivée des Européens, les Mohawks se servaient de la région entourant Akwesasne pour les voyages, les affaires diplomatiques et le commerce. L’histoire, selon lui, a établi l’existence d’un droit ancestral d’apporter en franchise des marchandises à travers la frontière actuelle et d’en faire le commerce avec d’autres Premières nations.

Le juge McKeown convient que les Mohawks, comme d’autres sociétés autochtones en Amérique du Nord, étaient accoutumés à la notion de frontières et au paiement de redevances pour franchir des frontières arbitrairement fixées par d’autres

cluded that this did not negate a modern right to cross such boundaries duty-free because it merely constituted regulation of the underlying aboriginal right to bring goods across boundaries freely. The *Customs Act* did not extinguish this right because it too was merely regulatory.

The Federal Court of Appeal ([1999] 1 F.C. 375), *per* Sexton J.A., Isaac C.J. concurring, affirmed McKeown J.'s finding of an aboriginal right to bring goods into Canada duty-free, subject to limitations based on the evidence of the traditional range of Mohawk trading: the goods must have been purchased in New York State; the goods must be brought to a border crossing between New York and either Ontario or Quebec; and if destined for trade, such trade must be only with other aboriginal communities in those two provinces. Létourneau J.A. would have further narrowed the right by excluding a separate right of free passage across the border, requiring Mohawks seeking to exercise the right to report at the Cornwall customs office, and excluding a right to bring goods into Canada for trade purposes without the payment of customs duties.

#### IV. Issues

The issue on appeal is whether Chief Mitchell has an aboriginal right which precludes the imposition of duty under the *Customs Act* on certain imported goods. The issue can be addressed in the following manner:

- A. What is the Nature of Aboriginal Rights?
- B. What is the Aboriginal Right Claimed?
- C. Has the Claimed Aboriginal Right Been Established?
  - (1) Evidentiary Concerns — Proving Aboriginal Rights
  - (a) Admissibility of Evidence in Aboriginal Right Claims

peuples. Toutefois, il conclut que cela ne dénie pas le droit moderne de traverser ces frontières hors douane parce qu'il s'agit simplement d'une réglementation du droit ancestral sous-jacent de franchir librement les frontières avec des marchandises. La *Loi sur les douanes* n'a pas éteint ce droit parce qu'elle aussi n'est qu'une loi de réglementation.

Le juge Sexton de la Cour d'appel fédérale ([1999] 1 C.F. 375), avec l'appui du juge en chef Isaac, confirme la conclusion du juge McKeown quant au droit ancestral d'introduire des marchandises au Canada en franchise, sous réserve de restrictions fondées sur la preuve de l'étendue traditionnelle du commerce mohawk : les marchandises doivent avoir été achetées dans l'État de New York; elles doivent être apportées à une frontière séparant l'État de New York de l'Ontario ou du Québec; et, si elles sont destinées au commerce, ce ne peut être qu'un commerce avec d'autres collectivités autochtones dans ces deux provinces. Le juge Létourneau aurait restreint le droit davantage : il aurait exclu le droit autonome de traverser librement la frontière, en exigeant que les Mohawks qui cherchent à exercer ce droit se présentent au bureau de douane de Cornwall, et aurait exclu le droit d'introduire des marchandises au Canada à des fins commerciales sans acquitter de droits de douane.

#### IV. Les questions en litige

La question du pourvoi est de savoir si le chef Mitchell a un droit ancestral qui empêche l'imposition de droits en application de la *Loi sur les douanes* sur certaines marchandises importées. Cette question peut être traitée de la manière suivante :

- A. Quelle est la nature des droits ancestraux?
- B. Quel est le droit ancestral revendiqué?
- C. Le droit ancestral revendiqué a-t-il été établi?
  - (1) La preuve — Comment établir des droits ancestraux
  - a) L'admissibilité de la preuve dans les revendications de droits ancestraux

7

8

- (b) The Interpretation of Evidence in Aboriginal Right Claims
- (2) Does the Evidence Show an Ancestral Mohawk Practice of Trading North of the St. Lawrence River?
- (3) Does the Evidence Establish that the Alleged Practice of Trading Across the St. Lawrence River Was Integral to Mohawk Culture and Continuous to the Present Day?

D. Is the Claimed Right Barred from Recognition as Inconsistent with Crown Sovereignty?

Because I conclude that Chief Mitchell has not established an aboriginal right, I need not address questions of extinguishment, infringement and justification.

#### V. Analysis

##### A. *What is the Nature of Aboriginal Rights?*

Long before Europeans explored and settled North America, aboriginal peoples were occupying and using most of this vast expanse of land in organized, distinctive societies with their own social and political structures. The part of North America we now call Canada was first settled by the French and the British who, from the first days of exploration, claimed sovereignty over the land on behalf of their nations. English law, which ultimately came to govern aboriginal rights, accepted that the aboriginal peoples possessed pre-existing laws and interests, and recognized their continuance in the absence of extinguishment, by cession, conquest, or legislation: see, e.g., the *Royal Proclamation* of 1763, R.S.C. 1985, App. II, No. 1, and *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1103. At the same time, however, the Crown asserted that sovereignty over the land, and ownership of its underlying title, vested in the Crown: *Sparrow*, *supra*. With this assertion arose an obligation to treat aboriginal peoples fairly and honourably, and to protect them from exploitation, a duty character-

- b) L'interprétation de la preuve dans les revendications de droits ancestraux
- (2) La preuve révèle-t-elle l'existence d'une pratique ancestrale mohawk de commerce au nord du Saint-Laurent?
- (3) La preuve établit-elle que la pratique alléguée d'un commerce à travers le Saint-Laurent faisait partie intégrante de la culture mohawk et s'est poursuivie jusqu'à aujourd'hui?

D. La reconnaissance du droit revendiqué est-elle interdite en raison de son incompatibilité avec la souveraineté de la Couronne?

Comme je conclus que le chef Mitchell n'a pas établi l'existence d'un droit ancestral, je n'ai pas besoin de traiter des questions d'extinction, d'atteinte et de justification.

#### V. L'analyse

##### A. *Quelle est la nature des droits ancestraux?*

Bien avant que les Européens explorent l'Amérique du Nord et s'y installent, les peuples autochtones occupaient et utilisaient la plus grande partie de ce vaste territoire en sociétés organisées et distinctives possédant leurs propres structures sociales et politiques. Les Français et les Britanniques ont été les premiers colons à s'établir dans la partie de l'Amérique du Nord qu'on appelle maintenant le Canada et, dès les premiers temps de leur exploration, ils ont revendiqué la souveraineté sur le territoire au nom de leur nation respective. Le droit anglais, qui a fini par régir les droits des peuples autochtones, acceptait que les Autochtones possédaient des lois et des intérêts préexistants, et reconnaissait leur maintien s'ils n'étaient pas éteints par la cession, la conquête ou la loi : voir par exemple la *Proclamation royale* de 1763, L.R.C. 1985, App. II, n° 1, et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1103. Parallèlement, toutefois, Sa Majesté a affirmé sa souveraineté sur le territoire, et son titre sous-jacent à l'égard de ce territoire : *Sparrow*, précité. Cette 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, une

ized as “fiduciary” in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335.

obligation qualifiée d’« obligation de fiduciaire » dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

Accordingly, European settlement did not terminate the interests of aboriginal peoples arising from their historical occupation and use of the land. To the contrary, aboriginal interests and customary laws were presumed to survive the assertion of sovereignty, and were absorbed into the common law as rights, unless (1) they were incompatible with the Crown’s assertion of sovereignty, (2) they were surrendered voluntarily via the treaty process, or (3) the government extinguished them: see B. Slattery, “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727. Barring one of these exceptions, the practices, customs and traditions that defined the various aboriginal societies as distinctive cultures continued as part of the law of Canada: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, and *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1, at p. 57 (*per* Brennan J.), pp. 81-82 (*per* Deane and Gaudron JJ.), and pp. 182-83 (*per* Toohey J.).

En conséquence, l’établissement des Européens n’a pas mis fin aux intérêts des peuples autochtones qui découlaient de leur occupation et de leur utilisation historiques du territoire. Au contraire, les intérêts et les lois coutumières autochtones étaient présumés survivre à l’affirmation de souveraineté, et ont été incorporés dans la common law en tant que droits, sauf si : (1) ils étaient incompatibles avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne; (2) ils avaient été cédés volontairement par traité; ou (3) le gouvernement les avait éteints : voir B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727. En dehors de ces exceptions, les pratiques, coutumes et traditions qui définissaient les diverses sociétés autochtones comme des cultures distinctives continuaient de faire partie du droit canadien : voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Mabo c. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1, p. 57 (le juge Brennan), p. 81-82 (les juges Deane et Gaudron), et p. 182-183 (le juge Toohey).

The common law status of aboriginal rights rendered them vulnerable to unilateral extinguishment, and thus they were “dependent upon the good will of the Sovereign”: see *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), at p. 54. This situation changed in 1982, when Canada’s constitution was amended to entrench existing aboriginal and treaty rights: *Constitution Act, 1982*, s. 35(1). The enactment of s. 35(1) elevated existing common law aboriginal rights to constitutional status (although, it is important to note, the protection offered by s. 35(1) also extends beyond the aboriginal rights recognized at common law: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 136). Henceforward, aboriginal rights falling within the constitutional protection of s. 35(1) could not be unilaterally abrogated by the government. However, the government retained the jurisdiction to limit aboriginal rights for justifiable reasons, in the pursuit of substantial and compelling public objec-

Leur statut de droits de common law rendait les droits ancestraux vulnérables à l’extinction unilatérale et, en conséquence, ils [TRADUCTION] « dépendaient de la bonne volonté du Souverain » : *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), p. 54. Cette situation a changé en 1982, quand la Constitution canadienne a été amendée de façon à y inscrire les droits existants — ancestraux ou issus de traités : *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(1). L’édiction du par. 35(1) a conféré un statut constitutionnel aux droits autochtones existants en common law (quoiqu’il soit important de noter que la protection donnée par le par. 35(1) s’étend au-delà des droits autochtones reconnus en common law : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 136). Dès lors ces droits autochtones étaient couverts par la protection du par. 35(1) et ne pouvaient plus être unilatéralement abrogés par le gouvernement. Cependant, le gouvernement conservait le pouvoir de les restreindre

10

11

tives: see *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, and *Delgamuukw*, *supra*.

pour des motifs valables, dans la poursuite d'objectifs publics impérieux et réels : voir *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, et *Delgamuukw*, précité.

12

In the seminal cases of *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *Delgamuukw*, *supra*, this Court affirmed the foregoing principles and set out the test for establishing an aboriginal right. Since s. 35(1) is aimed at reconciling the prior occupation of North America by aboriginal societies with the Crown's assertion of sovereignty, the test for establishing an aboriginal right focuses on identifying the integral, defining features of those societies. Stripped to essentials, an aboriginal claimant must prove a modern practice, tradition or custom that has a reasonable degree of continuity with the practices, traditions or customs that existed prior to contact. The practice, custom or tradition must have been "integral to the distinctive culture" of the aboriginal peoples, in the sense that it distinguished or characterized their traditional culture and lay at the core of the peoples' identity. It must be a "defining feature" of the aboriginal society, such that the culture would be "fundamentally altered" without it. It must be a feature of "central significance" to the peoples' culture, one that "truly made the society what it was" (*Van der Peet*, *supra*, at paras. 54-59 (emphasis in original)). This excludes practices, traditions and customs that are only marginal or incidental to the aboriginal society's cultural identity, and emphasizes practices, traditions and customs that are vital to the life, culture and identity of the aboriginal society in question.

Dans les arrêts charnières *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *Delgamuukw*, précité, notre Cour confirme ces principes et énonce le critère permettant d'établir l'existence d'un droit ancestral. Comme le par. 35(1) vise à concilier l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, le critère d'existence d'un droit ancestral est axé sur les caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante de ces sociétés. Au strict essentiel, le demandeur autochtone doit établir l'existence d'une pratique, tradition ou coutume moderne qui a un degré raisonnable de continuité avec les pratiques, traditions ou coutumes qui existaient avant le contact avec les Européens. La pratique, coutume ou tradition doit avoir « fait . . . partie intégrante de la culture distinctive » autochtone, au sens où elle doit avoir distingué ou caractérisé leur culture traditionnelle et avoir été au cœur de leur identité. Elle doit être une « caractéristique déterminante » de la société autochtone, de sorte que la culture en cause serait « fondamentalement modifiée » sans elle. Il doit s'agir d'une caractéristique qui a une « importance fondamentale » dans la culture du peuple autochtone, qui « véritablement faisait de la société ce qu'elle était » (*Van der Peet*, précité, par. 54-59; souligné dans l'original). Cela exclut les pratiques, les traditions et les coutumes qui sont seulement marginales ou d'importance secondaire pour l'identité culturelle de la société autochtone, et met l'accent sur les pratiques, les traditions et les coutumes qui sont nécessaires à la vie, à la culture et à l'identité de la société autochtone en question.

13

Once an aboriginal right is established, the issue is whether the act which gave rise to the case at bar is an expression of that right. Aboriginal rights are not frozen in their pre-contact form: ancestral rights may find modern expression. The question is whether the impugned act represents the modern

Une fois établie l'existence d'un droit ancestral, il faut déterminer si l'acte qui est à l'origine du litige est une expression de ce droit. Les droits ancestraux ne sont pas figés dans l'état où ils se trouvaient avant le contact avec les Européens : ils peuvent trouver une expression moderne. La ques-

exercise of an ancestral practice, custom or tradition.

*B. What is the Aboriginal Right Claimed?*

Before we can address the question of whether an aboriginal right has been established, we must first characterize the right claimed. The event giving rise to litigation merely represents an alleged exercise of an underlying right; it does not, in itself, tell us the scope of the right claimed. Therefore it is necessary to determine the nature of the claimed right. At this initial stage of characterization, the focus is on ascertaining the true nature of the claim, not assessing the merits of this claim or the evidence offered in its support.

In *Van der Peet*, *supra*, at para. 53, the majority of this Court provided three factors that should guide a court's characterization of a claimed aboriginal right: (1) the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right; (2) the nature of the governmental legislation or action alleged to infringe the right, i.e. the conflict between the claim and the limitation; and (3) the ancestral traditions and practices relied upon to establish the right. The right claimed must be characterized in context and not distorted to fit the desired result. It must be neither artificially broadened nor narrowed. An overly narrow characterization risks the dismissal of valid claims and an overly broad characterization risks distorting the right by neglecting the specific culture and history of the claimant's society: see *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821.

Chief Mitchell characterizes his claim as the right to enter Canada from the United States with personal and community goods, without paying customs or duties, and the right to trade these goods with other First Nations. On the strength of this claimed right, he crossed the Canada-United States boundary with personal and community goods, the action giving rise to the case at bar. Although the motor oil was the only item transported by Chief Mitchell that was destined for

tion est de savoir si l'acte contesté constitue l'exercice moderne d'une pratique, coutume ou tradition ancestrale.

*B. Quel est le droit ancestral revendiqué?*

Avant de pouvoir déterminer si l'existence d'un droit ancestral a été établie, il faut caractériser le droit revendiqué. L'événement à l'origine du litige n'est que l'exercice allégué d'un droit sous-jacent; il ne révèle pas, en soi, la portée du droit revendiqué. Il faut donc déterminer la nature du droit revendiqué. Cette étape initiale de la définition est axée sur la nature véritable de la revendication, et non sur l'évaluation de son bien-fondé ou de la preuve présentée à son appui.

Dans *Van der Peet*, précité, par. 53, la majorité énonce trois facteurs qui devraient guider le tribunal dans la caractérisation d'un droit ancestral revendiqué : (1) la nature de l'acte qui, selon le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral; (2) la nature de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale qu'il dit porter atteinte au droit, c.-à-d. le conflit entre la revendication et la restriction; et (3) les traditions et pratiques ancestrales invoquées pour établir l'existence du droit. Le droit revendiqué doit être caractérisé en contexte et ne doit pas être déformé en fonction du résultat désiré. Il ne faut ni l'étendre ni le restreindre artificiellement. Une caractérisation trop étroite risque d'entraîner le rejet de revendications valides et une caractérisation trop large risque de déformer le droit en ne tenant pas compte de la culture et de l'histoire particulière de la société à laquelle appartient le demandeur : voir *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821.

Le chef Mitchell définit le droit revendiqué comme étant le droit d'entrer au Canada en provenance des États-Unis avec des marchandises d'usage personnel et communautaire, sans acquitter de droits de douane, et le droit d'en faire le commerce avec d'autres Premières nations. Fort du droit revendiqué, il a traversé la frontière entre les États-Unis et le Canada avec des marchandises d'usage personnel et communautaire, et cet acte a donné lieu au présent litige. Même si l'huile à

14

15

16

resale, it can only be concluded that Chief Mitchell's actions — and his case — focused in fact on trade. The claimants asserted that "trade and commerce [is] central to their soul". Witness after witness was asked to describe historical Mohawk trading practices. Furthermore, when Chief Mitchell exercised his alleged right, all of the goods brought into Canada were trade-related: they were intended as gifts to seal a trade agreement with Tyendinaga and to signify renewed trading relations, in accordance with customary practice. Therefore the first factor, the action claimed as an exercise of an aboriginal right, suggests that the heart of the claim is the right to bring goods across the Canada-United States border for purposes of trade.

moteur était le seul article transporté par le chef Mitchell qui était destiné à la revente, nous devons conclure que les actes du chef Mitchell — et sa cause — étaient en fait axés sur le commerce. Les demandeurs ont affirmé que [TRADUCTION] « le commerce se situe au centre même [de leur] mode de vie ». On a demandé à de nombreux témoins de décrire les pratiques commerciales historiques des Mohawks. En outre, quand le chef Mitchell a exercé le droit qu'il revendique, toutes les marchandises apportées au Canada étaient liées au commerce : elles devaient être offertes pour conclure une entente commerciale avec les Tyendinaga et pour relancer les rapports commerciaux avec eux, conformément à la pratique coutumière. En conséquence, le premier facteur, l'acte censé constituer l'exercice d'un droit ancestral, indique que le droit de traverser la frontière entre le Canada et les États-Unis avec des marchandises, à des fins commerciales, est au cœur de la revendication en l'espèce.

17 The second factor, the nature of the conflict between the claimed right and the relevant legislation, while more neutral, does not displace this conclusion. The law in conflict with the alleged right is the *Customs Act*. It applies both to personal goods and goods for trade.

Le deuxième facteur, la nature du conflit entre le droit revendiqué et la loi pertinente, bien que plus neutre, n'écarter pas cette conclusion. La loi en conflit avec le droit revendiqué est la *Loi sur les douanes*. Elle s'applique tant aux marchandises d'usage personnel qu'aux marchandises d'usage commercial.

18 The third factor to be considered in characterizing the claim is the relevant traditions and practices of the aboriginal people in question. The ancestral aboriginal practices upon which the claimant relies provide a strong indication of the nature and scope of the right claimed. In this case, the claimants emphasize their ancestral trading practices; indeed these practices and the alleged limitations on them raised by the appellant, lie at the heart of the case. As noted, the claimants assert that historically "trade and commerce [is] central to their soul". One of the claimant's expert witnesses testified that trade "came as easily to the Iroquois as living and breathing". The government, while not denying that the Mohawks traditionally traded, asserts that such trade did not extend north into what is now Canada and that, in any event, the Mohawks traditionally accepted the custom of pay-

Le troisième facteur à examiner pour caractériser le droit revendiqué concerne les traditions et pratiques des peuples autochtones en question. Les pratiques ancestrales autochtones que le demandeur invoque sont une forte indication de la nature et de la portée du droit revendiqué. En l'espèce, les demandeurs mettent l'accent sur leurs pratiques commerciales ancestrales; en fait, ces pratiques, et leur restriction contestée par l'appelant, sont au cœur du présent litige. Comme nous l'avons noté, les demandeurs affirment qu'historiquement, [TRADUCTION] « le commerce se situe au centre même [de leur] mode de vie ». Un des témoins experts du demandeur a déclaré que le commerce était une activité [TRADUCTION] « parfaitement naturelle » pour les Iroquois. Le gouvernement, sans nier que les Mohawks faisaient traditionnellement du commerce, soutient que ce commerce ne s'étendait pas

ing tributes and duties to cross boundaries established by other polities.

I conclude that the *Van der Peet* factors of the impugned action, the governmental action or legislation with which it conflicts, and the ancestral practice relied on, all suggest the claim here is properly characterized as the right to bring goods across the Canada-United States boundary at the St. Lawrence River for purposes of trade.

It may be tempting for a claimant or a court to tailor the right claimed to the contours of the specific act at issue. In this case, for example, Chief Mitchell seeks to limit the scope of his claimed trading rights by designating specified trading partners. Originally, he claimed the right to trade with other First Nations in Canada. After the Federal Court of Appeal decision, he further limited his claim to trade with First Nations in Quebec and Ontario. These self-imposed limitations may represent part of Chief Mitchell's commendable strategy of negotiating with the government and minimizing the potential effects on its border control. However, narrowing the claim cannot narrow the aboriginal practice relied upon, which is what defines the right. The essence of the alleged Mohawk tradition was not to bring goods across the St. Lawrence River to trade with designated communities, but rather to simply bring goods to trade. As a matter of necessity, pre-contact trading partners were confined to other First Nations, but this historical fact is incidental to the claim — the right to cross the St. Lawrence River with goods for personal use and trade. For example, in *Gladstone*, *supra*, the majority of this Court found an aboriginal right to engage in the commercial trade of herring spawn, but did not then proceed to restrict the Heiltsuk to their pre-contact First Nations trading partners. Moreover, it is difficult to imagine how limitations on trading partners would operate in practice. If Chief Mitchell trades goods to First Nations in Ontario and Quebec,

vers le nord en territoire canadien actuel et que, quoi qu'il en soit, les Mohawks avaient traditionnellement accepté la coutume de payer des tributs et des droits pour traverser les frontières établies par d'autres entités politiques.

Je conclus que les facteurs énumérés dans *Van der Peet*, soit l'acte contesté, la mesure gouvernementale ou la loi avec laquelle il entre en conflit et la pratique ancestrale invoquée, indiquent tous que la revendication en l'espèce est caractérisée à juste titre comme étant le droit de transporter des marchandises à travers la frontière entre le Canada et les États-Unis, par le fleuve Saint-Laurent, à des fins commerciales.

Il peut être tentant pour le demandeur ou le tribunal de délimiter le droit revendiqué selon les contours de l'acte en cause. En l'espèce, par exemple, le chef Mitchell cherche à limiter la portée des droits de commerce revendiqués en désignant spécifiquement les partenaires commerciaux. Initialement, il revendiquait le droit de faire du commerce avec d'autres Premières nations au Canada. Après l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, il a restreint davantage la portée de sa revendication au droit de faire du commerce avec des Premières nations au Québec et en Ontario. Ces restrictions qu'il s'impose font peut-être partie de la stratégie louable du chef Mitchell de négocier avec le gouvernement et de minimiser les effets potentiels de la revendication sur le contrôle des frontières. Cependant, le fait de restreindre la revendication ne peut avoir pour effet de restreindre la pratique autochtone invoquée, qui définit le droit. L'essence de la tradition mohawk invoquée n'était pas de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises pour faire du commerce avec des communautés désignées, mais tout simplement de rapporter des marchandises en vue de faire du commerce. Avant le contact avec les Européens, les partenaires commerciaux se limitaient nécessairement aux autres Premières nations, mais cette réalité historique est d'importance secondaire par rapport à la revendication — le droit de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises destinées à un usage personnel et commercial. Par exemple, dans l'arrêt *Gladstone*, précité, la majorité conclut

19

20

there is nothing to prevent them from trading the goods with anyone else in Canada, aboriginal or not. Thus, the limitations placed on the trading right by Chief Mitchell and the courts below artificially narrow the claimed right and would, at any rate, prove illusory in practice.

à l'existence d'un droit ancestral de faire le commerce de la rogue de hareng, mais ne limite pas ensuite le droit des Heiltsuk aux partenaires commerciaux qu'ils avaient parmi les Premières nations avant le contact avec les Européens. En outre, il est difficile d'imaginer comment s'appliqueraient dans les faits des restrictions quant aux partenaires commerciaux. Si le chef Mitchell fait le commerce de marchandises avec des Premières nations en Ontario et au Québec, rien n'empêche celles-ci de faire le commerce de ces marchandises avec n'importe qui d'autre au Canada, autochtone ou non. En conséquence, les restrictions que le chef Mitchell et les juridictions inférieures ont imposées au droit de commercer restreignent artificiellement le droit revendiqué et, en tout état de cause, seraient illusoirs.

21

The trial judge characterized the right claimed as including a right to engage in "small, noncommercial scale trade" (p. 12). He does not make it clear what inferences arise from this characterization, but one possible inference might be that evidence of minimal pre-contact trade would suffice to establish the right. I note without comment the practical difficulties inherent in defining "small, noncommercial scale trade" and the obvious fact that many small acts of trade may add up to more major trade. For purposes of this appeal, it suffices to note that Chief Mitchell did not seek at trial to limit his claim to small-scale or noncommercial trade. While he did not claim a right to trade goods brought across the border in the commercial mainstream, he did assert a right to trade with other First Nations, without qualifying the scale of such trade. He then called evidence emphasizing the centrality of trade to the ancestral Mohawk way of life. Moreover, his express purpose in transporting the goods across the border was the revival of trading relations with a neighbouring community. In these circumstances, it seems inappropriate to place much weight on the limitation proposed by

Le juge de première instance caractérise le droit revendiqué comme comprenant un droit de se livrer à un « petit négoce d'une ampleur non commerciale » (par. 34). Il n'indique pas clairement les conséquences de cette caractérisation, mais l'une d'elles pourrait être que la preuve d'un commerce minime avant le contact avec les Européens suffirait pour établir l'existence du droit. Je note, sans autre commentaire, les difficultés pratiques inhérentes à la définition d'un « petit négoce d'une ampleur non commerciale », et le fait évident que de nombreux petits actes de commerce peuvent devenir un commerce de grande ampleur. Pour les fins du présent pourvoi, il suffit de noter que le chef Mitchell n'a pas cherché au procès à limiter sa revendication à des échanges de petite ampleur ou non commerciaux. Bien qu'il n'ait pas revendiqué le droit de faire ce commerce des marchandises importées sur le marché général, il revendique un droit de commercer avec d'autres Premières nations, sans qualifier l'ampleur de ce commerce. Il a ensuite présenté des preuves tendant à démontrer que le commerce était au centre même du mode de vie mohawk ancestral. De plus, lorsqu'il a traversé la frontière avec les marchandises, il visait expressément à relancer des rapports commerciaux avec une communauté voisine. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu d'accorder beaucoup d'importance à la restriction proposée par la Cour fédérale, et le droit revendiqué est mieux caracté-

the Federal Court, and the claimed right is best characterized as a right to trade *simpliciter*.

In another attempt at limitation, Chief Mitchell denies that his claim entails the right to pass freely over the border, i.e., mobility rights. Perhaps recognizing that mobility has become a contentious issue in recent cases (e.g., *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455 (C.A.); *R. v. Campbell* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 1 (B.C.S.C.)), he answers that his claim is contingent on his existing right to enter Canada pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2. He does not seek a right to enter Canada because he does not require such a right. Again, however, narrowing the claim cannot narrow the aboriginal practice that defines the claimed right. An aboriginal right, once established, generally encompasses other rights necessary to its meaningful exercise. In *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, for example, it was held that the right to fish for food in a specified territory necessarily encompassed a right of physical access to that territory. The evidence in the present case showed that trade involved travel. It follows that any finding of a trading right would also confirm a mobility right.

The Attorney General of Manitoba raises two additional points about the characterization of the right. First, he argues that the claim should not be characterized in the negative. The original claim was to bring goods across the border “without having to pay any duty or taxes whatsoever to any Canadian government or authority”. Manitoba argues that the right should be characterized simply as a right to bring goods, without qualification. I agree. As in the fishing and hunting cases, once an existing right is established, any restriction on that right through the imposition of duties or taxes should be considered at the infringement stage: see, e.g., *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *Côté*, *supra*; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Gladstone*, *supra*; see also *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771. The right claimed in those cases was

risé comme étant simplement un droit de commercer.

Dans une autre tentative de restriction, le chef Mitchell nie que sa revendication suppose le droit de traverser librement la frontière, c.-à-d. la liberté de circulation. Reconnaissant peut-être que cette question est devenue un sujet très contentieux dans la jurisprudence récente (p. ex. *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455 (C.A.); *R. c. Campbell* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 1 (C.S.C.-B.)), il répond que sa revendication repose sur son droit existant d’entrer au Canada conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2. Il ne revendique pas un droit d’entrer au Canada parce qu’il n’a pas besoin d’un tel droit. Encore une fois, cependant, le fait de restreindre la revendication ne peut avoir pour effet de restreindre la pratique autochtone qui définit le droit revendiqué. Un droit ancestral, une fois établi, englobe généralement d’autres droits nécessaires à son exercice réel. L’arrêt *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par exemple, conclut que le droit de pêcher à des fins alimentaires dans un territoire donné comprend nécessairement le droit d’accéder à ce territoire. La preuve en l’espèce montre que le commerce impliquait des déplacements. En conséquence, une conclusion quant à un droit de commercer confirmerait également une liberté de circulation.

Le procureur général du Manitoba soulève deux autres points concernant la définition du droit en cause. Premièrement, il soutient que la revendication ne devrait pas être caractérisée par la négative. La revendication initiale était de traverser la frontière avec des marchandises [TRADUCTION] « sans avoir à acquitter à un gouvernement ou autre autorité canadienne des taxes ou des droits de douane ». Le Manitoba soutient que le droit devrait être caractérisé simplement comme un droit de rapporter des marchandises. Je suis d’accord. Comme dans les affaires de pêche et de chasse, une fois que l’existence d’un droit est établie, toute restriction à ce droit par l’imposition de droits ou de taxes devrait être examinée à l’étape de l’atteinte : voir p. ex. *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *Côté*, précité; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S.

22

23

not the right “to fish (or hunt) without restriction”. Similarly, here the right is not “to bring trade goods without having to pay duty”; properly defined, the right claimed is to bring trade goods *simpliciter*.

1013; *Gladstone*, précité; voir aussi *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771. Le droit revendiqué dans ces affaires n’était pas le droit de « pêcher (ou de chasser) sans restriction ». De même, le droit en cause en l’espèce n’est pas un droit « de rapporter des marchandises commerciales sans avoir à acquitter de droits de douane »; il faut définir le droit revendiqué comme étant simplement le droit de rapporter des marchandises commerciales.

24 Manitoba also argues that the right should not be construed as a right to cross the border. Technically this argument is correct, as the border is a construction of newcomers. Aboriginal rights are based on aboriginal practices, customs and traditions, not those of newcomers. This objection can be dealt with simply: the right claimed should be to bring goods across the St. Lawrence River (which always existed) rather than across the border. In modern terms, the two are equivalent.

Le Manitoba dit aussi que le droit en question ne devrait pas être interprété comme étant un droit de traverser la frontière. Techniquement, cet argument est correct parce que la frontière est une création des nouveaux arrivants. Les droits ancestraux sont fondés sur les pratiques, coutumes et traditions autochtones, et non sur celles des nouveaux arrivants. Cette objection peut être traitée simplement : le droit revendiqué devrait être le droit de traverser le Saint-Laurent (qui a toujours existé) avec des marchandises plutôt que le droit de traverser la frontière avec des marchandises. En langage contemporain, les deux sont équivalents.

25 Properly characterized, then, the right claimed in this case is the right to bring goods across the St. Lawrence River for the purposes of trade.

Ainsi, correctement défini, le droit revendiqué en l’espèce est le droit de traverser le fleuve Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales.

*C. Has the Claimed Aboriginal Right Been Established?*

*C. Le droit ancestral revendiqué a-t-il été établi?*

26 *Van der Peet* set out the test for establishing an aboriginal right protected under s. 35(1). Briefly stated, the claimant is required to prove: (1) the existence of the ancestral practice, custom or tradition advanced as supporting the claimed right; (2) that this practice, custom or tradition was “integral” to his or her pre-contact society in the sense it marked it as distinctive; and (3) reasonable continuity between the pre-contact practice and the contemporary claim. I will consider each of these elements in turn. First, however, it is necessary to consider the evidence upon which claims may be proved, and the approach courts should adopt in interpreting such evidence.

L’arrêt *Van der Peet* formule le critère applicable pour établir l’existence d’un droit ancestral protégé par le par. 35(1). En bref, le demandeur doit prouver : (1) l’existence de la pratique, coutume ou tradition ancestrale alléguée à l’appui du droit revendiqué; (2) que cette pratique, coutume ou tradition faisait « partie intégrante » de la société autochtone avant le contact avec les Européens au sens où elle la caractérisait comme étant distinctive; et (3) une continuité raisonnable entre la pratique existant avant le contact avec les Européens et la revendication contemporaine. J’examinerai chaque élément à tour de rôle. Toutefois, il faut d’abord considérer la preuve qui permettra d’établir les revendications, et la démarche que les tribunaux devraient adopter pour l’interpréter.

(1) Evidentiary Concerns — Proving Aboriginal Rights

Aboriginal right claims give rise to unique and inherent evidentiary difficulties. Claimants are called upon to demonstrate features of their pre-contact society, across a gulf of centuries and without the aid of written records. Recognizing these difficulties, this Court has cautioned that the rights protected under s. 35(1) should not be rendered illusory by imposing an impossible burden of proof on those claiming this protection (*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 408). Thus in *Van der Peet*, *supra*, the majority of this Court stated that “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” (para. 68).

This guideline applies both to the admissibility of evidence and weighing of aboriginal oral history (*Van der Peet*, *supra*; *Delgamuukw*, *supra*, at para. 82).

(a) *Admissibility of Evidence in Aboriginal Right Claims*

Courts render decisions on the basis of evidence. This fundamental principle applies to aboriginal claims as much as to any other claim. *Van der Peet* and *Delgamuukw* affirm the continued applicability of the rules of evidence, while cautioning that these rules must be applied flexibly, in a manner commensurate with the inherent difficulties posed by such claims and the promise of reconciliation embodied in s. 35(1). This flexible application of the rules of evidence permits, for example, the admissibility of evidence of post-contact activities to prove continuity with pre-contact practices, customs and traditions (*Van der Peet*, *supra*, at para. 62) and the meaningful consideration of various forms of oral history (*Delgamuukw*, *supra*).

(1) La preuve — Comment établir des droits ancestraux

La revendication de droits ancestraux soulève des difficultés de preuve intrinsèques et uniques. Les demandeurs doivent établir les caractéristiques de leur société avant le contact avec les Européens, par-delà des siècles et sans l'aide d'écrits. Reconnaissant ces difficultés, notre Cour a fait une mise en garde contre la possibilité de rendre illusoires les droits protégés par le par. 35(1) en imposant un fardeau de preuve impossible à ceux qui revendiquent cette protection (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 408). Ainsi, dans *Van der Peet*, précité, la majorité de la Cour affirme que « le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit » (par. 68).

Ce principe s'applique à la fois à l'admissibilité de la preuve et à l'appréciation des récits oraux autochtones (*Van der Peet*, précité; *Delgamuukw*, précité, par. 82).

a) *L'admissibilité de la preuve dans les revendications de droits ancestraux*

Les tribunaux rendent leurs décisions en se fondant sur la preuve. Ce principe fondamental s'applique aux revendications autochtones comme à toute autre revendication. *Van der Peet* et *Delgamuukw* réaffirment la continuité des règles de preuve avec la mise en garde de les appliquer avec souplesse, d'une façon adaptée aux difficultés inhérentes à de telles réclamations et à la promesse de conciliation confirmée au par. 35(1). Cette souplesse d'application des règles de preuve permet, par exemple, l'admission de preuves d'activités postérieures au contact avec les Européens, qui visent à établir la continuité avec les pratiques, coutumes et traditions antérieures au contact (*Van der Peet*, précité, par. 62) et l'examen utile de diverses formes de récits oraux (*Delgamuukw*, précité).

27

28

29

30 The flexible adaptation of traditional rules of evidence to the challenge of doing justice in aboriginal claims is but an application of the time-honoured principle that the rules of evidence are not “cast in stone, nor are they enacted in a vacuum” (*R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 487). Rather, they are animated by broad, flexible principles, applied purposively to promote truth-finding and fairness. The rules of evidence should facilitate justice, not stand in its way. Underlying the diverse rules on the admissibility of evidence are three simple ideas. First, the evidence must be useful in the sense of tending to prove a fact relevant to the issues in the case. Second, the evidence must be reasonably reliable; unreliable evidence may hinder the search for the truth more than help it. Third, even useful and reasonably reliable evidence may be excluded in the discretion of the trial judge if its probative value is overshadowed by its potential for prejudice.

31 In *Delgamuukw*, mindful of these principles, the majority of this Court held that the rules of evidence must be adapted to accommodate oral histories, but did not mandate the blanket admissibility of such evidence or the weight it should be accorded by the trier of fact; rather, it emphasized that admissibility must be determined on a case-by-case basis (para. 87). Oral histories are admissible as evidence where they are both useful and reasonably reliable, subject always to the exclusionary discretion of the trial judge.

32 Aboriginal oral histories may meet the test of usefulness on two grounds. First, they may offer evidence of ancestral practices and their significance that would not otherwise be available. No other means of obtaining the same evidence may exist, given the absence of contemporaneous records. Second, oral histories may provide the aboriginal perspective on the right claimed. Without such evidence, it might be impossible to gain a true picture of the aboriginal practice relied on or its significance to the society in question. Determining what practices existed, and distinguishing central, defining features of a culture from traits

L’adaptation souple des règles traditionnelles de preuve au défi de rendre justice dans les revendications autochtones n’est qu’une application du principe traditionnel selon lequel les règles de preuve n’ont rien d’« immuable et n’ont pas été établies dans l’abstrait » (*R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, p. 487). Elles s’inspirent plutôt de principes larges et souples, appliqués dans le but de promouvoir la recherche de la vérité et l’équité. Les règles de preuve devraient favoriser la justice, et non pas y faire obstacle. Les différentes règles d’admissibilité de la preuve reposent sur trois idées simples. Premièrement, la preuve doit être utile au sens où elle doit tendre à prouver un fait pertinent quant au litige. Deuxièmement, la preuve doit être raisonnablement fiable; une preuve non fiable est davantage susceptible de nuire à la recherche de la vérité que de la favoriser. Troisièmement, même une preuve utile et raisonnablement fiable peut être exclue à la discrétion du juge de première instance si le préjudice qu’elle peut causer l’emporte sur sa valeur probante.

Dans *Delgamuukw*, la majorité, tenant compte de ces principes, conclut que les règles de preuve doivent être adaptées aux récits oraux, mais elle n’impose pas leur admissibilité générale ni la valeur que devrait leur accorder le juge des faits; elle souligne plutôt que l’admissibilité doit être décidée cas par cas (par. 87). Les récits oraux sont admissibles en preuve lorsqu’ils sont à la fois utiles et raisonnablement fiables, sous réserve toujours du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de les exclure.

Les récits oraux autochtones peuvent satisfaire au critère de l’utilité de deux façons. Premièrement, ils peuvent offrir une preuve de pratiques ancestrales et de leur importance, qui ne pourrait être obtenue autrement. Il peut n’exister aucun autre moyen d’obtenir la même preuve, compte tenu de l’absence d’archives contemporaines. Deuxièmement, les récits oraux peuvent fournir le point de vue autochtone sur le droit revendiqué. Sans cette preuve, il serait peut-être impossible de se faire une idée exacte de la pratique autochtone invoquée ou de sa signification pour la société en question. Il n’est pas facile après 400 ans de déter-

that are marginal or peripheral, is no easy task at a remove of 400 years. Cultural identity is a subjective matter and not easily discerned: see R. L. Barsh and J. Y. Henderson, "The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand" (1997), 42 *McGill L.J.* 993, at p. 1000, and J. Woodward, *Native Law* (loose-leaf), at p. 137. Also see *Sparrow*, *supra*, at p. 1103; *Delgamuukw*, *supra*, at paras. 82-87, and J. Borrows, "The Trickster: Integral to a Distinctive Culture" (1997), 8 *Constitutional Forum* 27.

The second factor that must be considered in determining the admissibility of evidence in aboriginal cases is reliability: does the witness represent a reasonably reliable source of the particular people's history? The trial judge need not go so far as to find a special guarantee of reliability. However, inquiries as to the witness's ability to know and testify to orally transmitted aboriginal traditions and history may be appropriate both on the question of admissibility and the weight to be assigned the evidence if admitted.

In determining the usefulness and reliability of oral histories, judges must resist facile assumptions based on Eurocentric traditions of gathering and passing on historical facts and traditions. Oral histories reflect the distinctive perspectives and cultures of the communities from which they originate and should not be discounted simply because they do not conform to the expectations of the non-aboriginal perspective. Thus, *Delgamuukw* cautions against facetiously rejecting oral histories simply because they do not convey "historical" truth, contain elements that may be classified as mythology, lack precise detail, embody material tangential to the judicial process, or are confined to the community whose history is being recounted.

In this case, the parties presented evidence from historians and archaeologists. The aboriginal perspective was supplied by oral histories of elders such as Grand Chief Mitchell. Grand Chief

miner quelles pratiques existaient et de distinguer les caractéristiques principales et déterminantes d'une culture de celles qui sont marginales. L'identité culturelle est une question subjective difficile à saisir : voir R. L. Barsh et J. Y. Henderson, « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993, p. 1000; et J. Woodward, *Native Law* (feuilles mobiles), p. 137. Voir aussi *Sparrow*, précité, p. 1103; *Delgamuukw*, précité, par. 82-87; et J. Borrows, « The Trickster: Integral to a Distinctive Culture » (1997), 8 *Forum Constitutionnel* 27.

Le deuxième facteur à examiner dans la détermination de l'admissibilité de la preuve dans les affaires autochtones est la fiabilité : le témoin est-il une source raisonnablement fiable pour l'histoire du peuple en cause? Le juge de première instance n'est pas tenu de rechercher une garantie spéciale de fiabilité. Cependant, pour les questions de l'admissibilité de la preuve et, si elle est admise, du poids à lui accorder, il peut être approprié de s'enquérir de la connaissance du témoin des traditions et de l'histoire autochtones transmises oralement et de sa capacité de témoigner sur celles-ci.

Pour déterminer l'utilité et la fiabilité des récits oraux, les juges doivent se garder de faire des suppositions faciles fondées sur les traditions eurocentriques de collecte et de transmission des traditions et des faits historiques. Les récits oraux reflètent les perspectives et les cultures distinctives des communautés dont ils sont issus et ne devraient pas être écartés pour le simple motif qu'ils ne sont pas conformes aux attentes d'un point de vue non autochtone. D'où les mises en garde énoncées dans *Delgamuukw* de ne pas rejeter à la légère des récits oraux pour la simple raison qu'ils ne transmettent pas la vérité « historique », comportent des éléments mythologiques, manquent de détails précis, renferment des données tangentielles au processus judiciaire ou se limitent à la communauté dont ils retracent l'histoire.

En l'espèce, les parties ont présenté des témoignages d'historiens et d'archéologues. Les récits oraux d'ainés, dont le grand chef Mitchell, ont fourni le point de vue autochtone. Le témoignage

33

34

35

Mitchell's testimony, confirmed by archaeological and historical evidence, was especially useful because he was trained from an early age in the history of his community. The trial judge found his evidence credible and relied on it. He did not err in doing so and we may do the same.

(b) *The Interpretation of Evidence in Aboriginal Right Claims*

36

The second facet of the *Van der Peet* approach to evidence, and the more contentious issue in the present case, relates to the interpretation and weighing of evidence in support of aboriginal claims once it has cleared the threshold for admission. For the most part, the rules of evidence are concerned with issues of admissibility and the means by which facts may be proved. As J. Sopinka and S. N. Lederman observe, "[t]he value to be given to such facts does not . . . lend itself as readily to precise rules. Accordingly, there are no absolute principles which govern the assessment of evidence by the trial judge" (*The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), at p. 524). This Court has not attempted to set out "precise rules" or "absolute principles" governing the interpretation or weighing of evidence in aboriginal claims. This reticence is appropriate, as this process is generally the domain of the trial judge, who is best situated to assess the evidence as it is presented, and is consequently accorded significant latitude in this regard. Moreover, weighing evidence is an exercise inherently specific to the case at hand.

37

Nonetheless, the present case requires us to clarify the general principles laid down in *Van der Peet* and *Delgamuukw* regarding the assessment of evidence in aboriginal right claims. The requirement that courts interpret and weigh the evidence with a consciousness of the special nature of aboriginal claims is critical to the meaningful protection of s. 35(1) rights. As Lamer C.J. observed in *Delgamuukw*, the admission of oral histories represents a hollow recognition of the aboriginal

du grand chef Mitchell, confirmé par la preuve archéologique et historique, était particulièrement utile, parce qu'il a commencé très jeune à apprendre l'histoire de sa communauté. Le juge de première instance a conclu que son témoignage était crédible et s'est fondé sur celui-ci. Il n'a pas commis d'erreur en cela et nous pouvons faire de même.

b) *L'interprétation de la preuve dans les revendications de droits ancestraux*

Le deuxième aspect de la démarche de l'arrêt *Van der Peet* en matière de preuve, un aspect plus litigieux en l'espèce, se rapporte à l'interprétation et à l'appréciation de la preuve présentée à l'appui de revendications autochtones une fois qu'elle a satisfait au critère d'admissibilité. Pour la plupart, les règles de preuve concernent les questions d'admissibilité et les moyens par lesquels les faits peuvent être établis. J. Sopinka et S. N. Lederman font remarquer que [TRADUCTION] « [l]a question de la valeur à accorder à de tels faits ne . . . se prête pas facilement à l'établissement de règles précises. En conséquence, il n'existe pas de principes absolus qui régissent l'appréciation de la preuve par le juge de première instance » (*The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), p. 524). Notre Cour n'a pas essayé d'établir des « règles précises » ou des « principes absolus » régissant l'interprétation ou l'appréciation de la preuve dans les revendications autochtones. Cette réticence est appropriée parce que cette tâche relève généralement du juge de première instance, qui est le mieux placé pour apprécier la preuve présentée et qui possède donc une grande latitude à cet égard. En outre, l'appréciation de la preuve est un exercice propre à l'affaire dont le tribunal est saisi.

Quoi qu'il en soit, la présente affaire nous oblige à clarifier les principes généraux énoncés dans *Van der Peet* et *Delgamuukw* quant à l'appréciation de la preuve dans les revendications de droits ancestraux. L'obligation pour les tribunaux d'interpréter et d'apprécier la preuve en étant conscients de la nature particulière des revendications autochtones est essentielle à la protection réelle des droits prévus au par. 35(1). Comme le juge en chef Lamer l'a noté dans *Delgamuukw*, l'admission en preuve

perspective where this evidence is then systematically and consistently undervalued or deprived of all independent weight (para. 98). Thus, it is imperative that the laws of evidence operate to ensure that the aboriginal perspective is “given due weight by the courts” (para. 84).

Again, however, 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, which, as they relate to the valuing of evidence, are often synonymous with the “general principles of common sense” (Sopinka and Lederman, *supra*, at p. 524). As Lamer C.J. emphasized in *Delgamuukw*, *supra*, at para. 82:

[A]boriginal rights are truly *sui generis*, and demand a unique approach to the treatment of evidence which accords due weight to the perspective of aboriginal peoples. However, that accommodation must be done in a manner which does not strain “the Canadian legal and constitutional structure” [*Van der Peet*, at para. 49]. Both the principles laid down in *Van der Peet* — first, that trial courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims, and second, that trial courts must interpret that evidence in the same spirit — must be understood against this background. [Emphasis added.]

There is a boundary that must not be crossed between a sensitive application and a complete abandonment of the rules of evidence. As Binnie J. observed in the context of treaty rights, “[g]enerous rules of interpretation should not be confused with a vague sense of after-the-fact largesse” (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 14). In particular, the *Van der Peet* approach does not operate to amplify the cogency of evidence adduced in support of an aboriginal claim. Evidence advanced in support of aboriginal claims, like the evidence

de récits oraux représente une reconnaissance creuse du point de vue autochtone lorsque ces éléments de preuve sont par la suite systématiquement sous-estimés ou privés de toute valeur probante indépendante (par. 98). Il est donc impératif que les règles de preuve garantissent que « les tribunaux accordent le poids qui convient » au point de vue des autochtones (par. 84).

Encore une fois, cependant, il faut souligner qu’être conscient de la nature particulière des revendications autochtones n’empêche pas d’appliquer les principes généraux de preuve. S’il ne faut pas sous-estimer la preuve présentée à l’appui des revendications autochtones, il ne faut pas non plus l’interpréter ou l’apprécier d’une manière fondamentalement contraire aux principes du droit de la preuve qui, en matière d’appréciation de la preuve, correspondent souvent aux [TRADUCTION] « principes généraux de bon sens » (Sopinka et Lederman, *op. cit.*, p. 524). Comme le souligne le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw*, par. 82 :

[L]es droits ancestraux sont véritablement des droits *sui generis* qui exigent, quant au traitement de la preuve, une approche unique, accordant le poids qu’il faut au point de vue des peuples autochtones. Toutefois, l’adaptation doit se faire d’une manière qui ne fasse pas entorse à « l’organisation juridique et constitutionnelle du Canada » [*Van der Peet*, par. 49]. Les deux principes exposés dans *Van der Peet* — premièrement, le fait que les tribunaux de première instance doivent aborder les règles de preuve en tenant compte des difficultés de preuve inhérentes à l’examen des revendications de droits ancestraux, et, deuxièmement, le fait que les tribunaux de première instance doivent interpréter cette preuve dans le même esprit — doivent être compris dans ce contexte. [Je souligne.]

Il y a une limite à ne pas franchir entre l’application éclairée des règles de preuve et l’abandon complet de ces règles. Comme le note le juge Binnie dans le contexte des droits issus de traités, « [i]l ne faut pas confondre les règles “généreuses” d’interprétation avec un vague sentiment de largesse a posteriori » (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14). En particulier, la démarche de l’arrêt *Van der Peet* n’a pas pour effet d’augmenter la force probante de la preuve soumise à l’appui d’une revendication autochtone. La preuve

38

39

offered in any case, can run the gamut of cogency from the highly compelling to the highly dubious. Claims must still be established on the basis of persuasive evidence demonstrating their validity on the balance of probabilities. Placing “due weight” on the aboriginal perspective, or ensuring its supporting evidence an “equal footing” with more familiar forms of evidence, means precisely what these phrases suggest: equal and due treatment. While the evidence presented by aboriginal claimants should not be undervalued “simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case” (*Van der Peet, supra*, at para. 68), neither should it be artificially strained to carry more weight than it can reasonably support. If this is an obvious proposition, it must nonetheless be stated.

à l'appui des revendications autochtones, comme la preuve produite dans n'importe quelle affaire, peut couvrir toute la gamme des forces probantes, de la preuve hautement convaincante à la preuve hautement contestable. Il faut encore établir le bien-fondé des revendications sur la base d'une preuve convaincante qui démontre leur validité selon la prépondérance des probabilités. Dire qu'il faut accorder « le poids qui convient » au point de vue autochtone ou s'assurer que la preuve à l'appui de ce point de vue est placée sur un « pied d'égalité » avec les types de preuve plus familiers, c'est précisément dire ce que cela veut dire : un traitement égal et approprié. Si la preuve des demandeurs autochtones ne devrait pas être sous-estimée « simplement parce [qu'elle] ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple » (*Van der Peet*, précité, par. 68), on ne devrait pas non plus la faire ployer artificiellement sous plus de poids que ce qu'elle peut raisonnablement étayer. Si cette proposition est évidente, il faut néanmoins l'énoncer.

40 With these principles in mind, I turn now to the consideration of whether the evidence offered in the present case in fact supports an aboriginal right to bring goods across the St. Lawrence River for the purposes of trade.

(2) Does the Evidence Show an Ancestral Mohawk Practice of Trading North of the St. Lawrence River?

Compte tenu de ces principes, je me propose maintenant d'examiner si la preuve soumise en l'espèce étaye en fait un droit ancestral de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales.

(2) La preuve révèle-t-elle l'existence d'une pratique ancestrale mohawk de commerce au nord du Saint-Laurent?

41 While the ancestral home of the Mohawks lay in the Mohawk Valley of present-day New York State, the evidence establishes that, before the arrival of Europeans, they travelled north on occasion across the St. Lawrence River. We may assume they travelled with goods to sustain themselves. There was also ample evidence before McKeown J. to support his finding that trade was a central, distinguishing feature of the Iroquois in general and the Mohawks in particular. This evidence indicates the Mohawks were well situated for trade, and engaged in small-scale exchange with other First Nations. A critical question in this case, however, is whether these trading practices and northerly travel coincided prior to the arrival of

Bien que les terres ancestrales des Mohawks se situent dans la vallée des Mohawks de l'État actuel de New York, la preuve établit que, avant l'arrivée des Européens, ils traversaient parfois le fleuve Saint-Laurent pour voyager vers le nord. Nous pouvons supposer qu'ils voyageaient avec les marchandises nécessaires à leur subsistance. En outre, la preuve soumise au juge McKeown appuyait amplement sa conclusion que le commerce était une caractéristique principale et distinctive des Iroquois en général et des Mohawks en particulier. Cette preuve indique que les Mohawks étaient bien situés pour faire du commerce et qu'ils se livraient à des échanges de petite ampleur avec d'autres Premières nations. Toutefois, une question cruciale

Europeans; that is, does the evidence establish an ancestral Mohawk practice of transporting goods across the St. Lawrence River for the purposes of trade? Only if this ancestral practice is established does it become necessary to determine whether it is an integral feature of Mohawk culture with continuity to the present day.

With respect, the trial judge's affirmative response to this question finds virtually no support in the evidentiary record. Indeed, McKeown J. concedes as much (at p. 44):

There is little direct evidence that the Mohawks, prior to the arrival of the Europeans, brought goods from their homeland and traded with other First Nations on the Canadian side of the boundary . . . .

Nonetheless, he goes on to state:

[H]owever, I am satisfied that Mohawk society is distinctive, that trade was an integral part of Mohawk tradition and that the Mohawks travelled freely across the border to expand trading territory and to obtain goods for the purposes of trade. . . . I find that the plaintiff and the Mohawks of Akwesasne have established an aboriginal right to pass and repass freely what is now the Canada-United States boundary with goods for personal and community use and for trade with other First Nations.

These statements are contradictory on two levels. First, the findings in the second statement do not lead logically to its conclusion: Mohawks travel across the border in attempts to expand trading territory through "commercially motivated warfare" (as it was called at trial (p. 33)) or to obtain goods for trade elsewhere simply does not address the question of whether goods were brought across the border for purposes of trade with First Nations to the north. On this question, McKeown J. was quite correct to state there exists "little direct evidence". This leads to the second contradiction: the inconsistency between this concession of little direct evidence and the finding of an aboriginal right. This is not to suggest that an aboriginal claim can

en l'espèce est de savoir si ces pratiques commerciales et ces voyages vers le nord coïncidaient avant l'arrivée des Européens; autrement dit, la preuve établit-elle une pratique ancestrale mohawk de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales? Ce n'est que si la pratique ancestrale est établie qu'il devient nécessaire de déterminer si elle est une caractéristique faisant partie intégrante de la culture mohawk qui s'est poursuivie jusqu'à aujourd'hui.

Avec égards, la réponse affirmative du juge de première instance à cette question est virtuellement dénuée d'appui en preuve. En fait, le juge McKeown le reconnaît également (au par. 177) :

On ne possède guère de preuves directes que, avant l'arrivée des Européens, les Mohawks amenaient, de leur territoire national, des marchandises afin de les échanger avec d'autres Premières nations habitant du côté canadien . . . .

Néanmoins, il poursuit :

[M]ais j'estime que les Mohawks constituent une société distincte, que le commerce faisait partie intégrante de leur tradition et qu'ils franchissaient librement la frontière afin d'élargir leur territoire commercial et afin de se procurer des marchandises qu'ils pourraient échanger [...] J'estime que le demandeur et les Mohawks d'Akwesasne ont établi l'existence d'un droit ancestral en vertu duquel ils peuvent passer et repasser librement l'actuelle frontière entre le Canada et les États-Unis avec des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire ainsi qu'à des échanges avec d'autres Premières nations.

Ces déclarations sont contradictoires à deux égards. Premièrement, les constatations dans la deuxième déclaration ne mènent pas logiquement à sa conclusion : le fait que les Mohawks traversaient la frontière afin d'élargir leur territoire commercial par des [TRADUCTION] « guerres déclenchées pour des motifs d'ordre commercial » (comme on les a appelées au procès (par. 119)) ou de se procurer ailleurs des marchandises destinées au commerce ne répond tout simplement pas à la question de savoir si des marchandises étaient transportées à travers la frontière à des fins d'échanges avec des Premières nations établies au nord. Sur ce point, le juge McKeown a tout à fait raison d'affirmer qu'il n'existe « guère de preuves

never be established on the basis of minimal evidence, direct or otherwise, provided it is sufficiently compelling and supports the conclusions reached. In this case, however, the “little direct evidence” relied upon by the trial judge is, at best, tenuous and scant, and is perhaps better characterized as an absence of even minimally cogent evidence. This conclusion seems inescapable after a review of the evidence upon which McKeown J. relied in support of his holding. In particular, McKeown J. relied upon archaeological evidence; the testimony of Chief Mitchell and Dr. Venables, a cultural historian; and post-contact Mohawk involvement in treaty-making and the fur trade.

directes ». Cela mène à la deuxième contradiction : l’incompatibilité entre l’absence reconnue de preuves directes et la conclusion à l’existence d’un droit ancestral. Cela ne signifie pas qu’une revendication autochtone ne peut jamais être établie à partir d’une preuve très limitée, directe ou autre, mais qu’il faut qu’elle soit suffisamment convaincante et qu’elle appuie les conclusions tirées. En l’espèce, toutefois, le peu de preuves directes sur lesquelles s’est fondé le juge de première instance constitue au mieux une preuve ténue et insuffisante, et le juge aurait peut-être dû parler d’absence de preuve convaincante même de façon minimale. Cette conclusion semble inévitable après examen de la preuve sur laquelle le juge McKeown a fondé sa conclusion. En particulier, le juge McKeown s’est appuyé sur des preuves archéologiques, sur les témoignages du chef Mitchell et de M. Venables, un historien de la culture, et sur la participation des Mohawks à la conclusion de traités et au commerce de fourrure après le contact avec les Européens.

43 The archaeological evidence consisted of two works, submitted by expert witnesses, purportedly documenting an historical north-south trade in copper and ceremonial knives, respectively. Sexton J.A., writing for the majority of the Federal Court of Appeal in upholding the trial judge’s finding of a cross-border trading right, placed significant emphasis on the former. He concluded at para. 50 that D. K. Richter’s book, *The Ordeal of the Longhouse: The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization* (1992), demonstrated

La preuve archéologique consistait en deux ouvrages, qu’ont soumis des témoins experts, censés documenter un commerce historique nord-sud de cuivre et de couteaux rituels, respectivement. Le juge Sexton, au nom de la majorité en Cour d’appel fédérale, accorde beaucoup d’importance au premier lorsqu’il confirme la conclusion du juge de première instance sur le droit de faire le commerce transfrontalier. Il conclut au par. 50 que l’ouvrage de D. K. Richter, *The Ordeal of the Longhouse: The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization* (1992), démontre que

that the Iroquois living in what is now the State of New York traded in copper which originated from the north shore of Lake Superior. Justice McKeown recognized that this was clear archaeological evidence of North-South trade across what is now the Canada-United States border.

les Iroquois vivant sur le territoire qui est maintenant l’État de New York faisaient le troc du cuivre provenant de la rive nord du lac Supérieur. Le juge McKeown y voit la preuve archéologique concluante du commerce nord-sud à travers ce qui est maintenant la frontière entre le Canada et les États-Unis.

44 This is, with respect, an overly generous interpretation of both the book and the trial judgment. The book merely states that plates of worked copper originating in the Great Lakes region were particularly prized as gifts by the members of the Five

Cela constitue, avec égards, une interprétation trop large de cet ouvrage et du jugement de première instance. L’ouvrage dit simplement que les objets de cuivre œuvrés provenant de la région des Grands Lacs étaient particulièrement prisés par les

Nations Confederacy (Richter, *supra*, at p. 28). It indicates that this copper originated to the north of the Mohawk Valley, not that the Mohawks obtained this copper through direct trading with their northern neighbours. Indeed, Richter's book confirms that long-distance Mohawk trade, at least at the time of contact, fell along an east-west axis. The Mohawks traded with the Wenros and Neutrals to the west (in the Niagra Region, south of the Great Lakes) and the Mohicans in the east, but not with their enemies in the disputed territory to the north. Richter contends that warfare between the Five Nations and their northern neighbours precluded the possibility of trade (at pp. 28-29):

The lack of any need for large-scale trade helps explain not just the isolationism of Five Nations villages from each other and outsiders but their wars with such sixteenth-century neighbors as the Hurons, the Susquehannocks, the Algonquins, and the St. Lawrence Iroquoians. Because relationships among people rested on the alliances of spiritual power that came from reciprocity, a *lack of reciprocity*, as epitomized by the absence of trading relationships, could easily lead to a presumption of hostility. Just as a shaman or an other-than-human person could be expected to wreak havoc when denied respect and reciprocity, so too could people of another village with whom no exchange relationships existed. [Underlining added; italics in original.]

Richter then proceeds to note that the opposite dynamic prevailed where trading occurred between nations: reciprocal trade facilitated and signified peaceful relations between communities. In a passage not quoted by McKeown J., Richter concludes that the copper plates, originating in the Great Lakes region and prized by the Confederacy for their spiritual power, were obtained indirectly along the east-west trade axis, not directly from the north as implied by the trial judge and asserted by the Court of Appeal (at p. 29):

[A]mong the few neighboring peoples with whom all of the autonomous villages of the Five Nations seem to

membres de la Confédération des Cinq Nations comme cadeaux (Richter, *op. cit.*, p. 28). Il indique que le cuivre provenait du nord de la vallée des Mohawks, non pas que les Mohawks obtenaient ce cuivre par un commerce direct avec leurs voisins du nord. En réalité, l'ouvrage de Richter confirme que le commerce lointain pratiqué par les Mohawks, tout au moins au moment du contact avec les Européens, suivait un axe est-ouest. Les Mohawks commerçaient avec les Wenros et les Neutrals à l'ouest (dans la région du Niagara et au sud des Grands Lacs) et avec les Mohicans à l'est, mais pas avec leurs ennemis établis sur le territoire contesté au nord. Selon Richter, l'état de guerre entre les Cinq Nations et leurs voisins du nord empêchait tout commerce entre eux (aux p. 28-29) :

[TRADUCTION] Le fait que le grand commerce n'était pas nécessaire aide à expliquer non seulement l'isolationnisme des villages des Cinq Nations entre eux et avec les étrangers, mais aussi les guerres avec leurs voisins du seizième siècle, comme les Hurons, les Susquehannocks, les Algonquins et les Iroquois du fleuve Saint-Laurent. Comme les rapports entre les peuples reposaient sur les alliances de l'autorité spirituelle, découlant de la réciprocité, une *absence de réciprocité* illustrée par une absence de rapports commerciaux, pouvait très bien mener à une présomption d'hostilité. De même qu'on pouvait craindre qu'un chaman ou un être non-humain fasse de grands ravages si on lui refusait respect et réciprocité, on pouvait s'attendre à ce que les habitants d'un autre village avec lesquels il n'y avait aucun échange en fissent autant. [Je souligne; italiques dans l'original.]

Richter note ensuite que la dynamique contraire dominait lorsque les nations commerçaient entre elles : la réciprocité des échanges facilitait et impliquait des rapports pacifiques entre les communautés. Dans un passage que n'a pas cité le juge McKeown, Richter conclut que les objets de cuivre, venant de la région des Grands Lacs et prisés par la Confédération pour leur pouvoir spirituel, étaient obtenus indirectement le long de l'axe commercial est-ouest, et non pas directement du nord, comme le laisse entendre le juge de première instance et l'affirme la Cour d'appel (à la p. 29) :

[TRADUCTION] [P]armi les quelques voisins avec lesquels tous les villages autonomes des Cinq Nations sem-

have been regularly at peace during the period when Europeans first arrived on the Turtle's Back were the Neutrals and Wenros to the west and the Mahicans and River Indians to the east. Each sat astride routes to the sources of exotic commodities associated with spiritual power that were not available in the homelands of the Five Nations: Great Lakes copper and other minerals linked with spiritual power came from beyond the country of the Neutrals and Wenros, and shell beads arrived from the coast of Long Island Sound presumably by way of the Mahicans and River Indians. [Emphasis added.]

blent avoir été habituellement en paix quand les Européens sont arrivés sur le dos de la Tortue, il y avait les Neutrals et les Wenros, à l'ouest, et les Mahicans et les River Indians à l'est. Ils étaient situés sur des routes menant aux sources de marchandises exotiques associées au pouvoir spirituel, qui n'étaient pas accessibles sur les terres des Cinq Nations : le cuivre des Grands Lacs et d'autres minéraux liés au pouvoir spirituel venaient d'au-delà le territoire des Neutrals et des Wenros, et les perles de coquillages arrivaient de la côte de Long Island, probablement par l'entremise des Mahicans et des River Indians. [Je souligne.]

46 Consequently, while Richter's book may support the pre-contact existence of north-south trade routes, it refutes the direct involvement of the Mohawks in this trade. This is a significant fact, given the reliance by the trial judge on this evidence in concluding the aboriginal right was established, and in rejecting the testimony of the appellant's expert witness, Dr. von Gernet, to the effect that he had "yet to find a single archeological site anywhere in Ontario dating to the prehistoric, the protohistoric or the early historical period which has in any way ever been associated with the Mohawks" (p. 30).

En conséquence, s'il confirme l'existence de routes commerciales nord-sud avant le contact avec les Européens, Richter réfute la participation directe des Mohawks dans ce commerce. Il s'agit d'un fait important parce que le juge de première instance s'est appuyé sur cette preuve pour conclure que l'existence du droit ancestral avait été établie et pour rejeter le témoignage du témoin expert de l'appelant, M. von Gernet, selon lequel il n'avait [TRADUCTION] « pas encore trouvé, en Ontario, un seul site archéologique remontant à la période préhistorique, protohistorique ou au début de la période historique [qu'il] puisse relier d'une manière ou une autre aux Mohawks » (par. 109).

47 The second item of archaeological evidence relates to an alleged trade in chalcedony ceremonial knives, raised by the claimant's expert witness, Dr. Venables, on the basis of W. A. Ritchie's *The Archaeology of New York State* (rev. ed. 1980). Again, Ritchie describes the Iroquois trade networks as falling "chiefly westward toward the Upper Great Lakes, where also the strongest cultural ties are found" (p. 196 (emphasis added)). The only evidence of northerly trade is found in a single "smoky chalcedony ceremonial (?) knife," from which Ritchie postulates a potential trade route "evidently to the north in Quebec" (p. 196) established somewhere between 3000 B.C. and 300 B.C. This evidence, standing alone, can hardly be called compelling.

Le deuxième élément de preuve archéologique se rapporte à l'existence alléguée d'un commerce de couteaux rituels de calcédoine, mentionné par le témoin expert du demandeur, M. Venables, sur le fondement d'un ouvrage de W. A. Ritchie, *The Archaeology of New York State* (éd. rév. 1980). Là encore, Ritchie décrit les réseaux commerciaux iroquois comme allant [TRADUCTION] « surtout, vers l'ouest, en direction de la région supérieure des Grands Lacs, où l'on trouve les liens culturels les plus forts » (p. 196 (je souligne)). La seule preuve de commerce vers le nord se trouve dans un simple [TRADUCTION] « couteau rituel (?) en calcédoine » suscitant chez Ritchie l'hypothèse de l'existence possible d'une route commerciale « au nord vers le Québec, semble-t-il » (p. 196) établie entre 3 000 et 300 ans avant notre ère. Cette preuve, en soi, peut difficilement être qualifiée de convaincante.

48 The trial judge preferred the evidence of Dr. Venables and Chief Mitchell where it con-

Le juge de première instance a préféré les témoignages de M. Venables et du chef Mitchell quand

flicted with that of Dr. von Gernet. He properly admitted the testimony of Chief Mitchell relaying the oral history of his people, correctly stating, in accordance with *Van der Peet*, that the weight he accorded “to oral history and to documentary evidence does not depend on the form in which the evidence was presented to the court” (p. 25). However, Chief Mitchell did not discuss Mohawk trading activity north of the St. Lawrence River. Referring to Akwesasne, he simply stated that “[a]ccording to our traditions it had always been one of our areas where we did all our planting, we did our fishing and we did our hunting”. Dr. Venables testimony was equally limited. He referred to extensive trade between the Mohawks and their Iroquois confederates to the west, but did not identify any direct evidence of trade to the north. Dr. Venables cited the works by Richter and Ritchie but, as discussed above, the latter offers only the most tenuous support for northerly trade and the former, if anything, refutes the existence of such trade during the time preceding contact. Dr. Venables also referred to the *Historical Atlas of Canada*, but the trial judge found at p. 29 that this text “does not demonstrate cross-border trade by the Mohawks”.

Finally, the trial judge relied on post-contact Mohawk activity as proof of continuity with pre-contact practices, an adaptation of the rules of evidence approved in *Van der Peet*. He found it “particularly noteworthy that the early treaties entered into by the Mohawks and other Iroquois were largely concerned with trade” (p. 43). None of these early treaties, however, support a reasonable inference of pre-contact cross-river trade. For example, the trial judge relied on a 1645 treaty between the Hurons, French and Mohawks. The Mohawks had defeated the Hurons (allies of the French) and now sought to restrict their trade and travel through the peace treaty, to their own benefit. Dr. Venables interpreted the Mohawk negotiator’s speech at the treaty conference as demonstrating the integrity of trade to Mohawk culture. The Mohawk negotiator did not actually refer to pre-

ils étaient en conflit avec celui de M. von Gernet. Il a admis en preuve à bon droit le témoignage dans lequel le chef Mitchell relatait l’histoire orale de son peuple, affirmant à juste titre, conformément à *Van der Peet*, que la valeur probante qu’il accorde « à l’histoire orale et à la preuve documentaire ne dépend pas de la forme sous laquelle elle est présentée à la Cour » (par. 94). Cependant, le chef Mitchell n’a pas traité des activités commerciales des Mohawks au nord du Saint-Laurent. Parlant d’Akwesasne, il a simplement affirmé que [TRADUCTION] « [c]onformément à nos traditions, cela a toujours été l’une de nos zones de plantation, de chasse et de pêche ». Le témoignage de M. Venables est tout aussi limité. Il parle d’un commerce important entre les Mohawks et les membres de la Confédération iroquoise vers l’ouest, mais ne mentionne aucune preuve directe de commerce vers le nord. Monsieur Venables cite les ouvrages de Richter et de Ritchie, mais comme nous l’avons vu, l’ouvrage de Ritchie n’appuie que de façon très ténue l’existence d’un commerce vers le nord tandis que celui de Richter réfute l’existence d’un tel commerce avant le contact avec les Européens. Monsieur Venables mentionne aussi le *Historical Atlas of Canada*, mais le juge de première instance conclut que ce texte « ne permet pas d’établir que les Mohawks se livraient à un commerce transfrontalier » (par. 106).

Enfin, le juge de première instance, adaptant les règles de preuve approuvées dans *Van der Peet*, se fonde sur les activités des Mohawks après le contact avec les Européens comme preuve de la continuité avec les pratiques antérieures au contact. Il lui semble « particulièrement significatif que les premiers traités conclus par les Mohawks et les autres peuples iroquois portaient principalement sur le commerce » (par. 175). Aucun de ces premiers traités, toutefois, ne permet d’en déduire raisonnablement l’existence d’un commerce au-delà du fleuve avant le contact avec les Européens. Par exemple, le juge de première instance se fonde sur un traité de 1645 entre les Hurons, les Français et les Mohawks. Les Mohawks avaient battu les Hurons (alliés des Français) et cherchaient alors à restreindre, à leur profit, leur commerce et leurs déplacements au moyen du traité de paix.

existing trade, nor did Dr. Venables claim he had. The Mohawks had warred against the Hurons and Algonquins for years. While the treaty might suggest the existence of trade during the uneasy year of peace before it was broken, it offers no evidence of pre-contact trade across the St. Lawrence River.

Monsieur Venables interprète le discours du négociateur mohawk à la conférence relative au traité comme démontrant que le commerce faisait partie intégrante de la culture mohawk. Le négociateur mohawk n'a pas réellement parlé de commerce antérieur et M. Venables ne dit pas qu'il l'a fait. Les Mohawks étaient en guerre contre les Hurons et les Algonquins depuis des années. Bien qu'il puisse indiquer l'existence d'un commerce pendant cette année difficile de paix avant la reprise des hostilités, le traité ne prouve en rien l'existence d'un commerce au-delà du Saint-Laurent avant le contact avec les Européens.

50 The trial judge also relied on evidence of Mohawk participation in the Montreal-Albany fur trade as suggesting pre-contact trade along a northerly route. He rejected the assertion that this fur trade activity arose solely in response to the arrival of Europeans, reasoning that "it seems highly unlikely that the Mohawks would start trading immediately upon the arrival of the Europeans if they had not been involved in some prior trade" (p. 39). In his view, "a north-south trade existed prior to the European presence and after the arrival of the Europeans, the trade was expanded to include furs" (p. 37). While this inference may indeed be drawn from the evidence, it is drawn in the absence of any other evidence — oral or documentary, aboriginal or settler, direct or otherwise — substantiating the existence of this pre-contact trade route. It cannot carry much force.

Le juge de première instance se fonde aussi sur des preuves de la participation des Mohawks au commerce de fourrure entre Montréal et Albany comme indiquant l'existence d'un commerce vers le nord avant le contact avec les Européens. Il rejette l'affirmation selon laquelle cette activité de commerce de fourrure résultait uniquement de l'arrivée des Européens, expliquant qu'« il semble hautement improbable que les Mohawks auraient commencé à commercer dès l'arrivée des Européens s'ils ne s'étaient livré à aucun commerce auparavant » (par. 154). À son avis, « un commerce nord-sud existait avant l'arrivée des Européens et [...], après l'arrivée de ces derniers, le commerce s'est développé afin d'englober la fourrure » (par. 142). Bien que ce soit une inférence possible, cette conclusion ne s'appuie sur aucun autre élément de preuve — oral ou documentaire, autochtone ou non autochtone, direct ou autre — confirmant l'existence de cette route commerciale avant le contact avec les Européens. Elle ne peut pas avoir beaucoup de poids.

51 As discussed in the previous section, claims 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. With respect, this is exactly what has occurred in the present case. The contradiction between McKeown J.'s statement that little direct evidence supports a cross-river trading right and his conclusion that such a right exists suggests the application of a very relaxed standard of proof (or,

Comme le mentionne la section précédente, le bien-fondé d'une revendication doit être établi sur la base de preuves convaincantes selon la prépondérance des probabilités. Des preuves éparses, incertaines et équivoques ne peuvent établir le bien-fondé d'une revendication. Avec égard, c'est exactement ce qui s'est passé en l'espèce. La contradiction entre la déclaration du juge McKeown selon laquelle il n'y a guère de preuves directes de l'existence d'un droit de commercer à travers le fleuve et sa conclusion selon laquelle ce droit

perhaps more accurately, an unreasonably generous weighing of tenuous evidence). The *Van der Peet* approach, while mandating the equal and due treatment of evidence supporting aboriginal claims, does not bolster or enhance the cogency of this evidence. The relevant evidence in this case — a single knife, treaties that make no reference to pre-existing trade, and the mere fact of Mohawk involvement in the fur trade — can only support the conclusion reached by the trial judge if strained beyond the weight they can reasonably hold. Such a result is not contemplated by *Van der Peet* or s. 35(1). While appellate courts grant considerable deference to findings of fact made by trial judges, I am satisfied that the findings in the present case represent a “palpable and overriding error” warranting the substitution of a different result (*Delgamuukw*, *supra*, at paras. 78-80). I conclude that the claimant has not established an ancestral practice of transporting goods across the St. Lawrence River for the purposes of trade.

This holding should not be read as imposing upon aboriginal claimants the “next to impossible task of producing conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of their community” (*Van der Peet*, *supra*, at para. 62). McKeown J. correctly observed that indisputable evidence is not required to establish an aboriginal right (p. 20). Neither must the claim be established on the basis of direct evidence of pre-contact practices, customs and traditions, which is inevitably scarce. Either requirement would “preclude in practice any successful claim for the existence” of an aboriginal right (*Van der Peet*, *supra*, at para. 62). My conclusion, rather, is premised on the distinction between sensitively applying evidentiary principles and straining these principles beyond reason. In *Adams*, *supra*, this Court recognized a Mohawk right to fish on the St. Lawrence River, but this was on the basis of evidence that “clearly demonstrated” (para. 46 (emphasis added)) that fishing for subsistence in the area constituted a significant aspect of

existe, semble indiquer une norme de preuve très souple (ou peut-être, plus exactement, une appréciation déraisonnablement libérale d’une preuve ténue). La démarche de l’arrêt *Van der Peet* exige un traitement égal et approprié des preuves étayant des revendications autochtones, mais ne permet pas pour autant de renforcer ou de rehausser la valeur probante de ces preuves. La preuve pertinente en l’espèce — un seul couteau, des traités qui ne font pas mention d’un commerce antérieur et le simple fait de la participation des Mohawks au commerce de fourrure — ne peut étayer la conclusion du juge de première instance que si on lui donne plus de poids que ce qu’elle peut raisonnablement soutenir. Ni *Van der Peet* ni le par. 35(1) n’envisagent un tel résultat. Si les cours d’appel doivent s’en remettre largement aux conclusions de fait des juges de première instance, je suis convaincue que ces conclusions en l’espèce constituent une « erreur manifeste et dominante » justifiant de leur substituer d’autres conclusions (*Delgamuukw*, précité, par. 78-80). Je conclus que le demandeur n’a pas établi l’existence d’une pratique ancestrale de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales.

Cette conclusion ne devrait pas être interprétée comme imposant à un demandeur autochtone la « tâche pratiquement impossible de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de sa collectivité, une preuve concluante, datant de l’époque antérieure au contact avec les Européens » (*Van der Peet*, précité, par. 62). Le juge McKeown note à juste titre qu’il n’est pas nécessaire de produire des éléments de preuve incontestables pour établir l’existence d’un droit ancestral (par. 72). La revendication n’a pas non plus à être établie sur la base de preuves directes de pratiques, coutumes et traditions datant d’avant le contact avec les Européens, qui sont inévitablement rares. L’une ou l’autre de ces exigences « dans la pratique, vouerait à l’échec toute revendication de l’existence » d’un droit ancestral (*Van der Peet*, précité, par. 62). Ma conclusion repose plutôt sur la distinction entre une application éclairée des principes de preuve et leur extension déraisonnable. Dans *Adams*, précité, notre Cour reconnaît un droit mohawk de pêcher sur le Saint-Laurent, mais

Mohawk life at the time of contact. Similarly, the recognition in *Gladstone* of an aboriginal right to engage in the commercial trade of herring spawn was founded firmly on an indisputable historical and anthropological record that “readily bear[s] this out” (para. 26), complemented by written documentation by European observers of such inter-tribal trade at the time of contact (paras. 26-27). This Court concluded that the claimant had “provided clear evidence from which it can be inferred that, prior to contact, Heiltsuk society was, in significant part, based on such trade” (para. 28 (emphasis added)). Here, no such “clear evidence” of a trading practice north of St. Lawrence River exists and no comparable inference can be drawn.

elle se fonde sur une preuve qui « démontre clairement » (par. 46 (je souligne)) que la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans la zone en question constituait un aspect important de la vie des Mohawks au moment du contact avec les Européens. De même, la reconnaissance dans *Gladstone* d’un droit ancestral de faire le commerce de la rogue de hareng s’appuie fermement sur des sources historiques et anthropologiques incontestables qui attestent de la « réalité » de ce droit (par. 26), accompagnées par les écrits d’observateurs européens sur ces échanges avec d’autres tribus au moment du contact avec les Européens (par. 26-27). Notre Cour conclut que le demandeur a « fourni une preuve claire, qui permet d’inférer que, avant le contact avec les Européens, la société heiltsuk comptait, dans une large mesure, sur ce type d’échanges » (par. 28 (je souligne)). En l’espèce, il n’y a pas de « preuve claire » de la pratique du commerce au nord du fleuve Saint-Laurent et on ne peut tirer de conclusion comparable.

53

In view of the paucity of evidence of Mohawk trade north of the St. Lawrence River, I need not consider the argument that, even if it were established, any Mohawk trading right should be characterized as inherently subject to border controls, tolls and duties imposed by other peoples, as recognized by ancestral aboriginal custom.

Compte tenu de l’insuffisance de la preuve d’un commerce mohawk au nord du Saint-Laurent, je n’ai pas besoin d’examiner l’argument selon lequel, même si le droit des Mohawks de commercer était établi, ce droit devrait être caractérisé comme étant intrinsèquement soumis aux contrôles, redevances et droits frontaliers imposés par d’autres personnes, tel que le reconnaît la coutume ancestrale autochtone.

(3) Does the Evidence Establish that the Alleged Practice of Trading Across the St. Lawrence River Was Integral to Mohawk Culture and Continuous to the Present Day?

(3) La preuve établit-elle que la pratique alléguée d’un commerce à travers le Saint-Laurent faisait partie intégrante de la culture mohawk et s’est poursuivie jusqu’à aujourd’hui?

54

Even if deference were granted to the trial judge’s finding of pre-contact trade relations between the Mohawks and First Nations north of the St. Lawrence River, the evidence does not establish this northerly trade as a defining feature of the Mohawk culture. As discussed earlier, the *Van der Peet* test identifies as aboriginal rights only those activities that represent “an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right” (para. 46 (emphasis added)). It is therefore

Même si l’on déférait à la conclusion du juge de première instance qu’il existait des relations commerciales entre les Mohawks et les Premières nations au nord du Saint-Laurent avant le contact avec les Européens, la preuve n’établit pas que ce commerce vers le nord est une caractéristique déterminante de la culture mohawk. Comme nous l’avons vu, le critère de l’arrêt *Van der Peet* qualifie de droits ancestraux uniquement les activités qui représentent « un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la cul-

incumbent upon Chief Mitchell in this case to demonstrate not only that personal and community goods were transported across the St. Lawrence River for trade purposes prior to contact, but also that this practice is integral to the Mohawk people.

The importance of trade — in and of itself — to Mohawk culture is not determinative of the issue. It is necessary on the facts of this case to demonstrate the integrality of this practice to the Mohawk in the specific geographical region in which it is alleged to have been exercised (i.e., north of the St. Lawrence River), rather than in the abstract. This Court has frequently considered the geographical reach of a claimed right in assessing its centrality to the aboriginal culture claiming it. For example, in recognizing a constitutionally protected Mohawk fishing right in *Adams, supra*, the majority of this Court framed the *Van der Peet* test as follows (at para. 34):

The appellant argues that the Mohawks have an aboriginal right to fish in Lake St. Francis. In order to succeed in this argument the appellant must demonstrate that, pursuant to the test laid out by this Court in *Van der Peet*, fishing in Lake St. Francis was “an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture” of the Mohawks. [Emphasis added.]

The majority, in assessing the integrality of this practice to the Mohawks in *Adams*, consistently tied the claimed right to the specific area at issue — the region of Lake St. Francis (see paras. 37 and 45). *Côté, supra*, similarly emphasized that it is the exercise of the claimed right in a specific geographical area that must be integral (paras. 41-78). In that case, the Court stated that “[a]n aboriginal practice, custom or tradition entitled to protection as an aboriginal right will frequently be limited to a specific territory or location, depending on the actual pattern of exercise of such an activity prior to contact” (para. 39).

ture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question » (par. 46 (je souligne)). Il incombe donc au chef Mitchell en l’espèce de démontrer non seulement qu’avant le contact avec les Européens des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire étaient transportées à travers le fleuve Saint-Laurent à des fins commerciales, mais aussi que cette pratique fait partie intégrante de la culture mohawk.

L’importance du commerce en soi pour la culture mohawk n’est pas déterminante sur ce point. Il faut démontrer, vu les faits de l’espèce, que cette pratique fait partie intégrante de la culture mohawk dans la région géographique précise où l’on dit qu’elle a été exercée (c.-à-d. au nord du Saint-Laurent), plutôt que dans l’abstrait. Notre Cour a fréquemment tenu compte de la portée géographique du droit revendiqué pour déterminer s’il était au cœur de la culture autochtone qui le revendiquait. Par exemple, en reconnaissant un droit de pêche mohawk protégé par la Constitution dans *Adams*, précité, la Cour formule le critère de l’arrêt *Van der Peet* comme suit (au par. 34) :

Ce dernier [l’appelant] soutient que les Mohawks possèdent un droit de pêche ancestral dans le lac Saint-François. Pour que cet argument soit retenu, l’appelant doit démontrer, conformément au critère énoncé par notre Cour dans *Van der Peet*, que la pêche dans le lac Saint-François est «un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive» des Mohawks. [Je souligne.]

Lorsqu’elle détermine dans *Adams* si cette pratique fait partie intégrante de la culture mohawk, la majorité lie invariablement le droit revendiqué à la région précise en cause — la région du lac Saint-François (voir les par. 37 et 45). Dans *Côté*, précité, la Cour souligne de même que c’est l’exercice du droit revendiqué dans une région géographique précise qui doit faire partie intégrante de la culture mohawk (par. 41-78). Dans cette affaire, la Cour déclare « [qu’u]ne coutume, pratique ou tradition autochtone valant d’être protégée en tant que droit ancestral se limitera fréquemment à un endroit ou territoire spécifique, compte tenu de la façon dont elle était concrètement exercée avant le contact avec les Européens » (par. 39).

56

Thus, geographical considerations are clearly relevant to the determination of whether an activity is integral in at least some cases, most notably where the activity is intrinsically linked to specific tracts of land. However, as Lamer C.J. observed in *Delgamuukw*, “aboriginal rights . . . fall along a spectrum with respect to their degree of connection with the land” (para. 138). In this regard, I note that the relevance of geography is much clearer in hunting and fishing cases such as *Adams* and *Côté*, which involve activities inherently tied to the land, than it is in relation to more free-ranging rights, such as a general right to trade, which fall on the opposite end of the spectrum. General trading rights lack an inherent connection to a specific tract of land. Thus, geography was not a relevant factor in the aboriginal rights trilogy of *Van der Peet*, *supra*, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *Gladstone*, *supra*, all cases involving claimed rights of exchange or trade. The claimants in these cases were only required to demonstrate the integrality of the claimed trading practice in general, rather than in relation to a specific region. Moreover, in *Gladstone*, where the Heiltsuk successfully established an aboriginal right to engage in the commercial trade of herring spawn on kelp, the Court did not confine the scope of this trade to its historical reach. Such a restriction would unduly cement the right in its pre-contact form and frustrate its modern exercise, contrary to the principles set out in *Van der Peet*. Consequently, trading rights will seldom attract geographical restrictions.

Ainsi, les considérations géographiques sont clairement pertinentes pour déterminer si une activité fait partie intégrante d’une culture dans certains cas au moins, plus particulièrement lorsque l’activité visée est intrinsèquement liée à certaines étendues de territoire. Toutefois, comme le note le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw*, précité, « les droits ancestraux [. . .] s’étalent le long d’un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé » (par. 138). À cet égard, je note que la pertinence des considérations géographiques est beaucoup plus claire dans les cas de chasse et de pêche, comme *Adams* et *Côté*, qui mettent en jeu des activités intrinsèquement liées au territoire, que dans les cas de droits dont la portée est plus étendue, comme le droit général de commercer, qui se trouve à l’autre extrême. Les droits généraux de commercer n’ont pas de lien intrinsèque avec une étendue précise de territoire. Ainsi, les facteurs géographiques n’étaient pas pertinents dans la trilogie sur les droits ancestraux, *Van der Peet*, précité, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *Gladstone*, précité, qui concernaient tous des revendications de droits d’échanges ou de commerce. Les demandeurs dans ces affaires étaient tenus d’établir uniquement que la pratique commerciale alléguée faisait partie intégrante de la culture en général, plutôt que relativement à une région précise. En outre, dans *Gladstone*, où les Heiltsuk ont réussi à établir l’existence d’un droit ancestral de faire le commerce de la roque de hareng sur varech, la Cour n’a pas limité la portée de ces échanges à leur portée historique. Une telle restriction figerait indûment le droit dans sa forme antérieure au contact avec les Européens et empêcherait son exercice moderne, contrairement aux principes de l’arrêt *Van der Peet*. En conséquence, les droits de commerce feront rarement l’objet de restrictions géographiques.

57

In the present case, however, the right to trade is only one aspect, and perhaps a peripheral one, of the broader claim advanced by Chief Mitchell: the right to convey goods across an international boundary for the purposes of trade. For this reason, Chief Mitchell’s claim cannot simply be equated with the claims in the aboriginal rights trilogy as

En l’espèce, toutefois, le droit de commercer est un aspect seulement, et peut-être un aspect marginal, de la revendication plus générale du chef Mitchell : le droit de transporter des marchandises à travers une frontière internationale à des fins commerciales. Pour ce motif, la revendication du chef Mitchell ne peut pas être assimilée simple-

involving a broad “right to trade”. This distinction is manifest in the contrasting manners in which the claimed rights are framed in these cases, pursuant to the *Van der Peet* factors.

In the present case, unlike past trading cases, all three *Van der Peet* touchstones resonate with considerations of geography. The action giving rise to the case is Chief Mitchell arriving at the Cornwall International Bridge and claiming a right to cross this international boundary with goods for trade. Absent a border, this case would not be before the Court. Similarly, the government restriction alleged to infringe the right arises from provisions of the *Customs Act* regulating the importation of goods. Unlike the provisions implicated in the aboriginal rights trilogy, the *Customs Act* is fundamentally concerned with the geographical origins and destinations of goods. The ancestral practice relied upon in support of the right, while argued broadly, also involved allegations of an historical trade route north across the St. Lawrence River. Chief Mitchell’s characterization of his claim, while not determinative, reflects the undeniable geographical element of the claim: he asserts the right to enter Canada from the United States with personal and community goods, without paying customs and other duties, for trade with First Nations.

Ultimately, the characterization of the claimed right in this case, as in *Adams* and *Côté*, imports a necessary geographical element, and its integrality to the Mohawk culture should be assessed on this basis. By contrast, geographical considerations were irrelevant to the framing of the claimed trading right in the aboriginal rights trilogy, and were therefore equally irrelevant to whether the claimed trade constituted a defining feature of the cultures in question and the scope of the right if success-

ment aux revendications en cause dans la trilogie sur les droits ancestraux, comme visant un « droit de commerce » général. Cette distinction est manifeste dans la formulation très différente des droits revendiqués dans ces affaires, selon les facteurs énoncés dans l’arrêt *Van der Peet*.

À la différence des affaires antérieures en matière de commerce, les trois pierres de touche selon l’arrêt *Van der Peet* évoquent en l’espèce des considérations géographiques. L’acte qui a donné lieu au litige est l’arrivée du chef Mitchell au pont international de Cornwall et sa revendication du droit de traverser cette frontière internationale avec des marchandises pour usage commercial. S’il ne s’agissait pas de frontière, la Cour ne serait pas saisie de l’affaire. De même, la mesure gouvernementale que l’on dit restreindre le droit en cause découle de dispositions de la *Loi sur les douanes* régissant l’importation de marchandises. Contrairement aux dispositions en cause dans la trilogie sur les droits ancestraux, la *Loi sur les douanes* porte fondamentalement sur les origines géographiques et la destination des marchandises. La pratique ancestrale invoquée à l’appui du droit, bien que débattue en termes généraux, a donné lieu à des allégations relatives à l’existence d’une route commerciale historique vers le nord traversant le Saint-Laurent. La façon dont le chef Mitchell caractérise sa revendication, bien qu’elle ne soit pas déterminante, reflète l’élément géographique indéniable de la revendication : il revendique le droit d’entrer au Canada en provenance des États-Unis avec des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire, sans acquitter de droits de douane ou autre, pour commercer avec des Premières nations.

En fin de compte, la caractérisation du droit revendiqué en l’espèce, comme dans *Adams* et *Côté*, comporte nécessairement un élément géographique, et c’est sur cette base qu’il faut déterminer si ce droit fait partie intégrante de la culture mohawk. En revanche, les considérations géographiques n’avaient aucune pertinence dans la formulation du droit de commercer revendiqué dans la trilogie sur les droits ancestraux, et étaient donc également sans pertinence pour déterminer si le

58

59

fully established. In this manner, the *Van der Peet* approach to characterizing the claimed right will generally determine when — and to what extent — geographical considerations are relevant to the claim.

commerce allégué constituait une caractéristique déterminante des cultures en question et pour établir la portée du droit en question si on réussissait à prouver son existence. De cette manière, la démarche de l'arrêt *Van der Peet* pour caractériser le droit revendiqué permettra généralement de déterminer si — et dans quelle mesure — les considérations géographiques sont pertinentes quant à la revendication.

60

The claimed right in the present case implicates an international boundary and, consequently, imports a geographical element into the inquiry. Instead of asking whether the right to trade — in the abstract — is integral to the Mohawk people, this Court must ask whether the right to trade across the St. Lawrence River is integral to the Mohawks. The evidence establishes that it is not. Even if the trial judge's generous interpretation of the evidence were accepted, it discloses negligible transportation and trade of goods by the Mohawks north of the St. Lawrence River prior to contact. If the Mohawks did transport trade goods across the St. Lawrence River for trade, such occasions were few and far between. Certainly it cannot be said that the Mohawk culture would have been "fundamentally altered" without this trade, in the language of *Van der Peet*, *supra*, at para. 59. It was not vital to the Mohawks' collective identity. It was not something that "truly made the society what it was" (*Van der Peet*, at para. 55 (emphasis in original)). Participation in northerly trade was therefore not a practice integral to the distinctive culture of the Mohawk people. It follows that no aboriginal right to bring goods across the border for the purposes of trade has been established.

Le droit revendiqué en l'espèce met en jeu une frontière internationale et importe donc un élément géographique à l'analyse. Plutôt que de se demander si le droit de commercer — dans l'abstrait — fait partie intégrante de la culture mohawk, notre Cour doit se demander si le droit de commercer à travers le Saint-Laurent fait partie intégrante de la culture mohawk. La preuve indique que ce n'est pas le cas. Même si l'interprétation libérale du juge de première instance était acceptée, la preuve révèle l'importance négligeable du transport et du commerce de marchandises par les Mohawks au nord du Saint-Laurent, avant le contact avec les Européens. Si les Mohawks transportaient des marchandises de l'autre côté du Saint-Laurent à des fins commerciales, ils le faisaient rarement. De toute évidence, on ne peut pas dire que la culture mohawk aurait été « fondamentalement modifiée » sans ce commerce, pour reprendre les termes de l'arrêt *Van der Peet*, précité, par. 59. Il n'était pas vital pour l'identité collective des Mohawks. Ce n'était pas quelque chose qui « véritablement faisait de la société ce qu'elle était » *Van der Peet* (par. 55 (souligné dans l'original)). La participation à un commerce vers le nord ne constituait donc pas une pratique qui faisait partie intégrante de la culture distinctive mohawk. Il s'ensuit qu'on n'a pas établi l'existence d'un droit ancestral de rapporter des marchandises acquises à travers la frontière à des fins commerciales.

D. *Is the Claimed Right Barred from Recognition as Inconsistent with Crown Sovereignty?*

D. *La reconnaissance du droit revendiqué est-elle interdite en raison de son incompatibilité avec la souveraineté de la Couronne?*

61

The conclusion that the right claimed is not established on the evidence suffices to dispose of this appeal. I add a note, however, on the government's contention that s. 35(1) of the *Constitution*

La conclusion selon laquelle la preuve n'établit pas l'existence du droit revendiqué suffit pour statuer sur le pourvoi. J'ajoute cependant quelques observations sur l'argument du gouvernement

*Act, 1982* extends constitutional protection only to those aboriginal practices, customs and traditions that are compatible with the historical and modern exercise of Crown sovereignty. Pursuant to this argument, any Mohawk practice of cross-border trade, even if established on the evidence, would be barred from recognition under s. 35(1) as incompatible with the Crown's sovereign interest in regulating its borders.

This argument finds its source in the doctrine of continuity, which governed the absorption of aboriginal laws and customs into the new legal regime upon the assertion of Crown sovereignty over the region. As discussed above, this incorporation of local laws and customs into the common law was subject to an exception for those interests that were inconsistent with the sovereignty of the new regime: see *Slattery, supra*, at p. 738; see also *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (B.C.C.A.), at paras. 1021-24, *per* Lambert J.A.; *Mabo, supra*, at p. 61, *per* Brennan J.; *Inasa v. Oshodi*, [1934] A.C. 99 (P.C.); and *R. v. Jacobs*, [1999] 3 C.N.L.R. 239 (B.C.S.C.).

This Court has not expressly invoked the doctrine of "sovereign incompatibility" in defining the rights protected under s. 35(1). In the *Van der Peet* trilogy, this Court identified the aboriginal rights protected under s. 35(1) as those practices, customs and traditions integral to the distinctive cultures of aboriginal societies: *Van der Peet, supra*, at para. 46. Subsequent cases affirmed this approach to identifying aboriginal rights falling within the aegis of s. 35(1) (*Pamajewon, supra*, at paras. 23-25; *Adams, supra*, at para. 33; *Côté, supra*, at para. 54; see also: *Woodward, supra*, at p. 75) and have affirmed the doctrines of extinguishment, infringement and justification as the appropriate framework for resolving conflicts between aboriginal rights and competing claims, including claims based on Crown sovereignty.

selon lequel la protection du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* vise uniquement les pratiques, coutumes et traditions autochtones qui sont compatibles avec l'exercice historique et contemporain de la souveraineté de la Couronne. Selon cet argument, toute pratique du commerce par les Mohawks à travers la frontière, même si elle était établie par la preuve, ne pourrait pas être reconnue en vertu du par. 35(1) parce qu'elle serait incompatible avec l'intérêt souverain de la Couronne à réglementer les frontières.

Cet argument a sa source dans le principe de la continuité qui a régi l'absorption des lois et coutumes autochtones dans le nouveau régime juridique dès l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur la région. Comme nous l'avons vu, l'incorporation des lois et coutumes locales dans la common law était assujettie à une exception visant les droits incompatibles avec la souveraineté du nouveau régime : voir *Slattery, loc. cit.*, p. 738; voir aussi *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.), par. 1021-1024, le juge Lambert; *Mabo*, précité, p. 61, le juge Brennan; *Inasa c. Oshodi*, [1934] A.C. 99 (P.C.); et *R. c. Jacobs*, [1999] 3 C.N.L.R. 239 (C.S.C.-B.).

62

Notre Cour n'a pas expressément invoqué le principe de « l'incompatibilité avec la souveraineté » lorsqu'elle a défini les droits protégés par le par. 35(1). Dans la trilogie *Van der Peet*, elle caractérise les droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) comme étant les coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures distinctives des sociétés autochtones : *Van der Peet*, précité, par. 46. Dans des arrêts subséquents, la Cour a confirmé cette approche de la définition des droits ancestraux que protège le par. 35(1) (*Pamajewon*, précité, par. 23-25; *Adams*, précité, par. 33; *Côté*, précité, par. 54; voir également : *Woodward, op. cit.*, p. 75); elle a aussi réaffirmé que les principes de l'extinction, de l'atteinte et de la justification constituaient le cadre d'analyse approprié pour résoudre les conflits entre des droits ancestraux et des revendications opposées, y compris des revendications fondées sur la souveraineté de la Couronne.

63

64 The Crown now contends that “sovereign incompatibility” is an implicit element of the *Van der Peet* test for identifying protected aboriginal rights, or at least a necessary addition. In view of my conclusion that Chief Mitchell has not established that the Mohawks traditionally transported goods for trade across the present Canada-U.S. border, and hence has not proven his claim to an aboriginal right, I need not consider the merits of this submission. Rather, I would prefer to refrain from comment on the extent, if any, to which colonial laws of sovereign succession are relevant to the definition of aboriginal rights under s. 35(1) until such time as it is necessary for the Court to resolve this issue.

#### VI. Conclusion

65 I would allow the appeal. Chief Mitchell must pay the duty claimed by the government. I note that the government has undertaken to pay Chief Mitchell’s costs.

The reasons of Major and Binnie JJ. were delivered by

66 BINNIE J. — I have read the reasons of the Chief Justice and I concur in the result and with her conclusion that even if Mohawks did occasionally trade goods across the St. Lawrence River with First Nations to the north, this practice was not on the evidence a “defining feature of the Mohawk culture” (para. 54) or “vital to the Mohawk’s collective identity” (para. 60) in pre-contact times. There are, however, some additional considerations that have led me to conclude that the appeal must be allowed.

67 It has been almost 30 years since this Court emphatically rejected the argument that the mere assertion of sovereignty by the European powers in North America was necessarily incompatible with the survival and continuation of aboriginal rights:

La Couronne soutient maintenant que « l’incompatibilité avec la souveraineté » est un élément implicite du critère établi dans *Van der Peet* pour caractériser les droits autochtones, ou en est le complément nécessaire. Vu ma conclusion selon laquelle le chef Mitchell n’a pas démontré que traditionnellement les Mohawks transportaient des marchandises à travers la frontière actuelle entre le Canada et les États-Unis pour en faire le commerce, et n’a donc pas établi l’existence du droit autochtone qu’il revendique, il n’est pas nécessaire que j’examine le bien-fondé de cet argument. Je préfère m’abstenir de tout commentaire sur la question de savoir dans quelle mesure le droit colonial en matière de succession des pouvoirs souverains est pertinent dans la définition des droits autochtones en vertu du par. 35(1), jusqu’à ce qu’il soit nécessaire pour la Cour de résoudre cette question.

#### VI. Conclusion

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi. Le chef Mitchell doit acquitter les droits que réclame le gouvernement. Je note que le gouvernement s’est engagé à payer les dépens du chef Mitchell.

Version française des motifs des juges Major et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE — J’ai pris connaissance des motifs du Juge en chef et je souscris au résultat qu’elle propose et à sa conclusion que, même si les Mohawks faisaient occasionnellement le commerce de marchandises au-delà du fleuve Saint-Laurent avec des Premières nations établies au nord, cette pratique n’était pas, selon la preuve, « une caractéristique déterminante de la culture mohawk » (par. 54) et elle n’était pas « vital[e] pour l’identité collective des Mohawks » (par. 60) avant le contact avec les Européens. Il y a toutefois d’autres considérations qui m’amènent à conclure que le pourvoi doit être accueilli.

Il y a près de 30 ans, notre Cour a rejeté catégoriquement l’argument selon lequel la simple affirmation de souveraineté par les puissances européennes en Amérique du Nord est nécessairement incompatible avec la préservation et le maintien de

*Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. Because not *all* customs and traditions of aboriginal First Nations are incompatible with Canadian sovereignty, however, does not mean that *none* of them can be in such conflict. The Chief Justice refrains from addressing the sovereignty issue (para. 64) but she holds, correctly in my view, that “any finding of a trading right would also confirm a mobility right” (para. 22 (emphasis added)). The scope of the trading/mobility right also bothered the Federal Court of Appeal: [1999] 1 F.C. 375. Létourneau J.A. (for the entire court on this aspect) commented at para. 18:

The respondent claims his international mobility right as a citizen of the Mohawk nation. I would be inclined to agree with counsel for the appellant that an aboriginal right to enter a sovereign state that is not based on citizenship of that state cannot be reconciled with that state’s right to self-preservation by effecting an appropriate control of its borders. [Emphasis added.]

The Federal Court of Appeal circumnavigated this problem by characterizing the respondent’s claim as a claim for a tax exemption, but as the Chief Justice demonstrates (at para. 23), any such claim can only be conceptualized as a restriction on mobility. The aboriginal claim to a trading right must relate back to a pre-contact practice, custom or tradition. Mobility existed in pre-contact times. Customs duties at the present international border *within* Mohawk territory came along almost 180 years later.

Having rejected the approach of the Federal Court of Appeal to narrow the claimed aboriginal right to tax exemptions, however, we are left with that court’s legitimate concern about the sovereignty implications of the international trading/mobility right claimed by the respondent, as pointed out by Létourneau J.A., “as a citizen of the Mohawk nation” (para. 18). Much of the debate during the 35-day trial implicated this issue, as did

droits ancestraux : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Que les coutumes et traditions des Premières nations autochtones ne soient pas *toutes* incompatibles avec la souveraineté canadienne ne signifie pas toutefois qu’*aucune* d’elles ne peut l’être. Le Juge en chef s’abstient de traiter de la question de la souveraineté (par. 64), mais elle déclare à bon droit, à mon sens, « [qu’]une conclusion quant à un droit de commercer confirmerait également une liberté de circulation » (par. 22 (je souligne)). La portée du droit de commerce et de circulation préoccupait également la Cour d’appel fédérale : [1999] 1 C.F. 375. Le juge Létourneau (au nom de l’ensemble de la cour sur cette question) dit ceci au par. 18 :

L’intimé revendique son droit de libre circulation internationale en sa qualité de citoyen de la nation Mohawk. Je serais enclin à convenir avec l’avocat de l’appelant qu’un droit ancestral d’entrée dans un État souverain, droit qui ne serait pas fondé sur la citoyenneté, ne peut se concilier avec le droit de cet État de se protéger par le contrôle nécessaire de ses frontières. [Je souligne.]

La Cour d’appel fédérale contourne la difficulté en qualifiant la revendication de l’intimé de revendication d’une exemption fiscale mais, comme le démontre le Juge en chef (au par. 23), on doit nécessairement envisager une telle réclamation comme visant une restriction à la liberté de circulation. La revendication autochtone d’un droit de commercer doit se rapporter à une pratique, coutume ou tradition antérieure au contact avec les Européens. La liberté de circulation existait avant le contact avec les Européens. Les droits de douane à la frontière internationale actuelle *à l’intérieur du territoire mohawk* sont apparus près de 180 ans plus tard.

Toutefois, ayant rejeté la démarche de la Cour d’appel fédérale qui avait restreint le droit ancestral revendiqué à des exemptions fiscales, il nous reste à examiner les préoccupations légitimes de cette cour quant aux incidences qu’aurait sur la souveraineté le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l’intimé, comme le souligne le juge Létourneau, « en sa qualité de citoyen de la nation Mohawk » (par. 18). Une large

68

69

much of the argument on appeal to this Court, and I therefore think it desirable to address at least some aspects of the sovereignty controversy.

part des débats au procès, qui a duré 35 jours, ainsi qu'à l'audience devant notre Cour, portait sur ce point, et il est donc souhaitable, à mon avis, de traiter au moins certains aspects de la question de la souveraineté.

70 Counsel for the respondent does not challenge the reality of Canadian sovereignty, but he seeks for the Mohawk people of the Iroquois Confederacy the maximum degree of legal autonomy to which he believes they are entitled because of their long history at Akwesasne and elsewhere in eastern North America. This asserted autonomy, to be sure, does not presently flow from the ancient Iroquois legal order that is said to have created it, but from the *Constitution Act, 1982*. Section 35(1), adopted by the elected representatives of Canadians, recognizes and affirms existing aboriginal and treaty rights. If the respondent's claimed aboriginal right is to prevail, it does so not because of its own inherent strength, but because the *Constitution Act, 1982* brings about that result.

L'avocat de l'intimé ne conteste pas la réalité de la souveraineté canadienne, mais il revendique pour les Mohawks de la Confédération iroquoise le niveau maximum d'autonomie juridique à laquelle, à son avis, ils ont droit en raison de leur longue histoire à Akwesasne et ailleurs dans l'est de l'Amérique du Nord. Il est certain que cette autonomie revendiquée ne découle pas aujourd'hui de l'ancien ordre juridique iroquois qui, dit-on, l'a créée, mais de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1), adopté par les représentants élus des Canadiens, reconnaît et confirme les droits existants ancestraux ou issus de traités. Si le droit ancestral que revendique l'intimé doit prévaloir, ce n'est pas en raison de sa force inhérente, mais parce que la *Loi constitutionnelle de 1982* entraîne ce résultat.

71 The aspect of Mohawk autonomy at issue in this case is reflected in the declaration granted by the Trial Division of the Federal Court ((1997), 134 F.T.R. 1, at p. 4):

Le jugement déclaratoire de la Section de première instance de la Cour fédérale indique quel aspect de l'autonomie mohawk est en cause ([1997] A.C.F. n° 882 (QL), par. 3) :

... that the plaintiff as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada has an existing aboriginal right which is constitutionally protected by ss. 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982* to pass and repass freely across what is now the Canada-United States boundary including the right to bring goods into Canada for personal and community use, including for trade with other First Nations, without having to pay any duty or taxes whatsoever to any Canadian Government or authority . . . . [Emphasis added.]

... le demandeur, en tant que Mohawk d'Akwesasne résidant au Canada, est titulaire d'un droit ancestral existant, constitutionnellement protégé par les articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lui permettant de passer et de repasser librement ce qui est maintenant la frontière Canada-États-Unis, ce droit comportant également le droit d'introduire au Canada des marchandises à usage personnel et communautaire, y compris des marchandises destinées au commerce avec les autres Premières nations, et ce sans avoir à acquitter à un gouvernement ou autre autorité canadienne des taxes ou des droits de douane . . . [Je souligne.]

This is essentially a description of a trading/mobility right of people and their goods across the international boundary subject only to such restrictions as can be justified by the government under the principles laid down in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

Il s'agit essentiellement d'une description d'un droit de commerce et de circulation des personnes et des marchandises à travers la frontière internationale, sous réserve uniquement des restrictions que peut justifier le gouvernement en vertu des principes énoncés dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

The Crown's argument on the appeal is that such a claim goes beyond the sort of economic or cultural activity or land-based interest that the courts have previously recognized under s. 35(1) in such cases as *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101.

In terms of traditional aboriginal law, the issue, as I see it, is whether trading/mobility activities asserted by the respondent not as a Canadian citizen but as an heir of the Mohawk regime that existed prior to the arrival of the Europeans, created a *legal right* to cross international boundaries under succeeding sovereigns. This aspect of the debate, to be clear, is not at the level of *fact* about the effectiveness of border controls in the 18th century. (Nor is it about the compatibility of internal aboriginal self-government with Canadian sovereignty.) The issue is at the level of *law* about the alleged incompatibility between European (now Canadian) sovereignty and mobility rights across non-aboriginal borders said by the trial judge to have been acquired by the Mohawks of Akwesasne by reason of their conduct prior to 1609.

In terms of post-1982 aboriginal law, consideration should be given to whether the international trading/mobility right asserted by the respondent would advance the objective of reconciliation of aboriginal peoples with Canadian sovereignty which, as established by the *Van der Peet* trilogy, is the purpose that lies at the heart of s. 35(1).

The dispute therefore raises issues of considerable importance. I propose to deal with the relevant points in the following order:

- (1) the strategic location of the Mohawk reserve at Akwesasne on the international boundary between Canada and the United States;

L'argumentation de la Couronne en l'espèce est que cette revendication va au-delà des types d'activités économiques ou culturelles ou de droits liés au territoire que ceux qui sont déjà reconnus par les tribunaux en vertu du par. 35(1) dans des affaires comme *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

Dans le contexte du droit autochtone traditionnel, la question en litige, à mon sens, est de savoir si les activités de commerce et de circulation revendiquées par l'intimé non pas en tant que citoyen canadien, mais en tant qu'héritier du régime mohawk qui existait avant l'arrivée des Européens, ont créé un *droit reconnu par la loi* de traverser les frontières internationales sous les souverains qui y ont succédé. Pour être bien clair, cet aspect du débat ne se situe pas au niveau des *faits* en matière d'efficacité des contrôles frontaliers au 18<sup>e</sup> siècle. (Il ne s'agit pas non plus de la compatibilité de l'autonomie gouvernementale interne des autochtones avec la souveraineté du Canada.) Le débat se situe au niveau du *droit* relatif à l'incompatibilité alléguée entre la souveraineté européenne (maintenant canadienne) et le droit de traverser des frontières non autochtones qui, selon le juge de première instance, a été acquis par les Mohawks d'Akwesasne en raison de leur conduite avant 1609.

Dans le contexte du droit autochtone postérieur à 1982, il faut examiner si le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé servirait l'objectif de conciliation des peuples autochtones avec la souveraineté canadienne, cet objectif étant, selon la trilogie *Van der Peet*, le but primordial du par. 35(1).

Le litige soulève donc des questions d'une importance considérable. Je me propose de traiter des questions pertinentes dans l'ordre suivant :

- (1) l'emplacement stratégique de la réserve mohawk à Akwesasne sur la frontière internationale entre le Canada et les États-Unis;

72

73

74

75

- (2) the respondent's border challenge on March 22, 1988;
- (3) the Mohawk strategy to turn the border burden into an economic benefit;
- (4) the basis of the respondent's aboriginal rights claims;
- (5) the sovereignty objection;
- (6) the effect of non-assertion of aspects of the respondent's potential claim;
- (7) the real substance of the Mohawk position;
- (8) the *legal* basis of the respondent's claim, including relevant distinctions between aboriginal and treaty rights;
- (9) the limitation of "sovereign incompatibility";
- (10) the alleged incompatibility between the aboriginal right as disclosed by the evidence and Canadian sovereignty;
- (11) implications for internal aboriginal self-government.

- (2) la contestation de l'intimé à la frontière le 22 mars 1988;
- (3) la stratégie des Mohawks de transformer les problèmes de frontière en avantage économique;
- (4) le fondement de la revendication de droits ancestraux par l'intimé;
- (5) l'objection fondée sur la souveraineté;
- (6) l'effet de la non-affirmation de certains aspects de la revendication potentielle de l'intimé;
- (7) la nature véritable de la position des Mohawks;
- (8) le fondement *juridique* de la revendication de l'intimé, y compris les distinctions pertinentes entre droits ancestraux et droits issus de traités;
- (9) la restriction relative à « l'incompatibilité avec la souveraineté »;
- (10) l'allégation d'incompatibilité entre le droit ancestral établi par la preuve et la souveraineté canadienne;
- (11) les incidences sur l'autonomie gouvernementale interne des autochtones.

76

The importance of the Crown's argument is that even if the respondent's claim could be said to be distinctive and integral to Mohawk culture, it would still not give rise to an aboriginal right. The Crown says it fails the basic requirement of compatibility with the sovereignty of the legal regimes that came afterwards. The question also arises, as noted, whether acceptance of it would advance or undermine the s. 35(1) objective of reconciliation.

L'importance de l'argumentation de la Couronne tient à ce que, même si la revendication de l'intimé était considérée comme étant distinctive et faisant partie intégrante de la culture mohawk, elle ne donnerait toujours pas naissance à un droit ancestral. La Couronne dit qu'elle ne satisfait pas à l'exigence fondamentale de compatibilité avec la souveraineté des régimes juridiques postérieurs. La question se pose aussi de savoir, comme on l'a noté, si son acceptation servirait ou desservirait l'objectif de conciliation visé au par. 35(1).

#### 1. Strategic Location of Akwesasne

#### 1. L'emplacement stratégique d'Akwesasne

77

Akwesasne ("the place where the partridge dwells or drums") consists of a string of islands about 130 kilometres long that stretches from east of Prescott, Ontario to near Valleyfield, Quebec. It is home to 12 to 13 thousand people, approximately two-thirds of whom live in Canada. It lies at the jurisdictional epicentre of the St. Lawrence River. Not only do the islands straddle the Ontario-

Akwesasne (« là où est la perdrix ») est un cha-pelet d'îles s'étendant sur environ 130 km de l'est de Prescott (Ontario) à près de Valleyfield (Québec). Elle compte de 12 à 13 000 habitants, dont les deux tiers environ vivent au Canada. Elle se trouve à l'épicentre du Saint-Laurent en matière de compétence territoriale. Non seulement les îles sont-elles à cheval sur la frontière entre l'Ontario

Quebec border in Canada, but they are bisected by the international boundary that divides the St. Lawrence River. While the respondent conceives of Akwesasne as part of the Mohawk homelands, which itself constitutes one of the elements of the Iroquois Confederacy (“Haudenosaunee” or “People of the Longhouse”) that formerly extended over large tracts of eastern Canada and northern New York State, the territory of Akwesasne is also parcelled out among five different governments in Canada, Quebec, Ontario, the United States and New York State. Mohawk institutions are similarly divided territorially among the Mohawk Council of Akwesasne, the St. Regis Tribal Council and the Mohawk Nation Council of Chiefs. The resulting boundary problems complicate the everyday existence of the Mohawks. As the respondent stated in his evidence:

We did not ask that this International Boundary line separate our community in half. We certainly didn't ask for the New York State border to be placed in our territory. We certainly didn't ask that our other half be separated by Quebec and Ontario.

It is a reality that we find ourselves in. We admit very easily that it is a very difficult and unique situation to be in . . . .

We wish to change that and by exercising our aboriginal rights we have to modernize a lot of what we mean by what our rights are and how we execute them.

Akwesasne people routinely pass back and forth across the international boundary several times a day. Supplies from the mainland encounter customs problems. In 1991, the Canadian government sought to reduce the tax burden on residents by the *Akwesasne Residents Remission Order*, SOR/91-412, under the *Customs Tariff*, R.S.C. 1985, c. 41 (3rd Supp.).

I accept that this crisscrossing of borders through the Mohawk community goes beyond mere inconvenience and does constitute a significant burden on everyday living. It is, of course, a

et le Québec au Canada, mais elles sont également partagées en deux par la frontière internationale qui divise le fleuve Saint-Laurent. Bien que l'intimé conçoive Akwesasne comme faisant partie des terres mohawks, qui constituent elles-mêmes l'un des éléments de la Confédération iroquoise (« Haudenosaunee » ou « Peuple de la cabane longue ») qui s'étendait auparavant sur de grandes étendues de territoire de l'est du Canada et du nord de l'État de New York, le territoire d'Akwesasne est aussi partagé entre cinq gouvernements : le Canada, le Québec, l'Ontario, les États-Unis et l'État de New York. Les institutions mohawks sont de même divisées sur le plan territorial entre le Conseil des Mohawks d'Akwesasne, le Conseil tribal de St-Régis et le Conseil des chefs de la Nation mohawk. Les problèmes frontaliers qui en résultent compliquent la vie quotidienne des Mohawks. Comme l'affirme l'intimé dans son témoignage :

[TRADUCTION] Nous n'avons pas demandé que cette frontière internationale sépare notre communauté en deux. Nous n'avons certainement pas demandé que la frontière de l'État de New York soit placée sur notre territoire. Nous n'avons certainement pas demandé que l'autre moitié de notre communauté soit séparée par le Québec et l'Ontario.

C'est notre réalité. Nous admettons très volontiers qu'il s'agit d'une situation très difficile et unique. . .

Nous espérons modifier cette situation et, en exerçant nos droits ancestraux, nous devons moderniser beaucoup la signification que nous donnons à nos droits et la manière dont nous les exerçons.

Les habitants d'Akwesasne passent et repassent habituellement la frontière internationale plusieurs fois par jour. L'approvisionnement en provenance du continent suscite des problèmes de douane. En 1991, le gouvernement canadien a cherché à réduire le fardeau fiscal des résidents au moyen du *Décret de remise visant les résidents d'Akwesasne*, DORS/91-412, pris en vertu du *Tarif des douanes*, L.R.C. 1985, ch. 41 (3<sup>e</sup> suppl.).

Je conviens que cet entrecroisement de frontières dans la communauté mohawk va au-delà du simple inconvénient et constitue un fardeau important dans la vie de tous les jours. C'est, bien

burden to border communities everywhere. Jurisdictional patchworks, and their ability to complicate one's existence, are not special to aboriginal communities. Elsewhere in Quebec, there are similar difficulties. In Estcourt, the international boundary runs through the living-room of the Béchard family. In Stanhope, Quebec, the billiard room of the Dundee Line Hotel is neatly bifurcated by the boundary with New York State: National Film Board, *Between Friends/Entre Amis* (1976), at pp. 213 and 246-47.

entendu, un fardeau pour toutes les collectivités frontalières. Les morcellements de compétence territoriale et leur propension à compliquer la vie ne sont pas propres aux communautés autochtones. Ailleurs au Québec, il existe des situations semblables. À Estcourt, la frontière internationale traverse le salon de la famille Béchard. À Stanhope (Québec), la frontière avec l'État de New York coupe clairement en deux la salle de billard de l'hôtel de Dundee Ligne : Office national du film : *Between Friends/Entre Amis* (1976), p. 213 et 246-247.

80 Having said that, the purpose of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is to reconcile "the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown" (*Van der Peet, supra*, at para. 31). In this respect, the respondent argued with some passion in the witness box that the jurisdictional divisions carry deeper meaning for the Mohawks of Akwesasne because they represent the intrusion of non-aboriginal governing institutions in the everyday life of Akwesasne and their relations with other members of the Haudenosaunee (Iroquois Confederacy). The border complexities are a constant reminder to the Mohawks of their frustration and inability to control the destiny of their own communities.

Cela dit, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* vise à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté » (*Van der Peet*, précité, par. 31). À cet égard, l'intimé a soutenu avec une certaine passion à la barre des témoins que la dislocation entre ressorts territoriaux a une signification plus profonde pour les Mohawks d'Akwesasne parce qu'elle représente l'intrusion d'institutions gouvernementales non autochtones dans leur vie de tous les jours à Akwesasne et dans leurs relations avec d'autres membres de Haudenosaunee (Confédération iroquoise). Les complexités frontalières rappellent constamment aux Mohawks leur frustration et leur incapacité à contrôler le destin de leurs propres communautés.

81 There is some international support for special recognition of the plight of indigenous peoples in this respect. The *Draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples*, adopted by the U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities by its resolution 1994/45, August 26, 1994, provides in Article 35 that:

Indigenous peoples, in particular those divided by international borders, have the right to maintain and develop contacts, relations and cooperation, including activities for spiritual, cultural, political, economic and social purposes, with other peoples across borders.

On trouve un certain appui au niveau international pour la reconnaissance des difficultés particulières des peuples autochtones à cet égard. Le *Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, adopté par la Sous-Commission de l'ONU de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités dans sa résolution 1994/45, le 26 août 1994, prévoit en son article 35 :

Les peuples autochtones, en particulier ceux qui sont divisés par des frontières internationales, ont le droit d'entretenir et de développer, à travers ces frontières, des contacts, des relations et des liens de coopération avec les autres peuples, notamment dans les domaines spirituel, culturel, politique, économique et social.

82 Similarly, *Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, adopted by the General Conference of

De même, la *Convention (n° 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, adoptée le 27 juin 1989 par la Confé-

the International Labour Organisation, June 27, 1989, provides in Article 32:

Governments shall take appropriate measures, including by means of international agreements, to facilitate contacts and co-operation between indigenous and tribal peoples across borders, including activities in the economic, social, cultural, spiritual and environmental fields.

Comparable language is found in the *Draft of the Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, approved by the Inter-American Commission on Human Rights on September 18, 1995, although it also provides specifically in Article 24 that:

Nothing in this instrument shall be construed as granting any rights to ignore boundaries between States.

Canada has taken various concrete steps to try to minimize the disruption of Akwesasne created by the international boundary. These measures, according to the respondent, fall well short of recognizing Mohawk entitlement.

## 2. The Respondent's Border Challenge

With much publicity and notice to the Canadian government, the respondent accompanied by Mohawk supporters performed a symbolic border crossing on March 22, 1988. He brought with him into Canada one washing machine, 20 Bibles, 10 blankets, used clothing, one case of lubricating motor oil, 10 loaves of bread, two pounds of butter, four gallons of whole milk, six bags of cookies and 12 cans of soup. The box of motor oil remained on the Akwesasne reserve. Everything else went to another Mohawk community in Canada, Tyendinaga, west of Kingston, Ontario, in the Bay of Quinte area.

The respondent submitted to the usual border procedures but refused to pay duty. Customs officers let him enter Canada with the goods but a year later, on September 15, 1989, he was served with a Notice of Ascertained Forfeiture of the goods under the *Customs Act* and a claim of \$361.64. Having unsuccessfully challenged the

rence générale de l'Organisation internationale du travail, prévoit à l'article 32 :

Les gouvernements doivent prendre les mesures appropriées, y compris au moyen d'accords internationaux, pour faciliter les contacts et la coopération entre les peuples indigènes et tribaux à travers les frontières, y compris dans les domaines économique, social, culturel, spirituel et de l'environnement.

Le *Projet de la Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones*, approuvé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme le 18 septembre 1995, comporte une disposition comparable, mais prévoit expressément à l'article 24 :

[TRADUCTION] Rien dans cet instrument ne doit être interprété comme conférant quelque droit de ne pas respecter les frontières entre les États.

Le Canada a pris plusieurs mesures concrètes pour réduire les perturbations que crée la frontière internationale pour Akwesasne. Ces mesures, selon l'intimé, sont très loin de constituer une reconnaissance des droits des Mohawks.

## 2. La contestation de l'intimé à la frontière

Avec beaucoup de publicité et après avoir averti le gouvernement canadien, l'intimé, accompagné de sympathisants mohawks, a effectué un passage symbolique de la frontière le 22 mars 1988. Il rapportait au Canada une machine à laver, 20 bibles, 10 couvertures, des vêtements usagés, une caisse de bidons d'huile à moteur, dix pains, deux livres de beurre, quatre gallons de lait entier, six sacs de biscuits et 12 boîtes de soupe en conserve. La caisse d'huile à moteur est restée à la réserve d'Akwesasne. Tout le reste a été remis à une autre communauté mohawk au Canada, la communauté de Tyendinaga, située à l'ouest de Kingston (Ontario), dans la région de la baie de Quinte.

L'intimé s'est soumis aux procédures frontalières habituelles, mais a refusé de payer les droits de douane. Les agents de douane l'ont laissé entrer au Canada avec les marchandises, mais un an plus tard, le 15 septembre 1989, l'intimé a reçu la signification d'un avis de confiscation compensatoire des marchandises en application de la *Loi sur les*

83

84

85

86

decision under s. 131 of the *Customs Act*, the respondent commenced the present declaratory action.

*douanes* et d'une réclamation de 361,64 \$. Ayant contesté sans succès la décision prise en application de l'art. 131 de la *Loi sur les douanes*, l'intimé a intenté la présente action en jugement déclaratoire.

87 The respondent contended that the Mohawks of Akwesasne are entitled to purchase goods on the U.S. side of the boundary and move those goods into Canada without payment of customs dues or other levies, including GST, for personal consumption, commercial trade at Akwesasne, or for trade with other First Nations in Canada. (A claim by Akwesasne Mohawks from St. Regis to carry goods duty free into the United States was rejected in *United States v. Garrow*, 88 F.2d 318 (C.C.P.A. 1937).)

L'intimé soutient que les Mohawks d'Akwesasne sont autorisés à acheter des marchandises du côté américain de la frontière et à les rapporter au Canada sans acquitter aucun droit de douane ou autre, y compris la TPS, lorsqu'elles sont destinées à leur usage personnel, à des échanges commerciaux à Akwesasne ou à des échanges avec d'autres Premières nations au Canada. (Une revendication des Mohawks d'Akwesasne de St-Regis d'apporter en franchise des marchandises aux États-Unis a été rejetée dans *United States c. Garrow*, 88 F.2d 318 (C.C.P.A. 1937).)

88 With respect to commercial trade at Akwesasne, the respondent's evidence was that the case of motor oil brought across the border without payment of duty was placed for resale in Jock's Store, a general store located on the Canadian side of Akwesasne, but open to natives and passing non-native motorists alike. Non-aboriginal purchasers, likely minimal in number, may therefore obtain the benefit of duty-free prices.

En ce qui concerne le commerce à Akwesasne, la preuve de l'intimé indique que la caisse d'huile à moteur rapportée de l'autre côté de la frontière sans acquitter de droits a été mise en vente au Jock's Store, un magasin général situé du côté canadien d'Akwesasne, mais ouvert aux autochtones comme aux automobilistes non autochtones de passage. Les acheteurs non autochtones, vraisemblablement peu nombreux, peuvent donc bénéficier de prix hors taxes.

89 With respect to trade off the reserve, the respondent said that the bulk of the symbolic importation was delivered to the Tyendinaga Band which had apparently contributed money to finance the purchases in the first place. Further, the respondent described ongoing negotiation of "an extensive trade and commerce agreement" between Akwesasne and the Ojibway/Cree First Nations with whom the respondent says there was a historic trading relationship. The respondent says the importation was at a "non-commercial level", i.e., a small-scale transaction typical of a barter economy. The issue of larger "commercial scale" trade is to be addressed, it seems, by another court on another occasion.

Pour ce qui est du commerce à l'extérieur de la réserve, l'intimé explique que la majeure partie des objets symboliquement importés ont été remis à la bande de Tyendinaga qui avait apparemment déjà versé de l'argent pour financer les achats. En outre, l'intimé décrit une négociation qui se déroule actuellement relative à une large entente commerciale entre Akwesasne et les Premières nations Ojibway/Cries avec lesquelles, selon l'intimé, existait une relation commerciale historique. Selon l'intimé, l'importation était [TRADUCTION] « de niveau non commercial », c.-à-d. une opération à petite échelle typique de l'économie de troc. Il semble que la question d'échanges à une plus grande « échelle commerciale » devra être traitée par un autre tribunal à une autre occasion.

3. The Mohawk Strategy to Turn the Border Burden into an Economic Benefit

Understandably, the respondent and the other Mohawk people are looking for opportunities not only to diminish the border disruption in their lives, but to reunite a community divided by boundaries that are not of Mohawk making, and to turn the solution of these complexities to their collective economic advantage.

There was likely little economic profit in moving goods from one side of the Akwesasne community to the other prior to creation of the international boundary in 1783, apart from meeting the needs of everyday living. There is real profit now only because the international boundary runs through it. The policies of the Canadian government have attributed a financial significance to what is otherwise an arbitrary line drawn on a map.

It is obvious that the “collective advantage” for the Mohawk community of duty-free imports into Canada would not be derived from a continuation of the aboriginal way of life, but is a direct artifact of the financial and tariff arrangements of the non-aboriginal Canadian government. While the respondent argued that the Court need not concern itself in the appeal with other cross-border First Nation communities in Canada, the logic of the Mohawk position would apply equally to any First Nation with a proven history of trade whose homeland in Canada straddles the international boundary.

The respondent, it should be noted, dissociates the present claim from the smuggling problems at Akwesasne which he points out have brought much grief to his community:

Our people in Akwesasne have shown that they are against smuggling; they have co-operated with police, and our own Mohawk police have made a number of drug busts. Cigarettes are perhaps the least of our worries. Drugs, liquor, and automatic weapons, all of which are harmful to our people, have been brought into the

3. La stratégie des Mohawks consistant à transformer des problèmes de frontière en avantage économique

De manière compréhensible, l’intimé et les autres Mohawks cherchent des occasions non seulement de réduire les complications frontalières dans leurs vies, mais aussi d’unir de nouveau une communauté divisée par des frontières qui n’ont pas été établies par les Mohawks et de tourner à leur avantage économique collectif la résolution de ces difficultés.

En dehors des nécessités de la vie quotidienne, il y avait vraisemblablement peu d’avantages économiques à transporter des marchandises d’un côté à l’autre de la communauté d’Akwesasne avant la création de la frontière internationale en 1783. S’il y a profit à en tirer maintenant c’est uniquement parce que la frontière internationale traverse cette réserve. Les politiques du gouvernement canadien ont donné une importance financière à ce qui est autrement une ligne arbitraire tracée sur une carte.

À l’évidence, l’« avantage collectif » pour la communauté mohawk des importations hors taxes au Canada ne découle pas du maintien du mode de vie autochtone, mais est le résultat direct et concret de mesures financières et tarifaires du gouvernement canadien non autochtone. Même si l’intimé soutient que la Cour n’a pas à se préoccuper en l’espèce des autres communautés frontalières des Premières nations au Canada, la logique de la position mohawk s’appliquerait également à toutes les Premières nations qui ont une histoire établie de commerce et dont les terres sont à cheval sur la frontière internationale entre le Canada et les États-Unis.

Il convient de noter que l’intimé dissocie la présente revendication et les problèmes de contrebande à Akwesasne qui, souligne-t-il, ont beaucoup affligé sa communauté :

[TRADUCTION] Notre peuple à Akwesasne a montré qu’il était contre la contrebande; il a coopéré avec la police, et notre propre police mohawk a effectué un certain nombre d’opérations antidrogue. Les cigarettes sont peut-être le moindre de nos soucis. Les stupéfiants, l’alcool, les armes automatiques, qui nuisent tous à notre

90

91

92

93

territory in great quantities. Our people in our community have said that this is wrong under our laws, whether a border exists or not. Their view is that those native people who abuse our right to transport such property within our territory free of taxes and duties are opportunists. They are risking injury to the rights of all our people for their own immediate profit. Neither the community nor the Iroquois Confederacy supports smuggling.

(Exhibit D-13. Grand Chief Michael Mitchell, “An Unbroken Assertion of Sovereignty”, in B. Richardson, ed., *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country* (1989), 105, at p. 130)

peuple, ont été apportées en grandes quantités sur le territoire. Notre communauté a dit que cela était contraire à nos lois, qu’une frontière existe ou non. Elle est d’avis que les autochtones qui abusent de notre droit de transporter de telles marchandises sur notre territoire sans acquitter de taxes et de droits sont des opportunistes. Ils risquent de porter préjudice aux droits de tout notre peuple en agissant pour leur profit immédiat. Ni la communauté ni la Confédération iroquoise n’appuient la contrebande.

(Pièce D-13, « An Unbroken Assertion of Sovereignty » par le grand chef Michael Mitchell, dans B. Richardson, éd., *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country* (1989), 105, p. 130)

94

The Attorney General for New Brunswick argues that the claimed aboriginal right really amounts to no more than an aboriginal cross-border link to facilitate trade in non-aboriginal goods between non-aboriginal communities. There was, on the evidence, nothing to prevent the Tyendinaga Mohawks from re-selling the goods to non-natives. This concern was not alleviated by counsel for the Assembly of First Nations who argued that mobility rights and free movement of goods must be considered separately, because goods could pass the boundary with or without people. The use of Purolator and Federal Express to send goods back and forth across the border is rather remote from the original concept of permitting the Mohawks to live “as their forefathers had done for centuries” (*Calder, supra*, at p. 328, *per* Judson J.).

Le procureur général du Nouveau-Brunswick soutient que le droit ancestral revendiqué n’est en réalité rien de plus qu’un lien transfrontalier autochtone visant à faciliter le commerce de marchandises non autochtones entre des communautés non autochtones. Selon la preuve, rien n’empêchait les Mohawks de Tyendinaga de revendre les marchandises à des non autochtones. L’avocat de l’Assemblée des Premières nations n’a pas atténué cette préoccupation lorsqu’il a soutenu que la liberté de circulation des personnes et la libre circulation des marchandises doivent être examinées distinctement parce que les marchandises peuvent passer la frontière avec des personnes ou non. L’envoi de marchandises par-delà la frontière, par Purolator et Federal Express, est assez éloigné de l’idée initiale de permettre aux Mohawks de « vivre sur leurs terres comme l’avaient fait leurs ancêtres » (*Calder*, précité, p. 328, le juge Judson).

95

The modernization and increased economic value of a claim is not necessarily fatal to its existence. Drivers of economic value are different today than they were in the past. A “frozen rights” theory has been rejected by the courts as incompatible with the purpose of s. 35(1): *Sparrow, supra*, at p. 1093. Aboriginal rights are capable of growth and evolution: “s. 35(1) is a solemn commitment that must be given meaningful content” (*Sparrow*, at p. 1108).

La modernisation et l’augmentation de la valeur économique d’une revendication ne sont pas nécessairement fatales. Les vecteurs de la valeur économique sont différents aujourd’hui de ce qu’ils étaient autrefois. Les tribunaux ont rejeté la théorie des « droits figés » parce qu’elle est incompatible avec l’objet du par. 35(1) : *Sparrow*, précité, p. 1093. Les droits ancestraux peuvent s’accroître et évoluer : « le par. 35(1) constitue un engagement solennel qui doit avoir un sens utile » (*Sparrow*, p. 1108).

#### 4. The Basis of the Respondent's Aboriginal Rights Claim

An aboriginal right must be derived from pre-contact activity that was an element of a practice, custom or tradition integral to the aboriginal community's distinctive culture. The first step in resolving such a claim includes an assessment of the precise nature of the claim being made, "taking into account such factors as the nature of the action said to have been taken pursuant to an aboriginal right, the government regulation argued to infringe the right, and the tradition, custom or practice relied upon to establish the right" (*Van der Peet*, *supra*, at para. 53, and *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, *supra*, at para. 16).

The Chief Justice addresses the factual evidence relevant to this analysis in her reasons. For my purposes, however, it is necessary to enlarge upon some of the matters that touch on the issue of sovereignty. The trial judge has provided a meticulous and comprehensive history of the events relevant to the appeal.

While the traditional Mohawk homelands were in the Mohawk Valley (near Albany, New York State), the Mohawk people ranged throughout a territory that reached north to the valley of the St. Lawrence River. The Chief Justice points out that "[w]e may assume they travelled with goods to sustain themselves" (para. 41), but points to the scarcity of the evidence that what they carried included goods earmarked for north-south trade (para. 50-51). It is, however, accepted that the Mohawks travelled to the St. Lawrence River valley. The trial judge found that Akwesasne itself was probably not established as a permanent settlement until "some time between 1747 and 1755" (p. 14) apparently in conjunction with a Jesuit mission. This was about 140 years after the Mohawk's first contact with the Europeans, which the trial judge, at p. 16, held was 1609. The first contact, according to the trial judge, was a battle between the French and the Mohawks on Lake Champlain. No claim to aboriginal title is suggested by the respondent in these proceedings, and it is clear that

#### 4. Le fondement de la revendication de droits ancestraux par l'intimé

Un droit ancestral doit découler d'une activité antérieure au contact avec les Européens et cette activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition qui faisait partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone. Dans un premier temps, pour statuer sur la revendication d'un droit, il faut en déterminer la nature précise, « en tenant compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, affirme-t-on, aurait été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement gouvernemental qui porterait atteinte à ce droit et la coutume, pratique ou tradition invoquée comme fondement de celui-ci » (*Van der Peet*, précité, par. 53, et *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, précité, par. 16).

Le Juge en chef traite dans ses motifs de la preuve factuelle pertinente pour cette analyse. Pour les fins qui m'occupent, toutefois, je dois développer certains points qui ont trait à la souveraineté. Le juge de première instance a fait un historique minutieux et complet des faits en l'espèce.

Même si les terres traditionnelles des Mohawks se trouvaient dans la vallée des Mohawks (près d'Albany, État de New York), les Mohawks parcouraient un territoire atteignant au nord la vallée du Saint-Laurent. Le Juge en chef souligne que « [n]ous pouvons supposer qu'ils voyageaient avec les marchandises nécessaires à leur subsistance » (par. 41), mais fait ressortir l'insuffisance des preuves montrant que ce qu'ils transportaient comprenait des marchandises destinées au commerce nord-sud (par. 50-51). Il est cependant admis que les Mohawks voyageaient jusqu'à la vallée du Saint-Laurent. Le juge de première instance conclut qu'Akwesasne elle-même n'est probablement pas devenue un établissement permanent avant les « années 1747-1755 » (par. 43) conjointement, semble-t-il, avec l'établissement d'une mission jésuite. Cela s'est passé environ 140 ans après le premier contact des Mohawks avec les Européens, soit, selon le juge de première instance, en 1609 (par. 50). Le premier contact avec les Européens, d'après le juge de première instance, est une

96

97

98

specific aboriginal rights can exist independently of claims to aboriginal title (*Van der Peet, supra*, at para. 74).

(i) *Prior to Contact*

99 Prior to European contact, the upper St. Lawrence River Valley was “a battleground” (*Adams, supra*, at p. 126) between the Mohawks coming up from the south and the Hurons and Algonquin-speaking peoples who had earlier established themselves in the area. The trial judge quoted at p. 21 the evidence of Dr. Alexander von Gernet, called by the Crown, who acknowledged that:

What I can say is that in the course of their raiding expeditions along the St. Lawrence while they were engaged in warfare with their northern enemies, they would almost certainly have had occasion to travel along this route, presumably stop, victualize their armies, provide their armies with food. [Emphasis added by trial judge.]

To which the trial judge added, at p. 35:

[W]hile one might be obliged to fish in order to victualize an army, it is difficult to see how an army would engage in trade with their enemies while in pursuit of them.

and further pointed out at p. 44:

Whatever goods they obtained either by raiding or by hunting and fishing could be freely brought back across the [then non-existent] border.

100 Territorial boundaries between the warring First Nations ebbed and flowed. The trial judge stated at pp. 21-22 his general conclusion from the historical evidence as follows:

Regardless of the conflicting characterization of the Mohawks’ use and control of the territory in the St. Lawrence Valley, in my view, the Mohawks whose homelands were in the Mohawk Valley prior to the arrival of the Europeans, regularly exploited the area in the St. Lawrence Valley which is now part of Canadian ter-

bataille entre les Français et les Mohawks au bord du lac Champlain. L’intimé ne revendique pas de titre aborigène en l’espèce, et il est clair que des droits ancestraux précis peuvent exister indépendamment de revendications de titres aborigènes (*Van der Peet*, précité, par. 74).

(i) *Avant le contact avec les Européens*

Avant le contact avec les Européens, la vallée du haut Saint-Laurent était « un champ de bataille » (*Adams*, précité, p. 126) entre les Mohawks arrivant du sud et les Hurons et les peuples de langue algonquienne qui s’étaient auparavant établis sur le territoire. Le juge de première instance cite le témoignage du Dr Alexander von Gernet, assigné par la Couronne, qui reconnaît (au par. 72) que :

[TRADUCTION] Je peux dire cependant que, lors de leurs expéditions guerrières menées le long du Saint-Laurent, alors qu’ils faisaient la guerre à leurs ennemis plus au nord, ils auraient presque inmanquablement eu l’occasion d’emprunter cette route, sans doute aussi de s’arrêter afin de réapprovisionner leurs armées. [Souligné par le juge de première instance.]

Ce à quoi le juge de première instance ajoute, au par. 135 :

[S]i l’on comprend qu’une armée puisse bien se livrer à la pêche pour se ravitailler, il est plus difficile de concevoir qu’une armée commerce avec ses ennemis tout en les pourchassant.

Il souligne également au par. 177 :

Les articles qu’ils se procuraient, soit lors de leurs expéditions guerrières, soit par la chasse ou la pêche, pouvaient librement être ramenés de l’autre côté [de la frontière qui n’existait pas alors].

Les frontières territoriales entre les Premières nations en guerre étaient instables. Le juge de première instance a énoncé comme suit sa conclusion générale tirée de la preuve historique au par. 78 :

Malgré cette divergence d’avis concernant l’utilisation et le contrôle, par les Mohawks, du territoire situé dans la vallée du Saint-Laurent, j’estime que les Mohawks dont, avant l’arrivée des Européens, les pays étaient situés dans la vallée des Mohawks, exploitaient de manière régulière cette région de la vallée du Saint-

ritory. It is not clear from the evidence whether the Mohawks consistently used the area as a hunting and fishing territory or whether the area was mainly a battle and raiding ground with other First Nations. However, it is clear that the territory around the St. Lawrence River, in what is now Canada, was regularly travelled by the Mohawks.

The trial judge's assessment of the nature of the Mohawk's progress through the territory in pre-contact times was based in part on the evidence of the respondent's expert, Professor Charles Johnston. The trial judge reproduced the following extract from Professor Johnston's evidence (at p. 27):

Well, let's put it this way, trading and making war came as easily to the Iroquois as living and breathing. When they weren't making war, they were usually engaged in trading . . . War, of course, stemmed out of trade and trade came out of war.

It is this evidence of pre-contact activity that defines the basis of an aboriginal right. The picture that emerges is one of a militarily powerful confederacy that spread to and along the St. Lawrence River Valley displacing the earlier aboriginal inhabitants by force of arms. They traded with their friends to the east and west of the Mohawk Valley, as the Chief Justice acknowledges. They fought with their enemies to the north. The trial judge cautioned at p. 35 against "concentrat[ing] too much on . . . raiding activities". The point, nevertheless, is that in the pre-contact era, the Mohawks were (and acted as) a fully autonomous people within the Iroquois Confederacy. The principle object of this litigation is to reassert that autonomy in relation to the present international border between Canada and the United States to the greatest extent permitted by law.

While none of the boundaries between First Nation Territories in pre-contact times corresponded with the present international boundary at

Laurent qui fait maintenant partie du territoire canadien. La preuve ne permet aucune conclusion nette quant à la question de savoir si les Mohawks chassaient et pêchaient régulièrement sur ce territoire, ou si celui-ci servait surtout de zone de bataille et d'attaque contre d'autres Premières nations. Il est clair, cependant, que le territoire entourant la rivière du Saint-Laurent, et faisant maintenant partie du Canada, était régulièrement sillonné par les Mohawks.

L'évaluation par le juge de première instance de la nature de l'avancée des Mohawks dans le territoire avant le contact avec les Européens est fondée en partie sur le témoignage de l'expert de l'intimé, le professeur Charles Johnston. Le juge de première instance cite l'extrait suivant de ce témoignage (au par. 103) :

[TRADUCTION] Disons que, pour les Iroquois, le commerce et la guerre étaient deux activités parfaitement naturelles. C'est ainsi que, quand ils ne faisaient pas la guerre, ils commerçaient. [. . .] La guerre, évidemment, découlait du commerce, et le commerce découlait de la guerre.

C'est cette preuve d'une activité antérieure au contact avec les Européens qui définit le fondement d'un droit ancestral. L'image qui s'en dégage est celle d'une confédération militaire puissante qui s'étendait jusqu'à la vallée du Saint-Laurent et le long de celle-ci, et chassait par la force les habitants autochtones précédents. Ils commerçaient avec leurs alliés à l'est et à l'ouest de la vallée des Mohawks, comme le reconnaît le Juge en chef. Ils se battaient avec leurs ennemis au nord. Le juge de première instance fait une mise en garde contre le fait d'« accorde[r] trop d'importance aux excursions guerrières » (par. 130). Pourtant, ce qui importe c'est que, dans la période antérieure au contact avec les Européens, les Mohawks étaient (et agissaient comme) un peuple pleinement autonome au sein de la Confédération iroquoise. L'objet principal du présent litige est de réaffirmer cette autonomie relativement à la frontière internationale actuelle entre le Canada et les États-Unis dans toute l'ampleur permise en droit.

Même si aucune des frontières entre les territoires des Premières nations avant le contact avec les Européens ne correspond à la frontière interna-

101

102

103

Akwesasne, such boundaries existed, and the trial judge found that under traditional practices and customs, they were respected by the Mohawks in times of peace.

(ii) *Evidence of Post-Contact Activity*

104 While evidence of post-contact activity cannot enlarge the factual basis of the aboriginal right claim, it is said to be relevant in this case because of the alleged incompatibility of the respondent's claim with the later assertion of non-Mohawk sovereignty.

105 Professor Charles Johnston emphasized that the arrival of the Europeans created further turmoil (at p. 27):

The French arrested the Dutch first and then the English established their control in the Hudson and Mohawk valleys and the French do the same thing on the St. Lawrence. So you have these competing systems. The point is the Mohawks are right in the middle.

106 The evidence showed that post-contact Mohawks from the Mohawk Valley began migrating north to establish permanent communities on the St. Lawrence River. The trial judge noted, "[t]hey massed an invasion force in the late 1640s and early 1650s which led to the dispersion of the aboriginal peoples of Ontario" (p. 35).

107 The Hurons and Algonquins allied themselves with the French, and most of the Iroquois with the English. The Mohawks in the St. Lawrence River Valley had divided loyalties. The communities closest to Montreal, at least, came to be allies of the French. The trial judge noted that some Mohawks "moved north because they believed that an alliance with the French was preferable to neutrality or an alliance with the English" (p. 22). While colonial law under the French regime treated aboriginal rights differently than the British

tionale actuelle à Akwesasne, ces frontières existaient, et le juge de première instance conclut que, conformément aux pratiques et coutumes traditionnelles, les Mohawks les respectaient en temps de paix.

(ii) *Preuve d'une activité postérieure au contact avec les Européens*

Bien que la preuve d'une activité postérieure au contact avec les Européens ne puisse élargir le fondement factuel de la revendication d'un droit ancestral, on dit qu'elle est pertinente en l'espèce en raison de la prétendue incompatibilité de la revendication de l'intimé avec l'affirmation ultérieure d'une souveraineté non mohawk.

Le professeur Charles Johnston souligne que l'arrivée des Européens a créé de nouveaux bouleversements (au par. 100) :

[TRADUCTION] Les Français commencèrent par arrêter l'avance des Hollandais, puis les Anglais établirent leur contrôle sur les vallées de l'Hudson et des Mohawks, les Français faisant de même dans la région du Saint-Laurent. Cela donne donc deux systèmes qui se concurrencent. L'important ici est que les Mohawks se situent à la charnière de ces deux systèmes.

La preuve indique qu'après le contact avec les Européens, des Mohawks de la vallée des Mohawks ont commencé à migrer vers le nord pour établir des communautés permanentes sur le Saint-Laurent. Le juge de première instance note que « [v]ers la fin des années 1640 et le début des années 1650, ils ont réuni une force d'invasion qui a fini par entraîner la dispersion des peuples autochtones de l'Ontario » (par. 131).

Les Hurons et les Algonquins se sont alliés avec les Français, et la plupart des Iroquois avec les Anglais. Les Mohawks de la vallée du Saint-Laurent étaient d'allégeance partagée. Les communautés les plus proches de Montréal, du moins, sont devenues des alliées des Français. Le juge de première instance note que certains Mohawks « ont immigré vers le nord car ils pensaient qu'il était mieux de s'allier avec les Français que de déclarer sa neutralité ou de s'allier avec les Anglais » (par. 80). Même si le droit colonial fran-

regime, our Court has affirmed that “the intervention of French sovereignty [did not] negat[e] the potential existence of aboriginal rights within the former boundaries of New France under s. 35(1)”: (*R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 51). The fighting between the French and the English and their respective First Nation allies continued until the fall of New France in 1759-60.

The legal effect of the resulting Treaty of Paris of 1763 was described by the Judicial Committee of the Privy Council in *Attorney General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542, at pp. 545-46:

In 1763 Canada and all its dependencies, with the sovereignty, property, and possession, and all other rights which had at any time been held or acquired by the Crown of France, were ceded to Great Britain: *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. Reg.* (1888), 14 App. Cas. 46, at p. 53. Upon that event the Crown of England became possessed of all legislative and executive powers within the country so ceded to it, and, save so far as it has since parted with these powers by legislation, royal proclamation, or voluntary grant, it is still possessed of them. One of the rights possessed by the supreme power in every State is the right to refuse to permit an alien to enter that State, to annex what conditions it pleases to the permission to enter it, and to expel or deport from the State, at pleasure, even a friendly alien, especially if it considers his presence in the State opposed to its peace, order, and good government, or to its social or material interests: Vattel, *Law of Nations*, book 1, s. 231; book 2, s. 125.

The “aliens” in the *Cain* case were citizens of the United States. For our purposes, it must be kept in mind that the respondent does not assert here mobility rights granted by France, Britain or Canada. He is, of course, entitled to full rights as a Canadian citizen. But in this particular case, he is not asserting those rights. He is asserting mobility rights as a “citizen of Haudenosaunee” that are derived from Mohawk mobility that pre-dated all of those regimes.

çais traitait les droits ancestraux différemment du droit colonial britannique, notre Cour a déclaré que « la souveraineté française [n’a pas] mis fin à l’existence potentielle de droits ancestraux visés au par. 35(1) à l’intérieur des frontières de ce qui constituait la Nouvelle-France »: *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 51. Les combats entre les Français et les Anglais, et leurs alliés respectifs au sein des Premières nations, se sont poursuivis jusqu’à la chute de la Nouvelle-France en 1759-60.

L’effet juridique du Traité de Paris de 1763 qui a suivi est décrit par le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Attorney General for Canada c. Cain*, [1906] A.C. 542, p. 545-546 :

[TRADUCTION] En 1763 le Canada et toutes ses dépendances, ainsi que les droits à la souveraineté, à la propriété et à la possession, et tous les autres droits qui avaient en tout temps été détenus ou acquis par la Couronne de France, ont été cédés à la Grande-Bretagne : *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. c. Reg.* (1888), 14 App. Cas. 46, p. 53. À partir de ce moment, la Couronne d’Angleterre a été investie de tous les pouvoirs législatifs et exécutifs au pays qui lui avaient été cédés et, sauf dans la mesure où elle s’est depuis départie de ces pouvoirs par loi, proclamation royale ou concession volontaire, elle en est toujours investie. Parmi les droits que possède le pouvoir suprême de chaque État il y a le droit d’en refuser l’entrée à un étranger, d’ajouter les conditions qu’il juge à propos à la permission d’entrer dans l’État et d’expulser ou de déporter de l’État, s’il le juge à propos, même un étranger amical, en particulier s’il estime que sa présence dans l’État est contraire à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement, ou à ses intérêts sociaux ou matériels : Vattel, *Law of Nations*, t. 1, par. 231; t. 2, par. 125.

Les « étrangers » dans l’arrêt *Cain* étaient des citoyens américains. Pour les fins qui nous occupent, il convient de garder à l’esprit que l’intimé ne revendique pas en l’espèce une liberté de circulation accordée par la France, la Grande-Bretagne ou le Canada. Il a, bien entendu, les pleins droits de citoyen canadien. Mais en l’espèce, il ne revendique pas ces droits. Il revendique la liberté de circulation en tant que « citoyen de Haudenosaunee », qui découle de la liberté de circulation des Mohawks antérieure à tous ces régimes.

108

109

110 Within two decades after the fall of New France, the American Revolution swept northwards. Troops of General George Washington on manoeuvres in New York State “destroyed the cornfields, burnt the Longhouses and basically wiped out as many of the Iroquois families that [*sic*] still existed”, thereby reinforcing the northern migration of some of the Mohawks to British territory. The boundary that cuts through Akwesasne did not come into existence until the conclusion of the American War of Independence by a subsequent Treaty of Paris in 1783.

##### 5. The Sovereignty Objection

111 The unusual aspect of this case is that not only the value but the very *purpose* of the claimed trading/mobility right depends on a boundary that is itself an expression of non-aboriginal sovereignties on the North American continent.

112 The respondent is understandably proud of the Mohawk heritage. The Iroquois Confederacy is thought to have been formed around 1450. The evidence accepted by the trial judge at p. 26 was that at their height

... the Iroquois had achieved for themselves the most remarkable civil organization in the New World excepting only Mexico and Peru.

The respondent’s 17th century ancestors were no doubt unaware that some of the Kings in distant Europe were laying claim to sovereignty over Mohawk territory. As Marshall C.J. of the United States Supreme Court observed in *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), at p. 543:

It is difficult to comprehend the proposition, that the inhabitants of either quarter of the globe could have rightful original claims of dominion over the inhabitants of the other, or over the lands they occupied . . . .

113 Nevertheless, this is what happened. From the aboriginal perspective, moreover, those early claims to European “dominion” grew to reality in the decades that followed. Counsel for the respondent does not dispute Canadian sovereignty. He

Moins de 20 ans après la chute de la Nouvelle-France, la Guerre d’indépendance s’est étendue vers le nord. Les troupes du général George Washington en manœuvres dans l’État de New York [TRADUCTION] « ont détruit les champs de maïs, brûlé les cabanes longues et pratiquement exterminé toutes les familles iroquoises qui existaient encore » ce qui a renforcé la migration de Mohawks vers le nord dans le territoire britannique. La frontière qui traverse Akwesasne n’a été établie qu’après la conclusion de la Guerre d’indépendance par le Traité de Paris de 1783.

##### 5. L’objection relative à la souveraineté

L’aspect inhabituel de la présente affaire tient à ce que non seulement la valeur, mais l’*objet* même du droit de commerce et de circulation revendiqué dépend d’une frontière qui, en soi, est l’expression de souverainetés non autochtones sur le continent nord-américain.

L’intimé est fier du patrimoine mohawk, et cela se comprend. On pense que la Confédération iroquoise a été formée vers 1450. À leur apogée, selon la preuve acceptée par le juge de première instance, au par. 100 :

[TRADUCTION] ... les Iroquois étaient parvenus à se doter de l’organisation sociale la plus remarquable du Nouveau Monde hormis le Mexique et le Pérou.

Les ancêtres de l’intimé au XVII<sup>e</sup> siècle ne savaient certainement pas que des Rois d’une Europe lointaine revendiquaient la souveraineté sur le territoire mohawk. Comme l’a noté le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), p. 543 :

[TRADUCTION] Il est difficile de comprendre que les habitants d’une partie du globe pouvaient avoir des revendications originales légitimes de suprématie sur les habitants de l’autre ou sur les terres qu’ils occupaient . . . .

C’est pourtant ce qui est arrivé. En outre, selon le point de vue autochtone, ces premières revendications de « suprématie » européenne sont devenues réalité dans les décennies suivantes. L’avocat de l’intimé ne conteste pas la souveraineté cana-

seeks Mohawk autonomy within the broader framework of Canadian sovereignty.

The common law concept of aboriginal rights is built around the doctrine of sovereign succession in British colonial law. The framers of the *Constitution Act, 1982* undoubtedly expected the courts to have regard in their interpretation of s. 35(1) to the common law concept. This point was made by McLachlin J. (as she then was) (dissenting in the result) in *Van der Peet, supra*, at paras. 227 and 262:

The issue of what constitutes an aboriginal right must, in my view, be answered by looking at what the law has historically accepted as fundamental aboriginal rights.

. . .

Given the complexity and sensitivity of the issue of defining hitherto undefined aboriginal rights, the pragmatic approach typically adopted by the common law — reasoning from the experience of decided cases and recognized rights — has much to recommend it. [Emphasis added.]

I agree. The *Constitution Act, 1982* ushered in a new chapter but it did not start a new book. Within the framework of s. 35(1) regard is to be had to the common law (“what the law has historically accepted”) to enable a court to determine what constitutes an aboriginal right.

The respondent positions his claim as follows. He makes a point of travelling back and forth across the international border producing his Haudenosaunee passport issued at the capital of the Mohawk Confederacy at Onondaga, New York State. As he explained in testimony:

[The passport] is also to me an expression of recognition, not only by my own Iroquois Confederacy and our nation’s capital, Onondaga, that I carry my own passport, but it is also [a] recognition of Canada and the United States of who my citizenship lies with.

This evidence with respect to the Haudenosaunee passport was said by respondent’s counsel to go

dienne. Il revendique l’autonomie mohawk dans le cadre plus large de la souveraineté canadienne.

En common law, la notion de droits ancestraux est fondée sur le principe de la succession de pouvoirs souverains en droit colonial britannique. Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* s’attendaient indubitablement à ce que les tribunaux tiennent compte de cette notion dans leur interprétation du par. 35(1). Cette question a été soulevée par le juge McLachlin maintenant Juge en chef (dissidente sur le résultat) dans *Van der Peet*, précité, par. 227 et 262 :

Je suis d’avis que, pour répondre à la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, il convient d’examiner les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit, comme étant des droits ancestraux fondamentaux.

. . .

Vu le caractère complexe et délicat de la question de la définition de droits ancestraux qui n’ont encore jamais été définis, l’approche pragmatique généralement appliquée en common law — le raisonnement fondé sur l’expérience découlant des précédents et des droits reconnus — présente maints avantages. [Je souligne.]

Je suis d’accord. La *Loi constitutionnelle de 1982* est l’introduction d’un nouveau chapitre et non d’un nouveau livre. Dans le cadre du par. 35(1), les tribunaux doivent considérer la common law (« les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit ») pour déterminer ce qui constitue un droit ancestral.

L’intimé exprime ainsi sa revendication : de façon délibérée il passe et repasse la frontière internationale et présente son passeport haudenosaunee délivré dans la capitale de la Confédération mohawk à Onondaga, État de New York. Il explique ceci dans son témoignage :

[TRADUCTION] Le [passeport] représente aussi pour moi non seulement la reconnaissance par ma propre Confédération iroquoise et la capitale de notre nation, Onondaga, du fait que je porte sur moi mon propre passeport, mais aussi [la] reconnaissance par le Canada et les États-Unis de la nation de qui relève ma citoyenneté.

L’avocat de l’intimé affirme que cette preuve relative au passeport haudenosaunee se rapporte [TRA-

114

115

116

“to the issue of the basis of the rights that the [respondent] is claiming in this case”.

117 In assessing aboriginal claims, courts are required to take into account “the perspective of the aboriginal peoples themselves” (*Sparrow*, *supra*, at p. 1112; *Van der Peet*, *supra*, at para. 49). From the respondent’s perspective, the aboriginal right flows from Mohawk sovereignty. In Exhibit D-13 he writes, at p. 107:

Akwesasne is a Mohawk community that has existed from time immemorial, with its own laws and government, and we have consistently been determined to maintain the sovereignty of our Nation.

To which he adds at p. 135:

I think of myself as a community leader, but my national leaders are the leaders of the Mohawk Nation. I am a citizen of Haudenosaunee; and if anyone says I am also a Canadian citizen, the most I can agree is that we have certain benefits in Canada, by treaty, the same benefits as we have in the United States.

118 Fundamentally, the respondent views his aboriginal rights as a shield against non-aboriginal laws, including what he sees as the imposition of a border that “wasn’t meant for [the] Kanienkehaka or the Mohawk Nation or any of the Six Nations”. He thus testified at trial:

Even though my grandfather didn’t speak any English he was able to explain to me, as other elders have, that the promises made by the English to the Haudenosaunee that they would continue to recognize our nation as free and independent peoples. At one meeting they would recite it, what exactly were those words and the gist that we had to understand it.

So, when our people in Akwesasne today say this border was not intended for us, they have an understanding in historical terms of the interpretation of those promises. In our language and the way it is passed down, the line of what is now known as the International Border belongs to somebody else. It wasn’t meant

DUCTION] « à la question du fondement des droits que l’[intimé] revendique en l’espèce ».

Dans l’évaluation des revendications autochtones, les tribunaux sont tenus de prendre en considération le « point de vue des autochtones eux-mêmes » (*Sparrow*, précité, p. 1112; *Van der Peet*, précité, par. 49). Du point de vue de l’intimé, le droit ancestral découle de la souveraineté mohawk. Voici ce qu’il dit (pièce D-13, p. 107) :

[TRADUCTION] Akwesasne est une communauté mohawk qui existe de temps immémorial, qui possède ses propres lois et son propre gouvernement, et nous avons de façon constante été déterminés à maintenir la souveraineté de notre nation.

Puis il ajoute, à la p. 135 :

[TRADUCTION] Je me vois comme un chef de communauté, mais mes chefs nationaux sont les chefs de la nation mohawk. Je suis citoyen de Haudenosaunee; et si quelqu’un dit que je suis aussi citoyen canadien, j’admetts tout au plus que nous bénéficions de certains avantages au Canada, par traité, les mêmes avantages qu’aux États-Unis.

Fondamentalement, l’intimé considère ses droits ancestraux comme un bouclier contre les lois non autochtones, y compris ce qu’il considère comme l’imposition d’une frontière [TRADUCTION] « qui n’était pas destinée à la nation kanienkehaka ou mohawk ni à aucun membre des Six-Nations ». Voici son témoignage au procès :

[TRADUCTION] Même si mon grand-père ne parlait pas l’anglais, il pouvait m’expliquer, comme d’autres aînés l’ont fait, les promesses faites par les Anglais aux Haudenosaunees de continuer à reconnaître notre nation comme étant libre et indépendante. À une rencontre ils relataient l’événement, énonçaient exactement les mots qu’avaient prononcés les Anglais et l’essentiel que nous devions en comprendre.

Alors, quand notre peuple à Akwesasne affirme aujourd’hui que cette frontière ne nous était pas destinée, ils ont une interprétation historique de ces promesses. Dans notre langue et de la façon dont cela nous a été transmis, la ligne de ce qui est maintenant connu comme étant la frontière internationale appartient à quelqu’un d’autre. Cette frontière n’était pas destinée à la nation kanienkehaka ou mohawk ou à aucun autre

for Kanienkehaka or the Mohawk Nation or any of the Six Nations. We understand that much.

In this testimony the respondent refers to “promises made by the English to the Haudenosaunee”, but his claim to base a trading/mobility right and tax exemptions on an existing treaty right was rejected by the trial judge and has not been appealed to this Court. His contention here is that whether or not the British made a treaty promise to that effect, the Mohawks were in fact free under the Mohawk legal regime “to pass and repass . . . across what is now the Canada-United States boundary” with goods for trade and this freedom should now receive s. 35 protection. The claim to trade and mobility across international boundaries as a citizen of Haudenosaunee engages the sovereignty issue.

#### 6. Non-Assertion of Aspects of the Respondent’s Claim

The Trial Division declaration, as stated, recognized an aboriginal right “to pass and repass freely across what is now the Canada-United States boundary including the right to bring goods into Canada for personal and community use, including for trade with other First Nations, without having to pay any duty or taxes whatsoever to any Canadian Government or authority” (p. 4 (emphasis added)). The word “including” was subsequently deleted in an effort to shrink the scope of the aboriginal right asserted in *this* particular proceeding and thereby to present a smaller target to the appellant’s objection. The Federal Court of Appeal added site-specific limitations to the claimed right. In the end, the declaration issued by the Federal Court of Appeal read as follows (at para. 56):

[T]he plaintiff as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada has an existing aboriginal right which is constitutionally protected by sections 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982*, when crossing the international border from New York to Ontario or Quebec, to bring with him

membre des Six-Nations. Nous comprenons au moins cela.

Dans ce témoignage, l’intimé évoque les « promesses faites par les Anglais aux Haudenosaunees », mais le juge de première instance a rejeté sa revendication visant à fonder les exemptions fiscales et le droit de commerce et de circulation sur un droit existant issu d’un traité, et cette décision n’a pas été portée en appel devant notre Cour. Il soutient ici que, avec ou sans promesse des Britanniques à cet effet par traité, les Mohawks étaient en fait libres en vertu du régime juridique mohawk [TRADUCTION] « de passer et de repasser [...] ce qui est maintenant la frontière Canada-États-Unis » avec des marchandises pour usage commercial et que cette liberté devrait maintenant être protégée par l’art. 35. Cette revendication du droit de commerce et de circulation à travers les frontières internationales, en tant que citoyen de Haudenosaunee, met en jeu la question de la souveraineté.

#### 6. La non-allégation de certains aspects de la réclamation de l’intimé

Le jugement déclaratoire de la Section de première instance reconnaît un droit ancestral « de passer et de repasser librement ce qui est maintenant la frontière Canada-États-Unis, ce droit comprénant également le droit d’introduire au Canada des marchandises à usage personnel et communautaire, y compris des marchandises destinées au commerce avec les autres Premières nations, et ce sans avoir à acquitter à un gouvernement ou autre autorité canadienne des taxes ou des droits de douane » (par. 3 (je souligne)). Les mots « comprénant » et « y compris » ont par la suite été enlevés en vue de réduire la portée du droit ancestral revendiqué dans ces procédures et, par le fait même, de restreindre ce que pouvait contester l’appelant. La Cour d’appel fédérale a ajouté des restrictions géographiques au droit revendiqué. Finalement, le jugement déclaratoire de la Cour d’appel fédérale se lit comme suit (au par. 56) :

Le demandeur, en sa qualité de Mohawk d’Akwesasne résidant au Canada, jouit d’un droit ancestral existant que protègent les articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, savoir celui de rapporter en franchise des droits de douane et taxes du Canada, lorsqu’il tra-

119

120

to Canada, for personal use or consumption, or for collective use or consumption by the members of the community of Akwesasne, or for non-commercial scale trade with First Nation communities in Ontario or Quebec, goods bought in the State of New York without having to pay any duty or taxes to the government of Canada.

121 In his opening address at trial, counsel for the respondent also made it clear that no claim is made in *this* action to import prohibited or controlled goods:

So that it will be perfectly clear from the outset of the trial, my lord, Plaintiff states immediately and unequivocally that he is not here pleading and that this case is not about any right to bring across the Canada/U.S. border any form of firearm or any form of restricted or prohibited drug, alcohol, plants or the like. Nor do the facts in this case raise the issue of importation into Canada of commercial goods for the primary purpose of competing in the commercial mainstream in Canada. Plaintiff is not, my lord, seeking any judicial determination of that issue in this case. [Emphasis added.]

122 When asked by the trial judge whether the claim included “commercial trade” (as defined, e.g., in *Gladstone, supra*, at para. 57), he said not “at this time”.

123 The respondent takes the position that aboriginal peoples do not have to claim the full extent of their entitlement. He reiterated that the purpose of s. 35 was to bring about a reconciliation between Canadian society and its aboriginal communities (*Van der Peet, supra*), and characterized the respondent’s willingness to exclude from his claim a right to bring across the border prohibited goods (e.g., firearms and illegal drugs) and controlled goods (e.g., alcohol, though not tobacco) as a reasonable concession in pursuit of such a reconciliation. However, in considering whether the evidence gives rise to the claimed right, it is necessary to look at *all* of the evidence to determine whether, in its totality, it establishes not only a pre-contact practice that was *capable* of being carried forward

verse la frontière internationale pour aller de l’État de New York en Ontario ou au Québec, des marchandises achetées dans cet État pour son usage ou sa consommation personnelle, ou pour l’usage ou la consommation collective des membres de la communauté d’Akwesasne, ou encore à des fins d’échanges non commerciaux avec d’autres Premières nations en Ontario ou au Québec.

Dans son exposé introductif au procès, l’avocat de l’intimé a indiqué clairement que, dans *cette* action, on ne revendiquait pas le droit d’importer des marchandises prohibées ou contrôlées :

[TRADUCTION] J’aimerais bien faire comprendre dès le début du procès que le demandeur affirme immédiatement et sans équivoque qu’il n’est pas ici pour revendiquer un droit de traverser la frontière entre les États-Unis et le Canada en transportant une forme quelconque d’arme à feu ou de drogue, alcool, plante ou produit semblable à usage restreint ou prohibé. Par ailleurs, les faits de l’espèce ne soulèvent pas la question de l’importation au Canada de marchandises commerciales en vue principalement d’être compétitif sur le marché canadien. Le demandeur ne demande pas qu’une décision judiciaire soit rendue sur cette question dans la présente affaire. [Je souligne.]

Quand le juge de première instance lui a demandé si la revendication comprenait la « vente commerciale » (telle que définie par ex. dans *Gladstone*, précité, par. 57), il a répondu : [TRADUCTION] « pas à ce moment ».

L’intimé prétend que les autochtones n’ont pas à revendiquer la pleine portée de leur droit. Il a répété que l’art. 35 visait à réconcilier la société canadienne et ses communautés autochtones (*Van der Peet*, précité), et a qualifié son consentement à exclure de sa revendication le droit de transporter au-delà de la frontière des marchandises prohibées (p. ex. des armes à feu et des drogues illicites) et des marchandises contrôlées (dont l’alcool, mais pas le tabac) de concession raisonnable dans la poursuite d’une telle réconciliation. Toutefois, pour déterminer si la preuve établit le droit revendiqué, il faut examiner *toute* la preuve pour déterminer si, dans son ensemble, elle établit non seulement une pratique antérieure au contact avec les Européens *susceptible* de se poursuivre sous les nouveaux

under the new European-based legal orders but a practice that is compatible with Canadian sovereignty.

The analysis of the courts below in support of the respondent's position, if accepted, would suggest that in future cases other Mohawks would argue with some force that the historical practice of the free movement of people and goods having been established in this case, any other restrictions on the movement of goods, people and perhaps capital would have to be justified under the *Sparrow* doctrine.

#### 7. The Substance of the Claim Disclosed by the Evidence

For the reasons already mentioned, the respondent's claim, despite the concessions made in argument, is not just about physical movement of people or goods in and about Akwesasne. It is about pushing the envelope of Mohawk autonomy within the Canadian Constitution. It is about the Mohawks' aspiration to live as if the international boundary did not exist. Whatever financial benefit accrues from the ability to move goods across the border without payment of duty is clearly incidental to this larger vision.

It is true that in *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, the Court warned, at para. 27, against casting the Court's aboriginal rights inquiry "at a level of excessive generality". Yet when the claim, as here, can only properly be construed as an international trading and mobility right, it has to be addressed at that level.

In the constitutional framework envisaged by the respondent, the claimed aboriginal right is simply a manifestation of the more fundamental relationship between the aboriginal and non-aboriginal people. In the Mohawk tradition this relationship is memorialized by the "two-row" wampum, referred to by the respondent in Exhibit D-13, at pp. 109-110, and in his trial evidence (trans., vol. 2, at pp. 191-92), and described in the Haudenosaunee

régimes juridiques européens mais aussi une pratique compatible avec la souveraineté canadienne.

Si on l'acceptait, l'analyse des jugements d'appel en faveur de la position de l'intimé signifierait qu'à l'avenir d'autres Mohawks pourraient soutenir avec une certaine fermeté que, puisque la pratique historique de la libre circulation des personnes et des marchandises a été établie en l'espèce, toute autre restriction à la circulation des marchandises, des personnes et peut-être même du capital devrait faire l'objet d'une justification en vertu du principe de l'arrêt *Sparrow*.

#### 7. La nature de la revendication selon la preuve

Pour les motifs déjà exposés, la revendication de l'intimé, malgré les concessions faites au cours des débats, ne concerne pas seulement le déplacement physique de personnes ou de marchandises à Akwesasne. Elle vise à élargir au maximum l'autonomie mohawk au sein de la Constitution canadienne. Elle concerne l'aspiration des Mohawks à vivre comme si la frontière internationale n'existait pas. L'avantage financier qui découlerait de la capacité de transporter des marchandises au-delà de la frontière sans acquitter de droits est clairement accessoire à cette vision plus large.

Il est vrai que dans *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, par. 27, la Cour met en garde contre « un degré excessif de généralité » dans l'examen des droits ancestraux. Pourtant, quand la revendication, comme en l'espèce, vise clairement un droit de commerce et de circulation internationaux, il faut le considérer sous cet angle.

Dans le cadre constitutionnel qu'envisage l'intimé, le droit ancestral revendiqué est simplement une manifestation de la relation plus fondamentale entre les autochtones et les non autochtones. Dans la tradition mohawk, cette relation est symbolisée par le wampum à « deux rangs », auquel se réfère l'intimé à la pièce D-13, p. 109-110, et dans son témoignage au procès (transc., vol. 2, p. 191-192), et qui est décrit comme suit dans l'exposé des

124

125

126

127

presentation to the Parliamentary Special Committee on Indian Self-Government in 1983 as follows:

When the Haudenosaunee first came into contact with the European nations, treaties of peace and friendship were made. Each was symbolized by the Gus-Wen-Tah or Two Row Wampum. There is a bed of white wampum which symbolizes the purity of the agreement. There are two rows of purple, and those two rows have the spirit of your ancestors and mine. There are three beads of wampum separating the two rows and they symbolize peace, friendship and respect.

These two rows will symbolize two paths or two vessels, travelling down the same river together. One, a birch bark canoe, will be for the Indian people, their laws, their customs and their ways. The other, a ship, will be for the white people and their laws, their customs and their ways. We shall each travel the river together, side by side, but in our own boat. Neither of us will try to steer the other's vessel.

*(Indian Self-Government in Canada: Report of the Special Committee (1983), back cover)*

128 Thus, in the "two-row" wampum there are two parallel paths. In one path travels the aboriginal canoe. In the other path travels the European ship. The two vessels co-exist but they never touch. Each is the sovereign of its own destiny.

129 The modern embodiment of the "two-row" wampum concept, modified to reflect some of the realities of a modern state, is the idea of a "merged" or "shared" sovereignty. "Merged sovereignty" asserts that First Nations were not wholly subordinated to non-aboriginal sovereignty but over time became merger partners. The final *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2 (*Restructuring the Relationship* (1996)), at p. 214, says that "Aboriginal governments give the constitution [of Canada] its deepest and most resilient roots in the Canadian soil." This updated concept of Crown sovereignty is of importance. Whereas historically the Crown may have been portrayed as an entity across the seas with which aboriginal people could scarcely be expected to identify, this was no longer the case in

Haudenosaunee au Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens en 1983 :

Lorsque les Haudenosaunee sont entrés en contact avec les Européens, ils ont conclu avec eux des traités de paix et d'amitié. Chacun était symbolisé par la Gus-Wen-Tah ou ceinture de wampoums à deux rangs. Il y a un lit de wampoum blanc, qui est censé symboliser la pureté de l'entente. Il y a deux rangées en pourpre, et ces deux rangées sont conformes à l'esprit de vos ancêtres et des miens. Il y a trois perles de wampoum qui séparent les deux rangées. Elles symbolisent, ces trois perles, la paix, l'amitié et le respect.

Les deux rangs représentent deux voies parallèles, deux embarcations navigant ensemble sur le même cours d'eau. L'une, un canot d'écorce, représente les Indiens, leurs lois, leurs coutumes et leurs traditions, tandis que l'autre, un navire, désigne les Blancs, leurs lois, leurs coutumes et leurs traditions. Les deux peuples voyagent côte à côte, chacun dans son embarcation, sans que ni l'un ni l'autre n'essaie de diriger l'embarcation de son voisin.

*(L'autonomie politique des Indiens au Canada : Rapport du Comité spécial (1983), plat verso)*

Le wampoum « à deux rangs » comporte deux courants parallèles. Le canot autochtone se déplace dans l'un d'eux et le navire européen dans l'autre. Les deux embarcations coexistent, mais ne se touchent jamais. Chacun d'eux est maître de sa propre destinée.

L'incarnation moderne du concept du wampoum « à deux rangs », modifié pour refléter certaines réalités de l'État moderne, est l'idée de souveraineté « fusionnée » ou « partagée ». Selon la « souveraineté fusionnée », les Premières nations n'ont pas été totalement assujetties à une souveraineté non autochtone mais, avec le temps, sont devenues des parties au fusionnement. Dans son rapport final, vol. 2 (« *Une relation à redéfinir* » (1996)), p. 236, la Commission royale sur les peuples autochtones affirme que « ce sont eux [les gouvernements autochtones] qui enracinent le plus profondément et le plus solidement la Constitution [du Canada] dans le sol canadien ». Cette notion nouvelle de la souveraineté de la Couronne est importante. Bien qu'historiquement, la Couronne ait pu être représentée comme une entité lointaine

1982 when the s. 35(1) reconciliation process was established. The Constitution was patriated and all aspects of our sovereignty became firmly located within our borders. If the principle of “merged sovereignty” articulated by the Royal Commission on Aboriginal Peoples is to have any true meaning, it must include at least the idea that aboriginal and non-aboriginal Canadians *together* form a sovereign entity with a measure of common purpose and united effort. It is this new entity, as inheritor of the historical attributes of sovereignty, with which existing aboriginal and treaty rights must be reconciled.

The final *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, goes on to describe “shared” sovereignty at pp. 240-41 as follows:

Shared sovereignty, in our view, is a hallmark of the Canadian federation and a central feature of the three-cornered relations that link Aboriginal governments, provincial governments and the federal government. These governments are sovereign within their respective spheres and hold their powers by virtue of their constitutional status rather than by delegation. Nevertheless, many of their powers are shared in practice and may be exercised by more than one order of government.

On this view, to return to the nautical metaphor of the “two-row” wampum, “merged” sovereignty is envisaged as a single vessel (or ship of state) composed of the historic elements of wood, iron and canvas. The vessel’s components pull together as a harmonious whole, but the wood remains wood, the iron remains iron and the canvas remains canvas. Non-aboriginal leaders, including Sir Wilfrid Laurier, have used similar metaphors. It represents, in a phrase, partnership without assimilation.

The s. 35(1) issue arising out of all this is signalled in the style of cause. The respondent sued as “GRAND CHIEF MICHAEL MITCHELL also known as KANENTAKERON”. He lives with a

par-delà les mers à laquelle on ne pouvait guère s’attendre que les autochtones s’identifient, cela n’était plus le cas en 1982 quand le processus de conciliation du par. 35(1) a été établi. Avec le rapatriement de la Constitution, tous les aspects de la souveraineté canadienne se sont fermement ancrés à l’intérieur de nos frontières. Si le principe de « souveraineté fusionnée » énoncé par la Commission royale sur les peuples autochtones doit avoir un sens véritable, il doit comporter au moins l’idée que les Canadiens autochtones et non autochtones forment *ensemble* une entité souveraine munie d’une certaine communauté d’objectifs et d’efforts. C’est avec cette nouvelle entité, héritière des attributs historiques de la souveraineté, qu’il faut concilier les droits existants ancestraux ou issus de traités.

Le rapport final de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 2, décrit ensuite la souveraineté « partagée » de cette façon (à la p. 266) :

La souveraineté partagée est, à notre avis, une caractéristique de la fédération canadienne et un élément clé des rapports triangulaires qui lient les gouvernements autochtones, les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral. Chacun d’eux est souverain à l’intérieur de sa propre sphère et détient ses pouvoirs en vertu de son statut constitutionnel et non par délégation. Néanmoins, dans la pratique, nombre de ces pouvoirs sont partagés et peuvent être exercés par plus d’un ordre de gouvernement.

Selon ce point de vue, pour reprendre la métaphore nautique du wampoum « à deux rangs », la souveraineté « fusionnée » est envisagée comme une seule embarcation (ou navire de l’État) constituée d’éléments historiques que sont le bois, le fer et la toile. Les éléments constitutifs de l’embarcation forment un tout harmonieux, mais le bois reste du bois, le fer reste du fer et la toile reste de la toile. Des dirigeants non autochtones, dont Sir Wilfrid Laurier, ont utilisé des métaphores semblables. Cela représente en peu de mots un partenariat sans assimilation.

La question qui découle de tout cela, aux fins du par. 35(1), ressort de l’intitulé. L’intimé poursuit en justice sous le nom de « GRAND CHEF MICHAEL MITCHELL alias KANENTAKE-

130

131

foot simultaneously in two cultural communities, each with its own framework of legal rights and responsibilities. As Kanentakeron he describes learning from his grandfather the spiritual practices of the People of the Longhouse, whose roots in North America go back perhaps 10,000 years. Yet the name Michael Mitchell announces that he is also part of modern Canada who watches television from time to time and went to high school in Cornwall. As much as anyone else in this country, he is a part of our collective sovereignty. He writes in Exhibit D-13, at p. 135:

If anyone thinks that Mohawks are anti-Canadian or American, then we kindly remind you that First Nations in North America, in ratio to other nationalities, sent more soldiers to the First and Second World Wars. Since we usually wound up on the front lines, many of our people didn't make it home.

132 The dual aspect reflected in the style of cause of the respondent's action also finds its parallel in the Court's treatment of the rights of aboriginal peoples. What is "integral to the aboriginal community's distinctive culture" (*Van der Peet*, at para. 55) is constitutionally protected. In *other* respects however, the respondent and other aboriginal people live and contribute as part of our national diversity. So too in the Court's definition of aboriginal rights. They find their source in an earlier age, but they have not been frozen in time. They are, as has been said, rights not relics. They are projected into modern Canada where they are exercised as group rights in the 21st century by modern Canadians who wish to preserve and protect their aboriginal identity.

133 In the earlier years of the century the federal government occasionally argued that Parliament's jurisdiction under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* ("Indians, and Lands reserved for the Indians") was plenary. Indians were said to be federal people whose lives were wholly subject to federal "regulation". This was rejected by the courts, which ruled that while an aboriginal person could be characterized as an Indian for some purposes

RON ». Il appartient simultanément à deux communautés culturelles, qui ont chacune leur propre système de droits et de responsabilités juridiques. En tant que Kanentakeron, il relate comment son grand-père lui a enseigné les pratiques spirituelles du Peuple de la cabane longue, dont les racines en Amérique du Nord remontent à 10 000 ans peut-être. Pourtant le nom Michael Mitchell indique qu'il appartient aussi au Canada moderne; à l'occasion il regarde la télévision et il est allé à l'école secondaire à Cornwall. Comme quiconque au pays il fait partie de notre souveraineté collective. Voici ce qu'il dit, pièce D-13, p. 135 :

[TRADUCTION] Si quelqu'un pense que les Mohawks sont anti-Canadiens ou anti-Américains, j'aimerais rappeler que les Premières nations en Amérique du Nord, proportionnellement à d'autres nationalités, ont envoyé plus de soldats aux Première et Seconde Guerres mondiales. Puisque nous nous retrouvions habituellement aux premières lignes du front, beaucoup parmi les nôtres ne sont pas revenus chez eux.

La dualité que révèle l'intitulé de l'action intentée par l'intimé fait parallèle à la façon dont la Cour traite les droits des autochtones. Ce qui est « partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone » (*Van der Peet*, par. 55) est protégé par la Constitution. À d'autres égards toutefois, l'intimé et d'autres autochtones font partie de notre diversité nationale et y contribuent. Cela est vrai aussi dans la définition donnée par notre Cour aux droits autochtones. Ils trouvent leur origine à une époque antérieure, mais ils n'ont pas été figés dans le temps. Comme on l'a dit, il s'agit de droits et non de reliques. Ils sont projetés dans un Canada moderne où ils sont exercés comme droits collectifs au 21<sup>e</sup> siècle par des Canadiens modernes qui souhaitent préserver et protéger leur identité autochtone.

Au début du 20<sup>e</sup> siècle, le gouvernement fédéral faisait occasionnellement valoir que la compétence du Parlement en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (« Les Indiens et les terres réservées aux Indiens ») était absolue. On disait que les Indiens étaient des « personnes fédérales » dont la vie était entièrement régie par la « réglementation » fédérale. Cette approche a été rejetée par les tribunaux, qui ont jugé que, bien

including language, culture and the exercise of traditional rights, he or she does not cease thereby to be a resident of a province or territory. For other purposes he or she must be recognized and treated as an ordinary member of Canadian society. In a decision handed down soon after the coming into force of the *Constitution Act, 1982*, *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, a tax case, Dickson J. (as he then was) wrote at p. 36, “Indians are citizens and, in affairs of life not governed by treaties or the *Indian Act*, they are subject to all of the responsibilities . . . of other Canadian citizens”. See also *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751, at p. 763, *per* Laskin C.J., and *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, at p. 326, *per* Beetz J. In *Gladstone* (at para. 73) and again in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 (at para. 165), Lamer C.J. repeats that “distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community, over which the Crown is sovereign” (emphasis added). The constitutional objective is reconciliation not mutual isolation.

The Royal Commission does not explain precisely how “shared sovereignty” is expected to work in practice, although it recognized as a critical issue how “60 to 80 historically based nations in Canada at present, comprising a thousand or so local Aboriginal communities” would “interact with the jurisdictions of the federal and provincial governments” in cases of operational conflict (final report, vol. 2, *supra*, at pp. 166 and 216). It also recognized the challenge aboriginal self-government poses to the orthodox view that constitutional powers in Canada are wholly and exhaustively distributed between the federal and provincial governments: see, e.g., *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (P.C.), at p. 581; P. W. Hogg and M. E. Turpel, “Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 187, at p. 192; this issue

qu’un autochtone puisse être caractérisé comme Indien à certaines fins, notamment la langue, la culture et l’exercice des droits traditionnels, il ne cesse pas pour autant d’être résident d’une province ou d’un territoire. Pour d’autres fins, il doit être reconnu et traité comme un membre ordinaire de la société canadienne. Peu après l’entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, une affaire fiscale, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) écrit, à la p. 36 : « Les Indiens possèdent la citoyenneté canadienne et, dans les affaires qui ne sont régies ni par des traités ni par la *Loi sur les Indiens*, ils ont les mêmes responsabilités [. . .] que les autres citoyens canadiens ». Voir aussi *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751, p. 763, le juge en chef Laskin, et *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, p. 326, le juge Beetz. Dans *Gladstone* (au par. 73) et encore une fois dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 (au par. 165), le juge en chef Lamer répète que « les sociétés autochtones distinctives existent au sein d’une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s’exerce la souveraineté de Sa Majesté » (je souligne). L’objectif constitutionnel est la conciliation et non pas l’isolement mutuel.

La Commission royale n’explique pas précisément comment la « souveraineté partagée » doit fonctionner en pratique, même si elle reconnaît qu’il est crucial de déterminer « quelles sont les interactions entre » les « 60 à 80 nations historiques au Canada, par comparaison à un millier de collectivités autochtones », et « [la compétence] des gouvernements fédéral et provinciaux » en cas de conflit opérationnel (rapport final, vol. 2, *op. cit.*, p. 185 et 239). Elle reconnaît également le défi que constitue l’autonomie gouvernementale des autochtones à l’égard du point de vue orthodoxe selon lequel toutes les compétences constitutionnelles au Canada sont réparties entre les gouvernements fédéral et provinciaux : voir, p. ex., *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571, p. 581; P. W. Hogg et M. E. Turpel, « Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional

is presently before the courts in British Columbia in *Campbell v. British Columbia (Attorney General)* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123. There are significant economic and funding issues. Some aboriginal people who live off reserves, particularly in urban areas, have serious concerns about how self-government would affect them, as discussed in part in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. With these difficulties in mind perhaps, the Royal Commission considered it to be “essential that any steps toward self-government be initiated by the aboriginal group in question and “respond to needs identified by its members” (*Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government and the Constitution* (1993), at p. 41). It rejected the “one size fits all” approach to First Nations’ self-governing institutions in favour of a negotiated treaty model. The objective, succinctly put, is to create sufficient “constitutional space for aboriginal peoples to be aboriginal”: D. Greschner, “Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice”, [1992] *U.B.C. L. Rev. (Sp. ed.)* 338, at p. 342. See also J. Borrows, “Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 15, at p. 34. The Royal Commission Final Report, vol. 2, states at p. 214 that:

Section 35 does not warrant a claim to unlimited governmental powers or to complete sovereignty, such as independent states are commonly thought to possess. As with the federal and provincial governments, Aboriginal governments operate within a sphere of sovereignty defined by the constitution. In short, the Aboriginal right of self-government in section 35(1) involves circumscribed rather than unlimited powers.

Issues » (1995), 74 *R. du B. can.* 187, p. 192; les tribunaux de Colombie-Britannique sont actuellement saisis de cette question dans *Campbell c. British Columbia (Attorney General)* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123. Il y a d’importantes questions économiques et financières en jeu. Certains autochtones qui vivent à l’extérieur des réserves, en particulier dans les régions urbaines, ont de sérieuses inquiétudes quant aux incidences que l’autonomie gouvernementale aurait sur eux, comme on l’a analysé en partie dans l’arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. C’est peut-être en raison de ces difficultés que la Commission royale a estimé « essentiel que toute mesure visant à instaurer l’autonomie gouvernementale soit prise par le groupe autochtone intéressé et qu’elle réponde aux besoins déterminés par ses membres » (*Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l’autonomie gouvernementale et la Constitution* (1993), p. 42). Elle rejette l’approche « taille unique » à l’égard des institutions autonomes des Premières nations et lui préfère un modèle de négociation des traités. L’objectif, en bref, est de créer suffisamment de [TRADUCTION] « place dans la Constitution pour que les autochtones puissent être des autochtones » : D. Greschner, « Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice », [1992] *U.B.C. L. Rev. (Sp. ed.)* 338, p. 342. Voir aussi J. Borrows, « Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court » (2001), 80 *R. du B. can.* 15, p. 34. Dans son rapport final, vol. 2, la Commission royale affirme (à la p. 237) :

L’article 35 n’autorise pas à revendiquer les pouvoirs gouvernementaux illimités ou la souveraineté totale communément reconnus aux États indépendants. Tout comme les gouvernements fédéral et provinciaux, les gouvernements autochtones doivent agir au sein d’une sphère de souveraineté définie par la Constitution. En résumé, les pouvoirs correspondant au droit ancestral à l’autonomie gouvernementale visé au paragraphe 35(1) sont circonscrits et non illimités.

135

It is unnecessary, for present purposes, to come to any conclusion about these assertions. What is significant is that the Royal Commission itself sees aboriginal peoples as full participants with non-aboriginal peoples in a shared Canadian sover-

Il n’est pas nécessaire, pour les fins du pourvoi, de tirer des conclusions au sujet de ces affirmations. Ce qui importe c’est que la Commission royale elle-même considère les autochtones comme étant des participants à part entière, avec

eignty. Aboriginal peoples do not stand in opposition to, nor are they subjugated by, Canadian sovereignty. They are part of it.

With this background I return to the point that the respondent does not base his mobility rights in this test case as a Canadian citizen. His counsel acknowledges that s. 35(1) itself does not purport to create rights. It affirms only *existing* rights. The respondent's international trading and mobility right is put forward in his evidence as a right incidental to his status as a citizen of Haudenosaunee, with its capital at Onondaga, near Syracuse, New York State. He explained in his testimony:

Q. You made particular reference, Chief Mitchell, to going to Onondaga. What is the significance of Onondaga?

A. In the Iroquois world as we understand it Onondaga is the capital of the Confederacy, much like Ottawa is the capital of Canada, Washington is the capital of the United States, Onondaga is the capital of the Haudenosaunee, of the Six Nations.

. . .

Q. Chief Mitchell, do you consider yourself a citizen of the Confederacy?

A. I am a citizen of the Haudenosaunee, the Iroquois Confederacy . . . Each of the member nations of the Haudenosaunee if they wish to apply for a passport they go to Onondaga. The passport that we use to travel, we use our own Iroquois Confederacy passport.

The respondent's claim thus presents two defining elements. He asserts a trading and mobility right across the international boundary and he attaches this right to his current citizenship not of Canada but of the Haudenosaunee Confederacy with its capital in Onondaga, New York State.

#### 8. The Legal Basis of the Respondent's Claim

The respondent initially asserted both a treaty right and an aboriginal right but the conceptual

les non autochtones, à une souveraineté canadienne partagée. Les autochtones ne s'opposent pas à la souveraineté canadienne, et ils ne lui sont pas asservis, ils en font partie.

Dans ce contexte, je reviens à l'argument selon lequel, dans cette affaire-test, l'intimé ne fonde pas sa liberté de circulation sur sa citoyenneté canadienne. Son avocat reconnaît que le par. 35(1) en soi n'est pas censé créer de droits. Il ne fait que réaffirmer des droits *existants*. Dans sa preuve, l'intimé présente son droit de commerce et de circulation internationaux comme un droit accessoire à son statut de citoyen de Haudenosaunee, dont la capitale est à Onondaga, près de Syracuse, New York. Il explique dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q. Vous avez parlé en particulier, chef Mitchell, d'un voyage à Onondaga. Que signifie Onondaga?

R. Dans le monde iroquois tel que nous le comprenons, Onondaga est la capitale de la Confédération; comme Ottawa est la capitale du Canada et Washington est la capitale des États-Unis, Onondaga est la capitale de Haudenosaunee, des Six-Nations.

. . .

Q. Vous considérez-vous, chef Mitchell, comme un citoyen de la Confédération?

R. Je suis un citoyen de Haudenosaunee, de la Confédération iroquoise [. . .] Les membres des nations de la Confédération Haudenosaunee qui désirent présenter une demande de passeport se rendent à Onondaga. Nous utilisons notre propre passeport de la Confédération iroquoise pour voyager.

La revendication de l'intimé présente donc deux éléments distinctifs. Il revendique un droit de commerce et de circulation à travers la frontière internationale et il lie ce droit au fait qu'il est actuellement citoyen non pas du Canada, mais de la Confédération haudenosaunee dont la capitale est à Onondaga, dans l'État de New York.

#### 8. Le fondement juridique de la revendication de l'intimé

L'intimé a d'abord fait valoir un droit issu d'un traité et un droit ancestral, mais la distinction con-

136

137

138

distinction between these two sources of entitlement is important. A treaty right is an affirmative promise by the Crown which will be interpreted generously and enforced in a way that upholds the honour of the Crown: *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456.

139 The trial court acknowledged that if duty-free provisions had been incorporated into a treaty with the Mohawks, the promise would be enforceable as a s. 35 treaty right. A treaty right is itself an expression of Crown sovereignty.

140 In the case of aboriginal rights, there is no historical event comparable to the treaty-making process in which the Crown negotiated the right or obligation sought to be enforced. The respondent's claim is rooted in practices which he says long preceded the Mohawks' first contact with Europeans in 1609.

141 I return to the comment of McLachlin J., dissenting in the result, in *Van der Peet*, *supra*, at para. 227 that "[t]he issue of what constitutes an aboriginal right must, in my view, be answered by looking at what the law has historically accepted as fundamental aboriginal rights". There was a presumption under British colonial law that the Crown intended to respect the pre-existing customs of the inhabitants that were not deemed to be unconscionable (e.g., Blackstone in *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Book I, at p. 107, gave the example, now discredited, of "infidel" laws) or incompatible with the new sovereignty: *Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (K.B.), at pp. 1047-48; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (B.C.C.A.), at paras. 1021-24. Professor B. Slatery formulated the traditional principle as follows:

When the Crown gained sovereignty over an American territory, colonial law dictated that the local customs of the native peoples would presumptively continue in

ceptuelle entre ces deux sources de droit est importante. Un droit issu d'un traité est une promesse affirmative de Sa Majesté, qui sera interprétée libéralement et mise en application d'une façon qui préserve l'honneur de Sa Majesté : *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.

Le juge de première instance a reconnu que si des dispositions concernant la franchise de droits avaient été introduites dans un traité avec les Mohawks, la promesse serait exécutoire comme droit issu d'un traité au sens de l'art. 35. Un droit issu d'un traité est en soi une expression de la souveraineté de la Couronne.

Dans le cas de droits ancestraux, il n'y a aucun événement historique comparable au processus de conclusion des traités, où Sa Majesté a négocié le droit ou l'obligation qu'on cherche à faire respecter. La revendication de l'intimité est fondée sur des pratiques qui, selon lui, existent depuis bien avant le premier contact des Mohawks avec les Européens en 1609.

Je reviens au commentaire que faisait le juge McLachlin dissidente sur le résultat dans *Van der Peet*, précité, par. 227 : « Je suis d'avis que, pour répondre à la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, il convient d'examiner les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit, comme étant des droits ancestraux fondamentaux. » Il était présumé, en droit colonial britannique, que Sa Majesté avait l'intention de respecter les coutumes préexistantes des habitants qui n'étaient pas contraires à la conscience (p. ex., Blackstone dans *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 1, p. 184, donnait l'exemple, maintenant discrédité, des lois « infidèles ») ou incompatibles avec la nouvelle souveraineté : *Campbell c. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (K.B.), p. 1047-1048; *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.), par. 1021-1024. Le professeur B. Slatery énonce le principe traditionnel comme suit :

[TRADUCTION] Quand Sa Majesté avait acquis la souveraineté sur un territoire en Amérique, le droit colonial établissait une présomption selon laquelle les coutumes

force and be recognizable in the courts, except insofar as they were unconscionable or incompatible with the Crown's assertion of sovereignty. [Emphasis added.]

(“Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 738)

In a more recent paper published as “Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights” (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 196, Professor Slattery, at p. 201, largely reiterates his earlier proposition although he now substitutes the phrase “Crown suzerainty” for “Crown sovereignty”. The substitution signals a shift in emphasis from sovereignty over individuals to sovereignty over “autonomous” groups, which is perhaps related to arguments in support of aboriginal self-government.

Since *Calder, supra*, the courts have extended recognition beyond pre-existing “rights” to practices, customs or traditions integral to the aboriginal community’s distinctive culture (*Van der Peet, supra*, at para. 53). The aboriginal rights question, as McLachlin J. put it, dissenting in the result, in *Van der Peet*, at para. 248, is traditionally “what laws and customs held sway before superimposition of European laws and customs [?]”

Reference has already been made to the fact that one of several sources of the concept of aboriginal rights, now significantly modified by the more generous principles of constitutional interpretation, is traditional British colonial law. Many of the cases decided by the Judicial Committee of the Privy Council were concerned with rights of property created under a former regime. In *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399, at p. 407, it was confirmed that “A mere change in sovereignty is not to be presumed as meant to disturb rights of private owners” (emphasis added). More recently, Lord Denning, speaking for the Privy Council in *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, at p. 788, said: “In inquiring . . . what rights are recognised, there is one guiding

locales des peuples autochtones continuaient d’être applicables et pouvaient être reconnues par les tribunaux, sauf dans la mesure où elles étaient déraisonnables ou incompatibles avec l’affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté. [Je souligne.]

(« Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 738)

Dans un article plus récent intitulé « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights » (2000), 79 *R. du B. can.* 196, le professeur Slattery reprend en grande partie cette proposition à la p. 201, mais remplace l’expression « souveraineté de la Couronne » par « suzeraineté de la Couronne ». Ce changement signale une insistance accrue sur la souveraineté sur des groupes « autonomes » plutôt que la souveraineté sur des individus, ce qui est peut-être lié aux arguments en faveur de l’autonomie gouvernementale des autochtones.

Depuis l’arrêt *Calder*, précité, les tribunaux ont élargi la reconnaissance, au-delà des « droits » préexistants, aux pratiques, coutumes et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone (*Van der Peet*, précité, par. 53). Comme le disait le juge McLachlin, dissidente sur le résultat, dans *Van der Peet*, par. 248, la question des droits ancestraux est traditionnellement celle « [d]es lois et coutumes qui avaient cours avant qu’on leur surimpose les lois et coutumes européennes ».

On a déjà mentionné qu’une des diverses sources de la notion de droits ancestraux, maintenant modifiée considérablement par les principes plus généreux de l’interprétation constitutionnelle, est le droit colonial britannique traditionnel. De nombreuses décisions du Comité judiciaire du Conseil privé se rapportaient à des droits de propriété nés dans le cadre d’un régime antérieur. L’arrêt *Amodu Tijani c. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399, p. 407, confirme que : [TRADUCTION] « On ne doit pas présumer qu’un simple changement de la souveraineté vise à modifier les droits de propriété privée » (je souligne). Plus récemment, Lord Denning, au nom du Conseil privé dans *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, p. 788, dit : [TRADUCTION] « En se demandant

142

143

144

principle. It is this: The courts will assume that the British Crown intends that the rights of property of the inhabitants are to be fully respected” (emphasis added). As with the modern law of aboriginal rights, the law of sovereign succession was intended to reconcile the interests of the local inhabitants across the empire to a change in sovereignty.

145 The concept of a *presumption* was endorsed by Hall J. in *Calder*, *supra*, at p. 402:

The appellants rely on the presumption that the British Crown intended to respect native rights; therefore, when the Nishga people came under British sovereignty . . . they were entitled to assert, as a legal right, their Indian title. [Emphasis added.]

146 It was subsequently affirmed that aboriginal rights could exist independently of “aboriginal title” (*Van der Peet*, *supra*, at para. 74; *Adams*, *supra*, at para. 26). Further, in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, Dickson J. emphasized the “legal” character of the resulting aboriginal right: “[i]n *Calder* . . . this Court recognized aboriginal title as a legal right derived from the Indians’ historic occupation and possession of their tribal lands” (p. 376 (emphasis added)), and then went on to state the proposition that the Indians were “the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion” (p. 378 (emphasis added; emphasis in original deleted)).

147 The High Court of Australia has reached a similar conclusion with respect to the legal regime governing Australian aboriginal people: *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1, *per* Brennan J., for the majority, at pp. 55-57, and Toohey J., at p. 184. See also *Wik Peoples v. Queensland* (1996), 187 C.L.R. 1.

148 I am far from suggesting that the key to s. 35(1) reconciliation is to be found in the legal archives of the British Empire. The root of the respondent’s

[. . .] quels droits sont reconnus, il existe un principe directeur. Ce principe est le suivant : Les tribunaux présumeront que la Couronne britannique veut que l’on respecte intégralement les droits de propriété des habitants » (je souligne). Comme le droit moderne sur les droits ancestraux, le droit relatif à la succession de pouvoirs souverains visait à concilier les intérêts des habitants des régions de l’empire au changement de souveraineté.

Le juge Hall, dans *Calder*, précité, p. 402, appuie l’idée d’une *présomption* :

Les appelants se fondent sur la présomption que la Couronne britannique a voulu respecter les droits aborigènes; par conséquent, lorsque le peuple nishga a été soumis à la souveraineté britannique [. . .], il avait le droit de faire valoir son titre indien, comme droit juridique. [Je souligne.]

On a par la suite affirmé que des droits ancestraux pouvaient exister indépendamment de l’existence d’un « titre aborigène » (*Van der Peet*, précité, par. 74; *Adams*, précité, par. 26). En outre, dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, met l’accent sur le fait que le droit ancestral en résultant est « issu de la common law » : « [Dans *Calder*], cette Cour a reconnu le titre aborigène comme un droit, en common law, découlant de l’occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales » (p. 376 (je souligne)), et formule ensuite la proposition selon laquelle les Indiens étaient « les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré » (p. 378 (je souligne; soulignement dans l’original omis)).

La Haute Cour d’Australie a tiré une conclusion semblable en ce qui concerne le régime juridique régissant les Autochtones d’Australie : *Mabo c. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1, le juge Brennan au nom de la majorité, p. 55-57, et le juge Toohey, p. 184. Voir aussi *Wik Peoples c. Queensland* (1996), 187 C.L.R. 1.

Je ne suggère aucunement que la clé de la réconciliation recherchée par le par. 35(1) se trouve dans les archives juridiques de l’Empire britannique. Le

argument nevertheless is that the Mohawks of Akwesasne acquired under the legal regimes of 18th century North America, a positive legal right as a group to continue to come and go across any subsequent international border dividing their traditional homelands with whatever goods they wished, just as they had in pre-contact times. In other words, Mohawk autonomy in this respect was continued but not as a mere custom or practice. It emerged in the new European-based constitutional order as a *legal trading and mobility right*. By s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, it became a constitutionally protected right. That is the respondent's argument.

#### 9. The Limitation of "Sovereign Incompatibility"

Care must be taken not to carry forward doctrines of British colonial law into the interpretation of s. 35(1) without careful reflection. In *R. v. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.), and *R. v. Hare* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), for example, it was held by two provincial courts of appeal that s. 35(1) "recognized and affirmed" (and thus set in constitutional concrete) the traditional frailties of common law aboriginal rights, including their vulnerability to unilateral extinguishment by governments. This was rejected in *Sparrow, supra*, where the Court construed s. 35(1) as affirming the promise of a new commitment by Canadians to resolve some of the ancient grievances that have exacerbated relations between aboriginal and non-aboriginal communities.

Yet the language of s. 35(1) cannot be construed as a wholesale repudiation of the common law. The subject matter of the constitutional provision is "existing" aboriginal and treaty rights and they are said to be "recognized and affirmed" not wholly cut loose from either their legal or historical origins. One of the defining characteristics of sovereign succession and therefore a limitation on the scope of aboriginal rights, as already discussed, was the notion of incompatibility with the new

point de départ de l'argumentation de l'intimé est néanmoins que les Mohawks d'Akwesasne ont acquis sous les régimes juridiques du 18<sup>e</sup> siècle en Amérique du Nord un droit collectif reconnu par la loi de continuer de passer et de repasser toute frontière internationale ultérieure qui traverserait leurs terres traditionnelles, avec les marchandises qu'ils voudraient, comme avant le contact avec les Européens. Autrement dit, l'autonomie mohawk à cet égard s'est poursuivie, mais pas comme simple coutume ou pratique. Elle est apparue dans le nouvel ordre constitutionnel européen en tant que *droit en common law* de commerce et de circulation. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* en a fait un droit constitutionnellement protégé. Tel est l'argument de l'intimé.

#### 9. La restriction relative à « l'incompatibilité de souveraineté »

Il faut se garder d'introduire des principes de droit colonial britannique dans l'interprétation du par. 35(1) sans mûre réflexion. À titre d'exemple, dans *R. c. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.), et *R. c. Hare* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), deux cours d'appel provinciales ont conclu que le par. 35(1) a [TRADUCTION] « reconnu et confirmé » (et donc solidement constitutionnalisés) les lacunes traditionnelles des droits ancestraux en common law, y compris leur vulnérabilité à l'extinction par décision unilatérale des gouvernements. Ce point de vue a été écarté dans l'arrêt *Sparrow*, précité, où la Cour a interprété le par. 35(1) comme exprimant la promesse d'un nouvel engagement de la part des Canadiens de résoudre certains des anciens différends qui ont exacerbé les relations entre les autochtones et les non autochtones.

Toutefois, le libellé du par. 35(1) ne peut être interprété comme une répudiation globale de la common law. Cette disposition constitutionnelle vise les droits « existants » ancestraux ou issus de traités et dit qu'ils sont « reconnus et confirmés », non pas qu'ils sont détachés complètement de leurs origines juridiques et historiques. Comme nous l'avons vu, la notion d'incompatibilité avec la nouvelle souveraineté était l'une des caractéristiques déterminantes de la succession de pouvoirs souve-

149

150

sovereignty. Such incompatibility seems to have been accepted, for example, as a limitation on the powers of aboriginal self-government in the 1993 working report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government and the Constitution*, *supra*, at p. 23:

... Aboriginal nations did not lose their inherent rights when they entered into a confederal relationship with the Crown. Rather, they retained their ancient constitutions so far as these were not inconsistent with the new relationship. [Emphasis added.]

151 Prior to *Calder*, *supra*, “sovereign incompatibility” was given excessive scope. The assertion of sovereign authority was confused with doctrines of feudal title to deny aboriginal peoples any interest at all in their traditional lands or even in activities related to the use of those lands. To acknowledge that the doctrine of sovereign incompatibility was sometimes given excessive scope in the past is not to deny that it has any scope at all, but it is a doctrine that must be applied with caution.

152 I take an illustration from the evidence in this case. The trial judge showed that pre-contact the Mohawks, as a military force, moved under their own command through what is now parts of southern Ontario and southern Quebec. The evidence, taken as a whole, suggests that military values were “a defining feature of the Mohawk [or Iroquois] culture”, to use my colleague’s expression at para. 54. Indeed, the Mohawk warrior tradition has its adherents to this day. As previously noted, the trial judge at p. 35 thought the Mohawks’ military activities in the St. Lawrence River Valley probably got in the way of their trading activities:

rains et constituait par le fait même une restriction quant à la portée des droits ancestraux. Dans son rapport de travail de 1993, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l’autonomie gouvernementale et la Constitution*, *op. cit.*, p. 23, la Commission royale sur les peuples autochtones semble avoir accepté une telle incompatibilité, par exemple, en tant que restriction aux pouvoirs d’un gouvernement autonome autochtone :

... les peuples autochtones n’ont pas perdu leurs droits inhérents en nouant des rapports d’ordre confédéral avec la Couronne. Au contraire, ils ont conservé leurs anciennes constitutions dans la mesure où celles-ci n’allaient pas à l’encontre de ces nouveaux rapports. [Je souligne.]

Avant l’arrêt *Calder*, précité, on accordait une portée excessive à l’« incompatibilité avec la souveraineté ». L’affirmation du pouvoir souverain était confondue avec les théories du titre féodal de façon à priver les autochtones de tout droit sur leurs terres traditionnelles ou même sur les activités liées à l’utilisation de ces terres. Reconnaître qu’on a parfois accordé une portée excessive au principe de l’incompatibilité de souveraineté dans le passé n’équivaut pas à affirmer qu’il n’a aucune portée mais plutôt qu’il faut appliquer ce principe avec prudence.

Je prends un exemple dans la preuve en l’espèce. Le juge de première instance a montré qu’avant le contact avec les Européens, les Mohawks, en tant que force militaire, ont parcouru sous leur propre commandement des parties du sud de l’Ontario et du Québec actuels. La preuve, considérée dans son ensemble, indique que les valeurs militaires étaient « une caractéristique déterminante de la culture mohawk [ou iroquoise] », pour reprendre les termes de ma collègue au par. 54. Bien sûr, la tradition guerrière des Mohawks a encore ses partisans aujourd’hui. Comme on le dit plus haut, le juge de première instance au par. 135 pensait que les activités militaires des Mohawks dans la vallée du Saint-Laurent faisaient vraisemblablement obstacle à leurs activités commerciales :

[I]t is difficult to see how an army would engage in trade with their enemies while in pursuit of them.

However, important as they may have been to the Mohawk identity as a people, it could not be said, in my view, that pre-contact warrior activities gave rise under successor regimes to a *legal right* under s. 35(1) to engage in military adventures on Canadian territory. Canadian sovereign authority has, as one of its inherent characteristics, a monopoly on the *lawful* use of military force within its territory. I do not accept that the Mohawks *could* acquire under s. 35(1) a legal right to deploy a military force in what is now Canada, as and when they choose to do so, even if the warrior tradition was to be considered a defining feature of pre-contact Mohawk society. Section 35(1) should not be interpreted to throw on the Crown the burden of demonstrating subsequent extinguishment by “clear and plain” measures (*Gladstone, supra*, at para. 31) of a “right” to organize a private army, or a requirement to justify such a limitation after 1982 under the *Sparrow* standard. This example, remote as it is from the particular claim advanced in this case, usefully illustrates the principled limitation flowing from sovereign incompatibility in the s. 35(1) analysis.

In my opinion, sovereign incompatibility continues to be an element in the s. 35(1) analysis, albeit a limitation that will be sparingly applied. For the most part, the protection of practices, traditions and customs that are distinctive to aboriginal cultures in Canada does not raise legitimate sovereignty issues at the definitional stage.

#### 10. The Alleged Incompatibility Between the Aboriginal Right Disclosed by the Evidence and Canadian Sovereignty

I proceed to the next step keeping in mind that the respondent’s claim must respond not only to the historical requirements that have traditionally preoccupied aboriginal law but also to the recon-

[I] est plus difficile de concevoir qu’une armée commerce avec ses ennemis tout en les pourchassant.

Toutefois, si importantes qu’elles aient été pour l’identité du peuple mohawk, on ne pourrait pas dire, à mon avis, que les activités guerrières antérieures au contact avec les Européens ont donné naissance sous les régimes successeurs à un *droit* en vertu du par. 35(1) de se livrer à des opérations militaires sur le territoire canadien. L’une des caractéristiques inhérentes du pouvoir souverain canadien est le monopole de l’utilisation *licite* de la force militaire sur son territoire. Je ne peux admettre que les Mohawks *pourraient* acquérir en vertu du par. 35(1) un droit de déployer à leur gré une force militaire sur ce qui est maintenant le territoire canadien, même si la tradition guerrière devait être considérée comme étant une caractéristique distinctive de la société mohawk avant le contact avec les Européens. Le paragraphe 35(1) ne devrait pas être interprété de façon à imposer à la Couronne le fardeau d’établir l’extinction subséquente par des mesures « claire[s] et expresse[s] » (*Gladstone*, précité, par. 31) d’un « droit » d’organiser une armée privée, ou à lui imposer de justifier une telle restriction après 1982 en vertu du critère rigoureux de l’arrêt *Sparrow*. Cet exemple, si éloigné soit-il de la revendication en l’espèce, illustre de façon utile la restriction fondée sur des principes découlant de l’incompatibilité avec la souveraineté dans l’analyse relative au par. 35(1).

À mon avis, l’incompatibilité avec la souveraineté continue d’être un élément de l’analyse du par. 35(1), bien qu’il s’agisse d’une restriction à appliquer avec modération. Dans la plupart des cas, la protection de pratiques, traditions et coutumes distinctives de cultures autochtones au Canada ne suscite pas de réelles questions de souveraineté à l’étape de leur définition.

#### 10. L’allégation d’incompatibilité entre le droit ancestral que révèle la preuve et la souveraineté canadienne

Je passe à la prochaine étape en gardant à l’esprit le fait que la revendication de l’intimé doit satisfaire non seulement aux exigences historiques sur lesquelles s’est traditionnellement axé le droit

153

154

155

ciliation objective that lies at the heart of the purposive interpretation of s. 35(1).

156 The assertion of British sovereignty to the Akwesasne area was certainly no later than the Treaty of Paris of 1763. Boundaries at that time were considered to be of high importance:

The Treaty of Paris produced the greatest rearrangement of boundaries in North America that had hitherto occurred. It is for this reason that the war that immediately preceded it is sometimes called the "War of the Boundary Lines".

(N. L. Nicholson, *The Boundaries of the Canadian Confederation* (1979), at p. 19)

157 Prior to the American Revolution, as evidenced by the geographic scope of the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), the claim of British sovereignty continued south to Florida and westwards beyond the Great Lakes (*Calder, supra*, at pp. 322-23). Movement from the Mohawk Valley to Akwesasne lay wholly within the British claim and did not cross an international boundary. The present international boundary, as earlier mentioned, was not settled until after the American Revolution under the subsequent Treaty of Paris of 1783.

158 The question is whether the asserted legal right to the autonomous exercise of international trade and mobility was compatible with the new European (now Canadian) sovereignty and the reciprocal loss (or impairment) of Mohawk sovereignty.

159 In the resolution of this legal issue, as stated, we are addressing *legal* incompatibility as opposed to *factual* incompatibility. The latter emerged more slowly as assertions of sovereignty gave way to colonisation and progressive occupation of land. From the outset, however, frontiers were a fundamental expression or demarcation of sovereignty amongst First Nations as well as in the European conception (Nicholson, *supra*, at pp. 8-9), and indeed amongst and between Britain's North

autochtone mais aussi à l'objectif de conciliation qui se situe au cœur de l'interprétation téléologique du par. 35(1).

L'affirmation de la souveraineté britannique sur la région d'Akwesasne n'est certainement pas postérieure à la conclusion du Traité de Paris de 1763. À cette époque, les frontières étaient considérées être très importantes :

[TRADUCTION] Le Traité de Paris a entraîné ce qui était jusqu'alors le plus grand réaménagement de frontières en Amérique du Nord. C'est pour cette raison que la guerre qui eu lieu juste avant sa conclusion est parfois appelée la « guerre des frontières ».

(N. L. Nicholson, *The Boundaries of the Canadian Confederation* (1979), p. 19)

Avant la Guerre d'indépendance, comme le prouve la portée géographique de la *Proclamation royale* de 1763 (reproduite dans L.R.C. 1985, App. II, n° 1), la prétention britannique à la souveraineté s'étendait au sud en Floride et à l'ouest au-delà des Grands-Lacs (*Calder*, précité, p. 322-323). Les déplacements de la vallée des Mohawks à Akwesasne relevaient entièrement de la prétention britannique à la souveraineté et ne traversaient pas de frontière internationale. La présente frontière internationale, comme nous le disons plus haut, n'a été établie qu'après la Guerre d'indépendance en vertu du Traité de Paris de 1783.

Il faut se demander si la revendication de l'exercice autonome d'un droit de commerce et de circulation internationaux était compatible avec la nouvelle souveraineté européenne (maintenant canadienne) et la perte (ou diminution) correspondante de la souveraineté mohawk.

Dans la résolution de cette question juridique, comme nous l'avons vu, nous traitons d'une incompatibilité *juridique* par opposition à une incompatibilité *factuelle*. Cette dernière a fait son apparition plus lentement alors que les affirmations de souveraineté cédaient la place à la colonisation et à l'occupation progressive du territoire. Dès le départ, toutefois, les frontières étaient une expression ou une délimitation fondamentale de la souveraineté parmi les Premières nations ainsi que pour

American colonies (J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* (4th ed. 1873), vol. II, at pp. 463-64). Akwesasne is the point at which, since 1783, British (and later Canadian) sovereignty came face to face with the sovereignty of the United States.

Control over the mobility of persons and goods into one country is, and always has been, a fundamental attribute of sovereignty.

It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries. For the general welfare of the nation the state is expected to perform this role. [Emphasis added.]

(*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 528, *per* Dickson C.J.)

See also *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at paras. 15 and 18, *per* Gonthier J.; *Almeida-Sanchez v. United States*, 413 U.S. 266 (1973), at p. 279; and *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977). In other words, not only does authority over the border exist as an incident of sovereignty, the state is expected to exercise it in the public interest. The duty cannot be abdicated to the vagaries of an earlier regime whose sovereignty has been eclipsed (*Cain, supra*, at pp. 545-46).

The legal situation is further complicated by the fact, previously mentioned, that the respondent attributes his international trading and mobility right not to his status as a Canadian citizen but as a citizen of the Haudenosaunee (Iroquois Confederacy) based at Onondaga, New York. Border conditions in the modern era are vastly different from those in the 18th century. Nevertheless, as stated, borders existed among nations, including First Nations. They were expressions of sovereign autonomy and then, as now, compelled observance.

The courts of the United States, being in this case the country of export, also view border controls as incidental to territorial sovereignty. In

les Européens (Nicholson, *op. cit.*, p. 8-9), et, bien sûr, parmi les colonies nord-américaines britanniques (J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* (4<sup>e</sup> éd. 1873), vol. II, p. 463-464). Akwesasne est l'endroit où, depuis 1783, la souveraineté britannique (et plus tard canadienne) a fait face à la souveraineté des États-Unis.

Le contrôle de l'entrée de personnes et de marchandises dans un pays est et a toujours été un attribut fondamental de la souveraineté.

Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. On s'attend à ce que l'État joue ce rôle pour le bien-être général de la nation. [Je souligne.]

(*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 528, le juge en chef Dickson)

Voir aussi *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 15-18, le juge Gonthier; *Almeida-Sanchez c. United States*, 413 U.S. 266 (1973), p. 279; et *United States c. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977). Autrement dit, non seulement ce pouvoir frontalier existe en tant que pouvoir accessoire de la souveraineté, mais on s'attend à ce que l'État l'exerce dans l'intérêt public. L'obligation ne peut être soumise aux caprices d'un régime antérieur dont la souveraineté a été éclipsée (*Cain*, précité, p. 545-546).

La situation juridique est davantage compliquée par le fait, mentionné précédemment, que l'intimé attribue son droit de commerce et de circulation internationaux non pas à son statut de citoyen canadien mais à sa qualité de citoyen de Haudenosaunee (Confédération iroquoise) situé à Onondaga, New York. L'état des frontières à l'époque contemporaine est très différent de ce qui existait au 18<sup>e</sup> siècle. Néanmoins, on l'a dit, il existait des frontières entre les nations, y compris les Premières nations. Ces frontières étaient des expressions d'autonomie souveraine et devaient alors, comme aujourd'hui, être respectées.

Les tribunaux des États-Unis, qui sont en l'espace le pays d'exportation, considèrent aussi les contrôles frontaliers comme un pouvoir accessoire

160

161

162

*Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889), it was said by Field J., for the United States Supreme Court, at pp. 603-4:

Jurisdiction over its own territory to that extent is an incident of every independent nation. It is a part of its independence. If it could not exclude aliens it would be to that extent subject to the control of another power.

In *Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892), at p. 659, the United States Supreme Court stated:

It is an accepted maxim of international law, that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty, and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions, or to admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe.

To the same effect is the holding of Gray J., for the court, in *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893), at p. 707.

163

Similar views were expressed by scholars writing before the Canada-United States border was ever established. E. de Vattel, whose treatise *The Law of Nations* was first published in 1758, said this:

The sovereign may forbid the entrance of his territory either to foreigners in general, or in particular cases, or to certain persons, or for certain particular purposes, according as he may think it advantageous to the state. There is nothing in all this that does not flow from the rights of domain and sovereignty : every one is obliged to pay respect to the prohibition ; and whoever dares to violate it, incurs the penalty decreed to render it effectual.

(*The Law of Nations* (Chitty ed. 1834), Book II, at pp. 169-70)

To the same effect is Blackstone, *supra*, at p. 259:

Upon exactly the same reason stands the prerogative of granting safe-conducts, without which by the law of nations no member of one society has a right to intrude into another.

In my view, therefore, the international trading/mobility right claimed by the respondent as a

de la souveraineté territoriale. Dans *Chae Chan Ping c. United States*, 130 U.S. 581 (1889), p. 603-604, le juge Field de la Cour suprême des États-Unis a déclaré :

[TRADUCTION] Une pareille compétence à l'égard de son territoire est l'apanage de toute nation indépendante. Cela fait partie de son indépendance. Si elle ne permettait pas d'exclure des étrangers, elle serait soumise dans cette mesure au contrôle d'une autre puissance.

Dans *Ekiu c. United States*, 142 U.S. 651 (1892), p. 659, la Cour suprême des États-Unis déclare :

[TRADUCTION] C'est une maxime de droit international que toute nation souveraine a le pouvoir, inhérent à sa souveraineté, et essentiel à sa propre protection, d'interdire l'entrée des étrangers sur son territoire ou de ne les admettre que dans les cas ou dans les conditions qu'elle juge bon de prescrire.

La conclusion du juge Gray au nom de la Cour dans *Fong Yue Ting c. United States*, 149 U.S. 698 (1893), p. 707, va dans le même sens.

Certains auteurs ont exprimé des opinions semblables avant l'établissement de la frontière entre le Canada et les États-Unis. E. de Vattel, dont le traité *Le Droit des gens* a été publié pour la première fois en 1758, dit ce qui suit :

Le souverain peut défendre l'entrée de son territoire, soit en général à tout étranger, soit en certains cas, ou à certaines personnes, ou pour quelques affaires en particulier, selon qu'il le trouve convenable au bien de l'État. Il n'y a rien là qui ne découle des droits de domaine et d'empire; tout le monde est obligé de respecter la défense, et celui qui ose la violer encourt la peine décernée pour la rendre efficace.

(*Le Droit des gens* (nouv. éd. 1830), t. 1, p. 338)

Blackstone, *op. cit.*, va dans le même sens (à la p. 474) :

[TRADUCTION] C'est encore exactement sur les mêmes raisons que se fonde la prerogative d'accorder des sauf-conduits sans lesquels, d'après les lois des nations, un membre d'une société n'a pas le droit de s'introduire dans une autre société.

À mon avis, le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé en tant que

citizen of the Haudenosaunee (Iroquois) Confederacy is incompatible with the historical attributes of Canadian sovereignty.

The question that then arises is whether this conclusion is at odds with the purpose of s. 35(1), i.e. the reconciliation of the interests of aboriginal peoples with Crown sovereignty? In addressing this question it must be remembered that aboriginal people are themselves part of Canadian sovereignty as discussed above. I agree with Borrows, *supra*, at p. 40, that accommodation of aboriginal rights should *not* be seen as “a zero-sum relationship between minority rights and citizenship; as if every gain in the direction of accommodating diversity comes at the expense of promoting citizenship” (quoting W. Kymlicka and W. Norman, eds., *Citizenship in Diverse Societies* (2000), at p. 39). On the other hand, the reverse is also true. Affirmation of the sovereign interest of Canadians as a whole, including aboriginal peoples, should not necessarily be seen as a loss of sufficient “constitutional space for aboriginal peoples to be aboriginal” (Greschner, *supra*, at p. 342). A finding of distinctiveness is a judgment that to fulfill the purpose of s. 35, a measure of constitutional space is required to accommodate particular activities (traditions, customs or practices) rooted in the aboriginal peoples’ prior occupation of the land. In this case, a finding against “distinctiveness” is a conclusion that the respondent’s claim does not relate to a “defining feature” that makes Mohawk “culture what it is” (*Van der Peet*, at paras. 59 and 71 (emphasis in original deleted); it is a conclusion that to extend constitutional protection to the respondent’s claim finds no support in the pre-1982 jurisprudence and would overshoot the purpose of s. 35(1). In terms of sovereign incompatibility, it is a conclusion that the respondent’s claim relates to national interests that all of us have in common rather than to distinctive interests that for some purposes differentiate an aboriginal community. In my view, reconciliation of these interests

citoyen de Haudenosaunee (Confédération iroquoise) est donc incompatible avec les attributs historiques de la souveraineté canadienne.

La question se pose alors de savoir si cette conclusion est contraire à l’objectif du par. 35(1), la conciliation entre les intérêts des peuples autochtones et la souveraineté de la Couronne? Pour répondre, il faut se souvenir que les peuples autochtones font eux-mêmes partie de la souveraineté, comme nous l’avons vu plus haut. Je suis d’accord avec Borrows, *loc. cit.*, p. 40, pour dire que les accommodements requis pour les droits autochtones *ne* devraient *pas* être considérés comme [TRADUCTION] « un rapport à somme nulle entre droits de minorités et droits de citoyenneté; comme si tous les progrès accomplis vers le respect de la diversité se faisaient au détriment de l’essor de la citoyenneté » (citant W. Kymlicka et W. Norman, dir., *Citizenship in Diverse Societies* (2000), p. 39). Mais l’inverse est tout aussi vrai. L’affirmation du droit souverain de l’ensemble des Canadiens, y compris les autochtones, ne devrait pas être considérée nécessairement comme la perte [TRADUCTION] « de la place [suffisante] dans la Constitution pour que les autochtones puissent être des autochtones » (Greschner, *loc. cit.*, p. 342). Conclure à l’existence d’un caractère « distinctif » c’est juger que, pour atteindre l’objectif de l’art. 35, il faut un certain espace constitutionnel pour permettre des activités données (traditions, coutumes ou pratiques) enracinées dans le fait de l’occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones. En l’espèce, conclure à l’absence de caractère « distinctif » c’est juger que la revendication de l’intimé n’est pas liée à une « caractéristique déterminante » qui fait de la culture Mohawk « ce qu’elle est » (*Van der Peet*, par. 59 et 71 (soulignement omis)); c’est conclure que l’élargissement de la protection constitutionnelle à cette revendication de l’intimé n’est aucunement appuyé dans la jurisprudence ou doctrine antérieure à 1982 et irait plus loin que le but visé par le par. 35(1). Pour ce qui est de l’incompatibilité avec la souveraineté, c’est conclure que la revendication de l’intimé vise des intérêts nationaux que nous avons tous en commun plutôt que des intérêts distinctifs qui, à certaines fins, différencient une communauté

in this particular case favours an affirmation of our collective sovereignty.

# 11. Implications for Internal Aboriginal Self-Government

165

In reaching that conclusion, however, I do not wish to be taken as either foreclosing or endorsing any position on the compatibility or incompatibility of *internal* self-governing institutions of First Nations with Crown sovereignty, either past or present. I point out in this connection that the sovereign incompatibility principle has not prevented the United States (albeit with its very different constitutional framework) from continuing to recognize forms of *internal* aboriginal self-government which it considers to be expressions of residual aboriginal sovereignty. The concept of a “domestic dependent nation” was introduced by Marshall C.J. in *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), at p. 17, as follows:

... it may well be doubted whether those tribes which reside within the acknowledged boundaries of the United States can, with strict accuracy, be denominated foreign nations. They may, more correctly, perhaps, be denominated domestic dependent nations.

166

More recently, in *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978), the United States Supreme Court, *per* Stewart J., described the applicable U.S. doctrine at pp. 322, 323 and 326:

The powers of Indian tribes are, in general, “*inherent powers of a limited sovereignty which has never been extinguished.*” ...

Indian tribes are, of course, no longer “possessed of the full attributes of sovereignty.” *United States v. Kagama*, *supra*, at 381. Their incorporation within the territory of the United States, and their acceptance of its protection, necessarily divested them of some aspects of the sovereignty which they had previously exercised. By specific treaty provision they yielded up other sovereign powers; by statute, in the exercise of its plenary control, Congress has removed still others.

. . .

autochtone. À mon avis, la conciliation de ces intérêts dans la présente affaire favorise l’affirmation de notre souveraineté collective.

# 11. Les incidences sur l’autonomie gouvernementale interne des autochtones

Cette conclusion, toutefois, ne signifie aucunement que j’écarte ou appuie un point de vue quelconque quant à la compatibilité ou l’incompatibilité d’institutions autonomes *internes* des Premières nations avec la souveraineté de la Couronne, dans le passé ou dans le présent. Je souligne à cet égard que le principe de l’incompatibilité avec la souveraineté n’a pas empêché les États-Unis (malgré leur cadre constitutionnel très différent) de continuer de reconnaître certaines formes d’autonomie gouvernementale *interne* des autochtones qui, à leur avis, sont des expressions de la souveraineté autochtone résiduelle. La notion de « nation interne dépendante » a été introduite par le juge en chef Marshall dans *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), p. 17 :

[TRADUCTION] ... on peut fort bien douter que ces tribus qui vivent dans les limites reconnues du territoire des États-Unis puissent de façon strictement exacte être désignées de nations étrangères. Elles peuvent peut-être plus correctement être désignées de nations internes dépendantes.

Plus récemment, dans *United States c. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978), p. 322-323 et 326, le juge Stewart de la Cour suprême des États-Unis décrit la théorie américaine applicable :

[TRADUCTION] Les pouvoirs des tribus indiennes sont en général des « *pouvoirs inhérents à une souveraineté limitée qui n’a jamais été éteinte.* » ...

Bien entendu, les tribus indiennes « ne possèdent plus tous les attributs de la souveraineté. » *United States c. Kagama*, précité, p. 381. Leur intégration dans le territoire des États-Unis et l’acceptation de leur protection les a forcément privées de certains aspects de la souveraineté qu’elles exerçaient auparavant. Par disposition expresse de traités, elles ont cédé d’autres pouvoirs souverains; par loi, dans l’exercice de ses pleins pouvoirs, le Congrès leur a encore retiré d’autres pouvoirs.

. . .

In sum, Indian tribes still possess those aspects of sovereignty not withdrawn by treaty or statute, or by implication as a necessary result of their dependent status.

. . .

The areas in which such implicit divestiture of sovereignty has been held to have occurred are those involving the relations between an Indian tribe and nonmembers of the tribe. Thus, Indian tribes can no longer freely alienate to non-Indians the land they occupy. . . . They cannot enter into direct commercial or governmental relations with foreign nations. . . . And, as we have recently held, they cannot try nonmembers in tribal courts.

. . .

These limitations rest on the fact that the dependent status of Indian tribes within our territorial jurisdiction is necessarily inconsistent with their freedom independently to determine their external relations. [Underlining added.]

The U.S. doctrine of domestic dependent nation differs in material respects from the proposals of our Royal Commission on Aboriginal Peoples. The concepts of merged sovereignty and shared sovereignty, which are said to be essential to the achievement of reconciliation as well as to the maintenance of diversity, are not reflected in the American jurisprudence. Under U.S. law the powers of a tribal government (whatever its theoretical sovereignty) can be overridden by an ordinary law of Congress. Further, there is nothing that I am aware of in the U.S. doctrine that extends the concept of self-government to claims to an independent self-sustaining economic base, as contemplated by the Royal Commission on Aboriginal Peoples (final report, vol. 2, *supra*, at p. 2). In any event, whatever be the differences and similarities, an international trading and mobility right, which necessarily involves “external relations”, would appear *not* to be included in the attributes of a U.S.-style “domestic dependent nation”.

En somme, les tribus indiennes possèdent toujours les aspects de la souveraineté qui n’ont pas été retirés par traité, par loi ou implicitement en tant que conséquence inévitabile de leur situation de dépendance.

. . .

Les domaines dans lesquels un tel retrait implicite de souveraineté a été jugé avoir eu lieu ont trait aux relations entre les tribus indiennes et les personnes qui n’en sont pas membres. En conséquence, les tribus indiennes ne peuvent plus aliéner librement les terres qu’elles occupent à des non indiens. [. . .] Elles ne peuvent pas engager des relations commerciales ou gouvernementales directes avec des nations étrangères. [. . .] Et, comme nous l’avons conclu récemment, elles ne peuvent pas juger des non-membres devant les tribunaux tribaux.

. . .

Ces restrictions reposent sur le fait que la situation de dépendance des tribus indiennes dans les limites de notre compétence territoriale est nécessairement incompatible avec la liberté de décider indépendamment de leurs relations extérieures. [Je souligne.]

La doctrine américaine de la nation interne dépendante diffère sur des points importants des propositions de la Commission royale sur les peuples autochtones. La jurisprudence américaine ne reflète pas les notions de souveraineté fusionnée ou partagée que l’on dit essentielles à la réalisation de la conciliation ainsi qu’au maintien de la diversité. En droit américain, une loi ordinaire du Congrès l’emporte sur les pouvoirs des gouvernements tribaux (quelle que soit leur souveraineté théorique). En outre, il n’y a rien à ma connaissance dans la doctrine américaine qui étende le concept de gouvernement autonome aux revendications d’une base économique autonome et autosuffisante, comme l’envisage la Commission royale sur les peuples autochtones (rapport final, vol. 2, *op. cit.*, p. 2). De toute façon, quelles que soient les différences et les similitudes en cause, le droit de commerce et de circulation internationaux, qui entraîne nécessairement des « relations extérieures », ne paraît pas avoir été inclus dans les attributs d’une « nation interne dépendante » de style américain.

168 As to the position of Mohawks in Canada seeking to trade into the United States, see *United States v. Garrow*, *supra*, which involved “a full-blooded Indian woman of the Canadian St. Regis Tribe of Iroquois Indians” (p. 318) who resided in Canada near the international boundary line. She entered the United States at the village of Hogansburg, New York, carrying 24 baskets for sale in the United States. She was charged duty under the Tariff Act of 1930. She launched a protest, claiming that as she was an aboriginal person she could bring the baskets into the United States free of duty under Article III of the Jay Treaty. Her claim was rejected, the court stating at p. 324:

There being neither any treaty exemption of appellee’s goods from duty, nor any statutory exemption thereof, it follows that they are dutiable, as claimed by the collector.

See also *Akins v. United States*, 551 F.2d 1222 (C.C.P.A. 1977).

Pour ce qui est de la position des Mohawks au Canada qui cherchent à faire du commerce aux États-Unis, il faut se référer à l’affaire *United States c. Garrow*, précitée; cette affaire avait trait à [TRADUCTION] « une indienne de race pure de la tribu iroquoise de St-Regis au Canada » (p. 318) qui résidait au Canada près de la frontière internationale et qui était entrée aux États-Unis au village de Hogansburg, New York, transportant 24 corbeilles en vue de les vendre aux États-Unis. On lui a imposé des droits en vertu de la Tariff Act de 1930. Elle a contesté la mesure, alléguant qu’elle pouvait apporter en franchise les corbeilles aux États-Unis en vertu de l’article III du Traité Jay parce qu’elle était une autochtone. Sa demande a été rejetée, la Cour affirmant à la p. 324 :

[TRADUCTION] Comme il n’y a pas de traité ou de loi qui exempte de droits les marchandises de la partie intimée, celles-ci sont passibles de droits, comme le prétend le perceuteur.

Voir aussi *Akins c. United States*, 551 F.2d 1222 (C.C.P.A. 1977).

169 I refer to the U.S. law only to alleviate any concern that addressing aspects of the sovereignty issue in the context of a claim to an international trading and mobility right would prejudice one way or the other a resolution of the much larger and more complex claim of First Nations in Canada to *internal* self-governing institutions. The United States has lived with internal tribal self-government within the framework of external relations determined wholly by the United States government without doctrinal difficulties since *Johnson v. M’Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), was decided almost 170 years ago.

Je me réfère au droit américain uniquement pour répondre à toute crainte que le fait de traiter certains aspects de la question de souveraineté dans le cadre d’une revendication relative à un droit de commerce et de circulation internationaux, pourrait compromettre d’une façon ou d’une autre la résolution de la revendication beaucoup plus générale et plus complexe d’institutions autonomes *internes* par les Premières nations au Canada. Les États-Unis ont fait l’expérience de gouvernements internes tribaux autonomes dans le cadre de relations extérieures régies entièrement par le gouvernement des États-Unis sans connaître de difficultés théoriques, depuis l’arrêt *Johnson c. M’Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), qui a été rendu il y a près de 170 ans.

170 In this connection, the respondent also referred us to *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455, where the Federal Court of Appeal considered the mobility right of an aboriginal person whose traditional territory also straddles the Canada-U.S. border. The claimant, who was neither a Canadian citizen nor a person registered under the *Indian Act*, claimed a right to come into or remain in Canada. In consid-

À cet égard, l’intimé a également cité l’arrêt *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455, où la Cour d’appel fédérale a examiné la liberté de circulation d’un autochtone dont le territoire traditionnel est également situé sur la frontière entre le Canada et les États-Unis. Le demandeur, qui n’était ni un citoyen canadien ni une personne inscrite en vertu de la *Loi sur les Indiens*, revendiquait un droit

ering this question, the court commented at para. 15:

The respondent contends that the existence of a sovereign state is inconsistent with any fetters on the power of that state to control which non-citizens may remain in the country. Suffice it to say that while there is ample authority in international and common law for that proposition, a sovereign state may fetter itself as to the means by which, the circumstances in which, and the agencies of government by which, such power of control may be exercised. Canada has by its Constitution limited the exercise of governmental powers which may be inherent as a sovereign state . . . [S]ection 35 of the *Constitution Act, 1982* now guarantees existing Aboriginal rights not previously extinguished, and this carries the corollary that no agency of the state can, after 1982, extinguish those rights.

The question under consideration here is rather different from the question discussed in that passage. It is not about post-1982 extinguishment. It is about the *prior* question of whether the claimed international trading and mobility right could, as a matter of law, have arisen in the first place.

It was, of course, an expression of sovereignty in 1982 to recognize existing aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. However, if the claimed aboriginal right did not survive the transition to non-Mohawk sovereignty, there was nothing in existence in 1982 to which s. 35(1) protection of *existing* aboriginal rights could attach. It would have been, of course, quite within the sovereign's power to confer specific border privileges by treaty, but the respondent's claim to a treaty right was dismissed.

In my respectful view the claimed aboriginal right never came into existence and it is unnecessary to consider the Crown's argument that whatever aboriginal rights in this respect may have existed were extinguished by border controls enforced by Canada prior to April 17, 1982.

d'entrer ou de rester au Canada. En examinant cette question, la cour fait le commentaire suivant au par. 15 :

L'intimé prétend que la souveraineté étatique n'est pas compatible avec la limitation du pouvoir qu'a un État de dire quels sont les non-ressortissants autorisés à demeurer dans le pays. Qu'il nous suffise de dire que si l'on trouve en droit international, ainsi qu'en common law, de nombreux arguments étayant cette affirmation, un État souverain peut très bien s'imposer à lui-même des restrictions quant aux moyens par lesquels, aux circonstances dans lesquelles, et aux organismes gouvernementaux par l'intermédiaire desquels, un tel pouvoir de contrôle peut s'exercer. En adoptant sa Constitution, le Canada a, en effet, limité l'exercice de pouvoirs gouvernementaux inhérents à un État souverain. [. . .] [L]'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit aujourd'hui les droits ancestraux existants qui n'ont pas été éteints et entraîne comme corollaire qu'aucun organisme étatique ne peut, après 1982, éteindre les droits en question.

La question à l'étude en l'espèce est assez différente de la question analysée dans cet extrait. Il ne s'agit pas de l'extinction de droits après 1982. Il s'agit de la question *préalable* de savoir si le droit revendiqué de commerce et de circulation internationaux pouvait avoir pris naissance en droit.

La reconnaissance au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* des droits ancestraux existants constituait, bien entendu, une expression de souveraineté en 1982. Toutefois, si le droit ancestral revendiqué n'a pas survécu au passage à la souveraineté non mohawk, il n'existait rien en 1982 qui pouvait recevoir la protection donnée par le par. 35(1) aux droits ancestraux existants. Le souverain avait certes le pouvoir d'accorder des privilèges frontaliers particuliers par traité, mais la revendication par l'intimé d'un droit issu d'un traité a été rejetée.

À mon avis, le droit revendiqué n'a jamais existé et il est inutile d'examiner l'argument de la Couronne selon lequel les droits ancestraux qui auraient existé à cet égard ont été éteints par les contrôles frontaliers exercés par le Canada avant le 17 avril 1982.

171

172

173

Conclusion

174

I would allow the appeal.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Solicitor General for the Province of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Manitoba: Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Mohawk Council of Kahnawake: The Mohawk Council of Kahnawake Legal Services, Kahnawake.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado Buchwald Asper, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Union of New Brunswick Indians: Bear Law Office, Maliseet, New Brunswick.*

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé : Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Le solliciteur général de la province du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil des Mohawks de Kahnawake : Les Services juridiques du Conseil des Mohawks de Kahnawake, Kahnawake.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières nations : Pitblado Buchwald Asper, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenante l'Union of New Brunswick Indians : Bear Law Office, Maliseet, Nouveau-Brunswick.*

TAB 14

# IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: *Moulton Contracting Ltd. v. British Columbia*,  
2013 BCSC 2348

Date: 20131223  
Docket: S067611  
Registry: Vancouver

Between:

**Moulton Contracting Ltd.**

Plaintiff

And

**Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia,  
Sally Behn, Susan Behn, George Behn, Richard Behn, Greg Behn,  
Rupert Behn, Lovey Behn, Mary Behn, Chief Liz Logan on behalf of herself  
and all other members of the Fort Nelson First Nation  
and the same Fort Nelson First Nation**

Defendants

And

**Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia**

Third Party

Corrected Judgment: The cover page of this judgment was corrected on June 5, 2014.

Before: The Honourable Mr. Justice A. Saunders

## Reasons for Judgment

Counsel for Plaintiff:

C.F. Willms  
K. Grist

Counsel for Defendant HMTQ:

K. Phillips  
J. Oliphant

Counsel for Defendants Behn:

R. Janes  
S. Sharp

Counsel for Defendants Chief L. Logan and  
Fort Nelson First Nation:

A. Rana  
A. Russell

Place and Date of Trial:

Vancouver, B.C.  
September 12-16, 19-20, 22-23,  
26-30, October 3-6, 31, and  
November 1 and 3, 2011

Further Written Submissions Received:

December 8, 2011

Place and Date of Judgment:

Vancouver, B.C.  
December 23, 2013

| <b>Table of Contents</b>                                         | <b>Paragraph Range</b> |
|------------------------------------------------------------------|------------------------|
| <b>I. SYNOPSIS</b>                                               | [1] - [3]              |
| <b>II. PROCEDURAL HISTORY</b>                                    | [4] - [18]             |
| <b>III. THE PARTIES</b>                                          | [19] - [26]            |
| <b>IV. FACTS</b>                                                 | [27] - [170]           |
| A. Background                                                    | [28] - [48]            |
| 1. MOF and BCTS                                                  | [28] - [32]            |
| 2. The FNFN Lands Department                                     | [33] - [40]            |
| 3. Relationship between BCTS and FNFN                            | [41] - [48]            |
| B. Pre-TSL Consultation                                          | [49] - [73]            |
| 1. November 2004 Meeting                                         | [52] - [58]            |
| 2. Approval of the FDP Amendment                                 | [59] - [73]            |
| C. Issuance of the TSLs to Moulton Contracting                   | [74] - [90]            |
| 1. The Road Permits                                              | [86] - [90]            |
| D. Post-TSL Consultation and Dealings with Mr. Behn              | [91] - [108]           |
| E. Commencement of Harvesting, and the Blockade                  | [109] - [170]          |
| 1. Participation of FNFN in the Blockade                         | [117] - [145]          |
| 2. Erection and Operation of the Blockade                        | [146] - [170]          |
| <b>V. THE PLAINTIFF'S CLAIM</b>                                  | [171] - [171]          |
| <b>VI. DISCUSSION</b>                                            | [172] - [311]          |
| A. Liability of the Behn Defendants, FNFN and Chief Logan        | [172] - [271]          |
| 1. Unlawful Act – Mischief                                       | [186] - [210]          |
| 2. Unlawful Act – Unauthorized Blockade                          | [211] - [228]          |
| 3. Civil Conspiracy                                              | [229] - [234]          |
| 4. Alternative Findings as to Liability of Individual Defendants | [235] - [239]          |
| 5. Alternative Findings as to Liability of FNFN                  | [240] - [271]          |
| B. Liability of the Province                                     | [272] - [311]          |
| 1. The “Access Promise”                                          | [272] - [279]          |
| 2. The “Consultation Promise”                                    | [280] - [303]          |
| 3. Failure to Mitigate                                           | [304] - [311]          |
| <b>VII. DAMAGES</b>                                              | [312] - [320]          |
| <b>VIII. CONCLUSION</b>                                          | [321] - [323]          |

**I. SYNOPSIS**

[1] This action concerns liability for economic losses alleged to have been sustained by the plaintiff, a logging contractor, when it was prevented by the actions of certain members of the Fort Nelson First Nation (“FNFN”) from gaining access to certain areas of land outside Fort Nelson, B.C. The plaintiff had obtained the right to log the areas through the purchase of two Timber Sales Licenses (“TSLs”) from the Province of British Columbia.

[2] The impugned actions of the defendant members of the Behn Family consisted of erecting a camp across a road (the “Canfor Road”), which it was necessary to traverse in order to travel from the nearest resource road into the subject TSL blocks. The camp was erected on October 2, 2006; at that point, a small amount of timber had already been harvested by the plaintiff, though the logs had not been removed from the area. No further logging took place after that date. After some period of time, the plaintiff was permitted to remove the logs that had been harvested. FNFN is also alleged to have taken part in the blockade. The Province of British Columbia is alleged to have been in breach of contract.

[3] For the reasons set out herein, I rule as follows:

1. The Behn Defendants, Chief Logan and FNFN did not commit the torts of intentional interference with economic relations or conspiracy, and the action as against them is dismissed;

2. The Province was in breach of its duty to consult with FNFN, and in breach of an implied term of the TSLs that it had taken all necessary steps to discharge its duty to consult with FNFN before issuing the TSLs. It would be liable to the plaintiff in damages for loss flowing from that breach; however, by reason of the lack of evidence as to a clear causal connection between the Province’s breach and the blockade, and by reason of the wording of an exemption clause in the TSLs, the damages claimed for the loss flowing from the blockading of the Canfor Road are not recoverable;

3. The Province was also in breach of an implied contractual term, and, concurrently, liable in tort for breach of a continuing representation, in failing to have warned the plaintiff of the defendant George Behn's intent to deprive the plaintiff of access to the TSL blocks, soon after Mr. Behn advised the Province of his intention to do so on July 31, 2006. The Province therefore is liable to the plaintiff for the loss of its opportunity to secure other contracts for the 2006-2007 winter logging season;

4. The Province is liable to the plaintiff for damages in the amount of \$1,750,000.

## **II. PROCEDURAL HISTORY**

[4] This action was commenced by way of a Writ of Summons and Statement of Claim issued November 23, 2006. Following the close of pleadings, a thirty-day trial was booked to commence March 8, 2010.

[5] On January 7 and 8, and March 15, 2010, Hinkson J. (as he then was) heard two applications: an application by the plaintiff to strike paragraphs of the Statement of Defence of the Behn Defendants in which the TSLs were alleged to have interfered with the ability of FNFN to exercise its rights under Treaty 8; and an application by the Province to strike the third party claim filed against it by Chief Logan and FNFN.

[6] The March 2010 trial date was adjourned by consent, pending determination of those applications. The trial was rescheduled to commence September 20, 2010.

[7] By way of an Order made April 15, 2010 (Reasons for Judgment indexed at 2010 BCSC 506), Hinkson J. granted the applications. The basis of the decisions, generally, was that the impugned pleadings constituted a collateral attack on the TSLs that could only properly have been heard by way of judicial review; and further, with respect to the defence of the Behn Defendants, that they lacked standing to assert defences based on aboriginal rights.

[8] On June 14, 2010, the parties appeared before me on the application of the Behn Defendants for a further adjournment of the trial, in order to allow for an appeal of the decision of Hinkson J. Judgment on that application was reserved, pending disposition of an application to the Court of Appeal for directions.

[9] On June 18, 2010, Frankel J.A. of the B.C. Court of Appeal ruled that the Behn Defendants would not require leave to appeal the decision of Hinkson J.

[10] On June 24, 2010 I ordered that the trial be adjourned.

[11] The appeal of the decision of Hinkson J. was heard by the B.C. Court of Appeal in November 2010. Supplemental written briefs addressing new case law were filed in February 2011.

[12] By way of Orders made July 6, 2011 (reasons for judgment indexed respectively at 2011 BCCA 311 and 2011 BCCA 312), the Court of Appeal upheld the decision of Hinkson J. with respect to the Statement of Defence of the Behn Defendants, but allowed the appeal of Chief Logan and FNFN and reinstated their third party notice against the Province.

[13] The Behn Defendants applied to the Supreme Court of Canada for leave to appeal.

[14] At a Trial Management Conference held August 22 and 26, 2011, the Behn Defendants applied for a further adjournment of the trial to allow for a possible appeal to the Supreme Court of Canada. I dismissed the application and ruled that the trial would proceed, if necessary in two phases: a first phase dealing with evidence germane to the pleadings in their current form, such that a decision could be rendered if the appeal did not succeed; and, if leave were granted and the Behn Defendants succeeded in reinstating the defences, a second phase dealing with evidence germane to those defences.

[15] The first phase of this trial commenced on September 12, 2011. Argument concluded with the receipt of written submissions on December 8, 2011. Judgment

was reserved, pending the disposition of the proceedings before the Supreme Court of Canada.

[16] Leave to appeal was granted to the Behn Defendants on April 5, 2012. The appeal of the Behn Defendants was heard December 11, 2012.

[17] On May 9, 2013 the Supreme Court of Canada pronounced judgment, dismissing the appeal (*sub nom. Behn v. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 SCC 26). Affirming the decision of Hinkson J., the Court held that, on the facts alleged in the pleadings, the raising of a breach of the duty to consult and of treaty rights as a defence was an abuse of process.

[18] The appeal of the Behn Defendants having been dismissed, this court is now able to pronounce on the merits of the plaintiff's claims, on the basis of the evidence heard in 2011.

### **III. THE PARTIES**

[19] The plaintiff, Moulton Contracting Ltd., was a logging contracting business, headed by its principal Mr. Kevin Moulton. I refer herein to the plaintiff as "Moulton Contracting", and to Kevin Moulton as "Mr. Moulton".

[20] Fort Nelson First Nation is an Indian Band, as defined by the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c.I-5, and is a signatory to Treaty 8 with the Crown, originally signed June 21, 1899. Among other things, Treaty 8 provided that the aboriginals who were surrendering their lands under the treaty would have the right to hunt, trap and fish throughout their surrendered tracts, save and except for such tracts as might be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.

[21] The Defendant Elizabeth Logan was at all material times the elected Chief of the FNFN Council.

[22] The Defendants George, Mary, Sally, Richard, Greg, Rupert, and Lovey Bain are aboriginal persons and members of FNFN. George Behn is the "headman" of the

extended Behn Family. Mary Behn is George Behn's wife; Sally, Richard, Greg, Rupert and Lovey are five of their thirteen children. The Defendant Susan Behn is the wife of Richard Behn. They are collectively referred to herein as the "Behn Defendants".

[23] The subject TSLs fell within areas in which members of the Behn Family exercised their traditional rights. George Behn was also the holder of registered traplines that ran through the TSL areas.

[24] The Defendant Sally Behn was, at all material times, also a member of the FNFN Council.

[25] None of the Behn Defendants testified at trial.

[26] There are two key Crown actors. The government ministry responsible is the Ministry of Forests and Range; I refer herein to it and its predecessor, the Ministry of Forests, as "MOF". B.C. Timber Sales ("BCTS") was a department of MOF which, as of about 2002, had become an autonomous organization within MOF in some respects.

#### **IV. FACTS**

[27] I am obliged to all counsel for the thorough and balanced summaries of the facts prepared in their written arguments. Most of the facts are not in dispute, and in articulating the following findings of fact I have adopted substantial portions of those summaries.

##### **A. Background**

###### **1. MOF and BCTS**

[28] In 2004-2005, MOF was the responsible provincial ministry with respect to forestry matters. District Managers of MOF had responsibility for reviewing and approving amendments to each district's Forest Development Plan ("FDP"). It is the Province's evidence that the performance of a District Manager is measured by how quickly FDP amendments are approved.

[29] According to the witness Mr. Brian Wesleyson, a BCTS Timber Sales Manager, BCTS has had a dual mandate: to generate revenue for the provincial Crown, and to manage forestry resources sustainably in British Columbia. The business goals of BCTS include providing a reliable supply of timber to the market through open and competitive auctions, and maximizing net revenue for the Province. The manner in which BCTS operates is very similar to a private sector organization. BCTS generated \$430 million in net revenue for the Province in its first five years.

[30] BCTS also manages and leads the consultation process on proposed FDP amendments on behalf of the Crown. It organizes meetings and site visits with First Nations, arranges for the provision of relevant information to First Nations, and follows up on information requests made by First Nations. Ultimately, it reports to MOF on the status of the consultation process when it applies for approval of an FDP Amendment, and it expects MOF to consider and rely on that report.

[31] BCTS has an advisory council – the Timber Sales Advisory Council (TSAC) – that reflects its business focus. TSAC provides policy advice to BCTS and reviews and comments on BCTS policy. There has never been First Nations or Aboriginal representative on TSAC.

[32] In respect of the subject TSLs, BCTS acted in two capacities. First, it acted as an applicant or proponent in seeking approval of FDP Major Amendment #6 (the “FDP Amendment”) from the MOF District Manager of the Fort Nelson Forest District, Mr. Dave Hails. Once the FDP Amendment was approved, BCTS also acted as a decision-maker, with full discretion to post the cutblocks identified in the FDP for sale as TSLs, or to cancel or amend the cutblocks.

## **2. The FNFN Lands Department**

[33] Crown consultations with FNFN as to issues surrounding resource extraction from traditional aboriginal lands were handled through the FNFN Lands Department (the “Lands Department”).

[34] From the fall of 2004 to the fall of 2005, the Lands Department consisted of five staff members – the Land Manager, the Assessor, a clerk, a receptionist, and a GIS Technician. The GIS Technician was assigned exclusively to an oral history project and was not involved in the consultation-related work of the Lands Department. The Lands Department's main responsibility was to review and assess all applications referred to the First Nation (referrals) for activities related to land use within the FNFN's traditional territory (outside of its reserve lands) and to make recommendations to Chief and Council as to how to respond to referrals, including setting out any concerns raised by the application. The Lands Manager acted as a liaison to Chief and Council on these matters and had no decision-making authority.

[35] The Lands Department dealt with referrals from the Province's Oil and Gas Commission ("OGC") and various provincial ministries – including the Ministries of Energy, of Forestry and of the Environment – as well as matters before the National Energy Board. The Lands Department also conducted pre-consultation discussions with various oil and gas companies; as part of this process the Lands Department arranged pre-consultation meetings with industry and land users, and facilitated ongoing communication between them to ensure the concerns of land users were addressed. The Lands Department also managed ongoing relationships with large forestry harvesters. At the material time, the Lands Department was also conducting an oral history project funded through the OGC.

[36] From August 2004 to December 2005, the Lands Department was managed by Ms. Vera Nicholson. Ms. Nicholson had a diploma in natural resource management. She had worked for the OGC as Aboriginal liaison to the Blueberry and Halfway River First Nations in respect of oil and gas referrals, and immediately prior to joining FNFN had served in a consultation-related role at Westcoast Energy and its successor, Duke Energy.

[37] At that time, the Lands Department was receiving approximately 2,500 - 3,000 referrals annually. Ninety-five percent of the referrals related to oil and gas activities, with the remainder being primarily forestry-related referrals, including FDP

amendments and pesticide management plans. Its high season commenced in the late summer/early fall when the oil and gas industry began preparing for work during the fall/winter freeze-up, and ended in February. During the month of November, referrals from the OGC would be in the range of 125 to 170 per week.

[38] Consultation-related work was labour-intensive, and included multiple meetings with land users, oil and gas proponents, and government agencies and departments. Consultation-related work included desktop reviews by the Lands Clerk and assessments by the Assessor or the Lands Manager. Desktop reviews by the Lands Clerk of referrals of oil and gas development plans, as well as actual referrals stemming from those plans, required the Lands Clerk to cull in-house information on cumulative impacts and to review the contents of each referral package (the application and supporting documents). Once each desktop review was completed, the Assessor or the Lands Manager conducted an assessment of the Lands Clerk's review, including an examination of the materials to identify any information gaps and to obtain any missing information, including information from affected land users.

[39] This work required multiple meetings, often on the same day. These would include pre-consultation meetings, organized by the Lands Department Assessor or the Lands Manager, with oil and gas proponents and with those FNFN land users potentially affected by a proposed oil and gas development plan; meetings with FNFN land users to assist the Lands Assessor or Lands Manager in gathering information on land user concerns about potential impacts on their traditional land use and exercise of their Treaty rights; and meetings with government agencies or departments and, ideally, the land users themselves, to assess potential impacts on land use and Treaty rights and to develop mitigation or avoidance measures.

[40] The Lands Department was able to undertake the work of reviewing oil and gas referrals only because it had received funding directed to that purpose through a Memorandum of Understanding ("MOU") with the OGC. The MOU had been formalized in 1998. Even with that funding, however, it is apparent from the evidence

that the Lands Department was challenged by the volume and complexity of the referrals it received.

### **3. Relationship between BCTS and FNFN**

[41] The model of funding provided by the OGC and the consultation that resulted stands in stark contrast to the structure of the Province's consultation with FNFN over forestry matters. No funding was provided by BCTS, MOF or any other arm of government. Consequently, the Lands Department did not have sufficient capacity to undertake meaningful evaluation of MOF proposals. FNFN's concerns with respect to capacity had been communicated to the Ministry at least as early as 1997, in the context of development of the MOF's FDP for the district. In a letter dated December 1, 1997, addressed to the BCTS District Manager – then a Mr. Dave Lawson – Sally Behn, who was then serving as Chief Councillor of FNFN, summarized their concerns with MOF's consultation process, including the following:

- The short deadline for review of the FDP is unreasonable and we proposed a process for meaningful consultation (a proposal you continue to ignore)
- Your staff has made no attempt to understand our concerns. They think that notification equals consultation. It does not and we dispute whether the environmental and archeological assessments meet the intended requirements of the FDP
- We need time and resources to review the environmental and archeological reviews once they have been completed; after which the Band will be in a position to consult meaningfully.

Ms. Behn's letter continued:

Simply explaining your process to us does not constitute consultation. Simply sending us copies of your documents is not sufficient notice. What good is it to send us this material, (the environmental assessment, the archeological assessment, and the wildlife assessment), if we cannot understand it? Therefore, attached herein, we are returning to you the assessments until financial resources are provided to us for us to have a satisfactory assessment done.

[42] By way of a letter dated October 14, 1998, FNFN submitted a formal request to MOF for funding to review forest district plans. The letter stated, in part:

We have limited funds to meet the basic needs of our band members. We are daily inundated with provincially supported projects that intrude into our

traditional Treaty territory. We rarely have advance or adequate notice of these activities, which contribute to the cumulative and long-term erosion of our Treaty rights. Every intrusion into our ceded Treaty area erodes our ability to continue our “mode of life” as specifically promised in Treaty 8.

...

The Province support forest development for an economic purpose yet expects the Band to pay its own cost, from money it doesn't have, to respond to your economic objectives. To add insult to injury, if we do not or can not respond to the Ministry's consultation guidelines, we are deemed to have consented. This is unfair, unjust and unethical.

[43] Dissatisfaction with the Province's lack of meaningful consultation led, in or about 2003, to members of FNFN who exercised trapping rights unilaterally imposing a moratorium on further logging in their traditional lands. That moratorium was not recognized by MOF.

[44] In January 2004, the seven signatory Nations to Treaty 8 (the “Seven First Nations”) developed a written policy covering all aspects of consultation pertaining to Crown and private activities that could impact aboriginal rights, or treaty rights in particular. The document – entitled “A Framework for Relations with Governments and Industry within Treaty 8 Territory in British Columbia” (the “Framework”) – set out, among other things, a model of consultation in three phases:

Phase 1, Pre-Consultation, involves the Crown and interested third parties assembling all relevant project information, including impacts on the rights of the particular First Nations and including cumulative impacts, and providing it to the First Nations for review. There are to be sufficient time and resources to enable the First Nations to undertake proper analysis and processing, including where necessary funding by the Crown or the project proponents of studies of bio-physical, socio-economic, and archaeological impacts, and traditional land use;

Phase 2 is the applicable public regulatory process, if any;

Phase 3 involves First Nations-specific processes, including ongoing consultation to ensure that the requirements of accommodating the First Nations' unique rights, interests and concerns, as required by *Sparrow*. Where impacts on aboriginal rights cannot be avoided, the parties are to agree on a Mitigation, Accommodation and Compensation Plan.

[45] The evidence given on discovery by Mr. Wesleyson, District Manager of BCTS, was that the Framework was not adopted, approved, or endorsed by the Ministry.

[46] The day-to-day nature of the relationship between FNFN and MOF and the consequences of the lack of resources were described by Ms. Nicholson in her evidence:

Q ... I want to get an understanding of what kind of work was involved with the land office in dealing with these referrals. We've talked about oil and gas and what happens with oil and gas referral. But how are Forestry referrals dealt with at the land department when you were manager?

A They were reactive. It was -- you know, I know a review was taken of risk, and more or less -- I lost my word to exactly describe it. It was more like definitely reactive and in a sense, is that how could we deal with this? We do -- you know, it's an added responsibility on us. We did not have the expertise or capacity within our department to deal with it. But yet we were expected to provide information.

Q So you said you would look at it in terms of risk. What do you mean by that?

A Risk and in a sense of who's involved; what was the history. That sort of -- just a quick overview. And a lot of it was based on -- on our own personal knowledge or the oral history within -- within the area.

Q So I'm just trying to understand what you mean by the word "risk". Risk of something.

A Well, risk of impact. What were the risks of this -- of this application. We would do a quick review of it. And a lot -- well, we would call a meeting of Forestry -- Ministry of Forests to come in and explain their percentage. Because we -- with forestry we, like I say, we were in a reactive mode with them. It was -- they had a timeline that was pre-determined. And they expected us to -- to deal with it within those timelines. However, our-- our concerns were never -- I mean I'm just going to go back on history of the Nation, there were many letters sent from council to Ministry of Forests on lack of capacity and the Nation's capability of dealing with that type of application. They did not have the technical expertise in-house to deal with it.

...

Q So what type of capacity would you hire if you had the funding? Who would you have needed?

A Someone in that -- you know, that had a forestry background. Possibly a RPF, a registered forester. Someone that dealt with environmental issues on a large -- on large tracts of land, possibly a biologist. You know, those types of individuals. And maybe not hire them, but also -- having the means to contract those -- those expertise in order to review on our behalf -- or the Nation's behalf.

...

- Q ... Can you explain or provide us any more information on what was being asked of the First Nation and what you would typically provide in response to that?
- A Like I had said earlier, is that Ministry of Forests -- I want to say added to -- it was their culture that -- believe us; this is what it is; believe it; take it at face value. However, the Nation's -- the history with Forestry with the nation has always been, or has always been very controversial in -- issues had not been addressed. There was always the issue of capacity. Capacity to review their applications. There was always the issue of them not sharing the information or the data they had collected. It was never a two-way relationship or communication between the Ministry of Forests and the Fort Nelson First Nation.
- Q So, what sort of data are you referring to when you said that they are not sharing?
- A I am thinking what, you know, they may have had done a habitat study in the area. Or they may have done a -- they may have done their own ground proof thing. But it was never -- it was never -- that detailed information, not provided to us. They said, "Well, we've done this and believe us that we've done it, and there is -- there is no concern for you". And it's just the relationship. There was no relationship between the Nation and Ministry of Forests to build that trust. And there was no relationship between Ministry of Forests and the land users to gain that trust either.

[47] The Province, in its defence at trial, did not tender any documents in which FNFN's evidence of its position regarding consultation issues, capacity in particular, was refuted. Ms. Nicholson was not cross-examined on her evidence as to the character of the relationship between FNFN and MOF. No witnesses called on behalf of the Province gave a different account. Consequently, I accept in its entirety Ms. Nicholson's evidence as to the character of the relationship with MOF, the limited extent of consultation, the lack of capacity with the Lands Department and the effects of that lack of capacity.

[48] It is apparent, to say the least, that the relationship between BCTS and FNFN was not one of equals. And -- not to say that this was legally required of the parties -- there was nothing like a harmonious working towards a common goal of resource stewardship

**B. Pre-TSL Consultation**

[49] On August 11, 2004, Mr. Bob Phipps, a Planning Forester with BCTS, wrote to Chief Liz Logan of the FNFN advising of a proposed major amendment to the Small Business Forest Enterprise Program Forest Development Plan (the “FDP Amendment”) for the Fort Nelson Timber Supply Area. Included in the proposed FDP Amendment was a general description of two proposed blocks that eventually became the blocks licensed to Moulton Contracting as TSL A66572 and TSL A66573.

[50] On August 12, 2004, Mr. Phipps wrote to Mr. Dave Hails, the MOF District Manager of the Fort Nelson Forest District, to inform him of the proposed FDP Amendment for the Fort Nelson Timber Supply Area. The FDP Amendment needed the approval of the District Manager in order for BCTS to sell the timber harvest blocks being proposed to be added through the FDP Amendment, including the subject TSLs. However, once the FDP Amendment was approved, the time frame for posting the TSLs for public bidding was entirely within BCTS’ discretion.

[51] On September 16, 2004, Mr. Phipps wrote to Mr. Behn, providing an overview map at 1:200,000 scale showing the approximate locations of proposed cutblocks within the FDP Amendment and requesting Mr. Behn to submit to him any concerns or comments. The map showed the approximate locations of proposed harvest blocks (including the areas for harvest subsequently granted to Moulton Contracting under the TSLs). The maps did not identify specific locations relevant to aboriginal hunting or trapping. A table accompanying the map did not identify which cutblocks were on Mr. Behn’s trap line. BCTS possessed smaller-scale maps but they were not provided to Mr. Behn.

**1. November 2004 Meeting**

[52] Mr. Behn brought Mr. Phipps’ letter to the attention of Ms. Vera Nicholson of FNFN, and on November 22, 2004, representatives of BCTS, Ms. Angela Thomas and Mr. Bob Phipps, together with Ms. Mary Viszlai-Beale of the MOF met with Ms. Nicholson to discuss the proposed FDP Amendment. Ms. Nicholson raised a

number of concerns with respect to the potential habitat and cultural impacts. She also advised the Crown of the FNFN's expectations for the consultation process and noted the FNFN's lack of capacity to provide site-specific information in relation to the Amendment. (These discussions were recorded in a November 25, 2004 BCTS File Memorandum. The following description of what transpired at this meeting is not chronological, but is organized by subject matter.)

[53] During this meeting, Ms. Nicholson provided the Crown representatives with a copy of the Framework. She stated that FNFN considered the parties to be at Phase 1 of the consultation process, the "pre-consultation" phase. Ms. Nicholson told BCTS that she would only go to Council for a decision on the FDP Amendment once she could identify what the impacts were. Mr. Phipps responded that BCTS could not deal with "higher level government issues" and would require site-specific comments.

[54] Ms. Nicholson raised several concerns with the proposed FDP Amendment. She noted that the area covered by the proposal was a critical use area for FNFN members, as it was proximate to the First Nation's reserve and there were trails that historically had been used by the First Nations peoples in the area. She also noted the moratorium on timber harvesting on trapline areas that had been pronounced in 2003. Ms. Viszlai-Beale stated that they had legal advice that until there were specific impacts identified on-the-ground, "harvesting would continue as usual." BCTS would require "site-specific" information. They requested a letter with site-specific concerns regarding cultural heritage, archaeological sites, and the concerns of trappers.

[55] Ms. Nicholson indicated that she would be unable to provide site-specific information, and could provide only very general information (information on "rough areas") instead, due to capacity issues. BCTS responded that it could not provide capacity funding.

[56] Ms. Nicholson raised concerns with respect to cultural heritage impacts. There was a detailed discussion of the need for and availability of different types of

archaeological assessments. Ms. Nicholson noted that portions of the Amendment would require more than an Archaeological Overview Assessment (which is only a desktop/paper assessment), and would instead require Impact Assessment studies (“AIAs”). AIAs contain information relevant to cultural concerns. They do not deal with hunting, trapping, or harvesting. BCTS asked if it would be acceptable if BCTS were to commit to undertaking AIAs on two of the areas covered by the proposed Amendment (including the “Sierra” area, within which the lands covered by the subject TSLs would be located), and to guarantee that no further development would occur on these areas until the AIAs were completed. Ms. Nicholson stated that she would take this to Council for their consideration.

[57] Ms. Nicholson inquired as to Habitat Impact Assessments, i.e. with respect to the impact of logging on habitat of fur-bearing animals. Ms. Viszlai-Beale stated that that habitat assessment was the responsibility of the Ministry of Water, Land and Air Protection (“WLAP”, predecessor to the current Ministry of Environment), and that amendments were sent to WLAP for referral. Mr. Phipps stated that WLAP no longer responded to MOF’s FDP referrals.

[58] Ms. Nicholson stated that she would provide BCTS with a letter containing general information as to FNFN’s concerns. She also explained that because she was extremely busy with a high volume of referrals at that time, and that since oil and gas referrals were given priority, as they were funded, Mr. Phipps should follow up with her if he did not receive her letter within two weeks.

## **2. Approval of the FDP Amendment**

[59] On December 17, 2004, Mr. Phipps called Ms. Vera Nicholson and they discussed the FDP Amendment. Ms. Nicholson indicated she had been too busy to write the letter she had intended to provide regarding FNFN’s general concerns with the Amendment. It was agreed that BCTS would proceed with the AIAs, and would schedule a helicopter flyover of the area for the trappers in the new year. During this call, Ms. Nicholson reiterated the concerns she had raised at the November 22, 2004 meeting.

[60] On January 31, 2005, Mr. Phipps wrote to the FNFN, confirming BCTS' agreement to conduct the AIAs. He stated:

... BCTS will consult and seek input from FNFN regarding the assessment results and recommendations prior to the commencement of harvest development on these areas.

On the remaining series of blocks in this amendment ... AIAs will not be conducted ... . Thank you for your agreement with BCTS' decision regarding these AIAs during our recent telephone conversation of December 17, 2004. Based on our communications, I understand there are no other significant issues with this amendment.

I trust that the foregoing addresses your concerns and clarifies our management intent regarding this amendment. BCTS will be seeking approval of this amendment from the Ministry of Forests Fort Nelson District Manager. If you have any questions or require a further clarification on any of the items above, please feel free to contact me.

[61] Ms. Nicholson testified that she understood this letter to be a confirmation that BCTS would be proceeding with the AIAs, as agreed, and that BCTS would seek approval of the FDP Amendment once the FNFN's concerns were mitigated or avoided.

[62] By way of a written submission dated February 24, 2005, addressed to Mr. Hails of MOF, Mr. Phipps sought approval of the FDP Amendment. He stated:

Consultation with First Nations has been an ongoing part of the amendment process. First Nation groups (i.e. Fort Nelson and Prophet River) affected by the plan were initially invited to participate in the amendment process via letters dated August 11, 2004. In response to a verbal request made by Fort Nelson First Nation (FNFN), BCTS provided a written commitment to conduct field oriented Archaeological Impact Assessments (AIA) specific to the Sierra YoYo and Milo series of blocks in this amendment. Prophet River First Nation (PRFN) identified several concerns with the amendment that were related to the forest practices... . FNFN and PRFN identified no other significant concerns and BCTS considers its consultation process complete for this amendment. A summary of the First Nations consultation, supported by a chronology of events is included with this submission. Note the AIAs will be completed prior to completion of a site plan for these blocks as required by Section 36.1 of the *Operational and Site Planning Regulation*.

[63] The submission stated that the proposed harvest blocks were "consistent with the general management direction of the Fort Nelson land and resources management plan" ("LRMP"). Mr. Wesleyson's evidence on discovery was that the

LRMP would have provided general direction in terms of biodiversity issues. There is no evidence that FNFN had ever been consulted with respect to the LRMP.

[64] Attached to this ten-page submission was a three-page “Tracking Ledger” summarizing consultation with the affected First Nations. The note of the November 22, 2004 meeting read:

... Tentative agreement reached regarding site specific FNFN concerns with the amendment including BCTS’ commitment to conduct Archaeological Impact Assessments (AIA) on the Milo and Sierra YoYo blocks in spring 2005 (snow free conditions). Results and recommendations of the AIA will be discussed with FNFN and will guide any actions taken by BCTS to address cultural heritage values/archaeological sites identified through the AIA process. Vera Nicholson to meet with the band council and consolidate the FNFN concerns/issues with the amendment in a written response to BCTS within two weeks.

The Tracking Ledger also summarized subsequent communications with Ms. Nicholson in which she had advised of her difficulties completing the requested letter, and in which the helicopter flyover had been agreed to.

[65] This submission to Mr. Hails, who was the District Manager responsible for approving the FDP Amendment, made no reference to the range of concerns raised by Ms. Nicholson in the November 22 meeting. There was no mention of the Framework consultation model, nor of FNFN’s position that the parties were considered to be in “Phase 1” of the Framework; no mention of the need for capacity funding, nor of the constraints that the lack of capacity imposed on FNFN’s ability to provide BCTS with the site-specific information the latter was demanding; and no mention of FNFN’s concern with habitat assessment, nor of difficulties in obtaining referral responses from WLAP. Furthermore, no provision was made for any response to concerns that might be raised by participants in the flyovers.

[66] FNFN was not advised that the FDP Amendment had been submitted to the District Manager for approval.

[67] On March 11, 2005, Ms. Angela Thomas of BCTS accompanied Ms. Nicholson and Mr. Behn on a helicopter flight over the proposed TSLs. Mr. Behn told Ms. Thomas that he was opposed to logging. Ms. Thomas asked for site-specific

concerns; Mr. Behn referred to trails that had been damaged in the past, and Ms. Thomas advised that there would be an AIA and that trails would be protected.

[68] During her examination-in-chief, counsel for FNFN put to Ms. Nicholson a memorandum written by Ms. Thomas in October 2006, in which Ms. Thomas asserted that Ms. Nicholson had agreed, during the flyover, to prepare a photo montage and review it with Mr. Behn. Ms. Nicholson had no recollection of having made any such statement. The only photo montages she is familiar with, in the context of consultations, are done on the ground, for inclusion in AIA reports. She did not take any photos in the air. She testified that she received no follow-up inquiries from MOF as to a photo montage. Ms. Nicholson was not cross-examined on this subject, and Ms. Thomas did not testify. I do not find there to have been an agreement by Ms. Nicholson to prepare a photo montage, nor to review one with Mr. Behn.

[69] Ms. Nicholson understood that after the flyover, consultations would continue; that once the snow melted, and the AIAs were completed, there would be further discussions with the trappers, and further communication between FNFN and MOF.

[70] There is no evidence of Mr. Hails having been advised of Mr. Behn's opposition to logging.

[71] On April 13, 2005, Mr. Hails advised Mr. Wesleyson that the FDP Amendment was approved.

[72] FNFN was not advised that the FDP Amendment had been approved.

[73] On September 21, 2005, Mr. Phipps and Ms. Thomas of BCTS met with Ms. Nicholson and Mr. James (Manny) Gairdner of the FNFN concerning another TSL. Ms. Nicholson stated that she would like to have affected parties consulted with prior to a TSL being sold. Mr. Phipps explained that this was not how BCTS did things; the logging blocks had "gone through the consultation process already", and unless a new, significant feature was brought to their attention they had no obligation

to engage in further consultation regarding TSLs as re-opening the process could be “very onerous”.

### **C. Issuance of the TSLs to Moulton Contracting**

[74] On June 2, 2006, BCTS posted the two subject TSLs for sale. As noted above, the timing of TSL sales was entirely at the discretion of BCTS. Prior to the posting, neither BCTS nor anyone at the MOF advised the FNFN or Mr. Behn that BCTS was offering to sell the TSLs.

[75] The posting of the TSL sales came to the attention of Kevin Moulton, the principal of the plaintiff, Moulton Contracting. The plaintiff had been in business as a logging contractor for several years, engaging in stump-to-dump contracting for Canadian Forest Products Ltd. (“Canfor”) and a predecessor corporation, Slocan Forest Products (acquired by Canfor in or about 2004), and in clearing right-of-ways for oil and gas companies. Moulton Contracting had also, in one prior season, logged under a TSL it purchased directly from the Province.

[76] Mr. Moulton obtained an information package from BCTS. One of his foremen was familiar with the area, and the two of them discussed matters such as the quality of the wood and drainage. Mr. Moulton contacted Canfor and confirmed that it would purchase timber logged from the TSL areas. Canfor provided Mr. Moulton with the unit prices it would pay for each species, and on the basis of that information Mr. Moulton prepared a bid.

[77] If Moulton Contracting had not bid on the TSLs, or if its bid had not been successful, it would, in all likelihood, have contracted for work with Canfor for the coming season by participating in the Canfor Contractors’ Meeting in August. Moulton Contracting was one of Canfor’s regular contractors in the Fort Nelson area.

[78] The information package for bidders that Mr. Moulton had obtained, and which he reviewed, included a document entitled “Particulars of the Invitation for Applications”. That bid document contained two written disclaimers, one as to access rights and the other as to the accuracy of the timber cruise and estimated

timber volumes. The access disclaimer (referred to herein as the “Bid Access Disclaimer”) read:

**19. DISCLAIMERS**

(a) Access:

Despite access rights and obligations which may be conferred through a timber sale license or associated road permits or road use permit, applicants are advised that BC Timber Sales does not warrant nor has it ever warranted the Licensee’s right of unfettered access to the cutting authority area which may be impeded by the actions of third parties including acts of disobedience or natural occurrences.

[79] Mr. Moulton testified that he read this document, including the Bid Access Disclaimer, when he prepared his bid, just as he had when participating in previous timber sales. It was suggested to Mr. Moulton, in cross-examination by counsel for the Province, that in previous situations when he had obtained Timber Sales Licences he had not been blockaded or had problems gaining access, and that based on that prior experience he was not worried, despite the disclaimer. Mr. Moulton agreed with that suggestion.

[80] On June 26, 2006, Moulton Contracting submitted an Application and Tender for each of the two TSLs, along with two Bid Deposits in the amount of \$3,000 each. The Application document contained the following clause:

I/We: ...

...

7. Hereby apply for a road permit if this application is approved and if it will be necessary for me/us to construct one or more roads to access the cutting authority area.

[81] The Province and Moulton Contracting entered into the TSLs on June 27, 2006. Under the TSLs, Moulton Contracting was given the right to harvest timber in a defined area (the “Cutting Authority Area”), and the right to enter on to the area to be logged. It was not obliged to harvest, and would have the discretion not to harvest, subject to payment of a waste assessment (which could be waived). Moulton Contracting could not restrict the right of an “authorized entrant, user, or

occupier” of the area to be harvested. No rights of exclusive possession or ownership were granted.

[82] The TSLs provided that they were to be subject to the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157, the *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159, and the *Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, c. 69, and all regulations thereto and standards made thereunder. Moulton Contracting, as licensee, was explicitly placed under an obligation to comply with those Acts, regulations and standards.

[83] The TSLs each contained a clause entitling the Province to suspend or vary the TSL in case of an interlocutory or permanent injunction being granted on account of an alleged or proven infringement of an aboriginal right, including a treaty right (referred to herein as the “TSL Aboriginal Right Clause”):

- 9.01 Notwithstanding any other provision of this Licence, if a court of competent jurisdiction
- (a) determines that activity or operations under or associated with this Licence will unjustifiably infringe an aboriginal right or title, or a treaty right;
  - (b) grants an injunction further to a determination referred to in subparagraph (a), or
  - (c) grants an injunction pending a determination of whether activities or operations under or associated with this Licence will unjustifiably infringe an aboriginal right or title, or a treaty right,
- the Timber Sales Manager, in a notice given to a Licensee, may vary or suspend this License, in whole or in part, or refuse to issue a Road Permit or other permit given to the Licensee, to be consistent with the court determination.

[84] The TSLs also explicitly exempted the Province from liability for losses arising out of Moulton Contracting’s access to the Cutting Authority Areas being impeded by third parties (referred to herein as the “TSL Blockade Exemption”):

- 14.01 The government is not liable to the Licensee for injuries, losses, expenses, or costs incurred or suffered by the Licensee as a result, directly or indirectly, of an act or omission of a person who is not a party to this Licence, including but not restricted to an act or omission of a person disrupting, stopping or otherwise interfering with the

Licensee's operations under this Licence by road blocks or other means.

[85] As with the Bid Access Disclaimer, Mr. Moulton read the TSL Aboriginal Right Clause and the TSL Blockade Exemption, but assumed on the basis of his past experience that there would be no issues involving aboriginal rights.

## **1. The Road Permits**

[86] By an agreement of the same date, the Province also granted to Moulton Contracting, Road Permit No. R15359 (the "RP"). It granted a right to construct or use roads, as follows:

### **1.00 GRANT OF RIGHTS**

- 1.01 In consideration of the Permittee's right to harvest timber under Licence A66573 and to provide access to that timber, subject to all Ministry of Forests legislation and regulations as amended from time to time, the Ministry Official grants to the Permittee a non-exclusive right to enter on and construct within the Permit Area a road, ... and the right to use and maintain that road, or to use and maintain a road, within the Permit Area described in paragraph 2.01 ... .

[87] Access into the Cutting Authority Areas covered by the TSLs from Fort Nelson was eastwards along a resource road, the "Sierra-YoYo-Desan Access Road" (also known as the "Sierra High Grade Road", and referred to herein as "SYD"), and then northwards up an access road (also referred to in documents as a "petroleum development road", and referred to throughout the evidence by a variety of names, including "SY1000", the "Access Road", the "Chopsticks Road", and – wrongly – the "Sierra High Grade"; I refer to it herein by another name by which it was known, the "Canfor Road").

[88] A short length of the Canfor Road fell within the Permit Area under Moulton Contracting's RP. The RP gave Moulton Contracting the right to use that short length of the Canfor Road, and the right to construct and use a new road, leading from the Canfor Road into the Cutting Authority Areas

[89] The Road Permit for the Canfor Road (the “Canfor Road Permit”) was held by Canfor. BCTS expected that its TSL licensees would enter into a road use agreement with the holder of the Road Permit for any road they would need to use.

[90] Moulton Contracting did not enter into a road use agreement with Canfor until January 12, 2007.

**D. Post-TSL Consultation and Dealings with Mr. Behn**

[91] By way of a letter dated June 28, 2006, BCTS informed Mr. Behn that TSLs had been awarded to Moulton Contracting for locations within Mr. Behn’s licensed trapping area. The letter stressed the importance of Mr. Behn contacting Moulton Contracting directly to confirm Moulton Contracting’s proposed start date so that Mr. Behn would have sufficient opportunity to remove his traps and caches from the cutblock areas.

[92] On July 6, 2006, Ms. Laurie Montour, who had assumed the position of Lands Department Manager for the FNFN, signed and faxed a letter on behalf of then-Chief of the FNFN, Sally Behn, to the Minister of Forests and Range, the Honourable Rich Coleman. It read, in part:

**RE: BC Timber Sales - Major Amendment to SBFEP Forest Development Plan; Canfor Forest Stewardship Plan; Pesticide Plans; Heritage Conservation Act AIA permit requests**

Ft. Nelson First Nation is being asked to participate in numerous consultations without being provided the financial or other resources to do so. This is not meaningful consultation by any standard of measurement. Yet we are being asked to review the above-noted plans; to provide comments and information on traditional land use; and to identify potential infringements to rights protected by Treaty #8 as well as unextinguished Aboriginal rights.

Our Ft. Nelson First Nation Lands & Resources Department is already inundated with over a thousand referrals from the BC Oil and Gas Commission, for which we receive insufficient funding ... .

Your local staff are saying their hands are tied. Thus, this letter to you. You do not need to be reminded that the spirit and intent of the very Supreme Court of Canada decisions compelling meaningful consultation by government; and the New Relationship with First Nations in BC agreed to by your premier, do not distinguish between treaty and non-treaty groups for funding. ...

[93] On July 17, 2006, Mr. Jason Smith of BCTS wrote to Mr. Behn as follows:

Please be advised that harvesting is planned to commence in the Timber Sale Licence's A66572 and A55573 on August 1, 2006. These TSL's are located within you [sic] trap line area at approximately 5.5 kilometre on the Sierra-YoYo-Desan Mainline. The attached maps show the layout and location of the blocks.

Should you have any questions or comments, please fell [sic] free to call me ... or drop by during office hours.

[94] This letter of July 17 was the first time that maps of the subject TSLs showing the final block boundaries along with harvesting prescriptions had been given to Mr. Behn. BCTS did not provide these maps, which showed the layout and location of the TSLs, directly to FNFN. The maps did not cover other TSLs impacting on Mr. Behn's traplines. The maps did not delineate any previous forestry activities, nor any old-growth or intact forest areas. They did not show oil and gas activities. They did not show any sacred sites or other areas of cultural significance. They did not contain any information as to cumulative impacts on aboriginal hunting, trapping or harvesting activities.

[95] On July 31, 2006, Mr. Behn telephoned Mr. Smith. He acknowledged that he had received notice of the impending logging of the TSLs. He expressed opposition to the logging and said, according Mr. Smith's notes, that "he would be going out to stop it". (Mr. Smith testified that he typed up his notes on August 10, 2006; I have no reason to believe that the typed notes in evidence do not accurately reflect what was said.) Mr. Smith advised Mr. Behn that there had been an AIA but said he would check his files to verify that there had been consultation.

[96] Mr. Smith reviewed the files with Ms. Thomas, and noted the fact that Mr. Behn had participated in the flyover. He then called Mr. Behn back and discussed the consultation BCTS had done. Mr. Behn stated that the efforts of MOF had not been acceptable, and he restated his intention to stop logging. They discussed ways in which consultation could be improved upon. Mr. Behn made the following suggestions:

- Direct Personal consultation with maps and air photos at the development phase

- On site, on the ground visits
- Personal copy of the archaeological assessments to see what can be done
- 100 mile radius around Fort Nelson as a no-harvest zone.

Mr. Smith commented in his file note that most of these suggestions were fair and reasonable, and that he committed to doing the first three.

[97] Mr. Smith testified that when Mr. Behn had told him that he would stop the logging, he assumed Mr. Behn meant that he would seek an injunction, or seek to publicize his opposition to the logging. This assumption, however, was not based on any specific information from Mr. Behn:

Q And an injunction is one way to stop logging; that's right?

A Yes.

Q And another way is to put up a blockade; correct?

A Yes.

Q And if I understand, it was your assumption that Mr. Behn was referencing an injunction when he said he intended to stop the logging; is that right?

A I figured he was either going to do an injunction or start mailing a whole bunch of letters to the region or he would go to the media. That was how I figured he would try and stop the logging.

[98] I note the specific phrase use by Mr. Behn, as recorded by Mr. Smith in his note, was that he “would be going out to stop it”. It is a reasonable inference that “going out” would have meant going out to the site. One does not obtain an injunction by going out to a site.

[99] I find that as a result of these July 31 telephone conversations, Mr. Smith knew of Mr. Behn’s opposition to logging of the Cutting Authority Areas covered by Moulton Contracting’s TSLs; knew of Mr. Behn’s determination to take steps to prevent the logging; and knew or ought to have known that Mr. Behn was threatening to block physical access.

[100] Mr. Smith told Mr. Wesleyson of these conversations with Mr. Behn. He also informed Mr. Jeremy Sellors, a local contractor who had a contract with BCTS to

keep the Canfor Road clear, and whom he believed to be working in the area; Mr. Smith wanted to make sure that Mr. Sellors did not “hassle” Mr. Behn.

[101] Mr. Smith, however, did not inform Moulton Contracting of these conversations with Mr. Behn.

[102] Also on July 31, 2006, Ms. Montour, the Lands Department Manager, telephoned Mr. Smith to let him know of FNFN’s continuing need of capacity in order properly to consult. She then wrote to Mr. Smith advising, *inter alia*, as follows:

Ft. Nelson First Nation is being asked to participate in numerous consultations without being provided with the financial or other resources to do so....

At the same time, trappers and other harvesters like George Behn are increasingly frustrated. There is a clear link between the Crown’s non-fulfillment of legal steps and practises owed to First Nations; and the resulting deterioration to the lands & natural resources which provide for treaty rights.

...

...May I suggest that your decision-makers examine ways to ensure consistency with provincial policies and legal obligations that apply province-wide, and with Supreme Court of Canada decisions, nation-wide. Or, they can rationalize non-consultation all they want, and bear the consequences which cost more in the long run.

[103] Mr. Smith did not inform Moulton Contracting about this letter.

[104] A pre-work meeting concerning the TSLs was held at the BCTS office on August 2, 2006. In attendance for Moulton Contracting were Mr. Travis Booker and Mr. Kevin Moulton. Jason Smith attended for the MOF. No First Nations issues or consultation issues were discussed at the meeting.

[105] In or around mid-August, Canfor held its annual Contractors’ Meeting. Moulton Contracting did not participate

[106] On August 25, 2006, Moulton Contracting provided to BCTS a security deposit in the amount of \$20,867.98 for TSL A66572 and a security deposit in the amount of \$18,762.65 for TSL A66573.

[107] On August 31, Mr. Behn sent a letter to Mr. Bill Warner, the Regional Executive Director of the Ministry of Forests, cc'd to Mr. Smith of BCTS, with a subject line that read: "Cancelling BC Timber Sales A66572 and A66573". The letter explained that Mr. Behn had raised his concerns about "the plan to cut more timber on the part of my traditional family territory covered by our Registered Trapline ... with your staff, and with the Fort Nelson First Nation office, and want to forcibly bring this situation to your personal attention." The letter asserted that there had already been harm suffered by the area in question. Mr. Behn stated:

The area in question has already suffered serious physical harm from previous encroachments by industry. The area covered by these two Timber Sales is part of the last remaining pristine areas which can be used in my family territory. The damage already caused by various industrial activities is so extensive, that it is going to take years before the territory can be used [sic], the impacts go far beyond the immediate area.

Any further cutting of timber in this area will constitute a deliberate infringement on our families Treaty and Aboriginal Rights to these lands and resources. To date you or your government have made no attempt on behalf to accommodate our interests as they still exist on the land.

In order to proceed [sic] with these Timber Sales, the Ministry of Forests must complete an assessment of the cumulative impacts of previous work, plus a complete and detailed assessment of the additional impacts on our rights that this Timber Sale would create, so that you know, and can explain fully to me and my family, the degree of infringement you are contemplating.

Until these studies are completed, and the agreement negotiated, myself and my family take the position that our Aboriginal and Treaty Rights are being infringed. We could now apply for an injunction to stop the work, since there has been no effort from government to show that the Ministry of Forests was attempting to accommodate our Aboriginal and Treaty Rights.

[108] Neither MOF nor BCTS informed Moulton Contracting of this letter. Mr. Behn did not copy Moulton Contracting with the letter.

#### **E. Commencement of Harvesting, and the Blockade**

[109] On August 21 and 22, 2006, Mr. Shawn Sullivan of BCTS sent the completed copies of the TSLs and the Road Permit to Moulton Contracting. The cover letter for the Road Permit said:

Your completed copy of Road Permit R15359, to access A66573 is enclosed.

It also said:

This document does not necessarily constitute authority to cut. Please ensure that all other required plans and agreements are in place.

Kevin Moulton believed that the Road Permit enclosed with the letter gave Moulton Contracting the right to access the TSLs from the SYD Road.

[110] Between September 19 and 22, 2006, Moulton Contracting moved its equipment via the Canfor Road to TSL A66573.

[111] On September 22, Mr. Smith met with Mr. Moulton at the TSLs to conduct ground checks. No mention was made of traplines. Mr. Smith provided Mr. Moulton with written confirmation that the TSLs were released for road building and harvesting.

[112] Moulton Contracting and Canfor entered into two Log Purchase Agreements, one for each of the TSLs, dated September 26, 2006. These written agreements confirmed Canfor's previous representations to Moulton Contracting that it would purchase timber from the two TSLs at prevailing prices and on Canfor's usual terms.

[113] Timber was harvested on the TSLs between September 22 and 28, although no logs were removed from the TSLs during that time.

[114] On September 28, 2006, Mr. Behn, Ms. Montour of the Lands Department, and representatives of MOF, including Mr. Smith, met at the FNFN offices. Mr. Behn complained of the lack of consultation and advised Mr. Smith that he was going to blockade the logging of the TSLs. Mr. Smith, Mr. Behn and Ms. Montour agreed to meet again on-site on the morning of September 30.

[115] The following day, September 29, 2006, Mr. Smith advised Mr. Moulton that there was a potential problem with a trapper. At Mr. Smith's request, Mr. Moulton agreed to suspend logging until October 1.

[116] Mr. Smith met with Ms. Montour and Mr. Behn on the site of one of the TSLs, on September 30, as planned. Mr. Smith's notes record discussion of the location of Mr. Behn's trap boxes, the location of two trails, and a sacred rock that had been

moved several hundred feet, possibly during original construction of the Canfor Road. Mr. Smith offered to have a buffer built around a trail, or to have other mitigation measures taken. He also offered to cancel another TSL, as a gesture of good faith. Mr. Behn indicated that he would only accept the cessation of all activities, pending an environmental impact assessment, and that he wanted the two TSLs cancelled immediately.

### **1. Participation of FNFN in the Blockade**

[117] On October 1, 2006, Mr. Behn telephoned Chief Liz Logan, and advised he was going to go out later that day to block the Canfor Road. Chief Logan asked him to meet with the FNFN Council. Mr. Behn's evidence is that he erected a camp on the Canfor Road on October 1, although he did not stop anyone from using the Canfor Road on that day.

[118] Mr. Behn agreed to meet with the FNFN Council. It was suggested to him on examination for discovery that he did so because it was traditional to seek the blessing of the community leadership for what he was about to undertake; Mr. Behn answered that it was his "policy" to do so.

[119] On October 2, 2006, Mr. Behn met with Chief Logan and the Council. Mr. Behn's evidence is that by this point, a blockade had been erected on the Canfor Road.

[120] I will return, below, to a narrative of events surrounding the erection and operation of the blockade, but I digress at this point to deal with evidence regarding the scope of FNFN's knowledge of and participation in the blockade.

[121] Mr. Behn was examined for discovery as to what transpired during the meeting with Chief Logan and the Council, and at least some of his evidence was read-in by the plaintiff. That evidence, however, was only admissible against Mr. Behn, not against FNFN or Chief Logan.

[122] Chief Logan took contemporaneous notes of the October 2 meeting. The notes do not indicate any explicit approval of Mr. Behn's plans. There is a notation towards the end of Chief Logan's notes, emphasized with a circled asterisk and lines drawn around it; it reads, "FNFN to draft ltr & talk to legal."

[123] Minutes of Council meetings were to have been kept by the Clerk to Council, a Ms. Christman. She had been the band's community health clerk from 2001 to March 2005, and then became Clerk to Council. Ms. Christman was in attendance at the October 2 meeting. She took notes on a laptop, as people were speaking, using a template. Her object was not to take a verbatim record of everything that was said, but to record actual decisions made and any documents signed. She would later review her notes, and would then circulate a draft of the minutes to Councillors, either by email or hard copy, so that changes could be made. When changes suggested by Councillors were incorporated into a final draft, the minutes could then be presented to Council for formal acceptance.

[124] Ms. Christman testified that timely completion of the minutes had not been a priority under the former Chief, Sally Behn. When Liz Logan became Chief, she emphasized that minutes needed to get done. However, Ms. Christman struggled to get the minutes finalized in a timely manner. The difficulties lay primarily in getting timely responses from the Councillors. The minutes for a meeting held on October 10, 2006 indicate that there was an issue with respect to Ms. Christman's preparation and circulation to Councillors of draft minutes for the previous six meetings. However, the minutes for a subsequent meeting held on October 30, 2006 contain a note of the backlog of previous minutes, and the "Action" note is that Councillors were to "review all the minutes and forward immediately to Denise for updating". This direction was repeated in the minutes for the meeting of November 22:

All previous council minutes are pending until Council has reviewed and forwarded to Denise.

[125] Consequently, the minutes of the October 2 meeting were not approved until a Council meeting held on December 19, 2006. Chief Logan testified to having a

clear recollection of what transpired on December 19; the Councillors expressed some frustration that a number of meeting minutes – nine sets in total – were still outstanding, and Ms. Christman was asked to leave the meeting, retrieve the minutes and return with them. Those sets of minutes, including the minutes for October 2, were passed quickly, without being read, so that Council could start afresh. The minutes of the December 19 meeting disclose that only one minute of time was taken to deal with the two motions by which the minutes of the nine separate meetings were all adopted.

[126] Ms. Christman had no specific recollection of the December 19 meeting. She confirmed that it was unusual to have so many minutes approved at one time, and that this reflected Council's desire to "clean the slate".

[127] The pertinent excerpts of the minutes of the October 2, 2006 meeting, as adopted by the Council, read as follows:

**3. ELDER CONCERN**

**9:25 AM - 10:55 AM**

George Behn joined meeting concerned of logging on his trapline without his consent. Darryl read out letter received by Bill Warner, Northern Interior Forest Region regarding canceling timber sales. George explained that there is some work being continued on his land. George Behn and Laurie, Director of Lands and Resources are to visit the area of where the work is being done and stop the logging. Chief and Council are in support to stop the work being done on his land. George explains that he wants studies done. He has trails and some spiritual rocks on his land.

**ACTION:** Chief Liz Logan will draft letter and get some legal advice as to what his rights are in this regard.

[128] Ms. Christman testified that she only has a limited recollection of what transpired at the October 2 meeting. She does recall Mr. Behn being at the meeting and being distraught at the rocks and the land being disturbed. She recalls a discussion that Mr. Behn's family was camping "out there" but has no recollection of a "blockade" being discussed.

[129] I am unable to determine from Ms. Christman's testimony the extent to which the minutes, in the form in which they were adopted, reflected or embodied the notes taken by her contemporaneously on October 2, as opposed to those minutes being

the product of later editing or revision. There was no evidence as to whether any Councillors suggested changes to the minutes between October 2 and December 19. The minutes for a meeting held on November 30, 2006 state:

Chief Liz and Roberta Dendys returned draft council minutes from September 08 - October 23, 2006 with any comments and additions to Denise to prepare all remaining minutes on hard copy for Councillors review for next meeting.

Those minutes returned to Ms. Christman would presumably have included the minutes for October 2; if changes to Ms. Christman's initial draft were suggested at that time, there is no evidence that such changes were not incorporated into the final version.

[130] Chief Logan, in her testimony, denied the accuracy of these October 2 minutes, specifically with respect to the statement that Ms. Montour was to "stop the logging", and the statement that she and the Council were "in support". She testified that Mr. Behn did not come to the meeting to seek the Council's approval, and that no approval was given; they did not take a position. Chief Logan was directed by the Council to obtain legal advice. She testified that they said to Mr. Behn that they were not in support of MOF clear cutting and spraying pesticide, but did not say that they were in support of Mr. Behn's position. That may have been Ms. Christman's interpretation, but if so it was incorrect.

[131] On cross-examination, however, Chief Logan conceded that her notes of the October 2 meeting disclose no discussion regarding clear cutting or pesticide spraying.

[132] Chief Logan pointed to a couple of other inaccuracies in the minutes. The meeting with Mr. Behn lasted for only half an hour; it should have read 9:25 - 9:55. She understood there was one rock being disturbed, not "rocks". She also said in her evidence-in-chief that there was only one trail in issue, not the plural "trails" referred to in the minutes, but on cross-examination she relented and acknowledged that Mr. Behn had concerns with respect to two trails.

[133] Chief Logan also denied that Mr. Behn was told during the meeting that Ms. Montour would assist in stopping the logging. She testified that Mr. Behn was told Ms. Montour would be sent out to check on what was happening. Ms. Montour's role as Lands Manager required her to undertake such site visits and investigations.

[134] Ms. Montour was not at the meeting. Chief Logan testified that she cannot recall how the results of the meeting were communicated to Ms. Montour.

[135] Following the meeting of October 2, Ms. Montour had email and telephone communications with several individuals indicating that FNFN was supporting Mr. Behn's blockade, as follows:

1. Ms. Montour left a voicemail message with Gerry MacDougall stating that the FNFN Chief and Council would support a blockade. Jason Smith testified that he listened to the voicemail message. His note of it stated in part:

Laurie Montour left a message with Gerry MacDougall. The FNFN Chief and Council will be supporting his blockade because timber sales had "Violated a sacred site" and was "Destroying a well known trail."

2. In response to that voicemail, Mr. Smith telephoned Ms. Montour. He explained that MOF had not been responsible for damage to a sacred site or to a trail. Ms. Montour said she would go to the Chief and Council and try to get them to intervene with Mr. Behn, but she expressed doubt that it would do any good, as those items were the straw that broke the camel's back. Mr. Smith then sent an email to several persons within BCTS, advising:

Well, the blockade of TSL A66572 and 73 in ON! With the chief and councils blessing and approval.

3. Susan Behn, the wife of Mr. Behn's son Richard, had emailed Ms. Montour earlier that morning, indicating that she had been trying to reach Mr. Behn to see how the meeting had gone. Ms. Montour replied:

He's still here at band office, having lunch with elders. Got the go-ahead from chief and council to shut down timber cutting on trapline. I'll be there to support him.

4. A copy of that email made its way to the defendant Richard Behn. Richard Behn, according to Chief Logan, had a past history of coming to Council meetings and “ranting and raving” about “the *Indian Act* Council”. Richard Behn then sent a reply to Susan Behn and Ms. Montour, stating that his father did not need the go-ahead from anyone in protecting his traditional family territory, and *Indian Act* Councils had no say concerning such territory. Ms. Montour replied to Richard Behn, indicating her agreement with his remarks, and stating:

Indian Act chief Liz Logan gave me the go-ahead to provide support at the camp.

So am preparing giant logo and sign and hand-outs for the roadside protest at your dad’s camp. He made me spokesperson. ...

[136] Chief Logan testified that when she first saw this email, during discovery, she was very angered by its disrespectful tone. Ms. Montour’s statement that she was going to prepare a sign and handouts was a total shock and surprise to her, because that was not what she had been directed to do. She was also surprised to see that Ms. Montour had been made a spokesperson. I accept that testimony of Chief Logan.

[137] Ms. Montour was at the blockade on October 3, 2006; Mr. Smith of BCTS gave evidence that he encountered her there on that morning. A daytimer kept by Ms. Montour also indicates she was at the “camp” on October 5<sup>th</sup>. There is no evidence as to what she did on those occasions, or how long she stayed there. There is no evidence of her having attended on other dates.

[138] Sometime thereafter – by no later than November 10, 2006 – Ms. Montour was put under a “no communication” order. Chief Logan testified that this was an effort to “rein her in”, and prevent unauthorized communications. When asked who would have communicated this order to Ms. Montour, Chief Logan stated, “Council would have done it, not me.”

[139] Ms. Montour did not testify at the trial. She was subpoenaed by FNFN but refused to attend. FNFN did not ask for the subpoena to be enforced by way of a bench warrant; I draw no adverse inference from its failure to do so.

[140] Chief Logan visited the site of the blockade briefly on the morning of October 3, in the company of a Councillor, Mr. Darryl Michel. She explained to Mr. Behn that she had come to see his camp and the cutblocks. Mr. Behn accompanied the two of them up to the TSLs, where Chief Logan observed that some trees had been harvested. Contrary to the submission of the plaintiff, I do not infer that Chief Logan or Councillor Michel were there on that occasion to take part in the blockade.

[141] As noted, a Council meeting was held on October 10, 2006. The minutes, which again were prepared by Ms. Christman, state, under the heading “Council Business”:

NOTE:

Roadblock by Behn's = concerns are supporting [sic] by chief and council but need to get legal advice so that we do it right.

[142] The October 10 minutes were approved at the December 19 meeting, in the same manner as the other minutes dealt with at that time.

[143] I comment below, in the “Discussion” portion of these reasons, on the circumstances in which the minutes of the October Council meetings came to light in this case.

[144] By no later than October 16, 2006, Council meetings were being attended by legal counsel for FNFN. Thereafter, FNFN communications with interested parties drew a clear distinction between FNFN and the Behn family. For example, on October 24, 2006 all interested parties, including representatives of MOF and BCTS, representatives of the Treaty Eight Tribal Association, Kevin Moulton, and members of the Behn family attended a meeting held on the FNFN reserve. Chief Logan was asked by one of the meeting participants whether FNFN supported the blockade. In response, she read from an answer that, with the advice of counsel, had been prepared in anticipation of such a question:

The Nation understands the Behn Family's frustrations and shares their concern about the legality of the permits. The Nation will not interfere with the Behn Family's commitment to protect their Treaty rights in the way that they have chosen.

[145] A similar sentiment was expressed in a letter sent by Chief Logan to Mr. Wesleyson of BCTS on November 30, 2006. Responding to points raised by Mr. Wesleyson in an earlier letter, she wrote:

Under the heading "Follow up Action Points" you also stated: "In response to the BCTS proposals to end the blockade as referred to above, the Behn family again said that they want no logging to occur within the trapline area. We assume that the FNFN supports this position." I have always made it clear to the province that the question of whether the Behn's camp stays in place or if any cutting can occur on the trapline if the camp is taken down is entirely up to George Behn. If the FNFN were to take a position on this matter, it would not be respectful of George Behn's personal connection to his family trapline. ...

## **2. Erection and Operation of the Blockade**

[146] By the evening of October 2, 2006, a blockade was set up on the Canfor Road, approximately 100 metres north of the intersection with SYD, some distance south of the Cutting Authority Areas of the TSLs and south of the Permit Area under the RP. (The RP, in other words, did not encompass the area of the Canfor Road where the blockade was erected).

[147] Mr. Behn gave evidence on discovery that he set the camp up to blockade the road before he attended the October 2 meeting with the FNFN Council, but that he did not stop anyone from using the road until later that day. Initially, there was a barricade consisting of a 2 x 4, supported at either end and placed across the road, and one or more pickup trucks. Several days later, tents were erected, and a fire was built off to the side of the road. The blockade was erected by Mr. Behn, assisted by his daughter Sally Behn. The defendant Greg Behn, one of Mr. Behn's sons, has admitted that he assisted his father in erecting the tents. Another son, the defendant Rupert Behn, has admitted that he assisted in setting up the blockade in early October, by bringing a generator on site.

[148] On the evening of October 2, a Moulton Contracting crew was allowed to leave the TSLs along the Canfor Road, but Moulton Contracting's logging equipment remained on-site. Kevin Moulton's brother, Mr. Barry Moulton, was one of the day shift crew; he gave evidence that he passed through the blockade and saw four or five people, but did not identify them. The night crew encountered the blockade and elected not to attempt to pass; the Behns offered to allow the equipment out, but would not allow any more cutting.

[149] The following day, October 3, Kevin and Barry Moulton attended at the blockade and decided not to try to pass.

[150] After October 3, the Moulton Contracting crew members were sent back to Fort Nelson; there is no evidence that they ever returned to the site. Kevin Moulton testified that he released his workers over the next two weeks or so.

[151] Each of the Behn Defendants has admitted to being present at camp site from time to time up until January 1, 2007. Lovey Behn admits to attending at the camp approximately three times. Mary Behn admits to attending at the camp on more than one occasion. Richard Behn admits to attending at the camp on more than one occasion, and to spending the night there.

[152] Barry Moulton attended at the blockade on October 5, 2006, and took a videotape. Sally Behn and Rupert Behn were observed sitting around the fire. George Behn was also seated near the fire, on a folding chair placed in the roadway. Rupert Behn admits that his pickup truck was parked in the middle of the road.

[153] There is no specific evidence of Susan Behn, Richard Behn, Greg Behn, Lovey Behn, or Mary Behn ever interfering with Moulton Contracting's operations. There is no evidence that they were physically on the Canfor Road at the blockade location, as opposed to being positioned off to the side of the Canfor Road, at any time when Moulton Contracting personnel were there. The evidence at trial was that the only Behn Defendants who were present at the blockade when anyone from Moulton Contracting attempted to use the Canfor Road, or came to the blockade for

discussions, were George Behn and Sally Behn, with Rupert Behn also being present on October 5. Further, there is no evidence of any of the Behn Defendants doing anything within the TSL Cutting Authority Areas to block or obstruct Moulton Contracting's operations.

[154] It is undisputed that the blockade was peaceful. The participants did not resort to disguises or camouflage. There was no violence. Nor were there threats of violence. There was no vandalism to Moulton Contracting's machinery.

[155] On October 13, 2006, counsel for Moulton Contracting sent a letter to George Behn and Sally Behn. It asserted that the blockade was unlawful. It warned that unless the blockade was removed immediately, Moulton Contracting would sue for damages and would seek an injunction.

[156] That letter quickly came to the attention of FNFN, and by way of a letter dated October 16, 2006 from counsel for FNFN, counsel for Moulton Contracting were asked to advise if litigation were commenced, so that FNFN could attempt to intervene.

[157] In an attempt to resolve the situation, there then followed, over the months of October, November and December, a series of correspondence and meetings, including the aforementioned meeting of October 16. Mr. Behn made it clear throughout that his grievance was not with Moulton Contracting but with MOF, and that he regretted the losses being sustained by Moulton Contracting.

[158] On October 31, 2006 Mr. Moulton, concerned that there might be vandalism done to his machines because of Halloween, drove out to the blockade with one of his employees to see if anyone was camped out. When they arrived they saw a barricade across by the first tent and a pickup truck in the middle of the Canfor Road. There was no one in the first tent, and they did not check in the second tent.

[159] On November 21, 2006, Barry and Kevin Moulton went back out to the blockade to see if they could remove the remainder of the equipment from the cutblocks. When they approached the blockade site Mr. Behn and another person

were there on their snow machines. Kevin Moulton asked Mr. Behn if they could take out the remaining equipment, and he agreed. Kevin Moulton asked if they were going to let him harvest or if the blockade was still up. Mr. Behn said the blockade was still up. Kevin Moulton and Barry Moulton then brought the skidder and buncher out from the TSL, and then low-bedded the machines out the next day.

[160] In November, 2006, a log-loader meant to be used by Moulton Contracting on the TSLs was repossessed by Brandt Tractor. Moulton Contracting had been current on its monthly payments to Brandt Tractor until the blockade prevented Moulton Contracting from delivering timber to Canfor and earning revenue.

[161] Counsel for Moulton Contracting wrote to counsel for the Behn Defendants on January 8, 2007, seeking confirmation as to whether further harvesting would be prevented. There then followed an inconclusive exchange of letters between counsel. On the afternoon of January 10, Mr. Moulton hauled his buncher into the TSL; there were no visible signs of the blockade on the Canfor Road. He then proceeded to grade the Canfor Road with his grader, followed by his brother, in a pickup truck. That evening, they attempted to bring the processor up the Canfor Road into the TSL, but a tent had again been erected at the blockade site, and their way was blocked by a pickup truck. They were confronted by two men, one an unidentified Caucasian, the other another son of George Behn (not a defendant in this proceeding). They were told by these two individuals that they would not be permitted to bring the harvester up the road.

[162] The following morning Mr. Moulton spoke with Mr. Behn and Sally Behn. The Behns agreed that he could take machinery into the TSLs to process the logs that had already been harvested. Mr. Moulton agreed that he would not harvest any other timber, and said he understood that if he tried to do so, they would shut him down.

[163] On January 12, 2007, Canfor and Moulton Contracting concluded a Road Use Agreement, stating the terms upon which Canfor would permit its use of the Canfor Road. As a term thereof, Canfor waived its right to collect a Road Use Agreement Fee.

[164] Thereafter, Moulton Contracting used the Canfor Road for the limited purpose of accessing TSL A66573 and processing and removing the previously harvested timber. Moulton Contracting made over 200 trips for this purpose, none of which were interrupted. From the sale of that timber, Moulton Contracting earned \$67,971.

[165] On January 22, 2007, John Deere Credit Inc. wrote a letter to Moulton Contracting stating that two feller bunchers, two skidders, and a feller head, all of which had been intended to be used on the TSLs, were being repossessed for failure to comply with the conditions of their Commercial Lease Agreement. The letter stated in part:

Please be advised that in view of the fact that you have not conformed with the conditions of the Commercial Lease Agreement (the "Security Agreement") dated February 22, 2006 between Moulton Contracting Ltd. and Brandt Tractor Ltd., Fort Nelson, BC, which contract has been duly assigned to John Deere Credit Inc., we have repossessed on January 17, 2007.

...

This equipment will be held for 21 days from the date of repossession. If we do not receive payment of \$719,184.77 by February 12, 2007, we shall sell this equipment by private sale or advertise and sell by public auction.

[166] In April 2007, Moulton Contracting was required to sell all of its remaining equipment as a result of its inability to harvest the TSLs in 2006.

[167] Sometime after learning of the blockade, and realizing that he would not be able to work the TSL cutblocks, Mr. Moulton testified that he contacted someone from Canfor - he believed it was either Mr. Bill McKenzie or Mr. Shannon Wylie. He testified that he "asked them for volume", but this was after the contractor's meeting had been held, and he was told that the volume for the year had already been handed out.

[168] Another major source of work for Moulton Contracting in the past had been Encana, who would hire them to clear pipeline right-of-ways. Mr. Moulton said that he was one of Encana's primary clearing contractors. Mr. Moulton made inquiries of Encana. He was told they had pipeline work coming up, but the person he dealt with

felt that it would not be wise to contract with someone involved in a First Nations blockade.

[169] Mr. Moulton testified that he made inquiries of a number of other local companies as to available work, after the blockade had been set up, but was unsuccessful.

[170] As noted above, the TSLs did not require Moulton Contracting to harvest the cutblocks. Moulton Contracting had the right not to harvest, subject to payment of a waste assessment, which could be waived by MOF. After a lengthy correspondence, MOF returned Moulton Contracting's deposit for TSL A66572, waived the waste assessment on A66573, and returned the deposit on A66572 net of an \$8,500 deduction for slash piling and burning. In the end result, Moulton Contracting faced no penalties for having failed to complete logging on the TSLs.

## **V. THE PLAINTIFF'S CLAIM**

[171] The causes of action asserted by the plaintiff by way of its Further Further Amended Statement of Claim may be summarized as follows:

### As against the Crown:

- (a) Breach of contract, in failing to provide Moulton Contracting with access to the lands designated in the TSLs, contrary to an express term of the TSLs and of the Road Permit that such access would be provided;
- (b) Breach of contract of an express or implied term of the TSLs and of the Road Permit, or breach of a condition precedent of same, that the Crown had consulted with all relevant aboriginal groups;
- (c) Negligent continuing misrepresentations that access would be granted to the lands designated in the TSLs, and that consultation with aboriginal groups had taken place, in reliance on which Moulton Contracting mobilized its equipment to TSL A66573, and did not enter into any other contracts for the harvest of timber, for the fall of 2006 and the winter of 2006.2007;

As against the Behn Defendants, FNFN and Chief Liz Logan:

(d) Intentional interference by the Behn Defendants and members of FNFN with Moulton Contracting's contractual rights under the TSLs and the RP, and intentional interference with Moulton Contracting's existing and prospective business interests;

(e) Wilful obstruction, interruption or interference by the Behn Defendants and members of FNFN with Moulton Contracting's lawful use, enjoyment, or operation of the Canfor Road, the TSLs, or the Road Permit, such as to constitute mischief, in contravention of s. 430 of the *Criminal Code*;

(f) Conspiracy by the Behn Defendants, FNFN, and members of FNFN, and combining with each other, with the intent to commit mischief or the aforesaid intentional interference.

## VI. DISCUSSION

### A. Liability of the Behn Defendants, FNFN and Chief Logan

[172] Since at least as far back as the decision of the English Court of Queen's Bench in *Lumley v. Gye*, [1853] EWHC QB J73, 2 E&B 216 the common law has come to recognize causes of action in tort for intentional interference with economic relations. Although initially confined to malicious inducement of breach of contract, the law has been expanded to encompass liability for economic losses where no actual breach occurs. In his text, The Law of Torts in Canada (2<sup>nd</sup> ed., 2002), Professor Fridman writes at pages 808 - 809:

In Canada, courts have eagerly embraced the idea propounded by Lord Denning [in *Torquay Hotel Co. Ltd. v. Cousins*, [1969] 2 Ch. 106 (C.A.)] that liability should not be confined to situations where the defendant has induced or brought about a breach of contract. With one exception [the Manitoba Court of Appeal in *Merchants Consolidated Ltd. (Receiver of) v. Canstar Sports Group Inc.* (1994), 92 Man. R. (2d) 253] various provincial courts have held that there can be liability even if no breach of contract has resulted from the acts of the defendant. Such liability has been referred to as "interference with contractual relations" or, perhaps more frequently, "interference with economic relations (or interests)", to distinguish this kind of liability from the original tort of inducing a breach of contract (a distinction the

importance of which has been emphasised, since the original tort is narrower in scope than the newer one).

...

Although the cases draw no sharp distinction, but speak generally of interference with contractual or economic relations or interests, it is possible to differentiate two kinds of situations. In one, the defendant interferes with an existing contract between the plaintiff and a third party without causing a breach in respect of which the third party could sue the plaintiff. In the other, the defendant acts in a manner that interferes with or disrupts the plaintiff's economic interests without reference to a particular contract already entered into by the plaintiff with a third party but by doing something that affects projected or intended contracts, or affects the plaintiff's economic situation generally.

[173] More recently, the English House of Lords, in *OBG Limited v Allan; Douglas v. Hello! Limited; Mainstream Properties Limited v. Young*, [2007] UKHL 21, has emphasized the desirability of maintaining the distinction between the torts of knowingly inducing breach of contract, and intentionally causing economic loss by unlawful means, while at the same time affirming that the latter has subsumed the tort of intentional interference with contractual relations. That approach to categorizing the economic torts was arrived at independently by the Ontario Court of Appeal in *Drouillard v. Cogeco Cable Inc.*, 2007 ONCA 322, and, post-*OBG*, was followed by that same court in *Correia v. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, and in *Alleslev-Krofchak v. Valcom Limited*, 2010 ONCA 557 (leave to appeal to SCC denied March 31, 2011, 2011 CanLII 19613); and was approved by the New Brunswick Court of Appeal in *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33.

[174] (The House of Lords further held in *OBG* that the tort of causing loss by unlawful means requires there to have been interference by the defendant with the actions of a third party in relation to the plaintiff. In such cases of tripartite economic interference – where plaintiff A has a contract with party B, and sues defendant C for having induced B to break its contract – A may only sue if C's conduct were also actionable at the suit of B. Lord Hoffman expressly declined to comment on situations where a defendant's conduct has intimidated a plaintiff into acting to its own detriment: see *OBG* at para. 61.)

[175] In the present case, Moulton Contracting has broadly pleaded intentional interference with its economic interests. At para. 38 of its Further Further Amended Statement of Claim, Moulton Contracting alleged:

38. On October 13, 2006, counsel for Moulton wrote to George Behn and Sally Behn to demand that they remove the Blockade. Counsel for Moulton advised George Behn and Sally Behn of Moulton's right to harvest timber under TSL A66572 and TSL A66573, that the Blockade was interfering with Moulton's contractual relations with its employees, contractors, suppliers, and buyers, and had thrown people out of work and caused economic loss to Moulton.

[Emphasis added.]

At para. 58, Moulton Contracting alleged:

**Interference with contractual relations (Blockade Defendants)**

58. From on or about October 2, the Behns and members of the FNFN, including employees and councillors of the FNFN, with knowledge of Moulton's contractual rights, by erecting and maintaining the Blockade intentionally interfered with Moulton's contractual rights under TSL A66572, TSL A66573, and the RP. In addition, the conduct of these Defendants described herein intentionally interfered with Moulton's existing and prospective business interests (collectively the "Tortious Conduct").

[Emphasis added.]

[176] In its final submissions, the plaintiff asserted that the Blockade had interfered not only with its exercise of its contractual rights under the TSLs and the Road Permit, but also with its contractual relations with its employees and its subcontractors (e.g. with Kevin Moulton's brother Barry Moulton, who provided services to the plaintiff through his own company).

[177] The Behn Defendants, in their argument, objected to these submissions, taking the position that the plaintiff's pleadings were restricted to claims for intentional interference only with Moulton Contracting's contractual rights under the two TSLs and the RP. The Behn Defendants argued, for example, that para. 38 of the Statement of Claim alleged the contents of a letter that had been sent, not that the wrongdoing alleged in the letter had occurred. I find no merit in this argument. The pleadings as a whole, and in particular the explicit reference to interference with "Moulton's existing and prospective business interests" in para. 58, were sufficiently

broad to lay the foundation for a generalized claim of economic loss having been caused through unlawful means.

[178] The case law has laid down a number of formulations as to the necessary elements of the tort. For example, in *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 229, var'd (2000), 46 O.R. (3d) 760 (C.A.), aff'd 2001 SCC 59, Cumming J. suggested a test with six elements. In *Westcoast Landfill v CVRD*, 2009 BCSC 53, Shabbits J. boiled the number of elements down to three. Common to all of these various formulations are the requirements of the loss having been caused intentionally; and, having been caused by conduct that was unlawful or wrongful, independently of the intent to cause the loss.

[179] The Behn Defendants argue that there was no intent to cause harm to Moulton Contracting, only an intent to force the MOF into proper consultation. As observed by Southin J.A. in *Verchere v. Greenpeace Canada*, 2004 BCCA 242 at para. 29, this is to confuse intent with motive. The intent of the blockade was to stop the logging. Economic harm to Moulton Contracting was the direct, foreseeable consequence of this conduct. The harm may have been undesired, but as the natural consequence of the blockade it must be viewed as the participants' intent.

[180] The real focus of the argument as to the liability of the blockade participants was as to whether their conduct was lawful. The test for what constitutes unlawful conduct has also been expressed by a number of formulations. Contrary to the concern expressed by the Behn Defendants in the course of argument, the test for an unlawful act is no more relaxed under the tort of causing economic loss through unlawful means than under the subsidiary tort of intentionally interfering with contractual relations.

[181] In *Verchere*, Southin J.A. proceeded on the basis that the torts of inducing or procuring breach of contract, interfering with contractual relations, and interfering with economic relations, are one and the same. She stated:

33. For her part, the learned judge put the principles of the tort thus:

[29] ... to succeed with their claim of interference in contractual relations, the personal Plaintiffs must prove:

...

(3) that the Defendants definitely and unequivocally persuaded, induced or procured them to break their contracts;

...

34. To state the third ingredient as "persuad[ing], induc[ing] or procur[ing] them to break their contracts" is to my mind too narrow, albeit generally the description suffices since in most of these cases the means used are words, whether written or oral (e.g. *Lumley v. Gye*, *supra*, and *Daily Mirror Newspapers, Ltd. v. Gardner*, [1968] 2 All E.R. 163) or withdrawal of services by those not entitled to withdraw them (*Torquay Hotel Co., Ltd. v. Cousins*, [1969] 1 All E.R. 522 (C.A.)).

35. I would put the third ingredient as that the defendants, by unlawful (wrongful) means, caused the breach of the plaintiffs' contract.

36. I would include in "unlawful" doing any act which one has no lawful right to do. See *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co., Ltd. v. Veitch*, [1942] A.C. 435 at 442.

[182] Professor Lewis Klar Q.C., in his text *Tort Law* (5<sup>th</sup> ed., 2012) suggests at page 743, n.295, that the dissenting judgment of Lambert J.A. in *No. 1 Collision Repair & Painting (1982) Ltd. v. Ins. Corp. of British Columbia*, 2000 BCCA 643 provides a "very useful discussion". Lambert J.A. endorsed a test for the "unlawful act" requirement that had been formulated by Lord Denning:

19. ... In *Torquay Hotel Co. Ltd. v. Cousins*, [1969] 2 Ch.D.106 (Eng. C.A.), Lord Denning said this, at p.139:

I have always understood that if one person deliberately interferes with the trade or business of another, and does so by unlawful means, that is, by an act which he is not at liberty to commit, then he is acting unlawfully, even though he does not procure or induce any actual breach of contract.

(my emphasis)

20. I consider that test is entirely consistent with *Allen v. Flood* [[1898] A.C. 1]; is not inconsistent, so far as I know, with any decision binding on me; and somewhat ameliorates the fortuitous nature of a test for unlawful acts based on whether the act is a civil or criminal wrong against someone entirely different from the person whose economic interests are harmed. What is more, it is a test which seems to me to enable the doctrine of restraint of trade to fit in with the economic torts. But I think that any definition of "unlawful means" should allow some flexibility for the over-riding interests of justice. Accordingly, I concur in the view that even where a person deliberately commits acts that he is not at liberty to commit, with the intention

of causing economic harm to another person, he will not be liable if his acts were, in the circumstances, justified.

[183] In *Reid v. British Columbia (Egg Marketing Board)*, 2007 BCSC 155, Madam Justice Holmes observed that the test is that the act be one which the defendant “was not at liberty to commit”, or was one “without legal justification”.

[184] In cases where the defendant is a body alleged to have acted beyond the powers conferred by its enabling legislation or bylaws, the formula sometimes used is whether the defendant’s acts were “unauthorized” or “without legal authority” (e.g. *Gershman v. Manitoba (Vegetable Producers’ Marketing Board)* (1976), 69 D.L.R. (3d) 114, [1976] 4 W.W.R. 406 (Man. C.A.); *Reach M.D. Inc. v. Pharmaceutical Manufacturers Assn of Canada* (2003), 65 O.R. (3d) 30; 227 D.L.R. (4th) 458 (Ont. C.A.)).

[185] The plaintiff says that the blockade was unlawful in two respects: it was an act of criminal mischief; and it was unauthorized interference with an authorized use.

### 1. Unlawful Act – Mischief

[186] First, the plaintiff submits that the blockade was an act of criminal mischief, contrary to s. 430 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46:

430. (1) Every one commits mischief who wilfully
- (a) destroys or damages property;
  - (b) renders property dangerous, useless, inoperative or ineffective;
  - (c) obstructs, interrupts or interferes with the lawful use, enjoyment or operation of property; or
  - (d) obstructs, interrupts or interferes with any person in the lawful use, enjoyment or operation of property.

[187] Pursuant to s. 428, the definition of “property” in s. 430 is limited to “real or personal corporeal property”.

[188] I digress at this point to describe the manner in which criminal mischief was pleaded by the plaintiff; as will be seen, there is some significance to this, in that the Behn Defendants submit that the scope of the plaintiff’s claim was broadened

significantly in the course of argument, beyond what was pleaded. The plea of intentional interference with economic relations is set out at paras. 58 (quoted above) and 59. Those paragraphs provide no particulars of the manner in which the alleged interference is said to have been unlawful. The specific plea of criminal mischief is made in the context of the alternative cause of action based in civil conspiracy. The Further Further Amended Statement of Claim alleges as follows:

**Conspiracy (Blockade Defendants)**

60. The Blockade is located on or near the Sierra High Grade Road. Moulton, along with other members of the public, had the right to use the Sierra High Grade Road. The willful actions of the Behns and other members of the FNFN in obstructing, interrupting or interfering with Moulton's lawful use, enjoyment or operation of the Sierra High Grade Road, the TSLs or the RP contravened s. 430 of the *Criminal Code of Canada* [cit. omit.] (the "Unlawful Conduct").

61. From on or about October 2, 2006, the Behns and members of the FNFN, and the said FNFN, combined or conspired with each other with intent to commit the Unlawful Conduct or the Tortious Conduct. The conduct of these Defendants in furtherance of their conspiracy was unlawful and was directed towards Moulton, and they knew, or ought to have known, that loss, damage, and expense would be suffered by Moulton as a result of the Unlawful Conduct or the Tortious Conduct. By reason of the said conspiracy, Moulton has suffered, and will suffer loss, damage and expense.

(As noted above, the references to the "Sierra High Grade Road" were in error; what was meant was the access road named in these reasons as the "Canfor Road".)

[189] In the plaintiff's final submissions, criminal mischief was addressed not only as an element of civil conspiracy, but also as one of two means by which the conduct of the blockade participants was unlawful. No other particular form of criminal or civil wrongdoing was alleged.

[190] The Further Amended Statement of Defence of the Behn Defendants set out the following defences to the allegation of mischief:

37. The mischief provisions of s. 430(1) of the *Criminal Code of Canada* have no application to the activities of the Behn Defendants or any person, as:

- a. There are no lawful rights created by the Road Permit;
- b. The Plaintiff did not have a right to use the Canfor Road for timber harvesting, including for the transportation of timber or associated machinery, materials or personnel until authorized by Canfor, pursuant to s.22.1 of the Forest and Range Practices Act SBC 2002,

c. 69 and such authorization was not obtained until on or about January 12, 2007, when it entered into a road use agreement with Canfor; and

- c. In the alternative, even if the Road Permit is lawful, the rights created thereunder are not “property” within the meaning of the Criminal Code of Canada, in particular as they are non-exclusive rights of passage which are incorporeal in nature.

[191] In argument, the Behn Defendants submitted that whatever rights the plaintiff may have had to use or enjoy the TSLs and the RP, and to use and enjoy the Canfor Road under the Canfor Road Permit, those were not rights as to corporeal property. The Behn Defendants rely upon the definition of the words “corporeal” and its antonym, “incorporeal”, as considered by the Supreme Court of Canada in *Bank of Montreal v. Dynex Petroleum Ltd.*, 2002 SCC 7. The case concerned the application of an “ancient” common law rule that interests in land could not arise from incorporeal hereditaments; the holders of overriding royalties that had been granted by Dynex Petroleum claimed that their royalty interests comprised interests in lands and that those interests, protected by caveats, took priority over the appellant lender’s security interests. The Court stated:

8. At common law, an interest in land could issue from a corporeal hereditament but not from an incorporeal hereditament. “Corporeal hereditament” is defined by *The Dictionary of Canadian Law* (2 ed. 1995) as:

1. A material object in contrast to a right. It may include land, buildings, minerals, trees or fixtures. . . .
2. Land. . . .

“Incorporeal hereditament” is defined as:

1. “(A right) . . . in land, which (includes) such things as rent charges, annuities, easements, profits à prendre, and so on.” . . .
2. Property which is not tangible but can be inherited. . .

The Court concluded that although incorporeal hereditaments could not normally create an interest in land, the customs and practices of the oil and gas industry were inconsistent with strict application of the rule. The Court recognized an exception should be made for incorporeal hereditaments such as working interests or profits à prendre, if creation of an interest in land through such reflected the intention of the parties.

[192] The Behn Defendants also rely upon the definitions cited by Procter J.A. in *In re Interprovincial Pipe Line* (1951) 1 W.W.R. (N.S.) 479 at 485-486:

Williams on Real Property, p. 89:

Corporeal hereditaments, the land in the freeholder's possession, are contrasted with incorporeal hereditaments, mere rights to or over land which is in another's possession. . . .

Hogg on Ownership and Incumbrance of Registered Land at p. 56 points out:

An easement, though a mere interest in the land of another person, as distinguished from that right to the possession of the land itself which constitutes a corporeal hereditament (in one of its meanings) or property, is an incorporeal hereditament.

[193] The Behn Defendants submit that “corporeal property” in general is physical property over which a person has rights of possession or exclusive possession, while “incorporeal hereditaments” are those forms of property that are non-exclusive, do not amount to rights of possession, and give the holder the right to take some benefit from the land such as rents, minerals or timber.

[194] With respect to the RP and the Canfor Road Permit, they point to specific provisions made in those documents that the rights granted thereunder are non-exclusive, and they submit – correctly – that neither document gives the grantee, or persons using the road with permission of the grantee, possessory or ownership rights.

[195] With respect to the TSLs, the Behn Defendants submit that the TSLs also provide only for non-exclusive use of the Cutting Authority Areas, with the licensee having the right to take harvest, and to enter onto the lands for the purpose of harvesting. The timber would only become the property of Moulton Contracting once harvested. While there was, initially, interference with the plaintiff's access to the timber harvested before the blockade was instituted, that was remedied when Moulton Contracting was permitted to remove the harvested timber in mid-January 2007.

[196] In *Anderson v. Rolandi Bros. Logging Co.* (1955), 17 W.W.R. 119, Wood J. held that a contractual right to log and to remove timber from land was an incorporeal hereditament, specifically a profit à prendre.

[197] In *Relentless Energy Corp. v. Davis*, 2004 BCSC 1492, the plaintiff sought interim injunctions to restrain the defendants – members of the Blueberry River Indian Band, and beneficiaries of Treaty 8, some of whom were also registered trapline holders – from obstructing the plaintiff's use of a proposed permanent access road over Crown land, and from interfering with any person in the discharge of obligations under an agreement between the plaintiff and its subcontractor to construct the proposed road. The application was denied. The court's reasoning bears on Moulton Contracting's reliance on the crime of mischief to prove unlawful conduct. Relevant excerpts from the judgment of Satanove J. include the following:

4. The plaintiff has permits from the Oil and Gas Commission ("OGC"), which allow it to go onto Crown land, harvest trees and construct a 15 metre wide road in a specific location designated on a map filed with the OGC (the "Construction Permit" and "Cutting Permit").

...

6. The Blueberry River Indian Band, through their land manager, has taken the position that they are not categorically opposed to all oil and gas development. However, they are concerned about the heavy impact on the Wolf/Davis trapline, which has been subject to much development for farmland and for oil and gas purposes in the last decade. The usable part of the trapline has been reduced to about 25 percent of the original area. The band wishes to conduct a land use study assessment and consult with the OGC with a view to changing the location of the Proposed Road. The band has filed a request with the OGC to review a number of its permits granted to the plaintiff, including the ones at issue, and are awaiting the result.

7. There is no dispute that the OGC has the statutory authority to grant the Construction and Cutting Permits under the *Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245 and *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157 respectively. However, the defendants say the Permits cannot and should not be used as a basis to displace their camp because they are entitled to exercise both their constitutional right to hunt and trap under Treaty #8, and their right to trap under the Wolf/Davis trapline.

...

12. The plaintiff does not plead trespass or nuisance because it has no interest in the land. It has not sought declaratory relief that its right to construct the Proposed Road is in priority to the defendants' right to hunt under Treaty #8, or a right to trap under the Wolf/Davis trapline. The plaintiff

is not interested in adjudicating competing rights; it simply wants to remove what it considers to be an illegal impediment to accomplishing its commercial purpose.

...

14. In my view, the plaintiff has not shown a strong case on the merits. The plaintiff's claim is predicated on "wrongful" interference which means it must show an unlawful act on the part of the defendants. The plaintiff suggests that the offence of mischief is the wrongful act, but s. 430(1) of the Criminal Code of Canada, R.S.C. 1985, c. C-46 requires obstruction, interruption or interference with corporeal property, as defined in s. 428. The plaintiff's permits are incorporeal hereditaments which are not accompanied by exclusive possession and therefore cannot form the basis of a mischief offence under the Criminal Code.

[Emphasis added]

[198] Moulton Contracting says that *Relentless Energy* is distinguishable in that the location of the camp constructed by the defendants in that case was on a proposed road, not on a road that had been taken up under Treaty 8. It refers to para. 25 of the judgment, where Satanove J. said:

25. In the case at bar, the road has not yet been built. The defendants have been hunting and trapping in this area in the preceding years right up to the present. The status quo is preserved by denying the injunction.

That comment, however, was not directed towards the question of the strength of the plaintiff's case, but rather was made in the context of considering, in the alternative, the balance of convenience between the parties. This factual distinction does not avoid the fundamental point that the rights alleged by the plaintiff were not in respect of corporeal property.

[199] I find that the blockade's obstruction, interruption or interference with whatever rights the plaintiff had under the TSLs to use or to enjoy the use of the Cutting Authority Areas and the Canfor Road were in respect of incorporeal property rights only, and did not give rise to the offence of mischief. In this sense, the blockade was not unlawful.

[200] In its final submissions, the plaintiff raised for the first time an argument that the blockade participants committed mischief not only through their interference with use of the TSLs, the RP, and the Canfor Road, as pleaded, but also in respect of

their interference with the lawful use, enjoyment or operation of machinery and equipment on the TSLs. This machinery and equipment was corporeal property, and in that respect the plaintiff submits that an act of criminal mischief clearly took place.

[201] The plaintiff contends that no amendment to the statement of claim is necessary, as the Behn Defendants' interference with the plaintiff's use of the Canfor Road was also interference with use of its equipment located on one of the TSLs. Though only incorporeal property may have been explicitly referred to in the statement of claim, all parties knew and understood – and indeed, the Behn Defendants intended – that the blockade of the Canfor Road would frustrate the plaintiff's use of its corporeal property.

[202] Conceptually, however, any use of incorporeal property could entail some use of an item of corporeal property. If my neighbour blocks access to land over which I have an easement, do I not also lose my right to drive my car over it? If my use of a patent is interfered with, does that not also mean that I become limited in use of my manufacturing plant? The plaintiff's proposed application of the law to the circumstances of this case would effectively expand the offence of mischief to matters involving both corporeal and incorporeal property. That cannot have been the intention behind s. 428 of the *Criminal Code*.

[203] Alternatively, the plaintiff would seek leave to amend the statement of claim, to include an explicit plea of interference with the use and enjoyment of its physical property. I would not allow an amendment. This action was case-managed, and deadlines were set for finalization of all amendments, well in advance of trial. Some leeway must, in the ordinary course, be given to parties to amend their pleadings to conform to the evidence, subject always to a balancing of fairness concerns, including the question of prejudice. But that is not what is being sought here. What the plaintiff would seek leave to do in this case is to be given leave to allege an entirely new theory of liability. Where wrongful conduct had been alleged, and particularized – and even more so, where the conduct is alleged to have been criminal – a defendant has every right to expect that the case pleaded is the case

that will have to be met at trial. Fundamental principles of trial fairness require no less.

[204] That the characterization of the object of an alleged act of mischief as corporeal property is an essential aspect of a mischief allegation was made plain by the decision of this court in *Relentless Energy*. Both Mr. Willms and Mr. Janes appeared as counsel in that case. The need to prove that element of the offence cannot have been a surprise to Moulton Contracting. It is entirely reasonable to infer that the plaintiff's pleaded allegation of mischief vis-à-vis the plaintiff's use of the TSLs and the road was intentional, and not inadvertent.

[205] I also note that even though the issue of the TSLs and the RP being incorporeal property was raised during a no-evidence motion made by the Behn Defendants, no move was made by the plaintiff to amend the pleadings until final argument - far too late to allow fairly for amendment subject to recall of any of the plaintiff's witnesses, even if this court were to have been so inclined.

[206] The plaintiff complains that the defence of the TSLs and the RP constituting incorporeal property was not pleaded by the Behn Defendants, and so those defendants, it is said, are in no position to complain of deficiencies in the pleadings. However, paras. 37 (quoted in full above) and 38 of the Behn Defendant's Further Amended Statement of Defence plead the fact that the TSLs and the RP are non-exclusive:

37. The mischief provisions of s. 430(1) of the *Criminal Code of Canada* have no application to the activities of the Behn Defendants or any person, as:  
...
  - c. In the alternative, even if the Road Permit is lawful, the rights created thereunder are not "property" within the meaning of the *Criminal Code of Canada*, in particular as they are non-exclusive rights of passage which are incorporeal in nature.
38. Furthermore, the Behn Defendants have the lawful right to be present on the land and this right is not displaced by TSL A66572, TSL A66573 and Road Permit No. R 15359, which are expressly non-exclusive in nature. The Criminal Code provides a defence of mischief in such circumstances:

s.429(2) No person shall be convicted of an offence under s. 430 to 446 where he proves that he acted with lawful justification or excuse and with colour of right.

[207] Thus, the fact of the RP and the TSLs being non-exclusive – one aspect of their nature that gives them the character of incorporeal property – was plainly raised by the pleadings. It is true that subparagraph 37 (c) refers only to the Road Permit, and not the TSLs, but no one could reasonably read that as a concession that the TSLs were corporeal property. Nothing in the Statement of Defence relieved the plaintiff of the burden of proving all the elements of criminal mischief.

[208] Given all of these circumstances, it would be unfair to allow the plaintiff to amend its pleadings.

[209] Regardless of the pleadings, however, the elements of criminal mischief in respect of the plaintiff's equipment are simply not made out on the facts of this case. The Behn Defendants were not directly impeding physical access to the equipment, or physical use of it, for example by chaining themselves to it – as did the protestors in *Verchere* – lying down in its path, or sabotaging it. The plaintiff's employees were unable to use their machinery to harvest logs in a particular location, as a consequence of actions being taken at a location remote from the site. In my view, this kind of indirect interference with corporeal property could not support a charge of criminal mischief in any event. The plaintiff's interpretation of s. 430(1) would encompass indirect, consequential interference with the use of property. I have not been provided with any authority for the proposition that a finding of criminal liability will stand in such circumstances.

[210] I conclude that the unlawful conduct requirement of the tort of interference with economic relations has not been met in this case through proof of criminal mischief. The same conclusion lies in respect of the alternative plea of the tort of unlawful civil conspiracy.

## 2. Unlawful Act – Unauthorized Blockade

[211] Alternatively, the plaintiff argues that the conduct of the Behn Defendants and FNFN was unlawful, in that it was not authorized by law; no one, it submits, authorized them to set up a camp on a road used by a TSL licensee and to determine who would be permitted to pass.

[212] This argument raises the question of the legality of the plaintiff's and the Behn Defendants' respective competing uses of the Canfor Road.

[213] To begin, I reject the contention that the plaintiff's use of the Canfor Road was implicitly guaranteed or even permitted through the TSLs or the RP. As described above, only a small portion of the Canfor Road – well to the north of the site of the blockade – fell within the boundaries of the Permit Area under the RP. The RP permitted construction of a road from that portion of the Canfor Road, into and across the Cutting Authority Area. Nothing in the TSLs or the RP relieved the plaintiff of its obligation to comply with all applicable statutes and regulations respecting use of the Canfor Road, particularly its use in the area where the blockade occurred.

[214] The plaintiff's access to and use of the Canfor Road was governed by the provisions of Part 3 – Division 2 of the *Forest and Range Practices Act*, SBC 2002, c. 69, in particular:

### **Industrial use of a road**

22.1 (1) A person must not use a road for

(a) timber harvesting, including the transportation of the timber or associated machinery, materials or personnel ... except in one or more of the following circumstances:

...

(d) the road is a forest service road, and the person is authorized to use the road under a road use permit ... , or

(e) the road is one for which another person has ... a road permit ... .

...

(7) A person who uses a road under subsection (1) (d) or (e) ... must give at least 5 clear days notice of the date on which the person will begin to use the road

(a) to the holder of the applicable road permit ... .

...

**No payment for use of road except as provided**

22.3 (1) By written notice under subsection (2) ... may require payment, within the limits imposed under subsection (2), from a person who uses a road that is under the permit or licence for

- (a) a purpose referred to in section 22.1 (1) or (2), or
- (b) other prescribed purposes.

(2) A written notice under subsection (1) must specify

- (a) that payment is required, and
- (b) the amount of the payment, which amount must be limited to one or more of the following:
  - (i) a reasonable contribution to the expense of maintaining the road;
  - (ii) the reasonable expense of modifying the road to accommodate the special needs of the person;
  - (iii) the reasonable expense of repairing any damage to the road caused by the person's use of the road.

(3) If the holder of the road permit ... who gives a written notice under subsection (1) and the person who receives the notice do not agree on what amount of payment should be required, the holder and the person must submit that question for resolution

- (a) by an agreed process of dispute resolution, or
- (b) by binding arbitration under the *Arbitration Act*.

(4) A person who receives a written notice under subsection (1) is liable to the holder of the permit or licence who gave the notice for payment of the amount that is

- (a) specified in the notice, or
- (b) determined under subsection (3) in a case to which that subsection applies.

[215] The Canfor Road had not been declared as a public highway under section 24 of the *Forest and Range Practices Act*, nor as a forest service road under section 115(5) of the *Forest Act*. Instead, its use by Moulton Contracting for timber harvesting purposes was permitted under s. 22.1(1), quoted above, because it was a road for which another person – Canfor – had a road permit.

[216] As the holder of the permit for the Canfor Road, Canfor was entitled to five clear days' notice of Moulton Contracting's intent to use the road for harvesting purposes, including transportation in and out of its personnel. This would have given Canfor the opportunity to provide Moulton Contracting with notice of the payment required to use the Canfor Road.

[217] Canfor – I infer, as a matter of policy – ultimately did not require Moulton Contracting to make a payment for the use of the Canfor Road. Instead, Canfor and Moulton Contracting concluded a Road Use Agreement, under which Canfor waived its right to collect a Road Use Agreement Fee, in return for Moulton Contracting agreeing that its use of the Canfor Road would be governed by the conditions set out therein.

[218] Canfor, however, did not conclude the Road Use Agreement with Moulton Contracting until January 12, 2007. Given that fact, and given Mr. Moulton's evidence that he had understood the RP alone to be sufficient to provide him with access to the TSLs from the SYD Road, I infer that – contrary to the requirement of s.22.1(7) – Moulton Contracting provided no notice to Canfor of its use of the Canfor Road at any time in 2006.

[219] This means that throughout the entire period of time when access was being blockaded – at least up until early January 2007, when Mr. Moulton reached an agreement with Mr. Behn allowing for the removal of harvested timber – Moulton Contracting's use of the Canfor Road was contrary to the provisions of the *Forest and Range Practices Act*.

[220] In the face of this, can Moulton Contracting contend that its use of the Canfor Road was lawful? It could, perhaps, be said that Moulton Contracting's failure to give notice to Canfor was merely an irregularity – that it made use of the road irregular, but not unlawful. One could point to the wording of the statute: Section.22.1 does not clearly state that “no one shall use the road without complying with subsection 7”; subsection 22.1(1)(e) does not conclude with the words, “... and where notice is given pursuant to subsection (7)”. The purpose of the notice provision under s. 22.1(7) could be viewed as simply giving the permit holder – Canfor – the opportunity to demand payment. Section 22.1 does not explicitly provide that industrial use of the road is unlawful if the payment required by the road permit holder, pursuant to s. 22.3, is not paid. And if non-payment of a use fee does not

explicitly make use of the road unlawful, then why should failure to give notice (the purpose of which is to allow a fee to be levied)?

[221] In my view, this argument is defeated by the structure of the legislation. The requirement that notice be given, under subsection 22.1(7), is part of section 22.1, which sets the terms for the lawful use of roads for industrial purposes. As Professor Ruth Sullivan states in her text, Sullivan on the Construction of Statutes (5<sup>th</sup> ed., 2008) at p. 396:

When provisions are grouped together under a heading it is presumed that they are related to one another in some particular way, that there is a shared subject or object or a common feature to the provisions. Conversely, the placement of provisions elsewhere, under a different heading, suggests the absence of such a relationship.

[222] If the legislature had intended the five-day notice requirement merely to be regulatory, relating only to the right of the permit holder to obtain payment, and not to the right of others, such as the plaintiff, to use the road, the notice requirement would logically have been placed into s. 22.3. The placement of the notice requirement in s.22.1, rather than s.22.3, lends weight to the concept that a violation of the notice requirement is a violation of the conditions for lawful industrial use of a road. Subsection (7) cannot be read in isolation from the rest of s. 22.1, just as sections 22.1 and 22.3 have to be read together, as parts of a coherent set of rules governing the industrial use of roads. Moulton Contracting's violation of the notice requirement makes the use of the Canfor Road by Moulton Contracting in 2006 unlawful.

[223] What of the blockade participants' use of the road as a site on which to erect a camp protesting the plaintiff's activities and preventing access?

[224] The Behn Defendants point, first, to a comment of Southin J.A. in *Verchere* at para. 10:

Curiously, there does not appear to be in the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157, pursuant to which the tenure was granted, any express provision forbidding persons interfering with logging operations being lawfully carried on.

[225] The Behn Defendants also point to the lack of any regulation of activity on a forest road such as the Canfor Road, beyond the requirements of sections 22.1 and 22.2 of the *Forest and Range Practices Act*, the latter providing that any person, other than an industrial user governed by s. 22.1, may use a forest service road, or a road constructed or maintained by the holder of a road permit or a woodlot licence, without charge. The *Forest Service Road Use Regulation* to that act, B.C. Reg. 70/2004, provides in s.2 that certain provisions of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996 c. 318, “apply to all forest service roads as if a forest service road were a highway”; it makes no similar provision for roads such as the Canfor Road, which have not been designated as forest service roads. And even if it had been so designated as a forest service road, the blockade participants’ conduct would not have been contrary to those particular sections of the *Motor Vehicle Act*.

[226] The government, it appears, has elected to leave conduct on such roads largely unregulated. In the absence of regulations governing the use of such roads – beyond the limitations on use for forestry purposes prescribed by the *Forest and Range Practices Act* – it can hardly be said that the blockade participants’ conduct on the Canfor Road was contrary to law. And on the evidence before me, and the submissions made by counsel, their conduct certainly appears to have been no more unlawful than the road’s use by the plaintiff.

[227] As noted above, the formulation of the unlawful conduct requirement as including conduct “unauthorized by law” is found in cases in which the scope of the defendant’s permissible actions is prescribed by statute or other instrument. No such legal limitations are placed on the conduct of individuals; the rule is, “that which is not expressly forbidden is permitted”. No use by the blockade participants of the Crown land on which the road is situated that was expressly forbidden by law has been proven as pleaded.

[228] I therefore find no liability on the part of the blockade participants in respect of the tort of intentionally causing economic loss through unlawful means.

### 3. Civil Conspiracy

[229] The plaintiff alternatively pleads that the acts of the defendants who participated in the blockade constitute a tortious civil conspiracy.

[230] The elements of this tort were described in *Canada Cement LaFarge v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, [1983] 6 W.W.R. 385, at S.C.R. p. 471:

Although the law concerning the scope of the tort of conspiracy is far from clear, I am of the opinion that whereas the law of tort does not permit an action against an individual defendant who has caused injury to the plaintiff, the law of torts does recognize a claim against them in combination as the tort of conspiracy if:

- (1) whether the means used by the defendants are lawful or unlawful, the predominant purpose of the defendants' conduct is to cause injury to the plaintiff; or,
- (2) where the conduct of the defendants is unlawful, the conduct is directed towards the plaintiff (alone or together with others), and the defendants should know in the circumstances that injury to the plaintiff is likely to and does result.

In situation (2) it is not necessary that the pre-dominant purpose of the defendants' conduct be to cause injury to the plaintiff but, in the prevailing circumstances, it must be a constructive intent derived from the fact that the defendants should have known that injury to the plaintiff would ensue. In both situations, however, there must be actual damage suffered by the plaintiff.

[231] In the case of *lawful* means having been used to further the object of the conspiracy, it is not enough that the defendants intended loss; the causing of injury to the plaintiff must have been the predominant purpose. On the evidence, the predominant purpose of the blockade participants was to protest the lack of consultation, and the infringement of aboriginal rights. Although economic harm to Moulton Contracting would foreseeably result, I find such harm was not the participants' predominant purpose.

[232] To establish an *unlawful* conduct conspiracy, the plaintiff relies upon the mischief provisions of the *Criminal Code*. That claim fails, for the reasons stated above.

[233] I therefore find no tort liability on the part of any participants in the blockade.

[234] Given this conclusion, it is not necessary to consider the Behn Defendants' defence that they acted with colour of right.

#### **4. Alternative Findings as to Liability of Individual Defendants**

[235] If I am incorrect in my decision as to the liability in tort of those participating in the blockade, the liability of the individual defendants and of FNFN would have to be considered.

[236] I would find the defendant George Behn liable. The blockade was his creation.

[237] I would also find liability on the part of George Behn's son, the defendant Rupert Behn. He actively assisted his father by bringing a generator on site, and on at least one occasion his pickup truck was used to block the road. Likewise, I would find liability on the part of George Behn's son, the defendant Greg Behn, who actively assisted his father in the erection of a tent. I would also find liability on the part of George Behn's daughter, the defendant Sally Behn, who amongst all of the Behn family members, aside from her father, appears to have been most frequently at the blockade, at her father's side.

[238] The activities of the remaining Behn family defendants – George Behn's wife Mary, his children Richard and Lovey, and his daughter-in-law Susan – have not been shown to have extended beyond casual, irregular visits for the purpose of offering moral support. I cannot find, on the evidence, that they were joint participants.

[239] As described above, Chief Logan visited the site of the blockade briefly on the morning of October 3, in the company of a Councillor, Mr. Darryl Michel. There is no evidence that either of them actively participated in the blockade. They do not appear to have been doing anything more than informing themselves personally of the nature of the blockade – the "situation on the ground". This was entirely consistent with their positions on the Council. I would find no personal liability on the part of the defendant Chief Logan.

## **5. Alternative Findings as to Liability of FNFN**

[240] As regards the liability of FNFN, the evidence of Chief Logan as to what specifically was decided by the Council at the meeting of October 2, 2006, and whether FNFN agreed to participate in the blockade, came under sustained attack during her cross-examination.

[241] As stated above, Chief Logan testified that Mr. Behn did not come to the meeting to seek the Council's approval, that no approval was given, and that Council did not take a position.

[242] In the end result, I was left with considerable doubt as to the accuracy of Chief Logan's account.

[243] This doubt arose for several reasons.

[244] First, it became apparent from the cross-examination of Chief Logan that both she and FNFN had been less than forthright through the course of pre-trial discovery in disclosing the circumstances surrounding the October 2 meeting, and the minutes of that meeting. FNFN and Chief Logan initially failed to disclose the minutes of any council meetings with respect to TSLs, for the time period August 2004 through May 2007, either as producible or as privileged documents. Chief Logan was examined for discovery on September 17, 2007. She then disclosed the existence of minutes, in response to questions put to her, but gave evidence that they had not been produced because the minute taker had been incompetent, the accuracy of the minutes could not be relied upon, and the minutes were, she believed, only in draft form. This was despite the fact that the minutes had been formally approved by Council on December 19, 2006 (as described above), and the fact that the minutes of the December 19 meeting had been signed by Chief Logan as having been approved, on April 17, 2007 – only five months prior to her examination for discovery.

[245] Chief Logan underwent a further examination for discovery on November 3, 2009. Questioned as to the particulars of Ms. Christman's employment as Clerk to

Council, Chief Logan deposed that she had been very inefficient, and at two separate points in her examination deposed that Ms. Christman had been “let go” several months after the October 2, 2006 meeting.

[246] Written responses to questions left outstanding on the September 2007 examination of Chief Logan were produced on December 21, 2007. With respect to the plaintiff’s demand for production of minutes, FNFN stated:

The minutes from the Band Council meeting from August 2004 through May 2007 have been reviewed and relevant, producible minutes have been produced in the Supplemental Production of Chief Liz Logan et al.

[247] By way of Interrogatories served on FNFN on October 6, 2008, questions were asked as to what the document numbers which corresponded with the meeting minutes referred to in that answer, and as to the names of the attendees at the meetings in question. Confirmation of the accuracy of the minutes was also sought. FNFN provided answers to the Interrogatories by way of an affidavit of Chief Logan, sworn November 2, 2008. Those questions were answered as follows:

There were no producible minutes. The Fort Nelson First Nation claims litigation privilege and solicitor-client privilege over the meeting minutes.

[248] Chief Logan swore a further affidavit on December 22, 2008, providing further information concerning the circumstances surrounding the creation of the documents and information over which claims of privilege had been made. Chief Logan confirmed that minutes of the meetings of October 16, 20, and 23, and December 8 and 19, 2006, and January 15 and September 5, 2007, were being objected to on the grounds of relevance and/or privilege. FNFN advised that it was no longer objecting to production of the minutes of the October 2, 2006 meeting.

[249] Thus, the minutes of the October 2, 2006 meeting were not produced until December 22, 2008 – more than 15 months after the examination for discovery of Chief Logan.

[250] Minutes of the December 19, 2006 meeting, at which the October 2, 2006 minutes were approved, were not disclosed until delivery of the 7<sup>th</sup> affidavit of Chief

Logan, sworn on September 18, 2011, after the trial had commenced – four years after her initial examination for discovery.

[251] The December 19 minutes disclosed, for the first time, that there had been Council meetings on October 3, 10, 11 and 12, 2006. The minutes of those meetings, which covered the initial time period of the blockade – and which minutes were also approved on December 19, 2006 – were not disclosed prior to trial.

[252] The minutes of the October 10, 2006 meeting were produced on Day 15 of the trial, after Chief Logan's testimony had concluded. Counsel for FNFN advised the court on that day that minutes of Council meetings that had not previously been produced on the grounds of relevance had been reviewed again, specifically on account of the concerns raised during cross-examination of Chief Logan. It was submitted that given the questioning of the witnesses as to the process by which the minutes had been created, counsel had come to appreciate the potential relevance of passages in the October 10 minutes concerning the backlog of minutes. The October 10 minutes were marked as an exhibit.

[253] As noted above, however, the October 10 minutes appear to record not only concerns regarding the backlog of minutes, but also the support of the Chief and Council for the blockade. To repeat, the note reads:

Roadblock by Behn's = concerns are supporting [sic] by chief and council but need to get legal advice so that we do it right.

Counsel did not seek to re-call Chief Logan to explain that entry. There is no evidence that this note of the Council's support for the Behns reflected a misunderstanding on the part of Ms. Christman.

[254] The failure of FNFN to have produced the October 10 minutes prior to trial is incomprehensible.

[255] Chief Logan's 7<sup>th</sup> affidavit of September 18, 2011 also disclosed for the first time that, contrary to Chief Logan's discovery evidence, Ms. Christman had not been

“let go”, but had in fact been transferred to another position with the Band, her former position as community health clerk.

[256] I find the foregoing circumstances to present a pattern of evasion, approaching deception, on the part of FNFN. In accordance with its obligations under the Rules of Court, full disclosure of all relevant producible minutes ought to have been made in a timely manner, in FNFN’s initial document production. Instead, FNFN sought to avoid disclosure over the course of years, first through failing to disclose the existence of the minutes in any form, then through an untruthful assertion that the minutes were only in draft, and then through an improper and unsustainable claim of privilege.

[257] When a party seeks to avoid its obligation to give full discovery, the natural inference is that it does so because it fears the consequences. If the minutes were in fact believed by FNFN to be inaccurate, it might have been the case that the consequence feared by FNFN was that the minutes might be taken at face value, and – wrongly, in its view – might be preferred to the evidence of Chief Logan. It is at least equally possible that full disclosure was not given because FNFN knew the minutes to be true, and wished to avoid any consequences of being found to have voiced support for the blockade.

[258] There are other reasons to doubt Chief Logan’s evidence. She purported to remember that the only mention of Council being in support of anything was that Council told Mr. Behn it was not in support of MOF clear cutting and spraying pesticide. As noted above, there was no note to that effect in her own handwritten notes of the meeting. Given other gaps in her recollection, it struck me as unlikely that she would remember a detail like that. This aspect of her evidence seemed contrived.

[259] Chief Logan, in her evidence, also explicitly and repeatedly criticized Ms. Christman as having been inaccurate, inefficient, and incompetent, yet what is reflected in the minutes is largely a systemic problem of Councillors having failed to

provide Ms. Christman with timely responses to her drafts, not any concerns as to accuracy.

[260] Aside from my doubts as to Chief's Logan's evidence on its face, there is other evidence which weighs against Chief Logan's account of what transpired on October 2. The October 10 meeting minutes indicate that the Chief and Council were supporting the blockade. This is contrary Chief Logan's attempt to portray Council's position as one of support in respect of past grievances, but neutrality in respect of the TSLs. It is difficult to believe that Ms. Christman could have so completely misinterpreted what was being said by the Councillors, in respect of an event that would have been of much more than passing interest, and that she would have so completely misinterpreted the proceedings in two separate Council meetings.

[261] Moreover, I was struck by the absence of any evidence from FNFN as to the likely sources of information passing from Council to Ms. Montour. Chief Logan testified that she could not recall how the results of the October 2 meeting were conveyed to Ms. Montour. I inferred from Chief Logan's answer to the question concerning who subsequently gave the "no communication" order to Ms. Montour that communication of such instructions to FNFN staff was the responsibility of Council members. No one from the Council, other than Chief Logan, attended trial to testify as to the means by which Ms. Montour would have received her instructions concerning the blockade, or what those instructions were. Further, I heard no evidence of any attempts having been made by FNFN to uncover possible sources of Ms. Montour's purported understanding that she was to support Mr. Behn in shutting down the logging. From the absence of such evidence, I draw an inference adverse to FNFN's position, and on the basis of that inference I conclude that Ms. Montour, on October 2, 2006, likely received at least a generalized instruction to support Mr. Behn.

[262] From all of this, I conclude on the balance of probabilities that FNFN, through its Council, did express support to Mr. Behn, during the October 2 meeting, in

respect of his blockade of the harvesting of the TSLs, and that this decision was reflected in a general instruction to Ms. Montour.

[263] However, I also find that the Council's direction to Chief Logan on October 2 to seek legal advice implies that the support to be given to Mr. Behn was not likely intended to have been more than moral support, at least until such time as FNFN's legal position could be confirmed. This conclusion is supported by the evidence of the casual approach taken by the Council, during the December 19 meeting, to adopting the outstanding minutes. By that time, this action had been commenced; had there been any previous expression by the Council of a formal position, or any steps taken by the Council which could have raised a concern as to their being implicated in abetting Mr. Behn in the blockade's creation, it is reasonable to think that the outstanding minutes would have been scrutinized with considerably greater care.

[264] Accordingly, I find that any instruction given to Ms. Montour following the October 2 meeting is unlikely to have been intended, or to have reasonably been understood by her, as having her do more than supporting Mr. Behn in her role as Lands Manager, e.g. assisting him in articulating his position in communications with BCTS staff, and providing him with any information he might require about the history of FNFN's relationship with BCTS and about land use issues in the area. I would therefore find that Ms. Montour's apparent intent to prepare signs, logos and handouts (and there is no evidence she actually did any of those things) is likely to have been purely as a result of her own enthusiasm for a confrontation with MOF.

[265] I also find it was not the case that Mr. Behn's appearance before Council on October 2, 2006 was for the purpose of obtaining any formal approval of his blockade by FNFN before he would proceed. Although they were, in all likelihood, the product at least in part of consultations with legal counsel, I find that both the October 24, 2006 position statement of FNFN and the November 30, 2006 letter from Chief Logan to Mr. Wesleyson reflect the reality of FNFN's relationship with

Mr. Behn, a respected elder. His appearance before Council was as a courtesy to the community, but the blockade was his creation, to do with as he pleased.

[266] Accordingly, if I am wrong in my conclusions as to the liability in tort of any of the Behn Defendants, I would not find FNFN liable on the grounds of having combined or conspired with any of the Behn Defendants to conduct the blockade. I find no tortious conduct on the part of FNFN in support of the blockade.

[267] Nor would I find FNFN vicariously liable on the basis of the conduct of Chief Logan or Councillor Michel. As I noted above, I find no tortious acts to have been committed on their part.

[268] I would further find that the actions of Sally Behn in support of the blockade have not been proven to have been undertaken in her capacity as a Councillor, as opposed to her simply being a member of the Behn family. If I am mistaken in my views as to the liability in tort of Sally Behn, I would not in any event find FNFN vicariously liable in respect of her actions.

[269] Ms. Montour was an employee of FNFN, and was attending at the blockade in that capacity in its first days. While it is a fair inference that she did so enthusiastically, there is no evidence that her attendance was material to the blockade or to the loss sustained by Moulton Contracting. I would not find that her participation was actionable such that it would lead to a finding of vicarious liability on the part of FNFN for her actions.

[270] Therefore, if my conclusions as to tort liability on the part of any of the defendants are incorrect, I would find no liability in any event on the part of FNFN.

[271] The claims against the Behn Defendants, Chief Logan and FNFN are dismissed.

**B. Liability of the Province****1. The “Access Promise”**

[272] Moulton Contracting says that the combined effect of the TSLs and the RP was to promise it access to the Cutting Authority Area; and, consequently, that the Province was under an obligation to take reasonable steps to fulfil the Access Promise, for example by obtaining an injunction to have the blockade removed, or to have the blockade participants arrested.

[273] Specifically, the plaintiff points to the language of clauses 1.01, 1.02 and 10.01 of each TSL, and clause 1.10 of the RP. The TSL clauses read:

1.01 Subject to this Licence, the Licensee

(a) may ... harvest timber from the ... cutting authority area, and

(b) for the purpose of exercising the rights under this Licence may enter onto those areas.

1.02 Subject to paragraph 1.03, the Licensee may harvest all species and grades of timber situated on the cutting authority area in accordance with this Licence and Road Permits issued in association with this Licence.

...

10.01 The Licensee may construct, maintain and use roads on the cutting authority area under the authority of this Licence.

[274] Clause 1.10 of the RP reads:

In consideration of the Permittee's right to harvest timber under Licence A66573 and to provide access to that timber, subject to all Ministry of Forests legislation and regulations as amended from time to time, the Ministry Official grants to the Permittee a non-exclusive right to enter on and construct within the Permit Area a road, ...as are necessary for construction of the road or for access to the timber and the right to use and maintain that road, or to use and maintain a road, within the Permit Area described in paragraph 2.01, in accordance with the conditions/specifications described in the attached schedules.

[Underlining added for emphasis.]

[275] In my view, these particular clauses, and the TSLs and the RP as a whole, did nothing more than permit or authorize access to the Cutting Authority Areas for the purpose of timber harvesting, and permit or authorize construction of a road within the Cutting Authority Area of one of the TSLs, for that purpose. There is no

ambiguity in the documents. The TSLs were a license, permitting entry onto the property for a specific use. There is nothing like a guarantee or a promise that access could be achieved, and nothing like an undertaking to assist the plaintiff in achieving access. To the contrary, the wording of clause 9.01 of the TSLs, the TSL Aboriginal Right Clause – under which the Province reserved the right to suspend a TSL in the event of, among other things, an interim or final injunction being granted on account of infringement of aboriginal rights – and clause 14.01, the TSL Blockade Exemption – under which the Province clearly exempted itself from liability for losses arising out of interference with the licensee’s operations by road blocks or other means – are, I find, completely inconsistent with any notion of access being guaranteed.

[276] Moulton Contracting also refers to the Bid Access Disclaimer, and in doing so takes two inconsistent positions. First, it says that the intent of the TSLs and the RP is revealed by the language of the Bid Access Disclaimer being consistent with a promise of access. That clause, as quoted above, reads:

Despite access rights and obligations which may be conferred through a timber sale license or associated road permits or road use permit, applicants are advised that BC Timber Sales does not warrant nor has it ever warranted the Licensee’s right of unfettered access to the cutting authority area which may be impeded by the actions of third parties including acts of disobedience or natural occurrence.

[277] The plaintiff says that if there was no promise of access contained within the TSLs or the RP, the opening words of that clause – “Despite access rights and obligations which may be conferred ...” – would be unnecessary, and the clause would simply have begun with the words, “Applicants are advised ...”. Again, in my view, use of the word “access” is consistent with access being permitted; it does not imply a guarantee.

[278] However, in response to the Province’s reliance on the Bid Access Disclaimer as showing no intention on the part of the Province to warrant access in the event of a blockade, the plaintiff takes the position that the disclaimer is found only in the bid documents; utilizing the paradigm of a Contract A created by the tender being fully

performed once the tender is accepted, and a separate Contract B then coming into force, the plaintiff submits that the Bid Access Disclaimer forms only part of the bid contract, and as it was not carried into the TSLs is irrelevant to their interpretation. It is the case that the specific language of the disclaimer was not imported into the TSLs. But it is also the case that the disclaimer was clearly written as an expression of the Province's intent in respect of the contract for which bids were being solicited. If there were any ambiguity in the TSLs or the RP – which, I conclude, there is not – nothing in the Contract A/Contract B paradigm would prevent use of the Contract A language to resolve the ambiguity in Contract B, as part of the factual matrix surrounding Contract B's formation.

[279] I find no “access promise” in the contract between Moulton Contracting and the Province, either as an express or implied term.

## 2. The “Consultation Promise”

[280] The Province concedes that it was under an obligation to consult with the FNFN before the FDP was amended. However, the Province contends that the potential impact on aboriginal rights posed by the TSLs was minor, and that the nature of the consultation required lay at the lower end of the spectrum. This requirement, it says, was met by the consultation undertaken by BCTS.

[281] First, the Province points to the discussion of the duty to consult in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, where McLachlin C.J. said the following:

39. 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.

...

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 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.

44. 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.

45. 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 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.

...

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, 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".

48. 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.

...

62. 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.

[282] The Province submits that the impact of logging the subject TSLs – with a total area of only approximately 240 hectares, or 2.4 sq. km – must have been slight, when considered in the context of the FNFN Lands Department's annual review and approval of 1,500 to 2,500 land use referrals with a total annual "footprint" of thousands of hectares.

[283] The Province submits that a parallel may be drawn with the facts underlying the Supreme Court of Canada's decision in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69. That case concerned approval of a "fairly minor" (in the words of Binnie J. at para. 64) winter road running through traditional Mikisew Cree territory surrendered under Treaty 8, in the vicinity of Wood

National Park. The road was to be 118 km long and 10 m wide, with a 200 m wide road corridor within which hunting would be prohibited. The total area of land involved amounted to approximately 23 km. It would affect 14 trappers, and perhaps as many as 100 hunters.

[284] Before the road was approved, the Mikisew had only been provided with copies of the same materials that were distributed to other interested stakeholders. The Mikisew were invited to public open houses, but there was no attempt made to identify their particular concerns or solicit their input.

[285] The trial judge (2001 FCT 1426) held that the standard of consultation had not been met:

170. 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 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.

171. 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.

[286] The decision was reversed by the Federal Court of Appeal, but the First Nation's appeal to the Supreme Court of Canada succeeded, and the judgment of the trial judge in favour of the First Nation was restored. The Court held that although Treaty 8 expressly contemplated the "taking up" of surrendered lands for various purposes (including logging), the implementation of the Treaty requires there to be a process governing the "taking up", the content of which is dictated by the Crown's duty to act honorably:

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.

[287] The Court expanded on the concept of the honour of the Crown:

51. 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.

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.

[288] The Province of Alberta attempted to argue that the minimal size of the affected area created no meaningful infringement of aboriginal rights. This argument was rejected:

46. The Attorney General of Alberta tries a slightly different argument, at para. 49 of his factum, adding a *de minimus* 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 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.

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).

[289] After reviewing the steps taken by the Crown to engage the First Nation, the Court held that the duty owed was only at the lower end, involving “informational and response components”, but that it had not been fulfilled:

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. [Emphasis added in *Mikisew*.]

[290] The need to engage in meaningful consultation with aboriginal groups is fundamental to questions of land use in territory covered by Treaty 8. If adequate consultation were not to take place, the legitimacy of the “taking up” under the Treaty would stand to be challenged, and a party given license by the Crown to use land would inevitably run the risk of conflict. The Crown must be taken to be aware of this

risk in any given situation, and a party engaging in negotiations with the Crown for license to use Crown land must be entitled to assume that the Crown has taken adequate steps to discharge its obligation. The commercial reality of dealing with land subject to aboriginal claims justifies and necessitates such expectations being recognized as forming implied terms of a contract with the Crown: see the discussion of implied terms in *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619 at paras. 27, 29.

[291] I find that in order to give business efficacy to the TSLs, the following terms must be implied therein:

- a) That the Province had engaged in all necessary consultation with affected First Nations, and had discharged its duty to consult;
- b) That the Province was not aware of any First Nations expressing dissatisfaction with the consultation undertaken by the Province, save as the Province had disclosed to Moulton Contracting.

[292] The Province, in the present case, does not take issue with the concept of its consultation obligations being recognized as implied terms so much as it submits that its obligations to FNFN were fulfilled. The Province points to the numerous steps taken to identify and accommodate FNFN's interests: notice to FNFN of the proposed FDP Amendment; the request to Mr. Behn personally that he advise BCTS of any concerns; the meeting with FNFN of November 22, 2004; the agreement to provide an Archaeological Impact Assessment; and the helicopter flyover. Given the minimal nature of the potential impact of the TSLs – involving the rights of only one trapper, and, proportionately, involving about one-tenth the area of the road corridor in *Mikisew* – the Province says that the required amount of consultation was minimal, and was met.

[293] On the totality of the evidence, I cannot find that the Province consulted with FNFN in a manner sufficient to maintain the honour of the Crown. The FNFN Lands Department operated with substantially limited capacity. To the knowledge of BCTS and MOF, it had no real ability to undertake meaningful evaluation of forestry

proposals. That is not to say, by any means, that the Province was under an obligation to provide funding for improved capacity. But, knowing of the limitations facing the Lands Department, BCTS could have done much more than it did. It could have provided the Lands Department with longer time lines to respond to its inquiries, and could have set deadlines and held meetings outside the peak season for oil and gas approvals. It could have explored with FNFN the availability of other Crown resources. It could have arranged an intensive, on-the-ground review of the cutblocks with Mr. Behn.

[294] BCTS could also have refrained from seeking approval of the FDP Amendment, or proceeding with the TSL sales, until habitat information was available to both parties. The Lands Department advised BCTS in November 2004 that wildlife habitat was a potential concern. The proposed clear cutting of 240 hectares of forest must have been anticipated to have a substantial effect on wildlife within those 240 hectares; the potential for wildlife to be impacted in surrounding areas, beyond the boundaries of the TSLs, must have been recognized as well. BCTS' reaction was to explain that habitat was the responsibility of a different Ministry, one which was not responsive to BCTS' own requests. While BCTS' position was understandable, this did nothing to discharge the consultation obligation, which was owed by the Province as a whole. The failure of the Province to provide any information regarding wildlife habitat was a clear breach of its consultation obligation.

[295] Furthermore, the whole process by which the FDP Amendment was approved was fundamentally flawed. The deficiencies in the information provided by BCTS to the MOF District Manager concerning the nature and status of consultation with FNFN are fully described above. To borrow a phrase from the trial judge in *Mikisew*, the approval process should have embodied "a transparent consideration" of FNFN's concerns. It did not do so.

[296] As in *Mikisew*, the duty owed by the Province was at the lower end of the spectrum. The Province was obliged to provide notice to FNFN of the FDP

Amendment, and it did so. Thereafter, it was obliged to engage directly with them, including the provision of information about the Amendment addressing what the Province knew to be FNFN interests and what the Province anticipated might be the potential adverse impact on those interests. It was obliged, at the very least, to provide FNFN with sufficient time to respond, and then, on the basis of their response, to attempt to minimize impacts on aboriginal rights. If – as was the case – FNFN’s ability to engage was hampered due to capacity issues, the Province owed to the First Nation a duty to broaden the informational component, to facilitate a true dialogue. If the process of consultation could not be completed in a timely manner before the FDP Amendment was approved, the Province owed a duty to delay posting the TSLs for sale.

[297] I find that the Province was in breach of an implied term of the TSLs that it had engaged in all necessary consultation with FNFN and had discharged its duty to consult.

[298] However, I do not find liability on the part of the Province for breach of this implied term, on the facts of this case. This is for two reasons.

[299] First, I cannot find, on the evidence, a sufficient causal connection between the lack of the necessary level of consultation, and Mr. Behn’s decision to proceed with a blockade. Mr. Behn did not testify. It is a fair inference from the circumstances that Mr. Behn set up the blockade in part to protest the lack of consultation, but also as a sign of his opposition to any logging on his family’s territory. His letter to MOF of August 31, 2006 is certainly capable of being read as implying that he was opposed to all industrial activity on the lands. If that was the case, Mr. Behn may very well have been unsatisfied with even the minimally required level of consultation. I am not prepared to find on the balance of probabilities that the losses suffered by Moulton Contracting arising from its inability to harvest were caused by deficiencies in the Province’s consultation of FNFN.

[300] Second, the loss of revenue from the TSLs was as a direct result of the blockade; it was clearly of the type encompassed by the TSL Blockade Exemption.

On my interpretation of that exemption clause, it would not assist the plaintiff to demonstrate that the blockade was caused or contributed to by negligence or fault on the part of the Province. The rules for interpretation of exemption clauses as set out in *Canada Steamship Lines v R.*, [1952] A.C. 192, [1952] 2 D.L.R. 786 (P.C.) were recently summarized by Tysoe J.A. in *Shelton-Johnson v. Delta School District No. 37*, 2012 BCCA 439:

[13] At issue in *Canada Steamship Lines* was an indemnity clause in a lease by which the lessee agreed to indemnify the lessor. The clause did not contain a reference to negligence on the part of the lessor. A fire occurred in the leased premises as a result of the lessor's negligence. The lessor was sued by owners of other property that was destroyed by the fire, and the lessor sought indemnity from the lessee under the indemnity clause.

[14] In allowing the appeal and holding that the indemnity clause did not apply, the Privy Council had regard to the passage in the decision of the English Court of Appeal in *Alderslade v. Hendon Laundry Ltd.*, [1945] K.B. 189 at 192, in which it was explained that if a party to a contract wishes to limit his liability in respect of negligence, he must do so in clear terms. The Privy Council then set out, at 208, three guidelines for the interpretation of indemnity clauses, the first two of which are relevant to this matter:

(1) If the clause contains language which expressly exempts the person in whose favour it is made (hereafter called "the *proferens*") from the consequences of the negligence of his own servants, effect must be given to that provision....

(2) If there is no express reference to negligence, the court must consider whether the words used are wide enough, in their ordinary meaning, to cover negligence on the part of the servants of the *proferens*. If a doubt arises at this point, it must be resolved against the *proferens* ...

[301] I find no ambiguity in the language of the TSL Blockade Exemption. The words used are wide enough, in their ordinary meaning, to cover fault on the part of the Province.

[302] I do, however, find liability on the part of the Province for breach of an implied term of the TSLs that the Province was not aware of any First Nations expressing dissatisfaction with the consultation undertaken by the Province. As I have found, BCTS knew or ought to have known, as of July 31, 2006, that Mr. Behn was threatening to block physical access. At no time over the month that followed did Mr. Behn resile from his threat. BCTS kept the plaintiff in the dark, and did so at a

critical point in time, when the plaintiff would have to be making definite plans – for example, as to whether to attend the Canfor Contractors' Meeting – for the coming season. I find that the Province was obliged, as a matter of contract, to advise Moulton Contracting of Mr. Behn's threat, in a timely manner, and that it failed to do so. This finding may also be made on the basis of concurrent liability in negligence based on an implied continuing representation, which the Province learned to be false. Clearly, a duty of care was owed by the Province to Moulton Contracting, arising out of their contractual relationship, to pass on information of fundamental relevance to its ability to avail itself of its rights under the licenses.

[303] I further find that had Moulton Contracting been advised of Mr. Behn's threat, it would not have pursued logging under the TSLs and would instead have pursued opportunities with its usual sources of contract work, i.e. Canfor and pipeline companies such as Encana. The Province is liable to Moulton Contracting for the loss of these opportunities.

### **3. Failure to Mitigate**

[304] The Province claims that the plaintiff failed to mitigate its losses by pursuing Canfor for work after the blockade had commenced. It is submitted that the plaintiff failed to avail itself of three mitigative steps shown on the evidence to have been available to it.

[305] First, the Province says the Plaintiff did not accept an offer from the Province to extend the term of the TSLs. It is not clear to me how this extension of time would have benefitted the plaintiff; there is no basis, on the evidence, for concluding that Mr. Behn's blockade would not have continued. The Province also concedes that one of the factors in the plaintiff's decision not to accept the offer was that its equipment was being repossessed; hence, the plaintiff would not have had the means to exercise its rights under the TSLs, even if extended.

[306] Second, the Province says the plaintiff did not attempt to access the Cutting Authority Area with the use of helicopters, even though all of its equipment was on-site and only personnel would have had to be transported. I have no evidence as to

whether helicopter transport would have been available, and no evidence as to whether the TSLs could still have been logged economically with the use of helicopters. Using this expedient would still have left the plaintiff with the problem of how to move the harvested timber through the blockade. More to the point, pursuing this course would have risked escalating the confrontation with the Behn family. I cannot fault the plaintiff for not having pursued this course of action.

[307] Finally, the Province says that the Plaintiff made no attempt to secure alternative work through Canfor, even though such work might have been available had the Plaintiff contacted the proper department responsible for assigning such work. The Province relies upon evidence given by Mr. Bill McKenzie, a former forestry supervisor with Canfor. Mr. McKenzie, it will be recalled, was one of two persons identified by Mr. Moulton as the person he contacted at Canfor after the blockade had gone up, and who told him that their volumes had already been given out, and their planning on sources of timber had already been done.

[308] In his examination-in-chief, Mr. McKenzie testified that he recalled having had a conversation with Mr. Moulton after the blockade had gone up, but that it was beyond his job position to allot timber on behalf of the company. When asked whether wood to harvest would have been made available if a contractor had come to Canfor in October and asked for it, Mr. McKenzie replied, "Quite likely not. It was all allocated in August."

[309] In cross-examination, Mr. McKenzie testified that Canfor's planning was done on a five-year basis, and that in any given year there were always a few blocks available in contingency that had not dedicated for harvesting in that year, e.g. in case of a planned block not producing the expected volume, the demands of a mill for a particular species changing, etc. He said that he explained to Mr. Moulton that it was not his job to allocate other wood that Canfor might have available. That, he testified, was the responsibility of someone higher up in management.

[310] In my view, all that this cross-examination of Mr. McKenzie achieved was that it suggested an avenue that could be explored with witnesses who would have had

direct knowledge of alternative timber supplies and Canfor's policies with respect to same. I accept Mr. Moulton's evidence that he was told, in essence, that it was too late. If Mr. McKenzie's recollection of his discussion with Mr. Moulton is correct, it is extremely unlikely, I find, that Mr. Moulton would simply have given up and would not have pursued the issue with someone else at Canfor. It is not clear from the evidence whether Mr. Shannon Wylie, the other person whom Mr. Moulton believes he may have spoken to, was in a superior position to Mr. McKenzie; if so, perhaps it was the case that Mr. Moulton spoke first with Mr. McKenzie, and then with Mr. Wylie. In any event, Mr. McKenzie's evidence does not establish a probability, or even a real possibility, that a failure on the part of Mr. Moulton to make further inquiries led to loss of an opportunity to mitigate.

[311] The burden of proving a failure to mitigate rests with the defence. That burden has not been discharged.

## **VII. DAMAGES**

[312] The expert opinion evidence tendered at trial on the issue of damages was directed towards quantifying the loss resulting from the denial of access to the TSL blocks. There was no evidence tendered to show directly what losses arose from lost alternative opportunities.

[313] I find that the plaintiff's loss can best be assessed with reference to its historical pattern of earnings and operating expenses, and that the appropriate measure of damages is therefore a projection, recognizing contingencies, of the expected gross profit.

[314] The plaintiff's financial statements for the three years preceding the subject loss reveal the following information:

|                    | <u>2004</u>        | <u>2005</u>       | <u>2006</u>        |
|--------------------|--------------------|-------------------|--------------------|
| Revenue            | \$4,357,796        | \$1,646,286       | \$3,583,813        |
| Operating Expenses | <u>\$2,271,742</u> | <u>\$ 868,366</u> | <u>\$2,111,998</u> |
| Gross Profit       | \$2,086,054        | \$ 777,920        | \$1,471,815        |

[315] Each year, the revenue was derived from a variety of work: logging; oil and gas, trucking, and construction. In 2005, only \$142,669 was earned from logging. In 2006, logging produced revenue of \$2,154,168. The breakdown for 2004 is not available, but given that the total revenue for that year is much closer to the 2006 total than the 2005 total, the mix is likely to have been more similar to 2006. For the purpose of assessing the likely revenues in 2007 from other alternative sources, I find that the 2005 revenue is likely an anomaly and not representative.

[316] The operating expenses given in the above table are from the report of the plaintiff's accounting expert Mr. Tidball. They do not include charges for equipment rental. Historically, this item had been a significant variable expense for Moulton Contracting: \$763,314 in 2004, \$253,830 in 2005, and \$175,592 in 2006.

Mr. Tidball's explanation for excluding equipment rental from operating costs, in his calculation of the losses relating to the TSLs, is explained in his report as follows:

The Plaintiff owned all of the equipment necessary to log TSL A66572 and TSL A66573. The key equipment required to log TSL A66572 and TSL A66573 included two bunchers, two skidders, a loader, processor and dozer and six haul trucks, plus several crew cabs. Two of the six, the trucks and a buncher, skidder and loader were almost new as at the commencement of the logging of [the TSLs]. The new equipment was under warranty during the expected period of logging [the TSLs]. Significant repairs were made to the other equipment of the Plaintiff in fiscal 2006.

...

... We computed gross profit ... excluding equipment rent and equipment repairs since the Plaintiff owned all of the equipment required to log TSL A66572 and A66573 and made significant expenditures on equipment repairs in fiscal 2006 on equipment that was not new and under warranty.

[317] Mr. Tidball's stated assumptions as to the condition of the equipment in question were established through the testimony of Mr. Moulton, which I accept. I

find his decision to have excluded equipment rental from operating expenses to have been generally sound, for his purposes.

[318] I do not have evidence that the plaintiff owned all of the equipment necessary to undertake the variety of logging, oil and gas, and other work that it likely would have undertaken, had it not pursued work under the TSLs. Nevertheless, the amount expended on rentals in 2006 was relatively modest, and I find it was likely to have remained so in 2007. I assess the plaintiff's loss on the basis that it would have incurred equipment rental costs no higher than those incurred in 2006.

[319] I would also find that the relatively good condition of the plaintiff's equipment would possibly have had the incidental effect of limiting downtime and therefore improving efficiency. The likelihood of this is impossible to predict with any accuracy, as is its potential contribution to the "bottom line", but it is a factor to be taken into account.

[320] I assess the plaintiff's losses arising from the Province's failure to warn of Mr. Behn's intent to blockade the Canfor Road and interfere with the TSLs, at \$1.75 million.

## **VIII. CONCLUSION**

[321] The plaintiff is awarded damages as against the defendant Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia, of \$1,750,000. The plaintiff is, in addition, entitled to court order interest on that amount from June 30, 2007.

[322] The claims against all other defendants are dismissed.

[323] The parties are at liberty to make submissions on costs. If all parties agree, submissions may be made in writing, by way of electronic copies being submitted as email attachments in .doc or .docx format, sent to my attention c/o Vancouver Supreme Court Scheduling. If the parties agree on this course, I would ask to be advised accordingly, with a schedule being provided to me as to the dates for submission of arguments by the plaintiff and the defendants, and the plaintiff's reply

argument if any. If the parties do not agree that costs submissions are to be made in writing, a mutually convenient date for argument should be scheduled.

“A. Saunders J.”

TAB 15

# COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: ***Musqueam Indian Band v. British Columbia  
(Minister of Sustainable Resource Management),***  
2005 BCCA 128

Date: 20050307  
Docket: CA031826

Between:

**Musqueam Indian Band**

Appellant  
(Petitioner)

And

**The Minister of Sustainable Resource Management,  
Land and Water British Columbia Inc., University of British Columbia,  
and The Attorney General of the Province of British Columbia**

Respondents  
(Respondents)

Before: The Honourable Madam Justice Southin  
The Honourable Mr. Justice Hall  
The Honourable Mr. Justice Lowry

M. A. Morellato and J. M. Spencer

Counsel for the Appellant

L. J. Mrozinski and P. E. Yearwood

Counsel for the Respondents  
other than the University

J. P. Taylor, Q.C. and R. W. Sieg

Counsel for the Respondent,  
University of British Columbia

A. C. Pape, R. B. Salter and B. R. Zoe

Counsel for the Intervenor,  
First Nations Summit

Place and Date of Hearing:

Vancouver, British Columbia  
21st, 22nd and 23rd September, 2004

Place and Date of Judgment:

Vancouver, British Columbia  
7th March, 2005

**Written Reasons concurring in allowing the appeal by:**

The Honourable Madam Justice Southin

**Written Reasons by:**

The Honourable Mr. Justice Hall (P. 43, para. 75)

**Concurring Reasons by:**

The Honourable Mr. Justice Lowry (P. 60, para. 103)

**Reasons for Judgment of the Honourable Madam Justice Southin:**

[1] The issue in this appeal is whether Her Majesty the Queen in right of British Columbia, represented here by the respondents other than the respondent, University of British Columbia, by agreeing to convey certain lands adjacent to but not within the City of Vancouver, known as the University Golf Course, to the University, has breached the duty to consult and accommodate the appellant, and, if so, what remedy should be given for that breach.

[2] At the conclusion of the hearing in this Court, the Court said it would not deliver judgment until the Supreme Court of Canada delivered judgment in the cases known as ***Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*** and ***Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)***, in both of which the scope of the duty to consult and accommodate was the central issue.

[3] Judgment in those cases having been delivered (2004 SCC 73 and 2004 SCC 74), counsel have made further submissions which we have considered.

[4] Before addressing the substance of this appeal, I propose to digress into history because this year is the centenary of the birth of the Honourable Louis-Philippe Pigeon who, from 21st September, 1967, to 8th February, 1980, was a judge of the Supreme Court of Canada.

[5] Had his judgment in the celebrated case of ***Calder v. British Columbia (Attorney-General)***, [1973] S.C.R. 313 at 422, not turned on a point which

apparently neither side in the Supreme Court of Canada sought to be decided, it is probable that this action and others like it would have no possibility of success.

[6] It will be remembered that seven judges sat on ***Calder***, in which the issue was a claim of aboriginal title by the Nisga'a Tribal Council and four Indian bands to a substantial part of north-western British Columbia. Three judges, Martland, Judson and Ritchie JJ., held that aboriginal title was extinguished in British Columbia, and three judges, Hall, Spence and Laskin JJ., that it was not. Had Pigeon J. adhered to the judgment of the former, then, if after the proclamation of the ***Constitution Act, 1982***, the Supreme Court of Canada had reversed that decision and held that aboriginal title was not extinguished, the country would have been shaken to its very foundations. If, however, Pigeon J. had adhered to the judgment of the latter, British Columbia - which from the earliest post-confederation days had asserted that aboriginal title was extinguished (see my judgment in ***Skeetchestn Indian Band v. British Columbia (Registrar of Land Titles)*** (2000), 80 B.C.L.R. (3d) 233 at 257-259, 2000 BCCA 525) - would have pressed the federal government to join with it in extinguishing such title and, if British Columbia had failed, the Legislature, in light of the adamant position of the then Ministry, which had a majority, that there were no unextinguished aboriginal rights, would not have consented to the repatriation of the Constitution if the Act contained what is now section 35.

[7] Thus did the decision of one judge – and a judge bred not in the common law but in the civil law – to follow his own star become pivotal in the history of this Province.

[8] I come now to the case at bar. As I propose to address hereafter not only the alleged breach but also the procedure for raising such a breach, I must set out at some length the proceedings below.

[9] The appeal is from the judgment of the Honourable Mr. Justice Warren pronounced the 16th April, 2004, dismissing the petition of the appellant for Judicial Review of a decision of the Minister of Sustainable Resource Management authorizing sale of the lands and for an injunction restraining sale pending the determination of the appellant's claim of aboriginal title to the lands in issue. [I have begun the words "Judicial Review" with upper case letters for the reason I alluded to in my judgment in ***Cimolai v. Children's and Women's Health Centre of British Columbia*** (2003), 228 D.L.R. (4th) 420, 14 B.C.L.R. (4th) 199, 2003 BCCA 338 ¶ 72.]

[10] In its further amended petition, the appellant sought, in part:

1. an order quashing the decision of the Respondents, Land and Water British Columbia Inc. ("LWBC"), and the Minister of Sustainable Resource Management (the "Minister"), to proceed with the sale of land described as Blocks A and B, District Lot 3900, Group 1, NWD, Plan 20266, Parcel Identifiers 006-707-289 and 006-707-483, otherwise known as the site of the University of British Columbia Golf Course (the "Golf Course Land");

2. an order quashing the Order of the Lieutenant Governor in Council, Order-in-Council No. 0131/03 dated February 14, 2003, ordering that:
    - (a) the Minister may survey, resurvey and subdivide any or all of the Golf Course Land into lots, blocks, streets, lanes, boulevards, recreational courts, parks and other areas;
    - (b) the Minister may advertise and otherwise provide for the disposition by sale or lease, and sell or lease, any or all of the Golf Course Land in the manner, at the prices and on the terms and conditions that the Minister considers proper; and
    - (c) the Minister may dispose of the Golf Course Land by Crown grant to The University of British Columbia.(the "Order-in-Council").
  3. an order prohibiting LWBC and the Minister, and representatives of each, from authorizing the disposition of the Golf Course Land until such time as the Musqueam Indian Band ("Musqueam") has been consulted in good faith concerning Musqueam's aboriginal rights and title in respect of the Golf Course Land and workable accommodations of Musqueam's aboriginal and treaty interests in the Golf Course Land have been made;
  4. a declaration that LWBC and the Minister have fiduciary and constitutional duties to consult with Musqueam in good faith concerning any disposition of the Golf Course Land, prior to any disposition of the Golf Course Land, and to make workable accommodations of the aboriginal and treaty interests of Musqueam in respect of the Golf Course Land prior to any such disposition;
  5. a declaration that LWBC and the Minister have not satisfied their fiduciary and constitutional duties to consult with Musqueam in good faith concerning the disposition of the Golf Course Land or made workable accommodations of Musqueam's aboriginal and treaty interests in the Golf Course Land;
- \* \* \*
7. an injunction restraining LWBC and the Minister, by their servants, agents or otherwise, from selling, conveying, transferring or otherwise disposing of the Golf Course Land until such

time as an interim measures agreement or a land protection agreement has been finalized among Musqueam, British Columbia and Canada for purposes of protecting against the further alienation of Crown-held land in the Musqueam claim area;

8. a declaration that the Musqueam are entitled to the negotiation of an interim measures agreement or a land protection agreement with British Columbia and Canada for purposes of protecting against the further alienation of Crown-held land in the Musqueam claim area;

\* \* \*

12. an interlocutory order enjoining and restraining the LWBC and the Minister, by their servants, agents or otherwise, from selling, conveying, transferring or otherwise disposing of the Golf Course Land pending the hearing and determination of this Petition;

[11] The Order-in-Council impugned in these proceedings is in these terms:

*Order in Council No. 0131, Approved and Ordered*      FEB 14 2003  
"Administrator"

Executive Council Chambers, Victoria

On the recommendation of the undersigned, the Administrator, by and with the advice and consent of the Executive Council, orders that:

- (a) the Minister of Sustainable Resource Management may survey, resurvey and subdivide into lots, blocks, streets, lanes, boulevards, recreational courts, parks and other areas any or all of the lands that are held by the government within:  
Block A District Lot 3900 Plan 20266, and  
Block B District Lot 3900 Plan 20266  
(collectively the "Land");
- (b) the Minister of Sustainable Resource Management may advertise and otherwise provide for the disposition by sale or lease, and sell or lease, any or all the Land in the manner, at the prices and on the terms and conditions the minister considers proper; and

- (c) the Minister of Sustainable Resource Management may dispose of the Land by Crown grant to The University of British Columbia.

"Minister of Sustainable  
Resource Management"

"Presiding Member of the  
Executive Council"

---

*(This part is for administrative purposes only and is not part of the  
Order.)*

Authority under which Order is made:

Act and section: University Endowment Land Act, section 2(1)(a) and  
(d); Land Act, section 51 and 106(3)

Other (specify):

[12] These are the statutory provisions noted as "Authority under which Order is made":

**University Endowment Land Act**, R.S.B.C. 1996, c. 469 -

- 2 (1) Subject to the regulations [and with the approval of the Lieutenant Governor in Council], the minister may do one or more of the following:
- (a) survey, resurvey and subdivide into lots, blocks, streets, lanes, boulevards, recreational courts, parks and other areas all lands that are held by the government within the University Endowment Land;
- \* \* \*
- (d) advertise and otherwise provide for the disposition by sale or lease, and sell or lease, any of the land so subdivided into lots or blocks and any of the land subdivided under the *British Columbia University Loan Act, 1920*, S.B.C. 1920, c. 49, in the manner, at the prices and on the terms and conditions the minister considers proper;

*[The phrase in brackets was removed by SBC 2003-66-57.]*

***Land Act***, R.S.B.C. 1996, c. 245 –

- 51 (1) Despite any other provision of this Act, Crown land may, with the approval of the Lieutenant Governor in Council and subject to the terms, reservations and restrictions that the Lieutenant Governor in Council considers advisable, be disposed of by Crown grant under this Act, free or otherwise, to a government corporation, municipality, regional district, hospital board, university, college, school board, francophone education authority as defined in the *School Act* or other government related body or to the Greater Vancouver Transportation Authority established under the *Greater Vancouver Transportation Authority Act* or any of its subsidiaries.

- (2) A disposition under subsection (1) may be limited to a specific public purpose.

\* \* \*

- [106] (3) A power under any Act, other than the *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, to dispose of the fee simple in Crown land as defined in this Act, must be exercised in compliance with this Act.

[13] As required by the Rules, the petitioner asserted that it relied on:

1. *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241;
2. Sections 24(1) and 35 of the *Constitution Act, 1982*;
3. Rules 10, 44, 45 and 46 of the Rules of Court;
4. Rule 57 of the Rules of Court.

[14] I shall not quote the whole of the enactments there referred to but only sufficient to elucidate the points in issue:

**1. *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241 -**

**1** In this Act:

\* \* \*

**"statutory power"** means a power or right conferred by an enactment

- (a) to make a regulation, rule, bylaw or order,

- (b) to exercise a statutory power of decision,
- (c) to require a person to do or to refrain from doing an act or thing that, but for that requirement, the person would not be required by law to do or to refrain from doing,
- (d) to do an act or thing that would, but for that power or right, be a breach of a legal right of any person, or
- (e) to make an investigation or inquiry into a person's legal right, power, privilege, immunity, duty or liability;

\* \* \*

- 2** (1) An application for judicial review is an originating application and must be brought by petition.
- (2) On an application for judicial review, the court may grant any relief that the applicant would be entitled to in any one or more of the proceedings for:
- (a) relief in the nature of mandamus, prohibition or certiorari;
  - (b) a declaration or injunction, or both, in relation to the exercise, refusal to exercise, or proposed or purported exercise, of a statutory power.

\* \* \*

- 10** On an application for judicial review, the court may make an interim order it considers appropriate until the final determination of the application.

**2. Constitution Act, 1982 -**

**PART I, CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS:**

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

**PART II, RIGHTS OF THE ABORIGINAL PEOPLES OF CANADA:**

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(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.

(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.

**3. *Rules of Court, Rules 10, 44, 45 and 46 (in part) -***

**RULE 10 – ORIGINATING APPLICATION**

- (1) An application, other than an interlocutory application or an application in the nature of an appeal, may be made by originating application where
- (a) an application is authorized to be made to the court,
  - (b) the sole or principal question at issue is alleged to be one of construction of an enactment, will, deed, oral or written contract, or other document,

\* \* \*

**RULE 44 – INTERLOCUTORY APPLICATION**

- (1) If an application in a proceeding is authorized to be made to the court, it must be made by interlocutory application.

\* \* \*

**RULE 45 – INJUNCTIONS**

- (1) An application for an interlocutory injunction may be made by a party whether or not a claim for an injunction is included in the relief claimed.

\* \* \*

**RULE 46 – DETENTION, PRESERVATION AND RECOVERY OF PROPERTY**

- (1) The court may make an order for the detention, custody or preservation of any property that is the subject matter of a proceeding or as to which a question may arise and, for the purpose of enabling an order under this rule to be carried out, the court may authorize a person to enter upon any land or building.

**4. Rules of Court, Rule 57 -**

As this rule relates only to costs, there is no need to quote it.

[15] As required by the Rules, the petitioner set forth the facts upon which its petition was based, thus:

1. The Petitioner Musqueam Indian Band ("Musqueam") is an Indian Band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5 and its members are Indians within the meaning of the *Indian Act* and Section 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, and are aboriginal peoples within the meaning of the *Constitution Act, 1982*.

\* \* \*

3. The Respondent Land and Water British Columbia Inc. ("LWBC"), formerly called British Columbia Assets and Land Corporation, is a corporation incorporated under the laws of the province of British Columbia and having its registered office at 900 Waterfront Centre, 200 Burrard Street, Vancouver, British Columbia. LWCB exercises delegated authority pursuant to the *Land Act*, RSBC 1996, c. 245 and the *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, RSBC 1996, c. 307. LWBC provides lands and assets marketing and land management services for the provincial government.
4. The Respondent Minister of Sustainable Resource Management is the Minister responsible for LWBC.

\* \* \*

7. LWBC proposes to sell the Golf Course Land to the University of British Columbia....
8. The Golf Course Land is located within the traditional territory of the Musqueam.
9. The Golf Course Land is currently unalienated Crown land registered to Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia c/o Ministry of Lands, Parks and Housing.
10. The present members of Musqueam are descendants of people who lived along English Bay, Burrard Inlet, Point Grey, and the

lower reaches of the Fraser River, including the area known as the University Endowment Lands, where the Golf Course Land is located. Much of what is now known as Vancouver and Richmond is in Musqueam traditional territory.

11. Musqueam's reserve land base is small. Musqueam's reserve allotment on a per capita basis is the smallest of all British Columbia bands.
12. Musqueam's reserves are not adequate for Musqueam's present or future needs in providing housing to its members, nor do these reserve lands provide a sustainable land base for the Musqueam people. The Musqueam are suffering from a serious land shortage.
13. A larger land base, beyond Musqueam's present reserves, is essential for the survival of the Musqueam people as a people. Without more land, Musqueam cannot provide proper housing to its members, prosper or be self-supporting or self-determining as a people. Today the community is poor and many Musqueam people are unemployed. Obtaining a greater land base is the Musqueam's greatest priority at the treaty table for these reasons.
14. The Golf Course Land is one of the very few remaining parcels of Crown held land in the Musqueam traditional territory that could be available for treaty settlement purposes. Since Musqueam first filed its comprehensive land claim in 1977, other significant parcels of Crown held land within Musqueam territory have been disposed of without any consultation with Musqueam or any accommodation of Musqueam's aboriginal title interests. The precious few available Crown held lands remaining within Musqueam territory continue to be sold.
15. The federal and provincial governments have taken the position that they will not offer First Nations any monetary compensation for land previously alienated to third parties. The Crown has specifically advised Musqueam during treaty negotiations that it will not provide compensation to Musqueam for its lost reserve lands or for other infringements of their land based rights.
16. The policy of the federal and provincial governments in negotiating treaties with First Nations is that third party interests in land will not be involuntarily affected. Accordingly, only unalienated Crown lands can be potentially restored through treaty settlements.

\* \* \*

21. For many years, Musqueam has asserted and articulated the nature and scope of their claim to their traditional territory, including the Golf Course Land, to the provincial government through correspondence, court proceedings against the provincial government and treaty discussions.
22. As part of its treaty discussions, Musqueam has repeatedly asked both the federal and provincial governments to preserve Crown-held lands for treaty settlement purposes. However, both governments have a policy of not holding land for treaty settlement until the affected First Nation has signed a Framework Agreement. The federal government will only sign a Framework Agreement on the basis of its policy that it will not include compensation as a negotiable item. In other words, the federal Crown will not negotiate compensation for loss of land or infringement of any other aboriginal right. This has also been the policy of the provincial Crown.
23. In combination, the result of these two policies is that neither the federal nor the provincial governments have implemented any interim measures to preserve Crown-held lands in Musqueam traditional territory. In the meantime, the amount of land which the federal and provincial governments can bring to a treaty settlement has been seriously diminished as various parcels of Crown-held land are alienated to third parties.

\* \* \*

25. LWBC and the Minister have fiduciary and constitutional obligations to consult with Musqueam prior to taking any action that may infringe Musqueam's aboriginal rights or title interests, and to accommodate Musqueam's aboriginal rights and title interests.
26. None of the Respondents, or any other representative of the provincial government, has consulted with Musqueam in good faith concerning a possible accommodation of Musqueam's aboriginal interests in the Golf Course Land. No tangible efforts have been made by the Crown to protect these lands for treaty settlement purposes or to reach any other workable solution with Musqueam. The failure to consult is also a breach of natural justice.

27. On or about January 23, 2003, Musqueam was advised by LWBC that it had decided there was no information that would indicate aboriginal rights or title on the Golf Course Land, and further that LWBC had decided to proceed with the sale of the Golf Course Land to UBC. Musqueam was advised on March 20, 2003 by LWBC that this sale would take place on April 1, 2003.
28. Musqueam says that the decision of LWBC that there is no information that would indicate aboriginal rights or title on the Golf Course Land is unreasonable or patently unreasonable and an error on the face of the record.
29. Musqueam can see no prejudice from any attempts by the Crown to accommodate Musqueam's interests, yet, such accommodation has not yet occurred.
30. Once the government divests itself of lands, those lands are no longer available for treaty settlement. In addition, the government refuses to compensate Musqueam for the loss of any land. If the Crown disposes of the Golf Course Land, Musqueam will be unable to obtain either the land or any monetary compensation therefore [*sic*] at the treaty table. Musqueam is facing the very real prospect of a land-less treaty.
31. On or about October 9, 2003, Musqueam learned for the first time that the Order-in-Council had been issued purporting to approve the disposition of the Golf Course Land to the University of British Columbia. The Order-in-Council was issued on or about February 14, 2003.
32. At the time that the Order-in-Council was issued, no representative of the provincial government had consulted with Musqueam in good faith concerning a possible accommodation of Musqueam's aboriginal interests in the Golf Course Land.
33. While the disposition of the Golf Course Land is imminent, Musqueam know of no reason why the sale must necessarily proceed on April 1, 2003.

**How Should Such a Claim be Raised?**

[16] The ***Judicial Review Procedure Act***, invoked below, is inapt to the claims asserted here because the appellant does not assert that the transaction in issue is not authorized by statute. To put it another way, no administrative grounds are asserted. I addressed this point of the scope of the ***Judicial Review Procedure Act*** in my judgment in ***Taku River Tlingit First Nation v. Tulsequah Chief Mine Project*** (2002), 98 B.C.L.R. (3d) 16, 2002 BCCA 59, rev'd. 2004 SCC 74, at pages 28-30 (B.C.L.R.), and I shall not repeat what I there said.

[17] These cases arising from aboriginal land claims address themselves, in substance, not to whether powers conferred by an enactment are lawfully exercised, but to an overarching constitutional imperative.

[18] During argument in ***Skeetchestn Indian Band v. British Columbia (Registrar of Land Titles)***, *supra*, Mackenzie J.A. felicitously described a claim of an aboriginal right as "upstream" of the certificate of infeasible title.

[19] I consider these claims of failure to consult and accommodate also to be upstream not only of the certificate of infeasible title but also of the statutes under which the ministerial power has been exercised.

[20] The correct way, in my opinion, for an aboriginal band to invoke the rights conferred upon it by the judgment of the Supreme Court of Canada in ***Delgamuukw v. British Columbia***, [1997] 3 S.C.R. 1010, as elucidated by the judgment of the Supreme Court of Canada in ***Haida Nation v. British Columbia (Minister of***

**Forests)** (2004), 245 D.L.R. (4th) 33, 2004 SCC 73, is by action against the Attorney General in which the plaintiffs plead along these lines:

1. The plaintiffs assert an aboriginal title to [*here give the legal descriptions*] and have done so heretofore.

Particulars of Prior Assertion

[*Here insert particulars.*]

2. Pursuant to an Act of the Legislature of British Columbia [*giving particulars*], the Minister of *this or that* has done or proposes to do *this or that*, e.g. to grant to X lands within the purview of the claim.

3. The plaintiffs are engaging with the Province of British Columbia and the Government of Canada in treaty negotiations pursuant to:

\_\_\_\_\_.

4. The Minister of X has failed in his duty on behalf of the Crown to consult with the plaintiffs concerning such proposed grant and has failed to accommodate the particulars of the concerns expressed by the plaintiffs. [*Here insert those concerns.*]

WHEREFORE THE PLAINTIFFS CLAIM:

1. An injunction restraining the defendants and any other Ministry of the Crown from granting to X [*here insert whatever it is which is in issue*] unless and until the concerns of the plaintiffs are duly accommodated or a treaty has been

made between Her Majesty the Queen in right of British Columbia and the plaintiffs.

[21] I do not overlook what was said in ***Haida*** about the inutility in land claims cases of injunctions. But, as I understand the reasons of the Chief Justice of Canada, she is addressing interlocutory injunctions in a proceeding to establish aboriginal title, whereas I am addressing injunctions both interlocutory and permanent in aid of a right to be consulted and accommodated, a related but different right unknown either to law or to equity before the judgment in ***Delgamuukw***.

[22] It is convenient at this point to note that section 24(1) of the ***Constitution Act, 1982***, has nothing to do with claims under section 35 of the ***Constitution Act, 1982***. Section 24 is part of Part I and, on its face, applies only to infringements of rights under the ***Charter***. Section 35 is not part of the ***Charter***.

[23] Although I consider a petition is not apt to this claim, I think it right to proceed as if this were an action commenced by writ for two reasons:

1. The judgment of the Supreme Court of Canada in ***Haida*** has overtaken or elucidated much of what has gone before.
2. While I consider it generally erroneous for the court to treat proceedings which appear to be ill conceived as if the proper proceedings had been brought, to send this case back to the court below, by requiring an action to be brought, will only lead to a further appeal to this Court and further

unacceptable delay in the resolution of issues which have been pending for decades, as well as adding to the already substantial, if not mountainous, expense to which the parties have been put.

**Has There Been a Breach of the Duty to Consult and Accommodate?**

[24] The learned judge's reasons are now reported at (2004), 27 B.C.L.R. (4th) 254, [2004] 3 C.N.L.R. 224, 2004 BCSC 506. In those reasons the learned judge recounted the dealings between the respondents, other than the University, and the appellant in connection with these lands and I shall not repeat what he said. As will appear, I do not find it necessary to answer the question of whether there was adequate consultation. Whether there was or was not, there has been, in my opinion, a failure to accommodate.

[25] The relief sought in this Court is somewhat different from the relief sought below.

[26] The relief sought here is this:

1. an order that the appeal be allowed and the order of the Honourable Mr. Justice Warren be set aside [*Amended Notice of Appeal ("ANA")*, para. (a)];
2. an order quashing the decision of Land and Water British Columbia Inc., and the Minister of Sustainable Resource Management, (the "Crown Respondents") to proceed with the sale of the Golf Course Land (legally described as Blocks A and B, District Lot 3900, Group 1, NWD, Plan 20266, Parcel Identifiers 006-707-289 and 006-707-483) [*Further Amended Petition ("FAP")*, para. 1; ANA, para. (b)(i)];

3. an order quashing the Order of the Lieutenant Governor in Council, No. 0131/03 dated February 14, 2003 [*FAP*, para. 2; *ANA*, para. (b)(ii)];
4. an order that the agreement between the Crown Respondents and the University of British Columbia ("UBC") for the purchase and sale of the Golf Course Land be declared void [*FAP*, para. 8.1; *ANA*, para. (b)(iii)];
5. a declaration that the conveyance of the Golf Course Land by the Crown Respondents to UBC is *ultra vires* and void; such further additional orders or declarations as are required to give effect to the re-conveyance of the Golf Course Land to Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia [*ANA*, paras. (c) and (e)];
6. an injunction restraining the Crown Respondents from selling, conveying, transferring or otherwise disposing of the Golf Course Land; in the alternative, an injunction restraining the Crown Respondents from selling, conveying, transferring or otherwise disposing of the Golf Course Land pending the development of an interim land protection measure [*FAP*, paras. 7, 12; *ANA*, para. (b)(viii)];
7. in the alternative, an order compelling the Respondents to consult with Musqueam in good faith concerning the use and disposition of the Golf Course Land and to make meaningful accommodations of Musqueam's aboriginal and treaty interests [*FAP*, para. 6; *ANA*, para. (vii)];
8. any other orders, including declaratory relief, that this Honourable Court considers just [*FAP*, para. 14; *ANA*, para. (f)]; and
9. costs in this Court and in the Court below [*FAP*, para. 13; *ANA*, para. (g)].

[27] The facts which the appellant alleges in the petition are essentially true, but it may be useful to expand upon them somewhat to put this dispute into context.

[28] The lands in issue fall within a part of Point Grey which has been known for a very long time as the University Endowment Lands.

[29] The name, I have always understood, owes its origin to Chapter 45 of the Statutes of 1907:

1. This Act may be cited as the "University Endowment Act, 1907."

2. It shall be lawful for the Lieutenant-Governor in Council to set apart by way of endowment to the University of British Columbia lands in the Province of British Columbia, not exceeding two million acres, in aid of higher education in this Province.

3. The said reservation of land shall not include any lands held by grant, lease, agreement for sale, pre-emption or other alienation by the Crown, nor shall it include Indian reserves or settlements nor military or naval reserves, nor lakes or lands in which any person other than the Crown shall have a vested interest.

\* \* \*

6. All revenue derived from the sale or other disposition of said lands, not including, however, any taxes or royalties, shall be devoted to the maintenance by said University of the following Faculties:-

- (a.) A Faculty of Arts and Science, which shall embrace all branches of a liberal education necessary for the degrees of Bachelor of Arts and Master of Arts, and such other degrees as may be determined by the said University:
- (b.) A Faculty of Medicine, which shall embrace all branches of medical and surgical training necessary for the degrees of Bachelor of Medicine, Doctor of Medicine, Master of Surgery, and such other degrees as may be determined by the said University:
- (c.) A Faculty of Law, which shall embrace all branches of the knowledge and practice of law necessary for the degree of Bachelor of Laws, and such other degrees as may be determined by the said University:
- (d.) A Faculty of Applied Science, including manual training and engineering, leading to the degree of Bachelor of Applied Science, and such other degrees or diplomas as may be determined by the said University.

[30] No useful purpose would be served by my recounting the chequered history of the Endowment Lands. Suffice it to say that, despite the name, the lands in issue and the revenue from them were not devoted to the maintenance of the University which did not grant its first degrees until shortly after the First World War. Indeed, it was not until after the Second World War that the University embarked on granting degrees in medicine and law. Since that time, the University has become an extremely large institution with a substantial need for financing. Nonetheless, it was, in its inception, and remains, a public institution governed by the ***University Act***, R.S.B.C. 1996, c. 468. As such, there is no reason at all for the Legislature to hold its hand if the University does not do what it decently ought to do.

[31] In 2002, Land and Water British Columbia Inc. obtained from Deloitte & Touche an appraisal of the Golf Course Land.

[32] Their report describes the lands in question:

***Neighbourhood Description***

The subject is located in the University Endowment Lands, which lie west of the City of Vancouver and are generally bound by Camosun and Blanca Streets and Drummond Drive to the east and Marine Drive to the south, west and north. More specifically, the subject property is situated on the west side of Blanca Street and is bisected by University Boulevard. Marine Drive is the major traffic corridor, which surrounds the University Endowment Lands to the south, west and north. Other major traffic arterials leading into the University Endowment Lands (UEL) from Vancouver include West 10th Avenue, which becomes University Boulevard west of Blanca Street, and West 4th, West 16th and West 41st Avenues. The University of British Columbia is located approximately one-half kilometre west of the subject property.

The University Endowment Lands are located within an unincorporated area, and, as such, do not have municipal status. The UEL are located

within Electoral Area A of the GVRD and have a form of government, servicing and taxation that is quite different from municipal systems. For example, UEL residents presently lack control over services and taxes that are administered on a Provincial level. Also, the GVRD locally administers development services through the UEL administration office, for such things as the administration of community sewers, water lines, building permits, street lights, garbage collection, etc.

As at October 2002, the UEL comprises a population of approximately 6,833 residents located within approximately 440 detached dwellings and approximately 600 rental apartment units. A significant recent development is the University Marketplace, a joint venture between Cressey Developments and Trilogy Properties. It comprises a mixed use commercial/residential apartment rental building with a total of 108 residential rental units.

The University of British Columbia is not part of the University Endowment Lands however the developments within the University campus are relevant for this report because of the proximity of the campus to the subject property. One of the most significant residential developments is Hampton Place which is a multiple family neighbourhood incorporating townhouses and low-rise and high-rise apartment buildings. Hampton Place comprises eleven sites which were developed in phases between 1990 and 1998. Three of the sites are student rental housing. The remaining eight parcels have a 99-year prepaid leasehold interest in place and were developed with market oriented housing. There are 947 units in total in Hampton Place which house a total of over 2,000 people. In addition, as of September 20, 2002 the tender for the development of three lots on the University of British Columbia campus closed. The development plans for the lots include a 100-unit residential high-rise, a 32-unit townhouse development and a 55-unit apartment/ townhouse development. All of these developments will be a mix[ed] use of rental housing for faculty and staff and market oriented housing.

Directly south and north of the subject property are portions of the Pacific Spirit Park which is predominantly in its natural state consisting of a second growth forest. Also, north of the subject is a small enclave of detached dwellings known as 'Little Australia' that was developed in the 1950's. In proximity to the west of the subject property are a number of institutional developments, the largest being the University Hill Secondary School. East of the subject property, and within the City of Vancouver, is a mix of single-family dwellings with some mid-rise and low-rise apartment buildings plus ancillary retail commercial development along West 10th Avenue.

In summary, the subject is located in the University Endowment Lands and just west of the City of Vancouver. The area is generally characterized by the presence of the University of British Columbia campus to the west of the subject with residential dwellings in the immediate area as well as the Pacific Spirit Park. The property is located on a major arterial and good access into the subject neighbourhood is provided. Therefore, it is our opinion that the subject property is well located for its golf course use, and specifically for the operation of a public golf course as stipulated under the lease.

[33] On the 17th May, 1985, Her Majesty granted the lands, which had not previously been brought into the land title system, to UGCC Holdings Inc. for a term of 20 years commencing the 23rd May, 1985:

4.01 YIELDING AND PAYING THEREFORE [*sic*] during the Term, rental calculated as follows:

- (a) a minimum monthly rental
  - (i) of \$3,600.00 during the first fourteen months of the Term, AND
  - (ii) for each succeeding year of the Term thereafter, an amount calculated annually, on each anniversary of the Rental Adjustment Date to be 1/12th of the Percentage Rental and Minimum Rental payable in respect of the immediately preceding Financial Year, and
- (b) a percentage rental of 8% of the Gross Revenue calculated in respect of each Financial Year, less the Minimum Rental paid in respect of such financial year.

[34] By Article X, the lessee was entitled to apply for a further 20 year lease, but the granting of the lease was to be in the sole discretion of the lessor. The lease was modified by instruments dated the 21st June, 1988, 10th September, 1990, and 11th March, 2003. For present purposes, the important modification is that of 10th

September, 1990, under which the term of the lease was extended to 30 years.

Thus, the lease will expire in 2015.

[35] The offer to purchase by the University, which was made in 2002, was in part this:

**ARTICLE 2 - OFFER**

2.01 The Purchaser offers to purchase the Land from the Province in fee simple, subject to the Permitted Encumbrances, for the Purchase Price and on the terms and conditions set out in this Agreement.

**ARTICLE 3 – PURCHASE PRICE, CROWN GRANT FEE,  
ADJUSTMENTS AND TAXES**

3.01 The Purchaser will deliver the Purchase Price and the Crown Grant Fee to the Province as follows:

- (a) the sum of \$1,000.00 on account of the Deposit will be delivered to the Province with this offer;
- (b) the further sum of \$999,000.00 on account of the Deposit will be paid to the Province on the second business day following the removal of the last of the conditions set out in sections 5.01 and 5.03 of this Agreement;
- (c) the sum of \$7,900,000.00 and the Crown Grant Fee, together with the GST payable on the Crown Grant Fee, plus or minus the adjustments provided for in section 4.01, will be delivered to the Province in accordance with Article 7, and
- (d) the balance of the Purchase Price, being \$2,100,000.00, and interest on the balance of the Purchase Price accruing from and after the Closing Date at the rate of approximately 4% per annum compounded annually, will be paid to the Province in 3 equal annual instalments of \$750,000.00 each, commencing on the 1st anniversary of the Closing Date and ending on the 3rd anniversary of the Closing Date.

\* \* \*

ARTICLE 5 – CONDITIONS PRECEDENT

5.01 The obligation of the Province to complete the sale of the Land is subject to the satisfaction or waiver of the following conditions by the Province on or before February 28, 2003:

- (a) in accordance with the guidelines established by the Province concerning consultation on aboriginal rights and title (and all revisions or replacements of such guidelines), the Province has determined that it may complete the transactions contemplated by this Agreement;
- (b) the Lieutenant Governor in Council has, by order, approved the survey and sale of the Land in accordance with section 2(1) of the *University Endowment Land Act* and section 51 of the *Land Act*;
- (c) the Purchaser, acting reasonably, has agreed as to the form of an agreement under which the Province will assign its interest in the Lease to the Purchaser and under which the Purchaser will assume the Province's obligations under the Lease;
- (d) the Purchaser, acting reasonably, has agreed to the form of the covenant registrable under section 219 of the *Land Title Act* which will restrict the use of the Land to a public golf course and which will prohibit any subdivision of the Land;
- (e) approval by the Board of Directors of LWBC of this Agreement and the transactions contemplated by it.

5.02 The conditions set out in section 5.01 are for the sole benefit of the Province and may be waived by written notice to the Purchaser prior to the date set out above. If the conditions are not satisfied or waived on or before the date set out above, this Agreement will terminate, the Deposit will be returned to the Purchaser and neither party will have any further obligations to the other under this Agreement.

[36] The restrictive covenant is in part this:

- 2. The Transferor covenants with the Transferee that it will not subdivide the Land by any means for any purpose other than a purpose directly related to the operation of a public golf course, including without limitation, to accommodate a driving range concession. The Transferor acknowledges that, without limiting

the generality of the foregoing, the Transferor must not subdivide the Land for residential purposes.

3. The Transferor covenants with the Transferee that it will use the Land only for the purpose of operating an 18 hole public golf course and facilities ancillary to the golf course on the Land. The ancillary facilities, including without limitation, any driving range and other practice facilities, restaurant, coffee shop, bar, pro shop, washrooms and other clubhouse facilities, when open, must be generally available to the public and the golf course, when open, must be generally available to the public such that at least 70% of the annual rounds of golf are available for booking and play by the public, with access to the public for booking and playing rounds being evenly distributed throughout the calendar year, with at least proportionate public access during daily and weekly periods of peak demand.
4. The Transferor may use the Land for
  - (a) educational purposes connected with the operation of a golf academy,
  - (b) physical and health education, and research and athletic activities, all of which must be directly related to golf,which golf academy and activities, when open, must be generally available to the public and provided that such golf academy and other activities do not limit the operation of the public golf course on the Land in accordance with section 3.

[37] The appellant wants, in settlement of its claim of aboriginal title, not money but land. It says it does not have a sufficient land base for its members. I have no difficulty in accepting the assertion that there is little land contiguous to or even reasonably near the main reserve still within public control. To the west is the Fraser River; to the east, the affluent and generally expensive residential neighbourhoods of Dunbar, Kerrisdale and Shaughnessy; to the south, the bucolic residential neighbourhood of Southlands familiarly known as the Flats.

[38] As to why it has insufficient land, it asserts that its "reserve allotment on a per capita basis is the smallest of all British Columbia bands."

[39] The implication of that paragraph, perhaps unintended, is that somehow, when the reserve question was settled, the Musqueam people were ill treated. But the reason is that, in 1916 and in the years leading up to the *Report of the Royal Commission on Indian Affairs for the Province of British Columbia*, published in 1916 by Acme Press, Limited, the population of the Musqueam Band was very small. Thus, under the heading "New Westminster Agency" at page 626 of the Report, we find:

Comparatively little change has been made by the Commission in the matter of Reserves of the New Westminster Agency, in which tours of visitation were made for inspections of Indian lands and meetings with the occupants thereof during the field seasons of 1913, 1915 and 1916; Mr. Agent Byrne also being examined at length as to Indian affairs of his district, from the 25th January to the 16th February and again on the 7th March, 1916.

The Commission at its organization found allotted for the Indians of the New Westminster Agency 157 Reserves, of an aggregate area of 42,310.99 acres, giving a per capita allowance of 16.45 acres for the Agency. There have been sold and surrendered by the Indians for railway and other public purposes, six Reserves in their entirety. The Commission has cut off one Reserve, in the City of New Westminster, originally established to meet camping requirements, no longer existent, of all Coast tribes, in common; and has reduced one other in more legitimate proportion to the Indian utilization and need, the total area of reduction for the Agency being 152.48 acres. At the same time there have been created to meet determined reasonable requirements of the Indians 18 new Reserves, of 1,168.45 acres in all – giving a net added area for the Agency of 1,015.93 acres, and a new total (including 40,923.37 acres in confirmed Reserves) of 41,939.30 acres, or 16.30 acres per capita.

\* \* \*

and then, at 685-686:

New Westminster Agency – Musqueam Tribe

ORDERED: That the Indian Reserves of the Musqueam Tribe or Band, New Westminster Agency, described in the Official Schedule of Indian Reserves, 1913, at Page 98 thereof, and numbered from One (1) to Three (3), both inclusive, BE CONFIRMED as now fixed and determined and shewn on the Official Plans of Survey, viz.:

"No. 1 - 5.16 acres;  
No. 2 – Musqueam 416.82 acres, and  
No. 3 – Sea Island, 60.75 acres."

Victoria, B.C., April 11th, 1916.

CERTIFIED CORRECT,

C. H. GIBBONS, *Secretary*.

\* \* \*

New Westminster Agency – Pemberton Tribe

ORDERED: That the Indian Reserves of the Pemberton Tribe or Band, New Westminster Agency, described in the Official Schedule of Indian Reserves, 1913, at Pages 98 and 99 thereof, and numbered from One (1) to Eight (8), both inclusive, BE CONFIRMED as now fixed and determined and shewn on the Official Plans of Survey, viz.:

"No. 1 – Pemberton, 188.50 acres;  
No. 2 – 105.00 acres;  
No. 3 – Ne-such, 909.50 acres;  
No. 4 – Lokla, \*16.30 acres;  
No. 5 – Graveyard, 1.40 acres;  
No. 6 – 4,000.00 acres;  
No. 7 – 320.00 acres, and  
No. 8 – 813.00 acres."

\*Less allowed right-of-way of Pacific Great Eastern Railway Co., 3.20 acres-13.10.

Victoria, B.C., April 11th, 1916.

CERTIFIED CORRECT,

C. H. GIBBONS, *Secretary*.

[40] I have included the passage on the Pemberton Tribe which was the subject of the decision of this Court in **British Columbia (Attorney General) v. Mount Currie**

**Indian Band** (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156, [1991] 4 C.N.L.R. 3 (B.C.C.A.) because it is clear that the population of the Pemberton Tribe was substantially greater in 1916 than that of the Musqueam.

[41] Although Mr. Ernest Campbell, who was the Chief of the appellant at the time these proceedings were commenced, does not speak to the size of the Band in 1916, he does remark, at paragraph 6 of his affidavit sworn 25th March, 2003:

6. ... In 1958 there were 235 Musqueam Band members. Our population has increased at an average rate of 3.5% per year since then to its present level of 1100. If our population continues to increase at that rate (and given the youthful character of our population, and the fact that our current rate of population increase is about 4%, the 3.5% growth rate estimate is conservative), in 50 years our population will increase six fold to 6,600 members.

[42] As to the assertion in paragraph 13 of the petition, "Today the community is poor and many Musqueam people are unemployed", I doubt whether, in comparison with many other Indian bands, the appellant is poor. I say that because the appellant owns lands in the City of Vancouver (not within a reserve) – see ***Musqueam Holdings Ltd. v. British Columbia (Assessor Area No. 9 – Vancouver)*** (2000), 76 B.C.L.R. (3d) 323, 2000 BCCA 299 – and is also the beneficial owner of certain lands which have been leased on long term leases to non-aboriginals. See ***Musqueam Indian Band v. Glass***, [2000] 2 S.C.R. 633, 2000 SCC 52, and see, also, ***Guerin v. Canada***, [1984] 2 S.C.R. 335.

[43] As to paragraph 21 of the petition, there is no doubt of its truth.

[44] The question of the rights of the appellant first came before me on the 2nd July, 1987, in an action, Vancouver Registry C873062, [1987] B.C.J. No. 2788 (QL) (B.C.S.C.), between the plaintiffs, The Chiefs and Other Members of the Musqueam Indian Band, and the defendants, Her Majesty the Queen in the right of the Province of British Columbia, the Minister of Forests and Lands, the Honourable Dave Parker, the Greater Vancouver Regional District, and John Doe and Jane Doe, in which the writ of summons asserted:

1. A declaration that the Plaintiffs have a valid and existing aboriginal title to certain lands in the Lower Mainland of British Columbia including the University Endowment Lands, and comprising some 770 hectares, which are the subject matter of a proposal to be considered by the defendant, the Greater Vancouver Regional District, at a meeting on June 24, 1987.
2. Damages against the Defendants for trespass and for interference with and threatened interference with the Plaintiffs' rights to use the said lands.
3. An injunction preventing the Defendants, Dave Parker and the Greater Vancouver Regional District, and other persons unknown having notice of the order from trespassing on the said lands or interfering with the plaintiffs' rights in the said land, or altering the present physical condition of the said lands.
4. Costs.

[45] The plaintiffs sought an interlocutory injunction restraining the defendants until the trial or disposition of the action from:

- (a) Conveying, transferring, disposing of or receiving or accepting those certain lands referred to in the writ of summons in this action; and
- (b) Conducting or engaging in activities intending to have the effect of divesting the plaintiffs of their entitlement to the said lands.

[46] In refusing that injunction, I weighed in the scale the delay by the Musqueam in proving their rights, saying in part:

But although for these reasons the delay in asserting the claim of title from the establishing of the University Endowment Lands in 1925 until 1977 cannot be fairly considered to deprive them of any rights, I consider the delay of this decade at least, that is from say 1978 or '9 to now in commencing this action must weigh heavily in the balance of convenience between themselves and the Regional District.

I am mindful that other Indian Bands brought actions concerning their titles sometime ago. The Ghitskan case, I understand, was commenced in 1984 and I know of no reason why the Musqueam could not have sued the Crown for a declaration of title at least at that time.

[47] What I did not then appreciate, and I doubt anyone else would have appreciated it, is that for an Indian band to establish its "aboriginal rights", whatever they may be, has become an enormously expensive undertaking.

[48] This point is illustrated by the action which began in 1998, between Roger William, on his own behalf and on behalf of all other members of the Xeni Gwet'in First Nations Government and on behalf of all other members of the Tsilhqot'in Nation, as plaintiff, and Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia, the Regional Manager of the Cariboo Forest Region, and the Attorney General of Canada, as defendants, in which the issue is aboriginal title or right to a part of the interior of British Columbia thus described in the Amended Statement of Claim filed 16th June, 2003 (Victoria Registry, No. 90 0913):

11. The Brittany is an area located in the Cariboo Forest Region of British Columbia. The boundaries of the Brittany may be described as follows. The point of commencement is marked by the confluence of the Chilko and Taseko Rivers. The eastern boundary follows the

Taseko River to the Davidson Bridge. The southern boundary follows the Nemiah Valley Road in a westerly direction until it reaches Konni Lake, and then follows the southern shores of Konni Lake to its confluence with Nemiah Creek, and then follows Nemiah Creek to the western shore of Chilko Lake. The western boundary follows the western shore of Chilko Lake in a northerly direction to the Chilko River, then continues along the Chilko River until the confluence of the Chilko and Taseko River (point of commencement). The Brittany includes the inside banks of the rivers, creeks, lakes and other water bodies, which mark its boundaries. The Brittany is outlined in green on the map attached as Schedule A. For the purposes of this litigation, the Brittany does not include the lands within the following Indian Reserves: Chilco Lake 1; Chilco Lake 1A; Garden 2; Garden 2A; LEZBYE NO. 6; Lohbiee 3; Tanakut 4; and Tsunnia Lake 5.

[49] There is also asserted a claim to lands known as the "Trapline Territory".

[50] The prayer for relief is, in part, for:

- a) A declaration that the Tsilhqot'in has existing aboriginal title to the Brittany;
- b) A declaration that the Tsilhqot'in has existing aboriginal title to the Trapline Territory;
- c) A declaration that aboriginal title lands in the Brittany and Trapline Territory are not Crown lands as defined in the *Forest Act* and *Forest Practices Code of British Columbia* (as amended) and that this legislation does not authorize the inclusion of the Brittany and Trapline Territory in the Williams Lake Timber Supply Area or the issuance of Forest Licences or Authorizations and the granting of interests in forest resources on aboriginal title land in the Brittany and Trapline Territory; ....

[51] The trial of that action began in November 2002. As of 6th December, 2004, it had proceeded at trial before the Honourable Mr. Justice Vickers for 163 days and it may well last another 163 days.

[52] The plaintiffs in that action obtained an order for advanced costs.

[53] As of the 31st January, 2004, counsel for the plaintiff had been paid over \$5,000,000.00, much of which I infer was for expert witnesses and other out-of-pocket expenses.

[54] Thus, if the appellant has been reluctant to embark on an action of unpredictable length and of unknown cost, I do not fault it.

[55] Had I appreciated in 1987 that a trial of an action to establish aboriginal right is potentially of such dimensions and devastating expense, I might not have given the weight I then did to the delay of the Musqueam in pursuing the claim to the then unoccupied and unconveyed Endowment Lands.

### **The Position of the Parties**

[56] At the hearing before us, the appellant asserted that the learned judge below erred by:

- (a) declining to grant a declaration that the Contract of Sale was unenforceable and to quash the Order in Council in circumstances where he found that the Contract of Sale and the Order in Council were entered into in breach of the Province's legal and equitable duty to consult with Musqueam to seek accommodation of Musqueam's interests;
- (b) concluding that the Province had, after the filing of these proceedings, satisfied its duty of consultation and accommodation in respect of the sale of the Golf Course Land, even though:
  - (i) LWBC was contractually bound to complete its agreement with UBC and as such was in no position to enter into *bona fide* consultation and negotiations with Musqueam toward the accommodation of Musqueam's aboriginal title concerns and interests; and

- (ii) the proposal made by LWBC did not meaningfully or substantially address the accommodation of Musqueam's aboriginal title concerns and interests.
- (c) finding that UBC fulfilled its duties to Musqueam by requiring the inclusion of a contractual term in the Contract of Sale that the Province would satisfy its obligations to Musqueam, in circumstances, *inter alia*, where UBC had acknowledged Musqueam's aboriginal entitlement and its duty to consult with Musqueam; and
- (d) failing to restrain the disposition of the Golf Course Land until either a treaty settlement is reached with Musqueam or, alternatively, the Province agrees to consult with and endeavour in good faith to accommodate Musqueam with respect to the development of a land protection measure (which may or may not contemplate the disposition of the UBC Golf Course Land).

[57] For its part, the Crown said that the appeal raises the following issues:

- a) Whether the Crown's legal and equitable obligation to accommodate aboriginal rights and title requires it to engage in interim protection measures with respect to matters of interest to aboriginal peoples generally, or in treaty negotiations; and
- b) If not, whether the Chambers Judge erred in finding the Crown met its enforceable legal and equitable duty to consult with and seek to accommodate Musqueam's claimed aboriginal rights and title interests in this case.

[58] For its part, the University adopted those issues and, in addition, submitted that the following issues are raised in relation to the University:

- a. Can Musqueam seek a declaration or any other order that the University owes Musqueam an independent fiduciary duty to consult without pleading the allegation in the Petition?
- b. If the answer to question #1 is yes, then did the University owe an independent fiduciary duty to consult with the Petitioner;
- c. If the answer to question #2 is yes, then did the University comply with that obligation?

[59] Now, the Crown says that the issue is:

Whether the recent decision of the SCC in *Haida* and to a lesser extent *Taku* is relevant to the matters raised in this appeal and therefore ought to be considered by this Court.

[60] The Crown puts its position thus in its supplemental factum:

9. The reasons given by the SCC in *Haida* confirm the correctness of the decision of the Chambers Judge below. As the reasons in *Haida* attest, the Crown's duty to accommodate requires it to balance *prima facie* Aboriginal rights and title claims against the short and long term objectives of the Crown in disposing of Crown-held lands in accordance with the public interest and compelling legislative objective. As the Chambers Judge notes at paragraph 71 of his reasons, the duty of consultation and accommodation amounts to a duty to formulate a practical interim compromise. In this particular case, the Chambers Judge was satisfied on the evidence that the Crown had met its duty in this interim stage.

10. A significant aspect of the Appellant's appeal from the decision of Warren J., supported by the Intervener, was with respect to the notion that the duty to consult was based on the Crown's fiduciary duty to Aboriginal peoples. The Appellant and particularly the Intervener submitted that, as a fiduciary, the Crown was obligated to put the interests of Aboriginal peoples first, before competing public interests. In this regard, the Chambers Judge is said to have erred in accepting the argument below that the Crown's duty to consult amounted to a duty to balance Aboriginal and other interests in the interim, until rights and title were either proven in court or settled in treaty.

11. The SCC has confirmed that unproven Aboriginal interests are insufficiently specific for the duty to consult to amount to a fiduciary duty. To the contrary, the SCC has confirmed that the duty is a duty to strike a reasonable interim compromise among competing interests. The Chambers Judge has therefore clearly been proven to have correctly interpreted the law regarding the Crown's duty of consultation.

12. As the Appellant argues at paragraph 75 of its factum, the alleged error of the Chambers Judge was not in relation to the strength or weakness of Musqueam's *prima facie* case, but rather on the basis that in his view, the duty to consult is interim in nature. Again, the SCC decision in *Haida* has shown the Chambers Judge to have been

correct in this regard. The duty to consult is clearly an interim remedy pending proof of title or rights or settlement of those claims in a negotiated process.

[61] For its part, the University says, in part:

9. To grant Musqueam a remedy which, in effect, enjoins, aborts, sets aside or otherwise interferes with the transfer to the University and to require the Crown to hold the Golf Course Land in inventory pending *possible* resolution of Musqueam's disputed claims, at some future date, by virtue of treaty negotiations, which resolution may or may not involve the Golf Course Land is, in effect, to give Musqueam a veto; a veto which the Supreme Court of Canada reiterates in *Haida Nation* that Musqueam does not enjoy (*Haida, supra*, para. 48).

[62] For purposes of this case, I consider that the central passages in the judgment of the Supreme Court of Canada in ***Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)***, *supra*, are these:

A. *Does the Law of Injunctions Govern this Situation?*

\* \* \*

13 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.

\* \* \*

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.

\* \* \*

19 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 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 ...".

\* \* \*

25 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.

\* \* \*

**C. When the Duty to Consult and Accommodate Arises**

\* \* \*

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.

\* \* \*

D. *The Scope and Content of the Duty to Consult and Accommodate*

39 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.

\* \* \*

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, 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".

48 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.

49 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": *The 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.

[63] In 1991, in **British Columbia (Attorney General) v. Mount Currie Indian Band**, *supra*, I wrote, at 185 (B.C.L.R.):

THE ISSUE OF ABORIGINAL TITLE

[62] In my opinion, it is quite impossible to decide, at this stage of these proceedings, whether the Band or its predecessors had aboriginal title, whatever that may be, to these lands.

[63] As to what it may be, the chain of authority begins with *St. Catherine's Milling & Lumber Co. v. R.* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), and comes, up to now, to *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, 46 B.C.L.R. (2d) 1, [1990] 4 W.W.R. 410, 56 C.C.C. (3d) 263, 70 D.L.R. (4th) 385, [1990] 3 C.N.L.R. 160, 111 N.R. 241.

[64] But none of the authorities to which we were referred holds that the aboriginal "right of the aboriginal people" is ipso facto the equivalent of a fee simple. Only something akin thereto or akin to an estate derived therefrom could give a right of exclusive possession at common law.

[65] From the mists of the past, there came to be recognized in English law many rights of use, such as piscary, turbary, common and way, all over land or inland waters and of navigation over tidal waters, which gave the Sovereign's subjects the ability to maintain themselves. Some were public rights, others were given by grant or acquired by prescription. I need not attempt to do what I am not qualified to do, namely trace how these rights came about. But they illustrate that English law has long recognized rights either as a private personal or heritable right or as a right in common with others to go upon land the fee simple of which is in another. Those rights are not equivalent to a fee simple, a right which must have its origin at common law in a Crown grant. It seems to me reasonable that there may well be as a matter of aboriginal right, some sort of interest - perhaps equivalent to a copyhold - in a village and a much lesser interest - perhaps equivalent to a profit à prendre - in lands over which the denizens of the village, for their maintenance, hunted and fished and from which they obtained fuel, building materials and foods such as berries. Although Indian interests are sui generis, it ought to be possible to describe them by analogy to common law interests and, therefore, make them understandable to common law lawyers. Whether it is possible to describe them by analogy to interests known to the civil law, I am, through ignorance of the civil law, unable to say.

[64] The reason why no definition of those rights exists is that no case has yet reached the Supreme Court of Canada with a record sufficient to determine the particular "right" claimed.

[65] ***Delgamuukw v. British Columbia***, *supra*, did not determine the rights of the First Nation represented by the plaintiff because, in the end, a new trial was ordered and no new trial has ever taken place.

[66] With some hesitation I pose the issue here thus: Does the honour of the Crown require that the powers of sale exercised in the impugned Order-in-Council not be exercised to dispose of lands claimed by an aboriginal band when, if the power is exercised, there may be little, if any, public land left available to be granted to the aboriginal band as part of a treaty settlement? To put it another way, is it a breach of the duty to "accommodate" to do what the Crown proposes to do in this case?

[67] My answer to that question is "yes" in the absence of any pressing countervailing public necessity for the disposition in issue.

[68] That the University of British Columbia, of whose convocation I am a member, is generally accepted to be an institution of great public importance, I accept. But I do not accept that the evidence establishes any pressing present need for the University to obtain title to these lands. The lands are leased to a third party until 2015. Thus, the University cannot develop those lands now, for instance, by constructing a new library. If the purpose of the disposition is to enable the

University to make use of the revenue due by the present lessee to the lessor, the Government of British Columbia can easily enough pay that revenue to the University. Thus, this case bears no resemblance on its facts to the **Taku** case in which a private business had invested years of time and millions of dollars in seeking to develop a mine. It is well known that such developments not only bring employment to many, but also put revenue into the provincial coffers.

[69] I do not overlook that there is a body of opinion that new mines should not be permitted in British Columbia because they damage the land. But it is not for judges to decide between those holding that opinion and those in favour of turning natural resources to account. Such a dispute falls within the purview of the Legislature.

[70] For these reasons, I would allow the appeal.

[71] The appellant being entitled to a remedy, the question is, how should it be framed? My tentative view (and had I not been differing from my colleagues I should have wished further argument on the proper remedy) is that the University should be ordered, if the lands have been conveyed to it, to re-convey the lands to the Crown and if the purchase price has been paid, the purchase price should be repaid, and the Minister should be restrained during the pendency of treaty negotiations or until further order from exercising the powers conferred upon him by Order-in-Council No. 0131/03.

[72] By saying "or further order", I have in mind that if some pressing public necessity does arise, the Minister may apply to vary or discharge the injunction,

which I decline to describe either as interlocutory or permanent. By making this order, I am not giving the appellant a veto, something which by its nature would prevent, absent the consent of the appellant, any development, no matter what the public necessity might be.

[73] I also have in mind that if either the appellant or the Crown were to announce that under no circumstances will it negotiate for a treaty, the appellant will be forced to commence an action to establish its aboriginal title, whatever that may be. It will then have the right in common with everyone who claims title to lands to apply for an interlocutory injunction in aid of the pending action. If that should happen, then there would be the irony that the appellant is right back to 1987 when the issue of Musqueam title first arose in the Supreme Court of British Columbia.

[74] As I have said, I would allow the appeal. Costs to the appellant against the Minister of Sustainable Resource Management only.

“The Honourable Madam Justice Southin”

**Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Hall:**

[75] In March 2003, the appellant Musqueam Indian Band brought a petition in the Supreme Court of British Columbia under the ***Judicial Review Procedure Act***, R.S.B.C. 1996, c. 241. The Band sought an order quashing a decision by the respondents Land and Water British Columbia Inc. ("LWBC") and the Minister of Sustainable Resource Management to sell the University of British Columbia Golf Course (the "Golf Course Land") to the respondent the University of British Columbia ("UBC"). The petitioner also sought an order quashing an Order in Council dated 14 February 2003 of the Lieutenant Governor in Council authorizing the sale.

Essentially, the relief sought was an order prohibiting LWBC and the Minister from proceeding with the disposition of the Golf Course Land until the appellant had been consulted in good faith concerning Musqueam's aboriginal rights and title in respect of the Golf Course Land and some workable accommodation of the title or rights claimed by the Musqueam in the Golf Course Land had been made. The appellant also sought to restrain any disposition of the land pending the finalization of interim measures of land protection to ensure lands are available for purposes of treaty settlement. The Musqueam argued the respondents had not consulted in good faith concerning a possible accommodation of any infringement of the appellant's asserted aboriginal interests in the Golf Course Land. The case was heard over six days in November and December 2003, and on 16 April 2004 Warren J. dismissed the petition.

[76] The appellant submits that the chambers judge erred in:

- (a) declining to grant a declaration that the Contract of Sale was unenforceable and to quash the Order in Council in circumstances where he found that the Contract of Sale and the Order in Council were entered into in breach of the Province's legal and equitable duty to consult with Musqueam to seek accommodation of Musqueam's interests;
- (b) concluding that the Province had, after the filing of these proceedings, satisfied its duty of consultation and accommodation in respect of the sale of the Golf Course Land, even though:
  - (i) LWBC was contractually bound to complete its agreement with UBC and as such was in no position to enter into *bona fide* consultation and negotiations with Musqueam toward the accommodation of Musqueam's aboriginal title concerns and interests; and
  - (ii) the proposal made by LWBC did not meaningfully or substantially address the accommodation of Musqueam's aboriginal title concerns and interests.
- (c) finding that UBC fulfilled its duties to Musqueam by requiring the inclusion of a contractual term in the Contract of Sale that the Province would satisfy its obligations to Musqueam, in circumstances, *inter alia*, where UBC had acknowledged Musqueam's aboriginal entitlement and its duty to consult with Musqueam; and
- (d) failing to restrain the disposition of the Golf Course Land until either a treaty settlement is reached with Musqueam or, alternatively, the Province agrees to consult with and endeavour in good faith to accommodate Musqueam with respect to the development of a land protection measure (which may or may not contemplate the disposition of the UBC Golf Course Land).

[77] The learned chambers judge at para. 2 of his reasons said this:

In essence, Musqueam says that the interim sale agreement between UBC and LWBC and the Order in Council were made in violation of the Province's fiduciary and Constitutional duties to consult and seek accommodation of Musqueam's interests. It also says that the Province is precluded from disposing of lands that are subject to

treaty negotiations. It extends these obligations to UBC as a party who is cooperating or dealing with the Province.

[78] At the time this appeal was argued in September 2004, the Supreme Court of Canada had not yet released its decisions in ***Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)***, 2004 SCC 73 [*Haida*] and ***Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)***, 2004 SCC 74 [*Taku*], both of which were subsequently delivered on 18 November 2004. Following the release of these decisions, counsel for the appellant, respondents and intervener made further submissions to this Court. It seems clear that as a result of the decision of the Supreme Court of Canada in *Haida*, it cannot be successfully asserted by the appellant that the respondent UBC owed it any duties of consultation and accommodation, although the extent of the Province's duty to consult with and accommodate the interests of the appellant remains a contested issue.

[79] When the Musqueam filed their petition in Supreme Court, UBC and LWBC had already entered into an agreement of purchase and sale, and subsequently the Golf Course Land was conveyed to UBC. UBC has undertaken to abide by any court order made concerning the disposition of the Golf Course Land. The lands in question are the site of an 18-hole golf course, and are adjacent to UBC. These lands have been used as a golf course for upwards of 75 years. A private operator has held a lease over the Golf Course Land since 1985. I understand this lease arrangement runs until 2015 and may thereafter be renewed by the operator for a further term of years. In its factum, UBC states that it wishes to ensure that the land

is maintained as a golf course in perpetuity as a recreational facility for the public including members of the university community. The agreement of purchase and sale between LWBC and UBC includes a restrictive covenant on the lands restricting the use of the property to a public golf course.

[80] When it began to consider selling the lands, LWBC obtained a First Nations heritage overview report from an archaeology research firm that detailed evidence of aboriginal use of the Golf Course Land. This report indicated there had been general historical use by First Nations of the University Endowment Lands, of which the Golf Course Land is a part. There are overlapping claims to this area in the treaty process by other bands, although the appellant was found to have the most significant interest in the area because of the proximity of its villages and evidence of its traditional use of lands in the area for travel, hunting and fishing.

[81] Aside from considerations relating to the treaty process, it seems to me that what is at issue here is a question of aboriginal title to these lands. Although in its petition, the appellant claimed both aboriginal right and title, in effect the Musqueam are here claiming a right relating to the land itself and not merely a right to practice customary uses of the land.

[82] As Lamer C.J. observed in ***Delgamuukw v. British Columbia (Attorney General)***, [1997] 3 S.C.R. 1010, 153 D.L.R. (4th) 193, Canadian jurisprudence on aboriginal title is not greatly developed. The roots of the concept in North America can be found in decisions of the Supreme Court of the United States given by

Marshall C.J. in the early years of the nineteenth century. Two of the leading cases are ***Johnson v. M'Intosh***, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823) and ***Worcester v. State of Georgia***, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). Marshall C.J. said this in ***Johnson*** at 570-71:

The exclusion of all other Europeans, necessarily gave to the nation making the discovery the sole right of acquiring the soil from the natives, and establishing settlements upon it. It was a right with which no Europeans could interfere. It was a right which all asserted for themselves, and to the assertion of which, by others, all assented.

Those relations which were to exist between the discoverer and the natives, were to be regulated by themselves. The rights thus acquired being exclusive, no other power could interpose between them.

In the establishment of these relations, the rights of the original inhabitants were, in no instance, entirely disregarded; but were necessarily, to a considerable extent, impaired. They were admitted to be the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion; but their rights to complete sovereignty, as independent nations, were necessarily diminished, and their power to dispose of the soil at their own will, to whomsoever they pleased, was denied by the original fundamental principle that discovery gave exclusive title to those who made it.

While the different nations of Europe respected the right of the natives, as occupants, they asserted the ultimate dominion to be in themselves; and claimed and exercised, as a consequence of this ultimate dominion, a power to grant the soil, while yet in possession of the natives. These grants have been understood by all to convey a title to the grantees, subject only to the Indian right of occupancy.

[83] In ***Delgamuukw***, Lamer C.J. noted that Canadian jurisprudence on the subject originated in the case of ***St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen*** (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.). That case had its origins in Ontario, where it first came before the Ontario Chancery Division. The case, which was heard by

Chancellor Boyd, involved an issue of which level of government, federal or provincial, had the right to regulate and receive revenue from logging on the lands in north-western Ontario. By a treaty signed in 1873, the federal government had quieted the Indian title to the lands in question. The Province argued that under the ***Constitution Act, 1867*** (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, reprinted R.S.C. 1985, App. II, No. 5, title to this land resided in the Province. The defendant lumber company argued that it had a valid licence to cut timber from the Dominion Government. It submitted that because the district in question had been at the time of Confederation in Indian occupation and because the aboriginal title had not been dealt with until the 1873 treaty when the Dominion had acquired the Indian title, which title was asserted to be paramount to the provincial title, the federal title should prevail. Accordingly, it was argued the Province had no ownership of the land nor could it regulate activities on the land. Chancellor Boyd found in favour of the Province, holding that when the aboriginal title to the lands was extinguished by the terms of the Dominion treaty of 1873, thereafter full title to the land was held by the Province. He held that the lands, being relieved of the burden of the aboriginal title, were then in full ownership of the Province and the Province therefore had the right to regulate the lands in question. This conclusion was upheld by the Ontario Court of Appeal, the majority of the Supreme Court of Canada and the Privy Council. See (1885), 10 O.R. 196 (Ch.D.); (1886), 13 Ont. App. R. 148; (1887), 13 S.C.R. 577; and (1888), 14 App. Cas. 46.

[84] In **R. v. Van der Peet**, [1996] 2 S.C.R. 507, 137 D.L.R. (4th) 289, Lamer C.J.

giving the majority judgment said this at para. 33:

...Aboriginal title is the aspect of aboriginal rights related specifically to aboriginal claims to land; it is the way in which the common law recognizes aboriginal land rights. As such, the explanation of the basis of aboriginal title in *Calder* [**Calder v. British Columbia (Attorney General)**], [1973] S.C.R. 313] can be applied equally to the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). Both aboriginal title and aboriginal rights arise from the existence of distinctive aboriginal communities occupying "the land as their forefathers had done for centuries" (p. 328).

[85] As recognized in **Delgamuukw**, aboriginal title is a *sui generis* interest in land that is inalienable except to the federal government. Only the federal government has the capacity to affect this title. In British Columbia, for historical reasons, there was not much done by the Crown after 1846 to quiet aboriginal title and the issue remains open today in many parts of the province. The situation is otherwise in most of the other provinces of Canada and in the United States where the aboriginal interest was usually dealt with by treaty in earlier times. For instance, after the transfer of the lands comprising the prairie provinces from the Hudson's Bay Company, a series of treaties quieted the aboriginal title concerning these lands.

[86] In **Delgamuukw**, Lamer C.J. recognized that actions taken by a provincial government could justifiably infringe upon aboriginal title. He said this at para. 165:

The general principles governing justification laid down in *Sparrow* [**R. v. Sparrow**, [1990] 1 S.C.R. 1075], and embellished by *Gladstone* [**R. v. Gladstone**, [1996] 2 S.C.R. 723], operate with respect to infringements of aboriginal title. In the wake of *Gladstone*, the range of legislative objectives that can justify the infringement of

aboriginal title is fairly broad. Most of these objectives can be traced to the reconciliation of the prior occupation of North America by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty, which entails the recognition that "distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community" (at para. 73). In my opinion, the development of agriculture, forestry, mining, and hydroelectric power, the general economic development of the interior of British Columbia, protection of the environment or endangered species, the building of infrastructure and the settlement of foreign populations to support those aims, are the kinds of objectives that are consistent with this purpose and, in principle, can justify the infringement of aboriginal title. Whether a particular measure or government act can be explained by reference to one of those objectives, however, is ultimately a question of fact that will have to be examined on a case-by-case basis.

[Emphasis in original.]

[87] Thus, provincial governments can justifiably infringe aboriginal title, but as the Supreme Court of Canada recently stated in ***Haida***, if there is infringement or potential infringement of an aboriginal right – which of course includes aboriginal title – consultation is required with those affected with a view to reaching some accommodation pending final resolution of the validity of the rights claimed.

[88] I understand that the appellant has outstanding a claim filed many years ago asserting aboriginal title to the lands in question. This action has not proceeded with any dispatch and there may be difficulties associated with establishing such rights; the issue of whether the appellant enjoyed exclusive occupation of the area may be especially challenging. This difficulty was discussed by Lamer C.J. at paras. 155-58 in his judgment in ***Delgamuukw***. He noted, referring to ***United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.***, 314 U.S. 339 (1941), that the issue of exclusive possession

might be susceptible of a recognition of joint title that could arise from shared exclusivity by different aboriginal groups.

[89] In the court below, LWBC conceded that the appellant had established a *prima facie* case for aboriginal title to the lands in question. Because of the existence of that *prima facie* case, there was no issue in the court below regarding whether the Province had a duty to consult with the appellant and seek to reach some accommodation of the appellant's interest. The learned chambers judge found that the Province had failed in its duty to consult and seek accommodation prior to entering into the agreement of purchase and sale with UBC, and indeed, in its factum, the Crown does not take issue with the finding that it failed to consult prior to entering the sale negotiation, although the Crown notes that the decision of this Court that recognized such a duty, ***Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*** (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147, was decided late in the sale process.

[90] Ultimately, the chambers judge went on to find that after the appellant commenced the petition proceedings, consultations did occur in a *bona fide* manner. In his reasons, the chambers judge wrote that between April 2003 and the time of the hearing in chambers, LWBC and the Musqueam had discussions further to those they had had prior to the filing of the petition. On 25 August 2003, LWBC tabled a proposal that provided, *inter alia*, for the sale to the land to UBC; for Musqueam to receive \$550,000; for Musqueam to receive five per cent of any revenue received by LWBC for any modification of the covenant that required the land be used as a golf

course; and for one truckload of timber per year for two years for use as longhouse firewood. Musqueam's counter-proposal of 22 September 2003 provided that the Musqueam would buy the golf course for \$10 million, which it would pay on the earlier of ten years or the conclusion of the treaty; Musqueam would agree to maintain the covenant restricting the use of the land to a golf course for a long-term period; Musqueam would receive a logging truckload of timber for longhouse firewood; and LWBC would assist Musqueam access a forest tenure licence. LWBC's counter-proposal of 30 October 2003 again had as its core the sale of the Golf Course Land to UBC but, *inter alia*, slightly increased the amount of wood available to Musqueam.

[91] The judge held that at the stage at which matters stood relating to the claim of aboriginal title, the duty of consultation and accommodation would amount to a duty to formulate a "practical interim compromise". He found that an offer of economic compensation, which was the core of the LWBC offer, met the duty imposed upon the agents of the Province and, accordingly, he dismissed the petition. In my view, if the chambers judge had had the benefit of the judgments in the cases of ***Haida*** and ***Taku***, he would not have reached the conclusion he did.

[92] We now have the benefit of these judgments of the Supreme Court of Canada. I have found helpful the analysis set forth in these cases. What I take from these judgments is the principle that the duty of government to consult and in appropriate cases to accommodate "is part of a process of fair dealing and reconciliation" with an affected First Nation where aboriginal rights or title are in play.

The honour of the Crown mandates such an approach. There is a legal duty cast on government to consult prior to an aboriginal group proving its claim, which duty is conditioned and informed by the nature and strength of any claims of the First Nation advancing such claims. McLachlin C.J. said this at paras. 37-38 of *Haida, supra*:

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.

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 pending claims resolution and fosters a relationship between the parties that makes possible negotiations, the preferred process for achieving ultimate reconciliation.... 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.

[93] McLachlin C.J. continued to elaborate at paras. 43-44 on what consultation would be required with aboriginal groups. At one end of the spectrum, where the aboriginal group's title claim is weak, the aboriginal right limited, or the potential for infringement minor, all that is required is that the Crown give notice to the band of its plans, disclose information and discuss issues raised in the notice. At the other end of the spectrum, where a strong *prima facie* case for the claim is established, "deep consultation" aimed at finding a satisfactory interim solution may be required. Such

consultation may entail the opportunity for the aboriginal group to make submissions, formally participate in the decision-making process and receive written reasons to show Aboriginal concerns were considered and what impact these concerns had on the decision (at paras. 43-44). According to McLachlin C.J. “[e]very case must be approached individually and ‘flexibly’”.

[94] In my view, the duty owed to the Musqueam by LWBC in this case tended to the more expansive end of the spectrum. The Crown conceded the Musqueam had a *prima facie* case for title over the Golf Course Land, and the report of the archaeological firm noted that the Musqueam had the strongest case of the bands in the area. Potential infringement is of significance to the Musqueam in light of their concerns about their land base. If the land is sold to a third party, there will likely be no opportunity for the Musqueam to prove their connection to this land again. The Musqueam were therefore entitled to a meaningful consultation process in order that avenues of accommodation could be explored.

[95] In light of my view of the consultation required in this situation, I consider that the consultation process was flawed. If this was only a case where notice was required, the consultation may have been sufficient. However, in the present case, I consider the consultation was left until a too advanced stage in the proposed sale transaction. As McLachlin C.J. observed in *Haida*, there is ultimately no obligation on parties to agree after due consultation but in my view a decent regard must be had for transparent and informed discussion. Of course, legitimate time constraints may exist in some cases where the luxury of stately progress towards a business

decision does not exist, but such urgency was not readily apparent in the present case. These lands have been used as a public golf course for a long time, and the *status quo* is not about to change having regard to the extant lease arrangements. The Musqueam should have had the benefit of an earlier consultation process as opposed to a series of counter-offers following the decision by LWBC to proceed with the sale.

[96] I note that McLachlin C.J. suggested there should be some measure of deference when a court considers the adequacy of the government's efforts to consult with an aboriginal group, and that administrative law principles suggest a standard of reasonableness would be used by the court when the question is not a purely legal question. She also observed that what is required is not perfection, but reasonableness in any consultation process followed by the Crown. However, even providing an appropriate measure of deference, for the reasons set out above, the Province in my view did not adequately consult with the Musqueam regarding the sale of the Golf Course Land.

[97] McLachlin C.J. also elaborated in ***Haida*** on the accommodation that may be required if the consultation process suggests Crown policy should be amended. The core of accommodation is the balancing of interests and the reaching of a compromise until such time as claimed rights to property are finally resolved. In relatively undeveloped areas of the province, I should think accommodation might take a multiplicity of forms such as a sharing of mineral or timber resources. One could also envisage employment agreements or land transfers and the like. This is

a developing area of the law and it is too early to be at all categorical about the ambit of appropriate accommodative solutions that have to work not only for First Nations people but for all of the populace having a broad regard to the public interest.

[98] I should think there is a fair probability that some species of economic compensation would be likely found to be appropriate for a claim involving infringement of aboriginal title relating to land of the type of this long-established public golf course located in the built up area of a large metropolis. However, with that said, it is only fair that the consultation process seeking to find proper accommodation should be open, transparent and timely. As I have said, that could not be said to have occurred here because the consultation came too late and was to a degree time constrained because the sale was virtually concluded before any real consultation occurred.

[99] The appellant argues that the Province, presumably through LWBC, should have been required to seek to accommodate the appellant by developing land protection measures so that a bank of land could be made available for treaty purposes. I am not at present persuaded that the courts ought to become involved in such considerations. The treaty process, a process involving not only the Province but as well the federal government, appears to me to be an area discrete from litigation involving questions of aboriginal rights and title. I note that in ***Taku***, the Supreme Court of Canada found that appropriate consultation and accommodation had occurred notwithstanding the position of the First Nation that

any accommodation ought to be part of a treaty or a land claim agreement. I would not foreclose the possibility that some arrangements could be made relating to land being set aside to be dealt with in a treaty process as an interim accommodative measure in a controversy like the instant one, but I consider that any such arrangement should be left to a negotiating process between the consulting parties. The courts, required now to attempt to enunciate principles and pass judgment on disputes concerning aboriginal rights and title have sufficient to do without injecting themselves into treaty processes and negotiations.

[100] While I have observed that having regard to the nature and location of these lands, this may well be a situation where financial compensation could be found to be an appropriate measure of accommodation, I would not wish to limit the parties from engaging in the broadest consideration of appropriate arrangements. I would note that this is not the only tract of land in the Lower Mainland that is Provincial property or property over which the Province has a measure of dominion. Having regard to the wish of the appellant to obtain in the future an enhanced land base and as well its desire to pursue a land settlement related to the treaty process it is engaged in, the parties should be afforded a wide field for consideration of appropriate accommodative solutions. To remedy what I view as the general deficiency in the original consultation process and to provide a full opportunity for meaningful discussion between the parties, I believe an order should be made that will be as efficacious as presently possible. As I noted, we are dealing here with an area of law, aboriginal title, which Lamer C.J. referred to as not particularly

developed. Courts will seek to fashion fair and appropriate remedies for individual cases conscious that as yet we do not have much guidance by way of precedent but, as in other fields, the common law will simply have to develop to meet new circumstances.

[101] In order to afford LWBC and the appellant proper opportunity for consultation with a view to reaching some *modus vivendi* on appropriate accommodation, I would order the suspension of the operation of the Order in Council authorizing the sale for two years. That time frame should provide ample opportunity for the parties to seek to reach some agreement. I would direct that at the expiration of such period any party to the negotiations should be at liberty to bring on appropriate proceedings in the Supreme Court of British Columbia to address any issues that may be felt to require decision by the court. Based on what was said by the Supreme Court of Canada in ***Haida***, UBC has no role to play in the process of consultation or accommodation between the Province and the appellant. I would therefore allow the appeal of the appellant concerning the respondent representatives of the Province of British Columbia in the terms I have indicated and I would dismiss the appeal of the appellant concerning the respondent UBC. I am in agreement with the disposition of costs proposed by Madam Justice Southin.

[102] Before closing I should perhaps observe, out of an abundance of caution, that UBC has previously agreed to hold the lands subject to future directions of a court of competent jurisdiction. If agreement eludes the negotiating parties, it is clearly possible that some order could be made affecting title to the lands and UBC could

be called upon to honour its undertaking. Of course, because these lands are under a long term lease to a golf course operator, I would not expect any alteration in the *status quo* over the near term.

“The Honourable Mr. Justice Hall”

**Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Lowry:**

[103] I have had the opportunity of reading in draft the judgments of Madam Justice Southin and Mr. Justice Hall. I agree that the appeal of the order dismissing the petition against the Crown (but not University of British Columbia) should be allowed for the reasons given by Mr. Justice Hall. Shortly put, I agree that the consultation on which the parties ultimately embarked was not conducted sufficiently free of unnecessary time constraints to afford a meaningful process of accommodation consistent with what the honour of the Crown requires in the Crown's dealings with First Nations people as most recently mandated by the Supreme Court of Canada in ***Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)***, 2004 SCC 73. I also agree with the form of order Mr. Justice Hall proposes for the disposition of the appeal.

[104] However, I do not wish to be taken to endorse what my colleague suggests may be appropriate forms of interim accommodation in this case. The disposition of the appeal does not require that any comment be made in that regard and, in my respectful view, what my colleague says in paragraphs 98–100 of his judgment might better be put to one side for now.

[105] There is little in the decided cases from which assistance can be drawn with respect to the measure of interim accommodation that may be required in the circumstances that prevail in this case. Where, as here, no aboriginal title has been finally established, there may well be questions about whether and to what extent

economic compensation or other forms of what might be said to be non-reversible accommodation are necessary or appropriate. Given the disposition of the appeal, I consider these and other related questions that were not directly addressed in argument before us are now best left entirely to the parties unfettered by judicial commentary.

“The Honourable Mr. Justice Lowry”

TAB 16

# IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: ***Musqueam Indian Band et al v. City of  
Richmond et al,***  
2005 BCSC 1069

Date: 20050718  
Docket: L040742  
Registry: Vancouver

In the Matter of the ***Judicial Review Procedure Act***, R.S.B.C. 1996, c. 241  
And in the Matter of the ***Local Government Act***, R.S.B.C. 1996, c. 323

Between:

**Musqueam Indian Band and  
Gordon Grant**

Petitioners

And

**City of Richmond and  
British Columbia Lottery Corporation  
and Great Canadian Casinos Inc.**

Respondents

- and -

Docket: L041328  
Registry: Vancouver

In the Matter of the ***Judicial Review Procedure Act***, R.S.B.C. 1996, c. 241

Between:

**Musqueam Indian Band and  
Gordon Grant**

Petitioners

And

**British Columbia Lottery Corporation,  
Minister of Public Safety and Solicitor General of British Columbia,  
City of Richmond and  
Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia  
and Great Canadian Casinos Inc.**

Respondents

Before: The Honourable Madam Justice Brown

**Reasons for Judgment**

Counsel for the petitioners Musqueam Indian  
Band and Gordon Grant

T.R. Berger, Q.C.  
M. Underhill  
J. Hickling

Counsel for the Respondent City of  
Richmond

R. Harding  
S. James (Articled Student)

Counsel for the Respondents British  
Columbia Lottery Corporation and Her  
Majesty the Queen

J.J.L. Hunter, Q.C.  
K.M. Stephens

Counsel for Great Canadian Casinos Inc.

K. Clark

Date and Place of Hearing:

February 21 – 25; 28,  
March 1 – 4, 2005

Vancouver, B.C.

[1] These petitions were heard together. Both relate to the development of the River Rock Casino in Richmond, British Columbia. In the first petition (L040742) the petitioners ask the court to set aside a resolution of the Richmond city council approving the proposed relocation of the Richmond gaming facility and the addition of slot machines.

[2] In the second petition (L041328) the petitioners ask the court to set aside the decision of the British Columbia Lottery Corporation to relocate its gaming facility and to change the nature and extent of the lottery schemes by adding slot machines.

**I. BACKGROUND FACTS**

[3] Before March 2004 the Lottery Corporation had a gaming facility in the City of Richmond at 8440 Bridgeport Road. This casino was operated for the Lottery Corporation by Great Canadian Casinos. In March 2004 the Lottery Corporation decided to move its casino to 8811 River Road and to expand the casino by adding slot machines.

[4] The background facts are set forth in each of the petitions. The Musqueam Indian Band is a band under the **Indian Act**, R.S.C. 1985, C. I-5 and Gordon Grant is a member of the Musqueam who owns property and resides in the City of Richmond.

[5] The property at 8811 River Road, Richmond is known as the Bridgepoint lands. It is approximately 7 hectares of land at the south foot of the Oak Street Bridge. The Bridgepoint lands are close to the current Musqueam reserves and the Musqueam have asserted aboriginal title over the Bridgepoint lands. The Bridgepoint lands are subject of the Musqueam Comprehensive Land Claim filed in 1984 and accepted for negotiation by the Crown in 1991. The Musqueam have been participating in negotiations with British Columbia and Canada through the British Columbia Treaty Commission since early 1994. The Musqueam's reserve land is small, relative to their population, and not adequate for Musqueam's present or future needs. The Musqueam say that the provincial and federal governments have a policy that third party interests in lands will not be involuntarily affected and that they will not offer monetary compensation for land already alienated to third

parties. The Musqueam have repeatedly asked the federal and provincial governments to preserve Crown held lands for treaty purposes, but each government has a policy of not holding land for treaty purposes until the affected First Nation has signed a framework agreement. The Musqueam have not signed a framework agreement. There is a limited and shrinking base of Crown held land within the Musqueam traditional territory which could be included in a Musqueam treaty.

[6] The Bridgepoint lands are owned by the Province. They are leased to the North Fraser Port Authority (a federal crown entity). In 1987 they were sub-leased to Bridgepoint Developments Ltd. which developed a public market on the site. The public market was not a success and by the mid 1990's, the site was unused.

[7] For many years, the Musqueam have expressed a desire to develop a gaming facility in their traditional territory. In 1996 and 1997 they proposed developing a gaming facility on the reserve on Sea Island. Richmond was opposed to this development and in 1998 the provincial government rejected the Musqueam proposal. In its treaty discussions the Musqueam have advised the federal and provincial governments that they propose to pursue economic development through participation in gaming. Through the late 1990's the Musqueam pursued commercial acquisition of an interest in the Bridgepoint lands for the purpose of establishing a gaming facility on those lands, without success.

[8] For many years there was one provincially controlled gaming facility in Richmond at 8440 Bridgeport Road. This facility had 30 gaming tables and no slot

machines. In 1997 Richmond city council passed a resolution opposing Las Vegas style casino gambling and video lottery terminals within the city. In 1998 the city council passed a resolution expressing opposition to any expansion of gaming within the city. In the summer of 2001 the provincial gaming minister froze all relocations of casinos in British Columbia. In January 2002 the Executive Council of the provincial government concluded that those casinos which had taken significant steps and made investments based on direction from the government or the Lottery Corporation to relocate or expand would remain eligible to do so. Four casinos fell into this category: the Royal Diamond Casino in Vancouver, the Royal Towers Casino in New Westminster, the Grand Casino in Vancouver and Casino Hollywood in Prince George. The Richmond casino, operated by Great Canadian, was not among the four. As a result, Great Canadian brought action against the provincial government and the Lottery Corporation. This litigation was settled in approximately December 2002 when the parties entered a tentative settlement agreement which was contingent on re-zoning of the Bridgepoint lands for an expanded casino, which would include slot machines.

[9] In the meantime, Richmond was changing its policy with respect to gaming. In May 2002, Richmond city council held a special meeting for the purpose of considering a general gaming policy which would allow a full service gaming facility and support Great Canadian as the operator of that casino.

[10] In October 2002, before reaching a settlement with the Province and Lottery Corporation, Great Canadian entered an agreement to purchase the sub-lease of the Bridgepoint lands, subject to regulatory approval. The lease payments were in

arrears and the land was subject to tax sale. To ensure that the sub-lease would not be lost, Great Canadian paid \$250,000 to bring the arrears into good standing.

[11] In February 2003, Great Canadian Casinos applied to have the Bridgepoint lands re-zoned to allow development of a casino on the lands. A public hearing was held on the re-zoning in March of 2003. The lands were re-zoned. In April 2003 Great Canadian acquired title to the sub-lease and Richmond issued a development permit for the Bridgepoint site. In May 2003 Richmond adopted the Bridgepoint re-zoning by-law and issued the development permit to Great Canadian.

[12] In May 2003, Great Canadian announced that the tentative settlement agreement with the Province and Lottery Corporation was final as a result of the adoption of the Bridgepoint re-zoning by-law and that it would immediately begin its planned construction program for the Bridgepoint lands.

[13] In May 2003 the Lottery Corporation advised Richmond that it would relocate the Richmond casino, subject to approval from Richmond, and that it would not make a final decision regarding the Richmond relocation until it received approval from Richmond, as required by the **Gaming Control Act**, S.B.C. 2002, c. 14.

[14] In June 2003 the Lottery Corporation advised Richmond that it must consult with adjacent municipalities and First Nations as set out in the **Act**. In July 2003 Richmond council directed its staff to implement a consultation program. On February 23, 2004 Richmond city council approved the relocation of the casino to the Bridgepoint site with the addition of slot machines and advised the Lottery Corporation accordingly.

[15] On February 24, 2004 the Lottery Corporation advised the Musqueam that the Lottery Corporation had received the approval of Richmond for relocation of the casino to the Bridgepoint lands; if the Musqueam wished to file an objection as provided for by the **Act**, they must do so by March 8, 2004. On March 5, 2004 Musqueam filed an objection with the Lottery Corporation.

[16] On March 26, 2004 the Lottery Corporation advised the Musqueam that the objection filed by the Musqueam was not an objection within the meaning of s. 21 of the **Act**; that the Lottery Corporation was satisfied that all of the statutory preconditions had been met for the proposed relocation; that the Lottery Corporation was satisfied that adequate community input had been sought and considered by Richmond and the Lottery Corporation had finalized its decision to relocate the casino to the Bridgepoint lands.

## **II. OVERVIEW**

[17] In these two petitions, the Petitioners raise four main objections:

1. that Richmond failed to obtain adequate community input to the relocation and substantial change of the casino, as it was required to by s. 19(2) of the **Act**;
2. that the Lottery Corporation did not comply with s. 19(1) of the **Act** when it decided to relocate the casino and add slot machines because Richmond had not consulted with the Musqueam as an adjacent and

materially affected First Nation, a prerequisite to the Lottery Corporation's decision;

3. that the Lottery Corporation failed to require Richmond to participate in non-binding dispute resolution with the Musqueam, after the Musqueam objected to the relocation and addition of slot machines (s. 21);
4. that the Province, through its agent the Lottery Corporation, did not fulfill its constitutional and common law duty to consult with the Musqueam regarding use of the Bridgepoint lands.

### III. THE STATUTORY SCHEME FOR GAMBLING IN BRITISH COULMBIA

[18] The ***Criminal Code***, R.S.C. 1985, c. C-46 makes public gambling an offence unless it is conducted and managed by the provincial government (ss. 197(2), 201-207.1). Only the provincial government can run a casino with slot machines. In British Columbia, the Province does so through the Lottery Commission as set forth in the ***Gaming Control Act***. The Lottery Corporation is a corporation which acts as the agent of the government. The Lottery Corporation is responsible for conducting, managing and operating provincial gaming on behalf of the government. Section 18 of the ***Act*** allows the Lottery Corporation to develop, use, or operate a facility as a gaming facility, relocate an existing facility or substantially change the type or extent of lottery schemes at a gaming facility after receiving authorization by written directive of the Minister. Section 20 of the ***Act*** provides that in deciding whether to develop, use or operate a facility as a gaming facility, to relocate an existing facility

or substantially change the type or extent of lottery schemes at a gaming facility, the Lottery Corporation may take into account factors that the Lottery Corporation considers relevant.

[19] Before the Lottery Corporation decides to relocate or substantially change a gaming facility, the Lottery Corporation must first receive the approval of the municipality where the facility is to be located and must be satisfied that the municipality has consulted with the adjacent or materially affected first nation:

**19 (1)** The lottery corporation must not ... relocate an existing gaming facility or substantially change the type or extent of lottery schemes...unless the lottery corporation

- (a) first receives the approval ...of the municipality...,
- (b) is satisfied that the municipality... has consulted each ... first nation that is immediately adjacent or that the lottery corporation considers will be materially affected by the gaming facility....

[20] A municipality must not give approval to the relocation or substantial change unless it satisfies the Lottery Corporation that adequate community input has been sought and considered:

**19 (2)** A municipality... must not give an approval ... unless, before or concurrently with giving the approval, the municipality... satisfies the lottery corporation that adequate community input has been sought and considered.

[21] Community input is defined in s. 10 of the **Gaming Control Regulation**, B.C. Reg. 208/2002 as:

... includes comments, information and representations received, from persons who reside in the community or are representative of organizations in the community ... after the municipality ... has both (a) given public notice within the community of the proposal and the particulars of the proposal; and

(b) provided an opportunity for the residents and representatives to provide comments, information and representations concerning the proposal, in the form of ... (i) one or more public hearings or meetings ...

[22] A First Nation that objects to the proposal may file an objection with the Lottery Corporation pursuant to s. 21 of the **Act**.

**21 (1)** A ... first nation ... may file an objection with the lottery corporation in the form and manner required by the lottery corporation, setting out how the objector will be materially affected by a gaming facility at the proposed location.

(2) If the lottery corporation receives an objection under subsection (1), then, within 30 days after the filing of the objection, the lottery corporation must require the municipality...to participate in a form of non-binding dispute resolution with [the]...first nation.

(3) The results of the alternate dispute resolution proceedings under this section must

... (b) be considered by the lottery corporation before the lottery corporation decides whether to locate or relocate the gaming facility.

#### **IV. PETITION L040742: THE PETITION AGAINST THE CITY OF RICHMOND**

[23] In petition L040742, the petitioners, the Musqueam Indian Band and Gordon Grant seek the following relief:

1. an order declaring that the resolution adopted by the Richmond city council on or about February 23, 2004, approving the proposed relocation of the Richmond Gaming Facility to the Bridgepoint lands and the proposed addition of slot machines is illegal and void in that it was made contrary to s. 19(2) of the **Gaming Control Act**, and s. 10 of the **Gaming Control Regulation**.

2. an order setting aside the approval for illegality in that it was made contrary to s. 19(2) of the ***Gaming Control Act*** and s. 10 of the ***Gaming Control Regulation***; and
3. an order declaring that the City of Richmond did not satisfy, or in any event could not have reasonably satisfied, the Lottery Corporation that adequate community input had been sought and considered in respect of the Bridgepoint casino proposals pursuant to s. 19(2) of the ***Gaming Control Act***, and s. 10 of the ***Gaming Control Regulation*** before or concurrently with giving the approval.

[24] The petitioners bring their petition pursuant to the ***Judicial Review Procedure Act***, R.S.B.C. 1996, c. 241 and the ***Local Government Act***, R.S.B.C. 1996, c. 323.

[25] Section 262 of the ***Local Government Act*** allows the court to set aside all or part of a by-law for illegality. By-law is defined to include a resolution.

[26] The ***Judicial Review Procedure Act*** gives the court the power to set aside a decision that is unauthorized or otherwise invalid.

[27] The petitioners argue that the Richmond resolution approving relocation of the gaming facility and the addition of slot machines must be set aside because Richmond has not complied with the requirements of the ***Gaming Control Act*** and ***Regulations***. The petitioners say that Richmond was required to give public notice of the proposal and its particulars and provide the public with an opportunity for

comments in the form of one or more public hearings or meetings; that Richmond did not do so and therefore could not satisfy the Lottery Commission, as it was required to do, that it had sought and considered adequate community input.

**A. THE POSITION OF THE PARTIES**

[28] The petitioners say that s. 10 of the **Gaming Control Regulations** is mandatory, that because community input is defined as including comments, information and representations received **after** the municipality has given public notice **and** provided an opportunity for the residents to provide comments, the municipality must do both before giving its approval to the relocation or substantial change of the gaming facility. The petitioners say that here, Richmond did not give public notice to the community of particulars of the proposal and did not, after giving such notice, allow the residents and representatives an opportunity to provide comments. The petitioners say that, as a result, the Richmond resolution approving the relocation and substantial change of the casino is invalid and must be set aside. The petitioners say further that the Lottery Corporation could not have been satisfied that Richmond had sought adequate community input before it relocated the casino, because Richmond had not complied with s. 10 of the **Gaming Control Regulation**.

[29] The petitioners say that the question of whether Richmond had sought and considered adequate community input is a question of law and the standard of review is correctness. The petitioners say that, even if the standard were not correctness, the Lottery Corporation's decision is patently unreasonable because

there was no publication of the particulars of the proposal and no public hearing or meeting following such a public notice.

[30] Richmond says that “community input” is to be interpreted broadly; that even if it were narrowly interpreted, it has complied, has given public notice of the proposal and its particulars, and has provided an opportunity for the residents to provide comments. Richmond argues that the legislation contemplates the Lottery Corporation determining whether it is satisfied that there has been adequate community input. Richmond says that the standard of review of that decision is patent unreasonableness. Finally, Richmond says that the court should not, in any event, declare its resolution void; that the court should apply the doctrine of substantial performance; that there has been no prejudice to the petitioners, that there would be substantial prejudice to others were the resolution set aside.

[31] The Lottery Corporation argues that the decision made by the Lottery Corporation (whether it is satisfied that Richmond sought and considered adequate community input) is discretionary; that the standard of review is patent unreasonableness. The Lottery Corporation says that the definition of community input is inclusive, not exhaustive. Finally, the Lottery Corporation says that there is no evidence of prejudice to any one in its conclusion that it was satisfied that adequate community input had been sought and considered, but there is considerable prejudice to the Lottery Corporation, to Richmond, to Great Canadian Casinos and to its employees if the relief sought in this petition is granted. Therefore, the Lottery Corporation says the relief should be refused in any event.

**B. ISSUES**

[32] This petition raises the following issues:

1. What is the decision under review?
2. What is the appropriate standard of review of that decision?
3. Is the definition of community input in the **Regulations** inclusive or exhaustive?

**C. DECISION UNDER REVIEW**

[33] The petitioner says:

This petition is solely concerned with the legality and validity of a resolution passed by the respondent, City of Richmond, on February 23, 2004 approving the relocation of and substantial change to the gaming facility ...

[34] After reviewing s. 19, I have concluded that the impugned decision is the Lottery Corporation's decision in May, 2003 in which it concluded that it was satisfied that Richmond had sought and considered adequate community input. The **Act** does not dictate that the municipality must seek and consider community input; rather, it provides that the municipality must not give approval to a relocation or substantial change to a gaming facility **unless** it **satisfies** the **Lottery Corporation** that adequate community input has been sought and considered. Here, the Lottery Corporation was satisfied before Richmond gave its approval in February, 2004. Thus, Richmond had complied with the requirements of the **Act** in giving its approval because it had satisfied the Lottery Corporation. The real thrust of the petitioner's

argument is that the Lottery Corporation could not or should not reasonably have been satisfied that the municipality had sought and considered adequate community input, because the municipality did not provide public notice of the proposal and the particulars of the proposal and then provide an opportunity for the residents and representatives to provide comments, information and representations concerning the proposal at one or more public hearings or meetings before the Lottery Corporation decided that it was satisfied with the community input (s. 10 of the ***Gaming Control Regulation***).

[35] Put another way, the **Act** does not dictate that the municipality must seek community approval in any particular form before granting its approval, rather the **Act** says that the municipality must not give an approval unless it satisfies the Lottery Corporation that adequate community input has been sought and considered: it is the Lottery Corporation's decision that it was satisfied which is truly in issue.

**D. THE APPROPRIATE STANDARD OF REVIEW**

[36] In ***Dr. Q. and the College of Physicians and Surgeons of British Columbia***, [2003] 1 S.C.R. 226, Chief Justice McLachlin, speaking for the court, considered the approach to be taken by the reviewing judge and said at paras. 21-22:

.... In every case where a statute delegates power to an administrative decision-maker, the reviewing judge must begin by determining the standard of review on the pragmatic and functional approach...

... the pragmatic and functional approach calls upon the court to weigh a series of factors in an effort to discern whether a particular issue before the administrative body should receive exacting review by a court, undergo "significant searching or testing" (*Southam, supra*, at para. 57), or be left to the near exclusive determination of the decision-maker. These various postures of deference correspond, respectively, to the standards of correctness, reasonableness *simpliciter*, and patent unreasonableness.

(paras. 21-22)

[37] The court identified four factors to be considered:

27 The first factor focuses generally on the statutory mechanism of review. A statute may afford a broad right of appeal to a superior court or provide for a certified question to be posed to the reviewing court, suggesting a more searching standard of review: see *Southam, supra*, at para. 46; *Baker, supra*, at para. 58. A statute may be silent on the question of review; silence is neutral, and "does not imply a high standard of scrutiny": *Pushpanathan, supra*, at para. 30. Finally, a statute may contain a privative clause, militating in favour of a more deferential posture. The stronger a privative clause, the more deference is generally due.

28 The second factor, relative expertise, recognizes that legislatures will sometimes remit an issue to a decision-making body that has particular topical expertise or is adept in the determination of particular issues. Where this is so, courts will seek to respect this legislative choice when conducting judicial review. Yet expertise is a relative concept, not an absolute one. Greater deference will be called for only where the decision-making body is, in some way, more expert than the courts and the question under consideration is one that falls within the scope of this greater expertise.... Simply put, "whether because of the specialized knowledge of its decision-makers, special procedure, or non-judicial means of implementing the Act", an administrative body called upon to answer a question that falls within its area of relative expertise will generally be entitled to greater curial deference: *Pushpanathan, supra*, at para. 32.

...

30 The third factor is the purpose of the statute.... As 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: see *Pushpanathan, supra*, at para.

36, where Bastarache J. used the term "polycentric" to describe these legislative characteristics.

31 A statutory purpose that requires a tribunal to select from a range of remedial choices 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 : ...A legislative purpose that deviates substantially from the normal role of the courts suggests that the legislature intended to leave the issue to the discretion of the administrative decision-maker and, therefore, militates in favour of greater deference. ...

...

33 The final factor is the nature of the problem....When the finding being reviewed is one of pure fact, this factor will militate in favour of showing more deference towards the tribunal's decision. Conversely, an issue of pure law counsels in favour of a more searching review. This is particularly so where the decision will be one of general importance or great precedential value: *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 23. Finally, with respect to questions of mixed fact and law, this factor will call for more deference if the question is fact-intensive and less deference if it is law-intensive.

...

35 Having considered each of these factors, a reviewing court must settle upon one of three currently recognized standards of review..... Where the balancing of the four factors above suggests considerable deference, the patent unreasonableness standard will be appropriate. Where little or no deference is called for, a correctness standard will suffice. If the balancing of factors suggests a standard of deference somewhere in the middle, the reasonableness *simpliciter* standard will apply.

[38] What is the appropriate standard of review in this case? Dealing with each of the factors in turn:

## 1. Statutory Mechanism for Review

[39] Here, the legislation does not include a privative clause and does not provide for a statutory right of appeal. As the statute is silent on the question of review, it is neutral and does not imply a high standard of scrutiny.

## **2. Relative Expertise of the Tribunal**

[40] The petitioner argues that s. 10 of the **Gaming Control Regulation** is mandatory: that the Lottery Corporation cannot give approval unless the municipality has first given public notice of the proposal and its particulars and provided an opportunity for the residents to provide comments at one or more public hearings or meetings. If this were correct, the decision to be made by the Lottery Corporation would place only a limited call on the Lottery Corporation's expertise. However, as detailed below, in my view, the petitioners' interpretation of the legislation is not correct and the decision calls upon the Lottery Corporation to employ its expertise in managing the gaming industry in British Columbia.

[41] The legislation requires the Lottery Corporation to be satisfied that **adequate** community input has been sought and considered. In addition, s. 20 of the **Act** provides that in deciding to relocate or substantially change a facility, the Lottery Corporation may take into account factors that the Lottery Corporation considers relevant. Thus, the legislation requires the Lottery Corporation to employ its expertise and discretion in determining whether to relocate or substantially change a gaming facility and in determining whether adequate community input has been sought and considered. If the legislature intended that a municipality could not give approval until (as the petitioners argue) it had provided public notice of the proposal

and its particulars and provided an opportunity for the residents to provide comments at public meetings or hearings, it could easily have said so. Rather, the legislation provides that the municipality must not give its approval unless it has satisfied the Lottery Corporation. The legislature clearly intended to provide the Lottery Corporation with a wide discretion in reaching its decision. Hence, the legislation calls on the Lottery Corporation to exercise its expertise in managing the gaming industry in British Columbia and the decision is entitled to greater curial deference.

### **3. Purpose of the Statute**

[42] The Lottery Corporation is given a broad mandate in the **Gaming Control Act** to conduct and manage gaming on behalf of the government (s. 7). Sections 19(2) and 20 confer a broad discretion on the Lottery Corporation. It is the Lottery Corporation that is to be satisfied that the community input has been adequate. When deciding to relocate or substantially change a facility, the Lottery Corporation may take into account factors that the Lottery Corporation considers relevant. This suggests that the legislative purpose deviates substantially from the normal role of the courts, suggests that the legislature intended to leave the issue to the discretion of the administrative decision maker and militates in favour of greater deference.

### **4. Nature of the Problem: Question of Fact or Law?**

[43] The petitioners argue that the question is one of pure law, the statutory interpretation of s. 19 of the **Act** and s. 10 of the **Regulation**. The petitioners say that s. 10 of the **Regulation** is mandatory, that the definition of community input as

“includes” comments, information and representation received after the municipality has both given public notice of the proposal and the particulars of the proposal and provided an opportunity for residents to provide comments means that this, at least, must be done. If it is not done, then community input has not been sought. The question is simply one of interpreting the legislation, a pure question of law.

[44] The respondents argue that the word “includes” is to be given its ordinary meaning, citing Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983) at p. 18:

The standard guide for draftsman is that *means* restricts and *includes* enlarges. This is what Lord Watson had to say in *Dilworth v. Commissioner of Stamps*:

The word “include” is very generally used in interpretation clauses in order to enlarge the meaning of words or phrases occurring in the body of the statute; and when it is so used these words or phrases must be construed as comprehending, not only such things as they signify according to their natural import, but also those things which the interpretation clause declares that they shall include.

[45] Reading the legislation as a whole, the *Regulation* together with the *Act*, I am satisfied that the legislature did not intend by the definition of community input to strip the Lottery Corporation of the broad discretion granted to it in the *Act*.

“Includes” should be given its ordinary interpretation as enlarging rather than restricting the definition. The question is one of mixed fact and law. In that the legislation requires the Lottery Corporation to determine the adequacy of community input, the question is highly factual. (I note parenthetically that even if the question were, as the petitioner argues, only whether the municipality had first given public notice of the proposal and its particulars and then provided an opportunity for the

residents to provide comments that, too, would be a question of mixed fact and law, although it would be less factually weighted.) That a decision maker is to be satisfied of something is a strong indication that the matter is fact intensive and calls for more deference.

[46] I conclude that the legislature intended to confer substantial discretion on the Lottery Corporation to determine whether adequate community input had been sought and considered and the court should give considerable respect to the decision of the Lottery Corporation. The standard of review is patent unreasonableness.

**E. WAS THE LOTTERY CORPORATION DECISION PATENTLY UNREASONABLE?**

[47] Mr. Asselstine, casino project coordinator for the Lottery Corporation considered the status of Richmond's community input efforts in May 2003. He was aware, through communications with Great Canadian, of Richmond's efforts to obtain community input. In addition, he reviewed:

- (a) the meeting minutes of the City of Richmond regular council meeting of May 12, 2003;
- (b) Richmond Zoning & Development By-law 7484 and 7485;
- (c) the meeting minutes of the City of Richmond regular council meeting for public hearings of March 17, 2003; and

- (d) Report to Committee of the City of Richmond with respect to By-law 7484 and 7485 dated January 30, 2003 which he obtained from the City of Richmond website.

On May 12, 2003 Richmond passed the by-law approving the re-zoning of the lands to permit development of casino, following a public hearing on March 17, 2003.

Richmond gave notice of the proposed rezoning by publishing five separate notices of public hearing in two newspapers. The notices provided:

Applicant/s: Great Canadian Casinos Inc.

Purpose: To re-zone a portion as shown on the attached sketch from automobile-oriented commercial district (c-6 to comprehensive development district cd/87) in order to permit the development of a casino, hotel, offices and accessory uses.

Information on procedure:

Persons who believe that their interest in property is affected by the proposed by-law may make an oral presentation or submit written comments at this public hearing. If you are unable to attend, you may send your written submission to the City clerk's office by 4:00 p.m. on the date of the public hearing. All submissions will form part of the record of the hearing. Further information may be obtained from the City contact identified above. A copy of the proposed by-law, supporting staff and committee reports and other background material may be inspected at the urban development division, between the hours of 8:15 a.m. and 5:00 p.m. Monday through Friday except statutory holidays commencing March 7, 2003 and ending March 17, 2003 or upon the conclusion of the hearing. Staff reports on the matter (as) identified above are available on the City website at <http://www.city.richmond.bc.ca/council/hearings/2003/ph2003listdoc.htm>.

- [48] Mr. Asselstine reviewed the website materials which included the re-zoning and development by-law and the staff report, which provided detailed information on the relocation of the casino:

This report addresses two applications to facilitate the relocation of the Great Canadian Casino from its current location at Bridgeport/Sea Island Way to the Bridgepoint Market site on River Road. The applications are proceeding concurrently in order to ensure consistency with council's current gaming policy which supports only one full service community casino in Richmond. Council adopted this policy on May 29, 2002

and on the gaming policy:

On May 29, 2002, council adopted a gaming policy that supports one full service community gaming casino in Richmond which contains a maximum of 30 gaming tables, up to 6 poker tables and a maximum of 300 slot machines (see attachment 5). This policy was adopted after a planning process which included public consultation with Richmond residents.

In order to ensure consistency with this policy, relocation of the Great Casino operation requires the land use contract at its current location at Sea Island Way/Bridgeport Road and No. 3 Road be amended to remove casinos as a permitted use on that site. Carousel Ventures Ltd. which owns the existing casino site has applied to the City to amend the current land use contract (LUC 126) on the site to prohibit casinos as a permitted use.

The Lottery Corporation has recognized council's policy to allow one full service community gaming casino in Richmond. The Lottery Corporation has advised the City that the Great Canadian Gaming Corporation is eligible to be relocated within the City of Richmond as a full service casino (including table games and slot machines) pursuant to council's adopted casino policy and supports the new site at the Bridgepoint Market property subject to all necessary approvals by the City.

[49] Mr. Asselstine advised Mr. Lynch, the Vice-President of casino gaming for the Lottery Corporation that Richmond had satisfied the community input requirement.

Mr. Lynch had attended the May 2002 gaming policy hearings and was aware of the March 2003 rezoning public meeting. He agreed with Mr. Asselstine and concluded, on behalf of the Lottery Corporation, that Richmond had satisfied the requirement for community input.

[50] Was this conclusion patently unreasonable? Patent unreasonableness has been defined as clearly irrational, evidently not in accordance with reason. It is a very strict test (***Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada***, [1993] 1 S.C.R. 941).

[51] In my view, the decision was not patently unreasonable. There was a rational basis for the Lottery Corporation to conclude that Richmond had sought and considered adequate community input. The public hearings in May 2002 addressed the gaming policy generally, the expansion to slot machines and Las Vegas style gambling. The rezoning hearing provided members of the public to express their views with respect to the relocation of the casino to this site.

[52] Even if the standard of review were correctness, I would not set aside the decision. Richmond did give the public notice of the proposed casino project at the Bridgepoint site. The public notice, both in the newspaper and on signs posted on the site directed the reader to further information available from the city. The staff report for the rezoning application provided full particulars of the Bridgepoint casino project and was available at the city offices or on the website. A public hearing was conducted on the rezoning application and members of the community provided comments on the casino project.

[53] Finally, the Lottery Corporation was aware of the two day public hearing held in May 2002 with respect to changing the city's policy with respect to gaming, and particularly with respect to slot machines in Richmond and the extensive public input at that time. Hence, even if the standard to be applied were correctness I would not

set aside the decision of the Lottery Corporation that adequate community input had been sought and considered.

**V. PETITION L041328:**

[54] In petition L041328 the petitioners, the Musqueam Indian Band and Gordon Grant seek:

1. An order setting aside the decision of the Lottery Corporation of March 26, 2004 to relocate the gaming facility to the Bridgepoint site as contrary to sections 18(1)(b), 19(1)(a)(2), 19(b) and 21 of the **Gaming Control Act** and sections 10 and 11 of the **Gaming Control Regulations**;
2. An order setting aside the decision of the Lottery Corporation made on March 26, 2004 to substantially change the nature and extent of the lottery schemes at the Richmond Gaming Facility including adding slot machines as contrary to sections 18(1)(c), 19(1)(a)(3) and 19(1)(b) of the **Gaming Control Act** and sections 10, 11, 12 and 13.1 of the **Gaming Control Regulations**;
3. An order setting aside the Bridgepoint Casino relocation and substantial change decisions as invalid on ground of reasonable apprehension of bias or on the ground that the Lottery Corporation improperly fettered its discretion in respect of those decisions;
4. an order declaring that the Bridgepoint Casino decisions are invalid and setting aside those decisions on the grounds that the Lottery Corporation and Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia failed to fulfill their fiduciary and constitutional duties to consult and accommodate the Musqueam Indian Band in respect of aboriginal and treaty interests asserted by the Musqueam and affected by those decisions.
5. An order prohibiting the Lottery Corporation from taking any further steps to relocate or substantially change the gaming facility until:
  - (a) the Lottery Corporation has received valid authorizations from the Minister in conformity with s. 18 of the **Gaming**

**Control Act**; received a valid approval from the City of Richmond in conformity with s. 19 of the **Gaming Control Act**; and been satisfied on a reasonable basis that the City of Richmond has consulted Musqueam in conformity with s. 19 of the **Gaming Control Act**; and

- (b) the fiduciary and constitutional duty of the Lottery Corporation and Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia to consult and accommodate the Musqueam in respect of the aboriginal and treaty interests that are asserted by Musqueam and that would be affected by that relocation or substantial change, has been satisfied.

**A. POSITION OF THE PARTIES**

[55] The petitioners argue that Richmond did not fulfill its obligation to consult with the Musqueam as an immediately adjacent First Nation pursuant to s. 19(1)(b) of the **Act**; that the Lottery Corporation erred in being satisfied that Richmond had fulfilled its duty to consult with Musqueam and that Richmond's purported consultation was not made in good faith.

[56] Second, the petitioners say that the Musqueam filed an objection to the proposed relocation of the gaming facility; the Lottery Corporation was required to refer Richmond and the Musqueam to non-binding dispute resolution and to consider the results of that dispute resolution; that Lottery Corporation erred in rejecting the Musqueam objection and in not referring Richmond and Musqueam to non-binding dispute resolution.

[57] The Musqueam say that the Lottery Corporation improperly fettered its discretion by its settlement agreement with Great Canadian and that the Lottery Corporation's conduct gives rise to a reasonable apprehension of bias, if not actual bias.

[58] Finally, the Musqueam say that the decision of the Crown in this case with respect to use of the Bridgepoint lands triggered a common law and constitutional duty to consult and accommodate which was not fulfilled.

[59] The respondents say that Richmond consulted with the Musqueam pursuant to the **Act**; that the objection made by the Musqueam was not that contemplated by the **Act** and the Lottery Corporation properly concluded that it was not an objection. They say that the argument with respect to bias and fettering of discretion is misconceived in circumstances such as these, where the Lottery Corporation is the proponent of the casino relocation and expansion. Finally, they say that the land in question had already been alienated some years before by virtue of the lease to the North Fraser Harbour Commission and sub-lease to the Bridgepoint Market, that there was no duty to consult or accommodate in these circumstances.

**B. CONSULTATION BY RICHMOND**

[60] Section 19(1) of the **Act** provides that the Lottery Corporation must not relocate or substantially change a gaming facility unless the Lottery Corporation is satisfied that the municipality has consulted with any First Nation that is immediately adjacent or will be materially affected. The **Gaming Control Regulation** provides in s. 11(2) that “materially affected” includes that, as a result of the proposal proceeding, the First Nation can demonstrate a likelihood that it will incur significant new infrastructure or policing costs, experience increased traffic with a significant impact on its highways, or experience a significant adverse impact on the amenities and character of one or more of its neighbourhoods.

[61] The issues between these parties are the scope of Richmond's duty to consult and whether that duty was fulfilled.

[62] The Musqueam say that Richmond had a duty to consult with them on issues which were likely to be important to the Musqueam and say that these would include aboriginal title claims, treaty negotiations and economic and social development issues. The respondents say that Richmond's duty to consult was limited to land use issues, as those would be the only issues within Richmond's jurisdiction. Richmond says that it has fulfilled that obligation to consult.

**C. BACKGROUND**

[63] On July 14, 2003 Richmond directed staff to implement its consultation program with adjacent municipalities and the Musqueam. On July 21, 2003, Richmond sent written information to the Musqueam and to the municipalities of Vancouver, Delta, Burnaby and New Westminster, asking if they considered themselves to be materially affected by the casino relocation. On July 21st the Musqueam contacted Terry Crowe, the manager of the policy planning department of Richmond, requesting a meeting on August 18, 2003 to discuss the proposed relocation of the casino and advise of the band's concerns. On August 14, 2003 Richmond delivered an information package to the Musqueam with respect to the relocation and addition of slot machines.

[64] On August 18, 2003 Mr. Crowe met with Musqueam representatives to discuss the process. On October 9, 2003 Mr. Crowe wrote to Darryl Harjit, Chief Administrative Officer/Band Manager for the Musqueam, requesting a meeting "to

hear how you are materially affected by the casino relocation". The Musqueam took the position that the obligation to consult with them arose because they were immediately adjacent and the consultation was not limited to the manner in which they were "materially affected". On December 4, Mr. Crowe and Richmond Solicitor Mr. Paul Kendrick met with Musqueam representatives, including their legal counsel. There is an issue between Richmond representatives and the Musqueam representatives as to whether Mr. Kendrick and Mr. Crowe said that this would or would not be part of the consultation process. The Richmond representatives say that to their minds it was part of the consultation process, although they were not authorized to make decisions on behalf of the Richmond. The Musqueam representatives say that Mr. Kendrick and Mr. Crowe said it would not be part of the consultation process. In any event, at that meeting the Musqueam representatives identified three areas where the band felt they were materially affected:

1. Alienation of the land when it is one of the few remaining parcels of land available for their land claims;
2. That the casino relocation would affect their own gaming initiatives;
3. Economic impact from the Musqueam not having the income stream which the casino would provide.

[65] Mr. Crowe and Mr. Kendrick reported on the meeting to city council on December 8, 2003. Also on December 8, 2003, Mr. Rosenbloom, counsel to the Musqueam, wrote a letter summarizing the Musqueam concerns with respect to the proposed casino development. In that letter, Mr. Rosenbloom took the position that the letter itself should not be considered part of the required consultation process. He said:

The proposed casino relocation and development at Bridgepoint materially affects the Musqueam in many ways, including by:

1. infringing Musqueam aboriginal rights and title over the land comprising the Bridgepoint site;
2. prejudicing the Musqueam in their ongoing treaty negotiations, by reducing the amount of land in the Musqueam traditional territory available for the settlement of the Musqueam comprehensive land claim;
3. prejudicing the Musqueam in their ongoing treaty negotiations with regard to gaming and authority over gaming;
4. adversely affecting Musqueam financial interests in gaming and gaming-related business ventures;
5. adversely affecting Musqueam interests in community development directly or indirectly related to gaming.

[66] On January 19, 2004, Richmond's solicitor, Mr. Kendrick, wrote to Mr.

Rosenbloom:

The city wishes to move the consultation process required under the **Gaming Act** and the regulations under that **Act** to a conclusion . . . the constraints of the Community Charter and the role of the council and the committee system employed in Richmond has led me to suggest the procedure that follows. Council has set up a number of standing committees which look at various matters before they are considered at a formal council meeting. [T]he committee (as does council) will hear delegations on items on the agenda. One of those committees is the general purposes committee which consists of all members of council.

The rules for the procedure of a committee are less formal than council, and allow for a more complete discussion of the issues. Items are placed on the committee agenda through staff reports which set out the issues and make recommendations. The committee then decides whether or not to endorse the staff position and sends the result to the formal council meeting.

I will be writing a report to the general purposes committee setting out how the Musqueam consider they are materially affected based on the comments made at the meeting held on December 4, 2003 and on the five points contained in your letter of December 8, 2003. The report will not try to separate the concerns on the basis of whether they come under the **Gaming Act**, or the common-law duty that you have

indicated the City has to consult. . . . you and your clients are invited to attend either or both of these meetings to explain the band's position and to add other concerns if that is deemed to be appropriate.

I will attempt to supply you with a copy of the report in advance of the meeting.

[67] With respect to the first three issues raised by Mr. Rosenbloom, Mr. Kendrick took the position that relocating the casino and the addition of slot machines did not infringe on aboriginal rights; that the disposition of lands was a provincial and federal issue; that Richmond had no authority over gaming and Richmond's decision whether or not to allow the casino to move was a land use issue, not a gaming issue. With respect to the fourth issue, Mr. Kendrick said that the current city policy allowed only one casino in Richmond, but that policy could be changed if council wished. The Musqueam could apply to council to change the policy if the band were given the right to have a casino in Richmond; further, the Province had the power to overrule any city policy that would impact on the casino. With respect to the fifth item, Mr. Kendrick said that Richmond was entitled to a percentage of the revenue from the casino as a host city, the percentage set by the provincial government. Richmond had been receiving revenue from its existing casino; the situation was not changed by the relocation of the casino. He said, in conclusion "if there were other points you wish me to deal with in the report, please advise and I will add them. As mentioned, you and the band are invited to attend at the committee meeting to comment on the position I have taken and to suggest any other areas which the band considers that it is "materially affected"."

[68] Mr. Rosenbloom responded and requested itemized documents and information, including copies of minutes of all meetings of Richmond council and

committees regarding casino relocation and development from 2001 to date; a copy of all Richmond policies on gaming from 2001 to date; a copy of any agreement or draft agreement between Richmond and the Lottery Corporation regarding gaming at the Bridgepoint site; an explanation of how and when Richmond was advised that the Great Canadian Gaming Corporation was eligible to relocate and or expand its casino operations within Richmond; Richmond's estimate of the projected revenues from all sources to be derived from gaming and related businesses at the proposed casino development.

[69] Mr. Kendrick responded, reiterating his concerns that the consultation taking place was pursuant to the provisions of the **Gaming Control Act**, limited to matters clearly within the jurisdiction of the municipality such as traffic, policing costs, etc.

[70] On February 10, Mr. Kendrick provided certain of the requested documents and information, including the minutes of meetings of council and committees concerning casino relocation and development from 2001 to date; Richmond's policy on casinos and gambling, along with information provided by the Lottery Corporation to a special council meeting on May 28, 2002; a copy of the host financial assistance agreement between the province and Richmond; information with respect to revenue currently received from the existing casino.

[71] On February 16, 2004, the General Purposes Committee met with the Musqueam. At that meeting the Musqueam expressed their concern with the manner in which the consultation had taken place, and with Richmond's delay in contacting the Musqueam. They expressed their view that Richmond had failed to

consult and accommodate the Musqueam in good faith. They said that the meeting with the committee should be taking place *in camera*. The Musqueam submitted that:

The report [the report from the city solicitor to the committee] wrongly characterizes the nature and extent of the City's obligation to consult the Musqueam in respect of the proposed Bridgepoint Casino and accommodate Musqueam concerns and interests. The report wrongly suggests that the City is not obligated to take account of the infringement of Musqueam aboriginal title and rights, the prejudice to Musqueam treaty negotiations and the damage to Musqueam financial and community development interests that would result from the relocation and expansion of the casino at Bridgepoint.

The report wrongly suggests that the Musqueam would not be materially affected by the Bridgepoint casino within the meaning of the Gaming Control Act and Regulation. There can be no doubt that the Musqueam would be materially affected by the proposed casino. The consequences for the Musqueam would be severe and profoundly damaging on a number of levels, including the economic level.

The City has long been aware of the Musqueam initiative to own and operate their own gaming facility in the area. . . . The City clearly considers that it would be materially affected by the establishment of a Musqueam gaming facility. And yet, city staff, in their report to committee, suggest that the Musqueam will not be materially affected by the proposed Bridgepoint casino. The double standard is obvious . . . the City appears to have done no more than grudgingly go through the motions of a superficial hearing of the Musqueam. An invitation to respond to a deeply deficient city report in a public forum with restrictions on discussion is far wide of the mark of bona fide consultation. There has been no accommodation of Musqueam concerns and interests. The City has not discharged its legal obligations."

[72] On February 23, 2004 Richmond determined that it had fulfilled its duty to consult with the Musqueam and others under the **Gaming Control Act** and **Regulations** and approved the relocation and expansion of the casino.

[73] On February 24, 2004, Richmond advised the Lottery Corporation that it had completed its consultation with municipalities and First Nations and approved the relocation and expansion of the casino.

[74] On February 24, 2004 the Lottery Corporation advised the Musqueam of the approval and noted:

The **Gaming Control Act** provides for a procedure by which an immediately adjacent local government or First Nation may file an objection with BCLC setting out how the objector will be materially affected by a gaming facility at the proposed location ... if BCLC receives an objection which fits within the context of the **Act** and is properly supported within the required time, then BCLC will require the City of Richmond and the objector to participate in non-binding dispute resolution process in the manner specified by BCLC. A copy of BCLC's objection and dispute resolution process for the location or relocation of gaming facilities is attached for your reference.

[75] The enclosed materials provide in part:

The objection must set out how the objector will be materially affected by a gaming facility at the proposed location. The term "materially affected" is given more precise meaning in s. 11(2) of the Regulation. Specifically, the definition of "materially affected" describes certain grounds for objection which include that as a result of the proposed proceeding the objector:

Can demonstrate a likelihood that it will:

- (a) incur significant new infrastructure or policing costs;
- (b) experience increased traffic with a significant impact on its highway; or
- (c) experience a significant adverse impact on the amenities and character of one or more of its neighbourhoods.

If an objector raises any other grounds, the objector must demonstrate to BCLC satisfaction that those grounds are contemplated by the **Act** and the Regulation which includes that the proposed host government and objector have the ability to resolve the objection through a non-binding DR process involving only those parties. In determining

whether such an objection is contemplated by the **Act**, BCLC will be guided by the definition of “materially affected” in the Regulation.

[76] Counsel for the Musqueam responded on March 5, 2004, saying that the Musqueam would be materially affected by the proposed relocation substantial change of the casino:

1. Infringement of Musqueam aboriginal title and rights;
2. Would prejudice Musqueam treaty negotiations in respect of the Bridgepoint lands;
3. Would prejudice Musqueam treaty negotiations in respect of gaming: the establishment of a massive new gaming facility at Bridgepoint would make Musqueam treaty negotiations on the subject of gaming all but academic;
4. Would adversely affect Musqueam economic interests relating to gaming: the capacity of the Musqueam to participate in and obtain economic benefit from the gaming industry would be severely limited by the establishment of a massive new gaming facility;
5. Would adversely affect the Musqueam community development interest relating to gaming: the suppression of Musqueam participation in the gaming industry would have a significant negative impact on the future employment and social development of the Musqueam community and its members, here referring to creation of jobs anticipated by the development and the availability of gaming revenues to fund services.

[77] On March 26, 2004 the Lottery Corporation responded, saying:

BCLC has reviewed and considered the Musqueam objection and has determined that it does not represent an objection within the meaning of s. 21 of the **Act**. BCLC has concluded that the Musqueam objection does not set out how the Musqueam will be “materially affected” by a gaming facility at the proposed location within the meaning of the **Act**. The concerns raised by the Musqueam are not concerns that can be resolved through non-binding dispute resolution with the City of Richmond under the **Act**. As BCLC does not regard the March 5 letter as an “objection” within the meaning of s. 21 of the **Gaming Control Act**, BCLC will not be referring the objection to non-binding dispute resolution under the **Act**.

**D. STATUTORY REQUIREMENTS**

[78] The Lottery Corporation must not relocate or substantially change gambling facilities unless the Lottery Corporation is satisfied that the municipality has consulted with each First Nation that is immediately adjacent or that the Lottery Corporation considers will be materially affected by the proposed gaming facility (s.19(1)(b)).

[79] A First Nation that is dissatisfied with its consultation with the municipality may file an objection with the Lottery Corporation setting out how the objector will be materially affected by the facility at the proposed location. If the Lottery Corporation receives such an objection, it must require the municipality to participate in a form of non-binding dispute resolution with the First Nation (s. 21).

[80] “Materially affected” is defined in s. 11(2) of ***Gaming Control Regulation*** as meaning:

... as a result of the proposal proceeding, the municipality, regional district, or first nation can demonstrate a likelihood that it will:

- (a) incur significant new infrastructure or policing costs;
- (b) experience increased traffic with a significant impact on its highways; or
- (c) experience a significant adverse impact on the amenities and character of one or more of its neighbourhoods.

[81] Results of the alternate dispute resolution proceedings are reported to the Lottery Corporation and considered by the Lottery Corporation (s. 21(3)) and the Lottery Corporation has 30 days after receiving the report to decide whether or not to locate or relocate the gaming facility.

**E. THE DECISIONS IN ISSUE**

[82] As with the dispute relating to s. 19(2) in Petition L040742, the decisions in issue here are those of the Lottery Corporation:

1. That it was satisfied that the municipality had consulted with the Musqueam First Nation; and
2. That the objection filed by the Musqueam First Nation is not that contemplated by s. 21(1).

Although the petitioner argues that Richmond failed to consult with the Musqueam as contemplated by the **Act**, there is no positive duty placed on Richmond by the **Act**. Rather, the **Act** requires that the Lottery Corporation is satisfied that Richmond has consulted.

**F. STANDARD OF REVIEW**

[83] The Lottery Corporation's decision pursuant to s. 19(1), that it was satisfied that the municipality had consulted with the Musqueam, is akin to its decision pursuant to s. 19(2), that it was satisfied that Richmond had sought and considered community input. As with that decision, I have concluded that the standard of review is patent unreasonableness, for the reasons set out above with respect to the decision pursuant to s. 19(2).

[84] The Lottery Corporation's decision that the objection filed by the Musqueam did not come within s. 21(1) is a question of statutory interpretation, for which the

Lottery Corporation is no more expert than is the court. The appropriate standard of review, as acknowledged by the parties, is correctness.

**G. WAS THE LOTTERY CORPORATION PATENTLY UNREASONABLE IN DECIDING THAT IT WAS SATISFIED THAT RICHMOND HAD CONSULTED WITH THE MUSQUEAM?**

[85] I have concluded the Lottery Corporation's decision was not clearly irrational or not in accordance with reason. The Lottery Corporation had evidence logically capable of supporting its conclusion. Staff from Richmond had, over the course of several months, met with representatives of the Musqueam, received the Musqueam's concerns with respect to the development and provided information to the Musqueam. While the Musqueam did not consider these meetings with staff to be consultation or appropriate consultation, the Lottery Corporation considered such meetings to be part of the consultation process. This was a rational conclusion. The Richmond staff report was provided to the Musqueam representatives before it was provided to Richmond city council. The Musqueam were given ample opportunity to respond to the staff report and to raise additional concerns with Richmond city council.

[86] The petitioners argue that consultation process with Richmond was a sham because Richmond had already made up its mind that it wanted to pursue the casino at the Bridgepoint site. It is apparent from the evidence before me that Richmond was keen to pursue the casino development at the Bridgepoint site. This does not mean that the consultation process was a sham. The consultation process allowed

the Musqueam to advise Richmond of their concerns. The Musqueam might have raised concerns that Richmond would have chosen to address. For example, an adjacent municipality or a First Nation may be concerned with traffic flow or adequacy of parking. These are matters which Richmond could respond to and which Richmond may be inclined to respond to, given that the Lottery Corporation had yet to reach its final conclusion as to whether it would develop the casino in its proposed location.

[87] There is some force to the petitioner's argument that by the time their input was sought, many of the development decisions were already taken by Richmond in that the property had been rezoned and development permits issued. This argument may have had more force, had the issues raised by the Musqueam been issues which would be addressed in the zoning application or development permit process. So, for example, were the Musqueam concerned with traffic flow or adequacy of parking, these would be issues that could have been addressed in the zoning and development permit process.

[88] However, in this case, the issues raised by the Musqueam were not of this type. Rather, the Musqueam's concerns were of a larger nature: if the Richmond casino were substantially expanded as contemplated, then it would be less likely that the Musqueam would be able to have a casino of their own or that any casino that the Musqueam did develop would be as financially successful; that development of a casino on the Bridgepoint site would infringe Musqueam aboriginal title and rights, and would prejudice Musqueam treaty negotiations with respect to the land and in respect of gaming. These concerns are of a higher order and are properly

addressed to either the Lottery Corporation with respect to its decision as to where it chose to place its casino, or with the provincial and federal governments with respect to treaty negotiations. They are not matters over which Richmond had jurisdiction or which could be addressed by Richmond. Essentially, the Musqueam were asserting that Richmond must become the Musqueam's advocate with respect to Musqueam interest. This cannot be the type of consultation contemplated by the **Act**.

[89] The petitioners argue that Richmond failed to consult with them because Richmond refused to hold an *in camera* meeting with the Musqueam. I accept the argument of Richmond that its meetings with the Musqueam were not such as to allow it to hold an *in camera* meeting: section 90 of the **Community Charter**, S.B.C. 2003, c. 26. Further, Musqueam's wish for confidentiality could have been met in other ways. Two of the Richmond staff members, Mr. Crowe and Mr. Kendrick, met and corresponded with various representatives of the Musqueam, including counsel for the Musqueam. If there were information or materials which the Musqueam wished to be kept confidential, surely it could have been raised and addressed at this point. A vehicle could have been considered to keep such materials confidential.

[90] The Musqueam say that they were not consulted by Richmond in a timely way, that they were not consulted until August 14, 2003, after Richmond had taken many steps to facilitate the establishment of the casino including re-zoning, demolition and construction permits for the development of the casino.

[91] The statute does not provide any time frame within which the consultation must take place. However, to be effective, there would be instances in which the consultation must take place before re-zoning, demolition, construction and development permits are issued. For example, an adjacent municipality may be concerned that a casino development will have an impact on its community because the development proposed is adjacent to a school, or will impact a nearby road on which there is already too much traffic. In those circumstances, the adjacent municipality may wish to have the casino developed elsewhere, or may wish accommodation in redevelopment of roads, overpasses, etc. These sorts of accommodation would necessarily take place before the relevant re-zoning, construction and development permits were issued. Presumably, it would be in the interests of the developer and of the municipality promoting the casino that legitimate concerns of adjacent municipalities and First Nations be elicited early enough in the process to accommodate these concerns, as, otherwise, they would risk a decision by the Lottery Corporation not to place the casino as originally proposed.

[92] However, in this instance, the concerns that the Musqueam advanced could not be accommodated by Richmond, so the timing of the meetings with Richmond is not of consequence, and does not make the Lottery Corporation conclusion that Richmond had consulted with the Musqueam patently unreasonable.

**H. LOTTERY CORPORATION REJECTION OF MUSQUEAM OBJECTION**

[93] The Lottery Corporation rejected the objection filed by the Musqueam as not coming within s. 21, not being matters that could be resolved with Richmond through non-binding dispute resolution. In my view, this is a correct interpretation of this section. The then applicable **Regulation** defined “materially affected”:

11(2) For the purposes of the Act “**materially affected**”, in relation to a municipality, regional district or first nation, includes that, as a result of the proposal proceeding, the municipality, regional district or first nation can demonstrate a likelihood that it will

- (a) incur significant new infrastructure or policing costs,
- (b) experience increased traffic with a significant impact on its highways, or
- (c) experience a significant adverse impact on the amenities and character of one or more of its neighbourhoods.

[94] The definition of “materially affected” is to be given its usual interpretation; ‘includes’ is expansive, not restrictive (as discussed above with respect to Petition L04072). The definition is not limited to the three items listed in s. 11(2) of the **Regulation**, but includes those items. However, to refer municipalities and First Nations to non-binding arbitration after consultation has failed to resolve issues between them, must contemplate matters that can be addressed by the municipality. The subject of the objection and the non-binding resolution is clearly land use planning. The issues which the Musqueam raised were not land use planning issues, and were not matters which could be addressed by Richmond. Therefore, the objection was not an objection contemplated by the **Act**.

# I. BIAS/FETTERING

[95] The Musqueam argue that the Lottery Corporation has an obligation to be objective and unbiased and not to fetter its discretion. The Musqueam say that the Lottery Corporation improperly fettered its discretion by entering a settlement agreement with Great Canadian with respect to the Bridgepoint lands and was improperly biased in exercising its discretion in reaching its decisions on the various issues before it.

[96] I accept the argument of the Lottery Corporation that the reasonable apprehension of bias standard is not suited to Lottery Corporation decisions.

[97] In ***Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquid Control and Licensing Branch)*** [2001] 2 S.C.R. 781 at paras. 21 – 22 the court said:

Confronted with silent or ambiguous legislation, courts generally infer that Parliament or the legislature intended the tribunal's process to comport with the principles of natural justice ... in such circumstances, administrative tribunals may be bound by the requirement of an independent or impartial decision maker, one of the fundamental principles of a natural justice. ... [I]ndeed, courts will not lightly assume that legislators intended to enact procedures that run contrary to this principle, although the precise standard of independence required will depend 'on all the circumstances, and in particular on the language of the statute under which the agency acts, the nature of the task it performs and the type of decision it is required to make...'

However, like all principles of natural justice, the degree of independence required of tribunal members may be ousted by express statutory language or necessary implication ...

[98] Here, the legislation contemplates the Lottery Corporation being the proponent of the casino relocation and expansion and contemplates the Lottery

Corporation being driven by business considerations in reaching its conclusions.

The minister's letter in this particular case provided:

This directive, issued pursuant to s. 18 of the ***Gaming Control Act***, authorizes the British Columbia Lottery Corporation in its discretion to:

- (a) relocate gaming facilities for business reasons, in accordance with provincial policy, the ***Gaming Control Act***, and the Gaming Control Regulation, as they may be amended from time to time; and
- (b) substantially change the type or extent of lottery schemes in gaming facilities in order to best meet market place demand, in accordance with provincial policy, the ***Gaming Control Act***, and the Gaming Control Regulation, as they may be amended from time to time.

[99] Thus, the Lottery Corporation is the proponent of the development. It cannot be independent or unbiased. It must follow certain statutory procedures and consider certain issues as laid out by the statute, but it is not required to be independent or unbiased. The ***Act*** contemplates the Lottery Corporation choosing a site for relocation of the casino and reaching a preliminary decision with respect to expansion of the casino before it notifies the relevant land use authority. That being so, the Lottery Corporation would in all instances have reached a preliminary conclusion or decision with respect to the casino development. It would never be unbiased.

[100] The Musqueam argue that because the Lottery Corporation entered a settlement agreement with Great Canadian and concluded that the Bridgepoint site would be an appropriate site for the relocation and redevelopment of the casino, it must be taken to have improperly fettered its discretion. However, it is clear that as early as December 16, 2002, immediately after the settlement was reached with

Great Canadian, the Lottery Corporation indicated to both Richmond and Great Canadian that the relocation and expansion would be subject to “all necessary approvals by the City of Richmond.” Great Canadian was advised in approximately December of 2002 that, before the Lottery Corporation could finalize a decision with respect to the relocation of a full service casino in Richmond, all of the statutory steps under the **Gaming Control Act** had to be completed. Until the Lottery Corporation’s final decision was made on March 26, 2004, the development was undertaken at Great Canadian’s risk. Richmond may not have approved of the development and the Lottery Corporation may not have made a final decision in favour of the Bridgepoint casino proposal.

[101] I cannot conclude that the Lottery Corporation improperly fettered its discretion. As noted above, the **Act**, which contemplates the Lottery Corporation being both the proponent and the ultimate decision maker, determines that the Lottery Corporation must have concluded that the relocation and redevelopment was appropriate before the process is commenced. However, that does not mean that the Lottery Corporation blinds itself to its statutory duty to be satisfied that Richmond has sought and considered adequate community input or has consulted with the adjacent First Nation. The evidence before me to allow me to reach such a conclusion.

**J. MINISTERIAL AUTHORIZATION**

[102] The petitioners argue that the Lottery Corporation did not have the authority of the gaming minister to relocate and substantially change this casino, and therefore, the decision must be set aside.

[103] Section 18 provides that the Lottery Corporation may relocate or substantially change a gaming facility, subject to first receiving authorization from the Minister. The Lottery Corporation decided to relocate and substantially change this casino in February 2004. By that time, it had received an s.18 authorization from the Minister, dated June 17, 2003 which directed the Lottery Corporation to use its discretion to relocate gaming facilities for business reasons, and to substantially change gaming facilities to best meet marketplace demand.

[104] Section 18 does not require an individual authorization for each site. The authorization of June 17, 2003 is sufficient for s.18.

**K. CONSTITUTIONAL/COMMON-LAW DUTY TO CONSULT**

[105] The Supreme Court of Canada has dealt with the issue of the duty to consult and accommodate in two recent decisions: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511 and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550. The SCC confirmed the obligation of the Federal and Provincial Crown to consult and determined that a third party in the position of Great Canadian or Richmond did not have a duty to consult. In *Haida* the court said at paras. 16-17:

The government's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the honour of the Crown ... It is not a mere incantation, but rather a core precept that finds its application in concrete practices.

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 honourably. ...

The court continued at paras. 24 – 25:

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 decision” 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.

### 1. When does the duty to consult arise?

[106] In *Haida*, the Supreme Court noted that proving rights may take time, in some cases a very long time. In the meantime, how are the interests under discussion to be treated?

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. ... 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. ...

(para. 27)

...

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.

(para. 35)

...

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.

...

## **2. 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 ...

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. ...

...However, there is no duty to agree; rather, the commitment is to a meaningful process of consultation. ...

...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. “[C]onsultation” in its least technical definition is talking together for mutual understanding”...

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 requirement 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.

(para. 37-45)

### 3. Administrative Review

[107] The Supreme Court of Canada suggests that the appropriate standard of review, should the government misconceive the seriousness of the claim or the impact of the infringement, a question of law, is correctness. The process itself would likely fall to be examined on a standard of reasonableness.

## L. DISCUSSION

### 1. Existence of the Duty

[108] Did the Province have knowledge, real or constructive, of the potential existence of an aboriginal right or title claim and contemplate conduct that might adversely affect the claim?

[109] The Musqueam advance a title claim to the Bridgepoint lands. They argue that they have established a *prima facie* case to such a claim, as their claim to these lands has been accepted for negotiation in the treaty process. This point was not extensively argued before me. The Musqueam have produced historical materials which suggest that the Musqueam have historically used these lands. The Province consulted with the Musqueam with respect to other portions of the Bridgepoint lands and with respect to use of these lands after 2041. While I understand that four other bands also claim title to these lands, in my view, the Musqueam have established a credible claim to these lands, which the Province recognizes.

[110] Parenthetically, in their dealings with Richmond, Great Canadian Casino and Lottery Corporation, the Musqueam also asserted an aboriginal right to gaming.

This argument was not advanced before me and I need not address it.

## **2. Scope and Content of the Duty**

[111] The scope of the consultation will be proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the title claim and to the seriousness of the potentially adverse effect on the title claimed.

[112] As noted above, the Musqueam have advanced a claim to title and the Province has recognized a duty to consult with respect to the Bridgepoint lands. Therefore, I accept that there is a *prima facie* case in support of the claim to Aboriginal title.

[113] The Musqueam argue that, having advanced a *prima facie* claim to title, they are entitled to say how the lands are used. The respondents say that even if the Musqueam have a *prima facie* claim, there was no duty to consult: the lands in question were already leased for commercial purposes until the year 2041; placing a casino and hotel development on those lands had no impact and did not alter the use to which the lands had already been committed, Great Canadian Casino merely assumed the lease; the Province need not consult with the Musqueam when deciding to place its casino on the lands.

### 3. Discussion

[114] Because the Lottery Corporation is an agent of the Crown, the provincial crown had a duty to consult which was triggered when it contemplated moving and expanding its casino to lands which it knew were subject to the Musqueam claims. Placing the casino on the Bridgepoint lands might affect Musqueam interests.

[115] Although the lease and sub-lease were in place, by 2002 the market was defunct, the land unused for several years. The sub-lease was in arrears. The Lottery Corporation gave life to the moribund lease when it contemplated moving the casino to the property. Without the casino, Great Canadian would not have taken over the property. In the words of *Taku*, the Crown actor had knowledge of the potential existence of Aboriginal title and contemplated conduct that might adversely affect the claim. The potential adverse effects include the redevelopment of the property which makes it unlikely that the property will be available to the Musqueam before 2041. As the Musqueam argue, because the casino has been developed on the lands, it is less likely that the lands will be included in a Musqueam treaty settlement, the development itself may make the lands more valuable and more difficult for Musqueam to acquire, or may prevent the Musqueam from developing the lands for a different purpose.

[116] Therefore, the Crown's contemplated move of the casino to the Bridgepoint lands triggered a duty to consult. To be effective, consultation should take place at the earliest stages, before irrevocable steps have been taken. That did not occur. What relief is appropriate in these circumstances?

[117] In the petition, the Petitioners seek orders setting aside the Lottery Corporation's decision to relocate the casino to the Bridgepoint lands and prohibiting the Lottery Corporation from taking further steps to relocate or substantially change the gaming facility until it has satisfied its duty to consult and accommodate. This would shut down the casino and impair the entire development.

[118] This relief is not appropriate in the circumstances of this case. As the petitioners acknowledge, practically speaking, at this late date, accommodation could only be economic accommodation. Because the harm suffered by the Musqueam from a failure to consult and potentially accommodate is compensable it is not appropriate to set aside the decisions, close the casino, and cause consequential damage.

[119] I have concluded that the Crown had a duty to consult in this case, and will grant that declaration. It is possible that following consultation, accommodation may be appropriate. Because the Crown did not recognize a duty to consult, the parties have not attempted to determine appropriate consultation and accommodation. In ***Haida***, the court suggested that the parties can assess the strength of the claim and the appropriate scope and content of the duty to consult and accommodate. If they cannot agree, the courts can assist. That seems to me appropriate in this case: the parties can assess the strength of the claim and determine the scope and content of the duty to consult and accommodate. If they are not able to agree, they may return to court for additional relief.

[120] The parties may make submissions on costs if necessary.

“B.J. Brown J.  
The Honourable Madam Justice B.J. Brown

TAB 17

 **Oakwood Development Ltd. v. St. François Xavier (Rural Municipality),**  
**[1985] 2 S.C.R. 164**

Supreme Court Reports

Supreme Court of Canada

Present: McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

1984: November 16 / 1985: September 19.

File No.: 17017.

**[1985] 2 S.C.R. 164** | [\[1985\] 2 R.C.S. 164](#) | [\[1985\] S.C.J. No. 49](#) | [\[1985\] A.C.S. no 49](#)

**Oakwood Development** Ltd., appellant; and Rural Municipality of St. François Xavier, respondent.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

## Case Summary

---

**Mandamus — Municipal planning — Decision of municipality necessary to planning process — Refusal by municipality to consider remedies to flooding problem on proposed subdivision — Plan of subdivision rejected — Whether or not solutions to flooding problem extraneous consideration — If not, whether or not municipality exercised discretion according to law.**

**Municipal law — Planning — Decision of municipality necessary to planning process — Refusal by municipality to consider remedies to flooding problem on proposed subdivision — Plan of subdivision rejected — Whether or not municipality required to consider solutions to flooding problem — Whether or not municipality exercised its discretion according to law — The Planning Act, 1975 (Man.), c. 29, ss. 1, 60(1), 62(1) — The Planning Act Regulation, 30/77, ss. 6(1), 7, 11.**

Appellant's application to the Municipal Planning Branch of the provincial government for approval to subdivide part of its land was denied, notwithstanding its designation for subdivision and residential **development**, because it lacked the municipal consent required by the planning scheme. The municipal council did not entertain either the application (because it considered the land to be flood-prone) or the proposals to remedy that problem (because it had no intention of allowing **development** on such land). Appellant alleged this rejection to be arbitrary and without lawful authority and the Court of Queen's Bench granted mandamus requiring the Council to consider the application. Appellant now appeals from the Court of Appeal's decision reversing that order. At issue is whether or not the Council [page165] exercised its discretion "according to law" and in accordance with the principles reflected in the Act.

Held: The appeal should be allowed.

The failure of an administrative decision-maker to take into account a highly relevant consideration is just as erroneous as the improper importation of an extraneous consideration. The municipality, accordingly, had not only to keep within its statutory mandate but also to consider all factors relevant to its statutory decision-making function. While it quite properly took into consideration the potential flooding problem, it erred in failing to consider the scope of the problem and possible solutions to it. The mere mention of flooding as the decisive factor, accompanied by an obstinate refusal to consider whether or not it was remediable, did not satisfy the

requirement that all highly relevant considerations be taken into account. The Council, therefore, did not take proper account of the factors relevant to its statutory mandate and so did not exercise its discretion in accordance with proper principles.

## Cases Cited

City of Vancouver v. Simpson, [1977] 1 S.C.R. 71; Re Municipal Act (1959), 28 W.W.R. 428; Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co., [1905] A.C. 426; Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, [1968] A.C. 997; Roncarelli v. Duplessis, (1959) S.C.R. 121; Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal, [1959] A.C. 663; R. v. Paddington Valuation Officer, Ex parte Peachey Property Corp. Ltd., [1966] 1 Q.B. 380; Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen ex rel. Brice Andrews, [\[1953\] 2 S.C.R. 95](#), referred to.

## Statutes and Regulations Cited

Planning Act, 1975 (Man.), c. 29, ss. 1, 60(1), 62(1), as amended; C.C.S.M., c. P80.

Planning Act Regulation, 30/77, ss. 6(1), 7, 11.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal ([1982](#)), [132 D.L.R. \(3d\) 119](#), [\[1982\] 2 W.W.R. 508](#), [17 Man. R. \(2d\) 241](#), [17 M.P.L.R. 80](#), allowing an appeal from a judgment of the Court of Queen's Bench granting an application for mandamus. Appeal allowed.

[page166]

Sidney Green, Q.C., for the appellant. Richard Scott, Q.C., and Robert Adkins, for the respondent.

Solicitor for the appellant: Sidney Green, Winnipeg. Solicitors for the respondent: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

The judgment of the Court was delivered by

**WILSON J.**

### I. The Facts

**1** The appellant is a **development** company which purchased approximately forty acres of land in the respondent municipality in 1973. At the time the lands were purchased they were designated under an existing Town Planning Scheme for subdivision and residential **development**. "Flood plain areas" were marked on the plan but the appellant's lands were not in a flood plain area. In 1975, after extensive negotiations, the appellant obtained approval from the municipal council for a plan of subdivision permitting it to have six one-acre lots on the northern portion of the 40 acres but was denied approval for subdivision of the balance of the lands pending the respondent's giving further consideration to flooding and erosion problems.

2 On December 1, 1977 the appellant submitted an application for subdivision of the southerly portion of its lands to the Municipal Planning Branch of the provincial government. This application was sent on to the respondent's municipal Council for consideration. On June 2, 1978 the solicitors for the municipality wrote to the solicitors for the appellant informing them that the Council was not prepared to entertain the appellant's application because it considered the lands in question to be in a flood prone area making the lands inappropriate for residential development. The appellant was also advised that any proposals aimed at remedying the drainage problems on its land would not be considered since the municipality had no intention of allowing any development on lands prone to periodic flooding. The key portion of the letter reads as follows:

This property is in a flood-prone area, said flooding being obvious to all Councillors concerned and for this [page167] reason, they are not prepared to entertain application for subdivision in respect to this property.

The fact that you may obtain engineer's reports in respect to such development will not affect the decision of the Council as the original Plan of Subdivision was granted clearly on the understanding that no further development would be allowed in the lower area.

This communication was followed nine months later, in March of 1979, by the passing of a formal resolution by Council denying approval of the subdivision application. The appellant was notified of this resolution by letter dated March 27, 1979 from the province's Municipal Planning Branch. It is this rejection, which the appellant alleges was arbitrary and without lawful authority, that has given rise to the present litigation.

## II. The Courts Below

3 The appellant brought an action against the municipality in the Manitoba Court of Queen's Bench. In its statement of claim the appellant sought two distinct remedies for the abuse of discretion which it alleged against the Council: (a) a declaration that its lands are entitled to be developed; and (b) an order of mandamus requiring the Council to entertain an application for subdivision approval and to impose only those conditions which will facilitate development of the lands in accordance with the existing Town Planning Scheme. As the alternative remedies tend to indicate, the appellant challenged the Council's exercise of discretion on several different levels, including the factors which it took into account in reaching the decision as well as the way in which the decision was actually made.

4 At trial the appellant was successful in obtaining an order requiring the municipality to hear and determine the application for subdivision approval that was originally submitted by the appellant on December 1, 1977. Wright J. found that the Council's refusal to entertain the application had been based on its perception of potential flooding problems on the appellant's land and that the Council had thereby exceeded the statutory scope of its discretion. As counsel for the municipality could not point him to any reference to flooding problems in the relevant sections of The Planning Act, [page168] 1975 (Man.), c. 29, as amended, C.C.S.M., c. P80, he concluded that this was an improper consideration for the municipality to take into account. Accordingly, the mandatory order was issued although it was not accompanied by the declaratory relief sought by the appellant. The respondent was ordered to entertain the application and to premise its decision only on those considerations specified as appropriate by the governing legislation. The Council was still free to decline to grant its approval.

5 The Manitoba Court of Appeal allowed the municipality's appeal. Hall J.A. (with whom Freedman C.J.M. concurred) indicated that the pertinent sections of The Planning Act and regulations thereunder made it clear that, provided the municipality acted in good faith, concern over flooding could properly be a consideration on which disapproval of an application was premised. The decision of this Court in *City of Vancouver v. Simpson*, [1977] 1 S.C.R. 71, was cited for the proposition that there are a variety of reasons why municipalities should have control over the planning of local subdivisions and that the courts should not lightly interfere with decisions of the responsible city officials. Since the municipality was not seen by Hall J.A. as having exceeded or abused its jurisdiction or authority in taking the flooding problem into consideration and since there was no evidence that the resolution was passed in other than good faith, the trial judge's order was reversed.

6 O'Sullivan J.A. concurred in this result but wrote separate reasons in which he drew a distinction between the respondent's solicitors' initial letter to the appellant and its eventual resolution denying the application for subdivision. He reasoned that the respondent's initial refusal to entertain the application no matter what proposal or evidence such an application might contain might well have justified an order of mandamus. Although The Planning Act was seen as giving the Council a wide discretion in refusing subdivision approval, it probably made mandatory the consideration [page169] of each application. However, subsequent to this initial response the respondent had actually heard and considered the appellant's application and the resolution denying approval represented a determination of the application which was within the scope of the respondent's discretion. Accordingly, O'Sullivan J.A. joined in the court's reversal of the trial judge's order that the application be entertained by the municipality.

### III. The Statutory Framework

7 In assessing the position of a landowner applying to local municipal authorities for subdivision approval one must be conscious of the fact that the requirement of subdivision approval arises only by virtue of statute. The position at common law was succinctly stated by Wilson J. of the Supreme Court of British Columbia to the effect that "the right to subdivide real property, to sell a part rather than the whole, is an ordinary incident of ownership": *Re Municipal Act (1959)*, 28 W.W.R. 428. The subdivision approval process operates, therefore, as a curtailment of common law rights and must be specifically authorized under the governing legislation.

8 In Manitoba the common law right to subdivide is restricted by s. 60(1) of The Planning Act which stipulates that any subdivision of a parcel of real estate in order to be valid must be "approved by the approving authority". The authoritative body referred to in s. 60(1) is defined in s. 1 of the Act as follows:

1. In this Act,

(a) "approving authority" means

- (i) the minister, or
- (ii) the board of a district that is authorized by an order of the minister to act as an approving authority within the area of jurisdiction of the board, or
- (iii) the council of a municipality that is authorized by an order of the minister to act as an approving authority for that municipality, or

\* \* \*

[page170]

(q) "minister" means the member of the Executive Council charged by the Lieutenant Governor in Council with the administration of this Act;

9 In the case of the respondent municipality the provincial government has not exercised its discretion to delegate the function of acting as the ultimate approving authority. Rather, it would appear that this function is carried out by the provincial Department of Municipal Affairs which receives all applications for subdivision and processes them in accordance with the provisions of The Planning Act and the regulations passed thereunder. The first step in this process entails consultation with an assortment of other provincial authorities in order to ensure that the proposed subdivision is in conformity with land use planning generally in the area. Section 6 of Regulation 30/77 under The Planning Act provides:

6.(1) Before approving an application an approving authority may refer it to and request the comments of

- (a) the Department of Highways;

- (b) the Department of Agriculture;
- (c) the Environmental Management Division and the Water Resources Division of the Department of Mines, Resources and Environmental Management;
- (d) the Department of Tourism and Recreation;
- (e) the Manitoba Hydro-Electric Board;
- (f) the Manitoba Telephone System;
- (g) the appropriate School Division;
- (h) Central Mortgage and Housing Corporation; or
- (i) any other authority, agency, department, council, or board that in the opinion of the approving authority might be affected by the proposed subdivision.

**10** The evidence discloses that after receiving the appellant's application on December 1, 1977, the Municipal Planning Branch of the Department of Municipal Affairs did in fact circulate the application among the various provincial departments as authorized by the regulation. Although most of the departments consulted appear to have either approved the subdivision or been disinclined to offer any comment one way or another, the most significant response was the negative assessment [page171] submitted by the province's Water Resources Division. By inter-departmental memo dated April 6, 1978, the Director of Planning of this Division indicated to the Municipal Planning Branch that the proposed subdivision site was subject to erosion problems and to potential flooding by the nearby Assiniboine River.

**11** The next step in the application assessment and approval process is to forward the application to the Council of the municipality in which the lands are situated. Although the consultation process with the other provincial government departments is optional on the part of the approving authority, the referral of the application to the local municipal council for approval is mandatory under the legislation. Section 7 of the Regulation 30/77 stipulates:

- 7.(1) The approving authority shall refer the application, together with a summary of comments received under section 6, to the council of the municipality in which the proposed subdivision is situated.
- (2) The council may, by resolution, give its approval to the proposed subdivision, with or without conditions, or reject it.
- (3) The council shall forthwith submit a copy of such resolution to the approving authority.

The mandatory nature of the approving authority's submission of each application to the local municipal council is made even stronger by The Planning Act itself, which makes municipal approval a prerequisite for subdivision approval. Section 62(1) of the Act provides, *inter alia*:

62(1) A subdivision of land shall not be approved unless

\* \* \*

- (b) the council of the municipality in which the land proposed for subdivision is located, has by resolution given its approval, with or without conditions;

**12** Accordingly, it is clear that whether or not the province has in a given case delegated the role of ultimate approving authority to the municipal council, the approval by resolution of this Council to any application for subdivision of lands located [page172] within the municipal boundaries is required. In the case at bar, the provincial government department which received the application and consulted with other branches of the provincial

government as to its merits, proceeded to refer the matter to the respondent for Council's approval. This procedure not only appears to have been appropriate but is precisely the decision-making route stipulated by the governing legislation.

**13** As noted above, the learned trial judge found that the concern over flooding was an improper consideration for the Council to take into account. With respect, this conclusion does not appear to be defensible upon an examination of the Act and regulations under which approval is required. First, the very fact that the scheme provides for consultation with provincial departments such as the Water Resources Division, and that their views are then passed on to the municipal council, would seem to indicate that the concerns of such departments (i.e. drainage and flooding in this case) are meant to be taken into consideration when an application is evaluated by the Council. Perhaps even more significant, however, is the fact that specific evaluation standards have been set out in Regulation 30/77 and that soil erosion, drainage, and flooding problems figure prominently in the detailed list of relevant factors. Section 11 of the Regulation reads:

11. All land proposed to be subdivided shall be suited or capable of being efficiently adapted to the purpose for which the subdivision is intended, having regard, inter alia, to

- (a) topography;
  - (b) soil characteristics;
  - (c) surface and sub-surface drainage;
  - (d) potential flooding, subsidence, landslides and erosion;
  - (e) existing and prospective uses of land in the vicinity;
  - (f) layout of streets and lanes;
  - (g) provision of services;
  - (h) distinction between pedestrian and vehicular traffic;
- [page173]
- (i) segregation of traffic flow as between major thoroughfares and minor streets;
  - (j) convenience of access;
  - (k) dimensions, shape and orientation of each lot;
  - (l) view and aspect of each lot;
  - (m) protection against pollution; and
  - (n) anticipated need for school sites, recreational facilities and parks.

The first four standards relate directly to the type of flooding and drainage problems with which the Water Resources Division was concerned and which formed the basis of the Council's rejection of the appellant's application. Clearly, then, it cannot be said that taking flooding problems into account represented the importation of an improper consideration into the Council's decision.

#### IV. Grounds for Review

**14** As the respondent points out, the general rule regarding interference with the discretionary decisions made by administrative bodies acting under statutory authority has been one of deference. Lord Halsbury stated in *Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co.*, [1905] A.C. 426, at p. 427:

Assuming the thing done to be within the discretion of the local authority, no Court has power to interfere with the mode in which it has exercised it. Where the Legislature has confided the power to a particular

body, with a discretion how it is to be used, it is beyond the power of any Court to contest that discretion. Of course, this assumes that the thing done is the thing which the Legislature has authorized....

More recently, and dealing specifically with applications for subdivision, the Supreme Court of Canada in *City of Vancouver v. Simpson*, supra, at p. 76, approved the following statement of Kirke Smith J. in the Court below:

Where, as here, there is direct statutory foundation for the ground given for the decision to approve or disapprove, and where it is not shown that that decision, despite its impact on an individual, was made in bad faith, or with the intention of discriminating against that individual, or on a specious or totally inadequate factual basis, there should, in my opinion, be no interference by [page174] the court with municipal officials honestly endeavouring to comply with the duties imposed on them by the Legislature in planning the coherent and logical development of their areas.

**15** There are no allegations of bad faith or discrimination in this case. The question before the Court, in essence, is whether the Council exercised its discretion "according to law" and in accordance with proper principles reflected in the "policy and objects of the [governing] Act": per Lord Reid in *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 at pp. 1030, 1034. More specifically, was it entitled to consider the potential flooding problem and make it the ground of its decision to refuse approval of the subdivision? As Rand J. said in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140, any discretionary administrative decision must "be based upon a weighing of considerations pertinent to the object of the administration". For the reasons already given I am of the view that the Council was entitled to take the flooding problem into consideration. The issue does not, however, end there. As Lord Denning pointed out in *Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663, at p. 693, the failure of an administrative decision-maker to take into account a highly relevant consideration is just as erroneous as the improper importation of an extraneous consideration. In *R. v. Paddington Valuation Officer, Ex parte Peachey Property Corp. Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 380 (C.A.), where a property owner applied for a quashing of what was alleged to have been an erroneous municipal tax assessment, Danckwerts L.J. noted at p. 414:

In order to succeed in their application for an order of mandamus and certiorari, the appellants have to show that the valuation officer of the borough council has gone wrong in law in such a way as to render the valuation list invalid, because he has taken into consideration matters which were not proper to be regarded, or has omitted to consider matters which were of direct [page175] importance in ascertaining the values to be put upon the hereditaments.

The respondent municipality, therefore, must be seen not only to have restricted its gaze to factors within its statutory mandate but must also be seen to have turned its mind to all the factors relevant to the proper fulfilment of its statutory decision-making function.

**16** In the Manitoba Court of Appeal, O'Sullivan J.A. highlighted what is really the central concern here when he indicated that the letter which the appellant received from the respondent's solicitors in June of 1978 reflected the failure of the municipal council to entertain the appellant's application on its merits. Although from a procedural point of view this defect was later remedied by the Council's passing of a formal resolution denying the appellant's application to subdivide his land, in substance the decision does not reflect any consideration of the factors relevant to the subdivision application. Indeed, the evidence would appear to indicate a conscious refusal on the part of the respondent to consider any factors relevant to the drainage and flooding problems perceived to be present on the appellant's lands. At trial, Wright J. found as a fact that the municipality gave no consideration whatsoever to the seriousness of the flooding problem or the extent to which it might be remediable and that it refused to entertain any pertinent information of this nature "due to its belief that the land should not be subdivided under any circumstances".

**17** Once flooding became the crucial factor in the Council's evaluation of the appellant's application, it was, in my view, incumbent upon it to evaluate the scope of the flooding problem and possible solutions to it. The mere mention of flooding as the decisive factor, accompanied by an obstinate refusal to consider whether or not it was remediable, cannot be said to satisfy the requirement that all highly relevant considerations be taken into account.

More specifically, Wright J. found that the respondent "did not give consideration to ways and means by which problems that could arise from flooding could reasonably be dealt". The argument of the respondent that the engineering [page176] reports and proposed solutions which the appellant wanted to put forward were somehow inaccurate or ineffective to solve the flooding problem misses the point of the trial judge's finding. All the evidence supports the finding that the Council refused to hear any information whatsoever regarding the potential flooding problem and therefore failed to take proper account of factors relevant to its statutory mandate. This finding leads inevitably to the conclusion that the respondent failed to exercise its discretion in accordance with proper principles.

#### V. The Appellant's Remedy

**18** It is, of course, not for this Court to address the merits of the appellant's application for subdivision or to substitute its own decision for that of the municipal council. As Cartwright J. pointed out in *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen ex rel. Brice Andrews*, [1953] 2 S.C.R. 95, at p. 107, the courts recognize that the Legislature has conferred the discretionary power of decision on the administrative body under review and not on the courts. In its review capacity, it is the Court's function merely to ensure that the decision is properly made within the statutory framework and on the basis of considerations relevant to the decision-making function with which the administrative body is charged.

**19** The appropriate remedy in such a case, therefore, is for the matter to be sent back to the respondent for the Council to hear and determine the appellant's application on proper principles. Accordingly, although these reasons differ from those of the trial judge in that the improper exercise of discretion is based on the failure to take into account all relevant considerations rather than on the taking into account of an improper consideration, the result is the same as that reached by the trial judge. Whereas flooding is indeed a proper consideration for the municipal council to take into account in evaluating an application for subdivision, the factors relevant to the potential flooding problem including, for example, the extent to which it is remediable by the appellant must equally be taken into account.

[page177]

**20** It may be noted that despite the substantial lapse of time since the appellant's application was initially submitted, no particular hardship is worked on the respondent by virtue of its being ordered at this date to reconsider the appellant's application. Indeed, the respondent concedes that it has been open all along to the appellant to submit a new application for subdivision which will be considered on its merits and it would appear that the appellant's reluctance to do so until now simply reflects a desire to ascertain those considerations which may be taken into account in the evaluation of any future application. Accordingly, the appeal should be allowed and the trial judge's order that "the Defendant (Respondent) hear and determine, according to law, an application for approval of subdivision submitted by the Plaintiff (Appellant)" should be restored. The appellant is entitled to its costs both here and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

TAB 18

**The Grand Council of the Crees (of Quebec) and the Cree Regional Authority** *Appellants*

v.

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, Hydro-Québec and the National Energy Board** *Respondents*

and

**Sierra Legal Defence Fund, Canadian Environmental Law Association, Cultural Survival (Canada), Friends of the Earth and Sierra Club of Canada** *Interveners*

INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD)

File No.: 22705.

1993: October 13; 1994: February 24.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Public utilities — Electricity — Licences — National Energy Board granting licences for export of electrical power to U.S. — Licences granted subject to environmental assessments of future generating facilities — Whether Board erred in granting licences — National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.*

Following lengthy public hearings at which the appellants made numerous submissions, the National Energy Board granted Hydro-Québec licences for the export of electrical power to the states of New York and Vermont. At the time the licence applications were filed, the Board was required to satisfy itself both that the power sought to be exported was not needed to meet reasonably foreseeable Canadian requirements and that the price to be charged by the power authority was just and reasonable in relation to the public interest. After the

**Le Grand conseil des Cris (du Québec) et l'Administration régionale crie** *Appellants*

a  
c.

**Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, Hydro-Québec et l'Office national de l'énergie** *Intimés*

et

c  
**Sierra Legal Defence Fund, l'Association canadienne du droit de l'environnement, Survie culturelle (Canada), les Ami(e)s de la Terre et Sierra Club of Canada** *Intervenants*

d  
RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE)

Nº du greffe: 22705.

e  
1993: 13 octobre; 1994: 24 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

f  
EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Services publics — Électricité — Licences — Délivrance par l'Office national de l'énergie de licences d'exportation d'électricité à destination des États-Unis — Licences assujetties aux évaluations environnementales des futures installations de production — L'Office a-t-il commis une erreur en délivrant les licences? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.*

Après de longues audiences publiques au cours desquelles les appelants ont présenté de nombreux arguments, l'Office national de l'énergie a délivré à Hydro-Québec des licences d'exportation d'électricité à destination des États de New York et du Vermont. Au moment du dépôt des demandes de licences, l'Office devait s'assurer que l'électricité à exporter n'était pas requise pour satisfaire aux besoins normalement prévisibles du Canada à l'époque en cause et que le prix à demander par la société d'électricité était juste et raison-

hearings but prior to the Board's ruling, these two explicit criteria were removed from the *National Energy Board Act*, leaving only the requirement that the Board is to have regard to all conditions that appear to it to be relevant. In evaluating the environmental impact of the applications, the Board considered itself bound by both its own Act as amended and the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*. The licences were granted subject to two conditions relating to the successful completion of environmental assessments of future generating facilities. The Federal Court of Appeal rejected the appellants' argument that the Board erred in several respects in granting the licences, but allowed the appeal by Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec, concluding that the Board had exceeded its jurisdiction in imposing the environmental assessment conditions. It severed these two conditions and allowed the licences to stand. This appeal is to determine (1) whether the Board properly conducted the required social cost-benefit review; (2) whether the Board's failure to require that Hydro-Québec disclose in full the assumptions and methodologies on which its cost-benefit review was based breached the requirements of procedural fairness; (3) whether the Board owed the appellants a fiduciary duty in the exercise of its decision-making power, and, if so, whether the requirements of this duty were fulfilled; (4) whether the Board's decision affects the appellants' aboriginal rights; and (5) whether the Board failed to follow the requirements of its own Act and of the Guidelines Order in conducting its environmental impact assessment.

*Held:* The appeal should be allowed and the order of the Board restored.

Hydro-Québec provided evidence on which the Board could reasonably conclude that the consideration of cost recoverability was satisfied. The Board did not err in considering relevant to this issue the fact that the export contracts had received the approval of the province. Also, as this was only one of the factors considered, the Board did not improperly delegate its decision-making responsibility. It has not been shown that the Board's discretion to determine what evidence is relevant to its decision was improperly exercised in this case so as to result in inadequate disclosure to the appellants. The Board had sufficient evidence before it to make a valid finding that all costs would be recovered, and the appellants were given access to all the material before the Board. While there is a fiduciary relationship between

nable par rapport à l'intérêt public. Après les audiences, mais avant la décision de l'Office, ces deux critères explicites ont été retranchés de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*; l'Office doit maintenant tenir compte seulement des facteurs qu'il estime pertinents. Dans le cadre de l'évaluation des incidences environnementales des demandes, l'Office s'est estimé lié par sa propre loi habilitante modifiée et par le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*. Les licences ont été délivrées sous réserve de deux conditions, qui portaient sur le résultat favorable des évaluations environnementales des futures installations de production. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'argument des appelants que l'Office avait commis plusieurs erreurs en délivrant les licences, mais a accueilli celui d'Hydro-Québec et du procureur général du Québec, concluant que l'Office avait excédé sa compétence en imposant les conditions relatives aux évaluations environnementales. Elle a retranché ces deux conditions et a maintenu les licences délivrées. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si l'Office a correctement procédé à l'analyse de rentabilité sociale nécessaire; (2) si, en n'exigeant pas qu'Hydro-Québec divulgue en totalité les hypothèses et la méthodologie à la base de l'analyse de rentabilité, l'Office a contrevenu aux exigences en matière d'équité procédurale; (3) si l'Office a une obligation fiduciaire, envers les appelants, dans l'exercice de son pouvoir décisionnel et, dans l'affirmative, s'il y a satisfait; (4) si la décision de l'Office touche les droits ancestraux des appelants, et (5) si l'Office a omis de respecter les exigences de sa loi habilitante et du Décret lorsqu'il a procédé à l'évaluation environnementale.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de l'Office est rétablie.

Hydro-Québec a fourni des éléments de preuve permettant à l'Office de raisonnablement conclure que le facteur de la récupération des coûts avait été respecté. L'Office n'a pas commis d'erreur en considérant comme pertinent, relativement à cette question, le fait que la province avait autorisé les contrats d'exportation. En outre, comme il ne s'agissait que de l'un des facteurs considérés, l'Office n'a pas délégué de façon illégitime son pouvoir décisionnel. On n'a pas démontré que le pouvoir discrétionnaire de l'Office de déterminer la preuve qui est pertinente relativement à sa décision a été exercé illégitimement de façon à entraîner une divulgation insuffisante aux appelants. L'Office disposait d'une preuve suffisante pour conclure valablement qu'il y aurait récupération de tous les coûts, et les appelants ont eu

the federal Crown and the aboriginal peoples of Canada, the function of the Board in deciding whether to grant an export licence is quasi-judicial and inherently inconsistent with the imposition of a relationship of utmost good faith between the Board and a party appearing before it. The fiduciary relationship between the Crown and the appellants thus does not impose a duty on the Board to make its decisions in the appellants' best interests, or to change its hearing process so as to impose superadded requirements of disclosure. Moreover, even assuming that the Board should have taken into account the existence of the fiduciary relationship between the Crown and the appellants, the Board's actions in this case would have met the requirements of such a duty. The appellants had access to all the evidence that was before the Board, were able to make submissions and argument in reply, and were entitled to cross-examine the witnesses called by Hydro-Québec. On the issue of whether the Board's decision will have a negative impact on the appellants' aboriginal rights, it is not possible to evaluate realistically the impact of the Board's decision on the appellants' rights without reference to the James Bay Agreement, on which the appellants disavowed reliance. Moreover, even assuming that the Board's decision is one that has, *prima facie*, an impact on the appellants' aboriginal rights, and that for the Board to justify its interference it must at the very least conduct a rigorous, thorough, and proper cost-benefit review, the review carried out in this case was not wanting in this respect.

The Board did not exceed its jurisdiction under the *National Energy Board Act* in considering the environmental effects of the construction of future generating facilities as they related to the proposed export, an area of federal responsibility. The Court of Appeal erred in limiting the scope of the Board's environmental inquiry to the effects on the environment of the transmission of power by a line of wire across the border. Even though the Board found that the new facilities contemplated would have to be built in any event to supply increasing domestic needs, if the construction of new facilities is required to serve the demands of the export contract, among other needs, then the environmental effects of the construction of such facilities are related to the export. In these circumstances, it becomes appropriate for the Board to consider the source of the electrical power to be exported, and the environmental costs that are associated with the generation of that power. In defining the

accès à tous les documents déposés devant l'Office. Bien qu'il existe des rapports fiduciaires entre l'État fédéral et les peuples autochtones du Canada, l'Office, lorsqu'il décide de délivrer une licence d'exportation, remplit une fonction quasi judiciaire, qui est en soi incompatible avec l'exigence voulant qu'il existe des rapports d'une extrême bonne foi entre l'Office et une partie qui comparaît devant lui. Les rapports fiduciaires entre l'État et les appelants n'imposent pas à l'Office une obligation de prendre des décisions dans l'intérêt des appelants, ou encore de modifier son processus d'audience de façon à imposer des exigences additionnelles de divulgation. En outre, même si l'on suppose que l'Office aurait dû tenir compte de l'existence de rapports fiduciaires entre l'État et les appelants, les mesures qu'il a prises auraient permis de satisfaire aux exigences d'une telle obligation. Les appelants ont eu accès à tous les éléments de preuve déposés devant l'Office, ils ont pu présenter des arguments et une réplique et ils ont également eu le droit de contre-interroger les témoins assignés par Hydro-Québec. Quant à savoir si la décision de l'Office aura une incidence négative sur les droits ancestraux des appelants, on ne peut établir d'une façon réaliste l'incidence de la décision de l'Office sur les droits des appelants sans examiner la Convention de la Baie James, dont les appelants n'ont pas voulu se servir. En outre, même en supposant que la décision de l'Office a, à première vue, une incidence sur les droits ancestraux des appelants, et que ceux-ci ont raison de soutenir que, pour justifier son intervention, l'Office doit, à tout le moins, procéder à une analyse de rentabilité rigoureuse, approfondie et appropriée, l'analyse effectuée en l'espèce n'était pas déficiente sur ce point.

L'Office n'a pas excédé sa compétence en vertu de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* en tenant compte des effets sur l'environnement de la construction des futures installations de production dans la mesure où ils se rapportent aux exportations proposées, domaine de compétence fédérale. La Cour d'appel a commis une erreur en limitant l'examen de l'Office sur les incidences environnementales aux effets sur l'environnement du transport d'électricité par une ligne de fil métallique au-delà de la frontière. Bien que l'Office ait conclu qu'il faudrait de toute façon procéder à la construction des nouvelles installations pour répondre à l'accroissement de la demande intérieure, les effets sur l'environnement de la construction de ces installations ont un lien avec l'exportation si la construction de nouvelles installations est nécessaire, entre autres, pour répondre à la demande créée par un contrat d'exportation. Dans ces circonstances, il devient alors approprié pour l'Office de

jurisdictional limits of the Board, this Court must be careful to ensure that the Board's authority is truly limited to matters of federal concern, but the scope of its inquiry must not be narrowed to such a degree that the function of the Board is rendered meaningless or ineffective. The Board met its obligations under the Guidelines Order in attaching to the licence the two impugned conditions. Having concluded that the environmental effects of the construction and operation of the planned facilities were unknown, the Board was required by s. 12(d) of the Order to see either that the proposal was subjected to further study and subsequent rescreening, or that it was submitted to a public review. The conditions imposed by the Board meet in substance this obligation. They do not amount to an improper delegation of the Board's responsibility under the Guidelines Order, but rather are an attempt to avoid the duplication warned against in the Order, while continuing the Board's jurisdiction over this matter.

tenir compte de la source de l'énergie électrique à exporter et des coûts environnementaux associés à la production de cette énergie. En définissant les limites de la compétence de l'Office, notre Cour doit s'assurer que l'exercice des pouvoirs de l'Office se limite vraiment aux questions d'intérêt fédéral. Cependant, il ne faut pas circonscrire l'étendue de l'examen à effectuer à un tel point que la fonction de l'Office devienne dénuée de sens ou privée d'efficacité. L'Office a respecté ses obligations en vertu du Décret en assortissant la licence des deux conditions contestées. Lorsqu'elle a conclu que les effets sur l'environnement de la construction et du fonctionnement des installations prévues étaient inconnus, l'Office était tenu, en vertu de l'al. 12d) du Décret de veiller à ce que la proposition soit soumise à d'autres études suivies d'un autre examen ou qu'elle fasse l'objet d'un examen public. L'Office a, pour l'essentiel, satisfait à cette obligation en imposant les conditions. Celles-ci ne constituent pas une délégation erronée de la responsabilité de l'Office en vertu du Décret, mais tentent plutôt d'éviter le double emploi dont le Décret fait mention, tout en préservant la compétence de l'Office sur cette question.

## Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *In re Canadian Radio-Television Commission and in re London Cable TV Ltd.*, [1976] 2 F.C. 621; *Parke, Davis & Co. v. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] S.C.R. 219; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Gitludahl v. Minister of Forests*, B.C.S.C., Vancouver A922935, August 13, 1992; *Dick v. The Queen*, F.C.T.D., T-951-89, June 3, 1992; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201 (F.C.T.D.), aff'd [1991] 1 F.C. 641 (C.A.); *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229.

## Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *In re le Conseil de la Radio-Télévision canadienne et in re la London Cable TV Ltd.*, [1976] 2 C.F. 621; *Parke, Davis & Co. c. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] R.C.S. 219; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Gitludahl c. Minister of Forests*, C.S.C.-B., Vancouver A922935, 13 août 1992; *Dick c. La Reine*, C.F. 1<sup>re</sup> inst., T-951-89, 3 juin 1992; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1991] 1 C.F. 641 (C.A.); *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229.

## Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the National Energy Board Act and to repeal certain enactments in consequence thereof*, S.C. 1990, c. 7, s. 32.

*Constitution Act, 1867*, s. 91(2).

*Constitution Act, 1982*, s. 35(1).

*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, ss. 2, 3, 4(1), 5(1), 6, 8, 10(2), 12.

*Hydro-Québec Act*, R.S.Q., c. H-5, s. 24.

*James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, S.C. 1976-77, c. 32.

*National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7 [am. 1990, c. 7], ss. 2, 22(1), 24, 118, 119.02, 119.03, 119.06(2), 119.07, 119.08, 119.09, 119.093.

*National Energy Board Part VI Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1056, ss. 6, 15(m).

## Authors Cited

Canada. Energy, Mines and Resources Canada. *Canadian Electricity Policy*. Ottawa: Energy, Mines and Resources Canada, 1988.

Canada. National Energy Board. *The Regulation of Electricity Exports: Report of an Inquiry By a Panel of the National Energy Board Following a Hearing in November and December 1986*. Ottawa: The Board, 1987.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1991] 3 F.C. 443, 83 D.L.R. (4th) 146, 7 C.E.L.R. (N.S.) 315, 132 N.R. 214, severing conditions from licences granted by the National Energy Board, [1991] 2 C.N.L.R. 70, and allowing the licences to stand. Appeal allowed.

Robert Mainville, Peter W. Hutchins and Johanne Mainville, for the appellants.

Jean-Marc Aubry, Q.C., and René LeBlanc, for the respondent the Attorney General of Canada.

Pierre Lachance and Jean Robitaille, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Pierre Bienvenu, Jean G. Bertrand and Bernard Roy, for the respondent Hydro-Québec.

## Lois et règlements cités

*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, art. 2, 3, 4(1), 5(1), 6, 8, 10(2), 12.

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(2).

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1).

*Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et abrogeant certaines lois en conséquence*, L.C. 1990, ch. 7, art. 32.

*Loi sur l'Hydro-Québec*, L.R.Q., ch. H-5, art. 24.

*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7 [mod. 1990, ch. 7], art. 2, 22(1), 24, 118, 119.02, 119.03, 119.06(2), 119.07, 119.08, 119.09, 119.093.

*Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, ch. 32.

*Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI)*, C.R.C. 1978, ch. 1056, art. 6, 15(m).

## Doctrine citée

Canada. Énergie, Mines et Ressources Canada. *La politique canadienne de l'électricité*. Ottawa: Énergie, Mines et Ressources Canada, 1988.

Canada. Office national de l'énergie. *Réglementation fédérale des exportations d'électricité: Rapport concernant une enquête par un comité de l'Office national de l'énergie suite à une audience en novembre et décembre 1986*, Ottawa: L'Office, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1991] 3 C.F. 443, 83 D.L.R. (4th) 146, 7 C.E.L.R. (N.S.) 315, 132 N.R. 214, qui a retranché certaines conditions des licences délivrées par l'Office national de l'énergie, [1991] 2 C.N.L.R. 70, et déclaré les licences par ailleurs valides. Pourvoi accueilli.

Robert Mainville, Peter W. Hutchins et Johanne Mainville, pour les appelants.

Jean-Marc Aubry, c.r., et René LeBlanc, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Pierre Lachance et Jean Robitaille, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Pierre Bienvenu, Jean G. Bertrand et Bernard Roy, pour l'intimée Hydro-Québec.

*Judith B. Hanebury*, for the respondent the National Energy Board.

*Gregory J. McDade* and *Stewart A. G. Elgie*, for the interveners.

*Judith B. Hanebury*, pour l'intimé l'Office national de l'énergie.

*Gregory J. McDade* et *Stewart A. G. Elgie*, pour les intervenants.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu  
par

IACOBUCCI J. — This appeal arises from the decision of the respondent National Energy Board ("the Board") to grant to the respondent Hydro-Québec licences for the export of electrical power to the states of New York and Vermont. This decision followed lengthy public hearings at which the Grand Council of the Crees (of Quebec) and the Cree Regional Authority ("the appellants"), along with other concerned groups, made numerous submissions.

LE JUGE IACOBUCCI — Il s'agit d'un pourvoi contre la décision de l'intimé l'Office national de l'énergie («l'Office») de délivrer à l'intimée Hydro-Québec des licences d'exportation d'électricité à destination des États de New York et du Vermont. Cette décision a été prise après de longues audiences publiques au cours desquelles le Grand conseil des Cris, l'Administration régionale crie («les appelants») ainsi que d'autres groupes intéressés ont présenté de nombreux arguments.

The Attorneys General of Quebec and of Canada appeared as respondents to this appeal, as did the Board. The Court also heard the joint submissions of the Sierra Legal Defence Fund, the Canadian Environmental Law Association, Cultural Survival (Canada), Friends of the Earth and the Sierra Club of Canada ("the interveners").

Le procureur général du Québec, celui du Canada et l'Office ont comparu comme intimés dans le cadre du présent pourvoi. Notre Cour a également entendu le Sierra Legal Defence Fund, l'Association canadienne du droit de l'environnement, Survie culturelle (Canada), les Ami(e)s de la Terre et le Sierra Club of Canada («les intervenants»).

The appellants argued before the Federal Court of Appeal that the Board erred in several respects in granting the licences. The respondents Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec claimed that the Board erred in making the granting of the licences conditional on the successful completion of environmental assessments of the power generation facilities contemplated by Hydro-Québec for future construction. The Federal Court of Appeal rejected the argument of the appellants, and concluded that the Board had erred in imposing the conditions impugned by the respondents. The Court of Appeal severed these conditions, and allowed the licences to stand. The appellants now appeal to this Court.

Les appelants ont soutenu devant la Cour d'appel fédérale que l'Office avait commis plusieurs erreurs en délivrant les licences. Les intimés Hydro-Québec et le procureur général du Québec ont affirmé que l'Office avait commis une erreur en assujettissant la délivrance des licences au résultat favorable des évaluations environnementales des futures installations de production d'électricité envisagées par Hydro-Québec. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'argument des appelants et a conclu que l'Office avait commis une erreur en imposant les conditions contestées par les intimés. La Cour d'appel a retranché ces conditions et déclaré que les licences étaient par ailleurs valides. Les appelants se pourvoient maintenant devant notre Cour.

## I. Facts

On July 28, 1989, Hydro-Québec applied to the Board for licences to export blocks of power to New York and Vermont. These applications involved nine blocks of power which were to be provided over periods ranging from five to twenty-two years, pursuant to two agreements signed with the U.S. power companies that covered a total of 1 450 MW of power and were projected to generate nearly \$25 billion in income for Hydro-Québec. The purpose of the export was to raise sufficient revenue such that Hydro-Québec would be able to implement its development plan for expansion to meet the constantly rising demand for the provision of electrical services within the province.

The Board held public hearings during the months of February and March of 1990 on the application for licences for export. A number of interested parties, including the appellants, took part. At the time the applications were filed, the Board was required by s. 118 of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, to satisfy itself both that the power sought to be exported was not needed to meet reasonably foreseeable Canadian requirements at the relevant times, and that the price to be charged by the power authority was just and reasonable. After the hearings but prior to the Board's ruling, s. 118 was modified by the *Act to amend the National Energy Board Act and to repeal certain enactments in consequence thereof*, S.C. 1990, c. 7 ("Bill C-23"). These two explicit criteria were removed from the statute, leaving only the requirement that the Board is to have regard to all conditions that appear to it to be relevant. The parties made submissions before the Board on the effect of these amendments.

On September 27, 1990, the Board granted the export licences, subject to a list of conditions. The appellants appealed the Board's decision to grant the licences to the Federal Court of Appeal. The respondents Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec also appealed the decision of the Board, challenging the validity of the imposition of two of the conditions to the licences, which related to environmental assessment of future gen-

## I. Les faits

Le 28 juillet 1989, Hydro-Québec s'adressait à l'Office pour obtenir des licences d'exportation de blocs de puissance à destination de New York et du Vermont. Il s'agissait de neuf blocs de puissance qui devaient être fournis durant des périodes variant de cinq à vingt-deux ans, conformément à deux ententes signées avec des sociétés d'électricité américaines, portant sur une quantité totale de 1 450 MW et qui devaient rapporter près de 25 milliards de dollars à Hydro-Québec. Celle-ci visait à tirer de ces exportations suffisamment de revenus pour mettre en œuvre son plan de développement dans le but de satisfaire à la demande sans cesse croissante de services d'électricité dans la province.

L'Office a tenu des audiences publiques au cours de février et mars 1990 relativement à la demande de licences d'exportation. Un certain nombre de parties intéressées, dont les appelants, y ont pris part. Au moment du dépôt des demandes de licences, l'Office devait, en vertu de l'art. 118 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, s'assurer que l'électricité à exporter n'était pas requise pour satisfaire aux besoins normalement prévisibles du Canada à l'époque en cause, et que le prix à demander par la société d'électricité était juste et raisonnable. Après les audiences, mais avant la décision de l'Office, l'art. 118 a été modifié par la *Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et abrogeant certaines lois en conséquence*, L.C. 1990, ch. 7 («Projet de loi C-23»). Ces deux critères explicites ont été retranchés de la Loi; maintenant, l'Office doit seulement tenir compte des facteurs qu'il estime pertinents. Les parties ont présenté à l'Office des arguments quant à l'effet de ces modifications.

Le 27 septembre 1990, l'Office a délivré les licences d'exportation, sous réserve d'une liste de conditions. Les appelants ont interjeté appel contre la décision de l'Office devant la Cour d'appel fédérale. Les intimés Hydro-Québec et le procureur général du Québec ont également interjeté appel contre la décision de l'Office, contestant la validité de deux des conditions des licences, qui portaient sur l'évaluation environnementale des

erating facilities. The Federal Court of Appeal unanimously dismissed the appellants' appeal and allowed the appeal of Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec. The Court of Appeal severed the two conditions but otherwise allowed the licences to stand.

## II. Relevant Statutory Provisions

*National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7 (as amended by S.C. 1990, c. 7):

### 2. In this Act,

“export” means, with reference to

(a) electricity, to send from Canada by a line of wire or other conductor electricity produced in Canada,

22. (1) An appeal lies from a decision or order of the Board to the Federal Court of Appeal on a question of law or of jurisdiction, after leave to appeal is obtained from that Court.

24. (1) . . . hearings before the Board with respect to the issuance, revocation or suspension of certificates or of licences for the exportation of gas or electricity or the importation of gas or for leave to abandon the operation of a pipeline shall be public.

119.02 No person shall export any electricity except under and in accordance with a permit issued under section 119.03 or a licence issued under section 119.08.

119.03 (1) Except in the case of an application designated by order of the Governor in Council under section 119.07, the Board shall, on application to it and without holding a public hearing, issue a permit authorizing the exportation of electricity.

(2) The application must be accompanied by the information that under the regulations is to be furnished in connection with the application.

119.06 (1) The Board may make a recommendation to the Minister, which it shall make public, that an application for exportation of electricity be designated by order of the Governor in Council under section 119.07, and may delay issuing a permit during such

futures installations de production. La Cour d'appel fédérale a rejeté à l'unanimité l'appel des appelants et accueilli celui d'Hydro-Québec et du procureur général du Québec. La Cour d'appel a retranché les deux conditions en cause, mais a par ailleurs maintenu les licences délivrées.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 7):

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«exportation»

a) Dans le cas de l'électricité, le fait de transporter de l'électricité produite au Canada à l'extérieur du pays par une ligne de fil métallique ou un autre conducteur;

22. (1) Il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, avec l'autorisation de celle-ci, d'une décision ou ordonnance de l'Office, sur une question de droit ou de compétence.

24. (1) . . . doivent faire l'objet d'audiences publiques les cas de délivrance, d'annulation ou de suspension de certificats ou de licences concernant l'exportation de gaz ou d'électricité ou l'importation de gaz, ainsi que les demandes de cessation d'exploitation d'un pipeline.

119.02 Il est interdit d'exporter de l'électricité sans un permis ou une licence, respectivement délivré en application des articles 119.03 ou 119.08, ou en contre-venant avec l'un ou l'autre de ces titres.

119.03 (1) Sauf si un décret a été pris au titre de l'article 119.07, l'Office délivre, sur demande et sans audience publique, les permis autorisant l'exportation d'électricité.

(2) Sont annexés à la demande les renseignements prévus par règlement et liés à celle-ci.

119.06 (1) L'Office peut suggérer, par recommandation qu'il doit rendre publique, au ministre la prise d'un décret au titre de l'article 119.07 visant une demande

period as is necessary for the purpose of making such an order.

(2) In determining whether to make a recommendation, the Board shall seek to avoid the duplication of measures taken in respect of the exportation by the applicant and the government of the province from which the electricity is exported, and shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant, including

(b) the impact of the exportation on the environment;

(d) such considerations as may be specified in the regulations.

**119.07** (1) The Governor in Council may make orders

(a) designating an application for exportation of electricity as an application in respect of which section 119.08 applies; and

(b) revoking any permit issued in respect of the exportation.

(3) Where an order is made under subsection (1),

(a) no permit shall be issued in respect of the application; and

(b) any application in respect of the exportation shall be dealt with as an application for a licence.

**119.08** (1) The Board may, subject to section 24 and to the approval of the Governor in Council, issue a licence for the exportation of electricity in relation to which an order made under section 119.07 is in force.

(2) In deciding whether to issue a licence, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant.

**119.09** (1) The Board may, on the issuance of a permit, make the permit subject to such terms and conditions respecting the matters prescribed by the regulations as the Board considers necessary or desirable in the public interest.

(2) The Board may, on the issuance of a licence, make the licence subject to such terms and conditions as the Board may impose.

d'exportation d'électricité et surseoir à la délivrance de permis pour la durée nécessaire à la prise du décret.

(2) Pour déterminer s'il y a lieu de procéder à la recommandation, l'Office tente d'éviter le dédoublement des mesures prises au sujet de l'exportation d'électricité par le demandeur et le gouvernement de la province exportatrice et tient compte de tous les facteurs qu'il estime pertinents et notamment:

b) des conséquences de l'exportation sur l'environnement;

d) de tout autre facteur qui peut être prévu par règlement.

**119.07** (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret:

a) préciser que la demande d'exportation est assujettie à l'obtention de la licence visée à l'article 119.08;

b) annuler tout permis relatif à cette exportation.

(3) Le décret emporte l'impossibilité de délivrer tout permis relatif à la demande et l'assimilation de toute demande la visant à une demande de licence.

**119.08** (1) Sous réserve de l'agrément du gouverneur en conseil et de l'article 24, l'Office peut délivrer une licence pour l'exportation de l'électricité visée par le décret.

(2) L'Office tient compte de tous les facteurs qui lui semblent pertinents.

**119.09** (1) L'Office peut assortir le permis des conditions, en ce qui touche les données prévues par règlement, qu'il juge souhaitables dans l'intérêt public.

(2) L'Office peut assujettir la licence aux conditions qu'il juge souhaitables.

**119.093** (1) The Board may revoke or suspend a permit or licence issued in respect of the exportation of electricity

**119.093** (1) L'Office peut annuler ou suspendre un permis ou une licence délivré pour l'exportation d'électricité [...] soit en cas de contravention par celui-ci aux conditions de son titre.

*a*

(b) where a holder of the permit or licence has contravened or failed to comply with a term or condition of the permit or licence.

*b*

*National Energy Board Part VI Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1056:

*Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI)*, C.R.C. 1978, ch. 1056:

6. (1) Every applicant for a licence for the exportation of power shall furnish to the Board such information as the Board may require.

6. (1) Tout requérant d'une licence pour l'exportation de force motrice doit fournir à l'Office les renseignements exigés par ce dernier.

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the information required to be furnished by any applicant described in subsection (1) shall, unless otherwise authorized by the Board, include

*d*

(2) Sans restreindre la portée générale du paragraphe (1), les renseignements que tout requérant décrit au paragraphe (1) est tenu de fournir doivent, sauf autorisation contraire de l'Office, comprendre

(y) evidence that the applicant has obtained any licence, permit or other form of approval required under any law of Canada or a province respecting the electric power proposed to be exported;

*e*

y) une preuve que le requérant a obtenu une licence, un permis ou une autre forme d'autorisation exigés par une loi du Canada ou d'une province à l'égard de la puissance électrique dont l'exportation est projetée;

(z) evidence to demonstrate that the price to be charged by the applicant for electric power and energy exported by him is just and reasonable in relation to the public interest, and in particular that the export price

*f*

z) une preuve démontrant que le prix que doit exiger le requérant pour la puissance et l'énergie électriques destinées par lui à l'exportation est juste et raisonnable par rapport à l'intérêt public et, en particulier, que le prix d'exportation

(i) would recover its appropriate share of the costs incurred in Canada,

*g*

(i) permettra la récupération d'une bonne proportion des coûts assumés au Canada,

(ii) would not be less than the price to Canadians for equivalent service in related areas, and

(ii) ne sera pas inférieur au prix exigé des Canadiens pour un service équivalent dans des régions connexes, et

(iii) would not result in prices in the country to which the power is exported being materially less than the least cost alternative for power and energy at the same location within that country; and

*h*

(iii) n'entraînerait pas, dans le pays auquel la puissance est destinée, des prix qui soient sensiblement inférieurs à ceux de l'autre source la plus économique d'alimentation en puissance et en énergie qui existe au même endroit dans ce pays; et

*i*

(aa) evidence on any environmental impact that would result from the generation of the power for export.

aa) un témoignage quant aux répercussions que pourrait avoir sur l'environnement la production de la puissance destinée à l'exportation.

15. Every licence for the export of electric power and energy is subject to such terms and conditions as the Board may prescribe and, without restricting the gener-

*j*

15. Toute licence d'exportation de puissance et d'énergie électriques est assujettie aux termes et conditions que l'Office peut prescrire, y compris, sans res-

ality of the foregoing, is subject to every statement set out by the Board in the licence respecting

treindre la portée générale de ce qui précède, toute stipulation dans ladite licence concernant

(m) the requirements for environmental protection.

*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467:*

2. In these Guidelines,

“proposal” includes any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility.

3. The Process shall be a self assessment process under which the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for which it is the decision making authority are fully considered and where the implications are significant, refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

4. (1) An initiating department shall include in its consideration of a proposal pursuant to section 3

(a) the potential environmental effects of the proposal and the social effects directly related to those environmental effects, including any effects that are external to Canadian territory; and

(b) the concerns of the public regarding the proposal and its potential environmental effects.

5. (1) Where a proposal is subject to environmental regulation, independently of the Process, duplication in terms of public reviews is to be avoided.

(2) For the purpose of avoiding the duplication referred to in subsection (1), the initiating department shall use a public review under the Process as a planning tool at the earliest stages of development of the proposal rather than as a regulatory mechanism and make the results of the public review available for use in any regulatory deliberations respecting the proposal.

6. These Guidelines shall apply to any proposal

a m) les exigences relatives à la protection de l'environnement.

*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467:*

b 2. Les définitions qui suivent s'appliquent aux présentes lignes directrices.

c «proposition» S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions.

d 3. Le processus est une méthode d'auto-évaluation selon laquelle le ministère responsable examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions environnementales de toutes les propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision.

e 4. (1) Lors de l'examen d'une proposition selon l'article 3, le ministère responsable étudie:

f a) les effets possibles de la proposition sur l'environnement ainsi que les répercussions sociales directement liées à ces effets, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du territoire canadien; et

g b) les préoccupations du public qui concernent la proposition et ses effets possibles sur l'environnement.

h 5. (1) Si, indépendamment du processus, le ministère responsable soumet une proposition à un règlement sur l'environnement, il doit veiller à ce que les examens publics ne fassent pas double emploi.

i (2) Pour éviter la situation de double emploi visée au paragraphe (1), le ministère responsable doit se servir du processus d'examen public comme instrument de travail au cours des premières étapes du développement d'une proposition plutôt que comme mécanisme réglementaire, et rendre les résultats de l'examen public disponibles aux fins des délibérations de nature réglementaire portant sur la proposition.

j 6. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux propositions

(b) that may have an environmental effect on an area of federal responsibility

8. Where a board or an agency of the Government of Canada or a regulatory body has a regulatory function in respect of a proposal, these Guidelines shall apply to that board, agency or body only if there is no legal impediment to or duplication resulting from the application of these Guidelines.

10. (1) Every initiating department shall ensure that each proposal for which it is the decision making authority shall be subject to an environmental screening or initial assessment to determine whether, and the extent to which, there may be any potentially adverse environmental effects from the proposal.

(2) Any decisions to be made as a result of the environmental screening or initial assessment referred to in subsection (1) shall be made by the initiating department and not delegated to any other body.

12. Every initiating department shall screen or assess each proposal for which it is the decision making authority to determine if

(a) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(a) [one that would not produce any adverse environmental effects], in which case the proposal may automatically proceed;

(b) the proposal is of a type identified by the list under paragraph 11(b) [one that would produce significant adverse environmental effects], in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel;

(c) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are insignificant or mitigable with known technology, in which case the proposal may proceed or proceed with the mitigation, as the case may be;

(d) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unknown, in which case the proposal shall either require further study and subsequent rescreening or reassessment or be referred to the Minister for public review by a Panel;

(e) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are significant, as determined in accordance with criteria developed by the Office in cooperation with the initiating department, in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel; or

b) pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale;

8. Lorsqu'une commission ou un organisme fédéral ou un organisme de réglementation exerce un pouvoir de réglementation à l'égard d'une proposition, les présentes lignes directrices ne s'appliquent à la commission ou à l'organisme que si aucun obstacle juridique ne l'empêche ou s'il n'en découle pas de chevauchement des responsabilités.

10. (1) Le ministère responsable s'assure que chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision est soumise à un examen préalable ou à une évaluation initiale, afin de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement.

(2) Les décisions qui font suite à l'examen préalable ou à l'évaluation initiale visés au paragraphe (1) sont prises par le ministère responsable et ne peuvent être déléguées à nul autre organisme.

12. Le ministère responsable examine ou évalue chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision, afin de déterminer:

a) si la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11a) [c.-à-d., qui ne produirait aucun effet néfaste sur l'environnement], auquel cas elle est réalisée telle que prévue;

b) la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11b) [c.-à-d., qui produirait des effets néfastes sur l'environnement], auquel cas elle est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;

c) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues, auquel cas la proposition est réalisée telle que prévue ou à l'aide de ces mesures, selon le cas;

d) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inconnus, auquel cas la proposition est soumise à d'autres études suivies d'un autre examen ou évaluation initiale, ou est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;

e) si, selon les critères établis par le Bureau, de concert avec le ministère responsable, les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont importants, auquel cas la proposition est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission; ou

(f) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unacceptable, in which case the proposal shall either be modified and subsequently rescreened or reassessed or be abandoned.

f) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inacceptables, auquel cas la proposition est soit annulée, soit modifiée et soumise à un nouvel examen ou évaluation initiale.

### III. Judgments Below

### III. Les juridictions inférieures

A. *National Energy Board*, Decision No. EH-3-89, August 1990 (Fredette, Gilmour and Bélanger, members)

A. *L'Office national de l'énergie*, Décision n° EH-3-89, août 1990 (les membres Fredette, Gilmour et Bélanger)

The Board wrote lengthy reasons for its decision, which set out in some detail the status of the applicant, Hydro-Québec, the nature of the licences for which Hydro-Québec was applying, and the evidence of the applicant as it related to surplus, price, and fair market access, the three criteria expressly set out in the former provisions of the *National Energy Board Act*. The Board also considered the nature of the export markets, the reliability of the system proposed for implementing the export contracts, and the environmental impact of the exports for which the applications were made.

L'Office a longuement étayé sa décision dans laquelle il décrit en détail la situation de la requérante, Hydro-Québec, la nature des licences demandées par celle-ci et son témoignage relativement à l'excédent, au prix et à l'accès équitable au marché, les trois critères expressément mentionnés dans l'ancienne disposition de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. L'Office a également examiné la nature des marchés d'exportation, la fiabilité du système proposé de mise en œuvre des contrats d'exportation et les incidences environnementales des exportations visées par les demandes de licence.

The Board noted that, were the licences to be granted, sufficient power could be generated to service the contracts by the combined use of the existing facilities of Hydro-Québec as well as those contemplated by its development plan. In other words, the exports did not require the use of facilities other than those existing, or already planned. However, the Board found that some of the facilities contemplated by the development plan for future construction would need to be built earlier than if no power were to be exported. The Board then examined the submissions of the various interveners, along with those of the appellants, as to the advisability of granting the licences.

L'Office a fait remarquer qu'Hydro-Québec pourrait, dans l'éventualité où les licences seraient délivrées, produire suffisamment d'électricité pour satisfaire aux contrats en utilisant à la fois ses installations actuelles et celles envisagées dans son plan de développement. En d'autres mots, les exportations ne nécessitaient que l'utilisation des installations existantes ou déjà prévues. Toutefois, l'Office a conclu que certaines des installations envisagées dans le plan de développement devraient être construites plus tôt que dans le cas où il n'y aurait pas d'exportation d'électricité. L'Office a ensuite examiné les arguments des divers intervenants ainsi que ceux des appelants quant à l'opportunité de la délivrance de licences.

In its disposition of the application, the Board noted that the amendments to the *National Energy Board Act* had removed the express requirement that the Board satisfy itself that the power to be exported was surplus to reasonably foreseeable Canadian requirements, and that the price to be charged was just and reasonable in the public interest. Nonetheless, there was nothing in the

Dans sa décision, l'Office a indiqué que les modifications de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ont éliminé l'obligation explicite qu'il avait de s'assurer que l'électricité à exporter était excédentaire par rapport aux besoins d'utilisation raisonnablement prévisibles au Canada et que le prix devant être exigé était juste et raisonnable en fonction de l'intérêt public. Néanmoins, la Loi

amended Act which would preclude the Board from taking these factors into account. The Board therefore explicitly considered the issues of cost recovery and whether pricing was competitive to rates charged within Canada. On the issue of cost recovery, the Board concluded (at p. 30):

The Board notes that Hydro-Québec did provide information on the magnitude of the revenues expected to be generated by the proposed export sales and that these would be significant, totalling more than \$24 billion. . . . In addition, Hydro-Québec provided some details on the methodology used in carrying out its feasibility study as well as on the economic, financial and other relevant assumptions underlying that analysis. The Board has examined this information and finds that the methodology and assumptions described are reasonable.

The Board was accordingly persuaded that the export price charged would provide for recovery of the applicable costs incurred in Canada.

In evaluating the environmental impact of the application, the Board considered itself bound by both its own Act and by the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467 ("the *EARP Guidelines Order*"). The Board held (at pp. 37-38):

The Board recognizes that when electric utilities negotiate long-term system-to-system firm sales agreements, there can be circumstances in such arrangements that require capacity to come from generating facilities to be built at some future date and for which the necessary detailed environmental assessments have not been completed at the time of the export application. The proposed export contracts now before the Board have been negotiated on this basis. Nonetheless, for the Board to reach its decision on Hydro-Québec's applications, and at the same time meet its obligations under the Act and *EARP Guidelines Order*, it must take into account the environmental impacts arising from the construction of such future facilities.

The Board granted the applications subject to several conditions. In particular, in order to satisfy itself that the electricity to be exported would originate from facilities that had been subjected to the

modifiée n'empêche aucunement l'Office de tenir compte de ces facteurs. L'Office a en conséquence explicitement examiné s'il devait y avoir récupération des coûts et si les prix fixés étaient concurrentiels à ceux exigés au Canada. Sur la question de la récupération des coûts, l'Office a conclu (à la p. 30):

L'Office constate qu'Hydro-Québec a fourni l'information quant à l'importance des revenus qu'elle tirerait des ventes à l'exportation, lesquels seraient de l'ordre de 24 milliards de dollars [. . .]. En outre, Hydro-Québec a fourni les renseignements concernant la méthodologie utilisée pour effectuer les études de rentabilité de même que les différentes hypothèses économiques, financières et autres qui sous-tendent ces études. L'Office a examiné ces renseignements et juge que la méthodologie et les hypothèses utilisées sont raisonnables.

L'Office était en conséquence convaincu que les prix à l'exportation permettraient de récupérer les coûts applicables assumés au Canada.

Dans le cadre de l'évaluation des incidences environnementales de la demande, l'Office s'est estimé lié par sa propre loi habilitante et par le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467 («*Décret sur le PEEE*»). Il a conclu (aux pp. 37 et 38):

L'Office reconnaît que lorsque des services d'électricité négocient entre eux des contrats garantis à long terme, il peut y avoir des circonstances où de telles ententes impliquent de la puissance devant venir d'installations de production qui seront construites à une date ultérieure et pour lesquelles les évaluations environnementales nécessaires ne sont pas encore complétées au moment où les demandes d'exportation sont déposées. Les contrats visant les projets d'exportation présentement devant l'Office ont été négociés sur cette base. Néanmoins, pour arriver à prendre une décision sur les demandes d'Hydro-Québec et à respecter ses obligations en vertu de la Loi et du *Décret sur le PEEE*, l'Office doit tenir compte des répercussions environnementales résultant de la construction de nouvelles installations.

L'Office a accueilli les demandes sous réserve de plusieurs conditions. En particulier, pour s'assurer que l'électricité devant être exportée proviendrait d'installations ayant fait l'objet des évalua-

appropriate environmental reviews, the Board attached to the licence the following two conditions:

10. This licence remains valid to the extent that

(a) any production facility required by Hydro-Québec to supply the exports authorized herein, for which construction had not yet been authorized pursuant to the evidence presented to the Board at the EH-3-89 hearing that ended on 5 March 1990, will have been subjected, prior to its construction, to the appropriate environmental assessment and review procedures as well as to the applicable environmental standards and guidelines in accordance with federal government laws and regulations.

(b) Hydro-Québec, following any of the environmental assessment and review procedures mentioned in subcondition (a), will have filed with the Board

i) a summary of all environmental impact assessments and reports on the conclusions and recommendations arising from the said assessment and review procedures;

ii) governmental authorizations received; and

iii) a statement of the measures that Hydro-Québec intends to take to minimize the negative environmental impacts.

11. The generation of thermal energy to be exported hereunder shall not contravene relevant federal environmental standards or guidelines.

B. *Federal Court of Appeal*, [1991] 3 F.C. 443 (Pratte, Marceau and Desjardins J.J.A.)

Writing for the Federal Court of Appeal, Marceau J.A. dealt first with the validity of conditions 10 and 11 to the licence. He noted that the Board had imposed those conditions so as to meet its perceived mandate under the *EARP Guidelines Order*. In his view, this raised the questions of the application of this Order to the Board, and to Hydro-Québec as an agent of the Crown in right of the Province, as well as the question of the constitutional validity of the Order itself.

tions environnementales appropriées, il a assujéti la licence aux deux conditions suivantes:

10. La présente licence ne demeure valide que dans la mesure où

a) toute installation de production requise par Hydro-Québec pour alimenter les exportations autorisées par la présente et dont la construction n'était pas encore autorisée conformément à la preuve faite devant l'Office lors de l'audience EH-3-89 terminée le 5 mars 1990, aura été soumise, préalablement à sa construction, aux évaluations et examens en matière d'environnement ainsi qu'aux normes environnementales applicables en vertu des lois et règlements du gouvernement fédéral.

b) Hydro-Québec, suite à tout processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, mentionné à la sous-modalité a), aura déposé auprès de l'Office

i) un sommaire de toutes les évaluations environnementales et de tous les rapports faisant état des conclusions et des recommandations de ces études et rapports;

ii) les autorisations gouvernementales reçues; et

iii) un énoncé des mesures qu'Hydro-Québec entend prendre pour atténuer les impacts environnementaux défavorables.

11. La production de l'énergie thermique qui sera exportée en vertu de la présente ne doit pas contrevenir aux normes ni aux lignes directrices fédérales pertinentes en matière d'environnement.

B. *La Cour d'appel fédérale*, [1991] 3 C.F. 443 (les juges Pratte, Marceau et Desjardins)

S'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, le juge Marceau a tout d'abord examiné la validité des conditions 10 et 11 de la licence. Il a fait remarquer que l'Office avait imposé ces conditions parce qu'il s'est estimé lié par le *Décret sur le PEEE*. À son avis, ceci a soulevé les questions de l'application de ce Décret à l'Office et à Hydro-Québec en tant que mandataire de la Couronne du chef de la province ainsi que la question de la validité constitutionnelle du Décret même.

However, Marceau J.A. held that he did not have to deal with these concerns, since it was clear that, in this case, the imposition by the Board of the conditions to the licence emanated from its concerns as to the potential effects of the eventual construction of the production facilities planned to meet the increased demand for electrical power. Marceau J.A. held that the Board had no jurisdiction to make the granting of a licence to export certain goods subject to conditions which pertained to their production. He stated (at pp. 450-51):

The factors which may be relevant in considering an application for leave to export electricity and the conditions which the Board may place on its leave clearly cannot relate to anything but the export of electricity. Section 2 of the Act defines what is meant by export (in French "*exportation*") in the case of electricity:

2. . . .

"export" means, with reference to

(a) power, to send from Canada by a line of wire or other conductor power produced in Canada. . .

It seems clear that, as it is understood in the Act with respect to electricity, export does not cover production itself, and it is only reasonable that this should be so. Of course, anyone wishing to export a good must produce it or arrange for it to be produced elsewhere, but when he produces it or arranges for its production elsewhere he is not exporting it, and when he is exporting it he is not producing it.

I do not think anyone would dispute for a moment that in considering an application for leave to export electricity, the Board must be concerned about the environmental consequences, since the public interest is involved. . . . However, the only question can be as to the environmental consequences of the export, namely the consequences for the environment of "[sending] from Canada . . . power produced in Canada".

Marceau J.A. held that the Board had therefore exceeded its jurisdiction in affixing to the licence conditions 10 and 11. That did not mean, however, that the entire decision was vitiated. Marceau J.A.

Toutefois, le juge Marceau a conclu qu'il n'avait pas à examiner ces questions puisque, de toute évidence, l'Office avait assujéti la licence à des conditions parce qu'il était préoccupé des effets possibles de l'éventuelle construction d'installations de production prévues pour répondre à la demande accrue d'électricité. Le juge Marceau a conclu que l'Office n'avait pas compétence pour assujettir la délivrance d'une licence d'exportation de certains biens à des conditions relatives à la production de ces biens. Il a affirmé, aux pp. 450 et 451:

Les facteurs qui peuvent être pertinents dans l'examen d'une demande d'autorisation d'exporter de l'électricité et les conditions auxquelles l'Office peut assujettir son autorisation ne peuvent évidemment se rapporter à autre chose qu'à l'exportation de l'électricité. Or, l'article 2 de la Loi définit ce qu'il faut entendre par exportation (en anglais "*export*") dans le cas d'électricité:

2. . . .

«exportation»

a) Dans le cas de l'électricité, le fait de transporter de l'électricité produite au Canada à l'extérieur du pays par une ligne de fil métallique ou un autre conducteur. . .

Il me paraît clair que l'exportation, telle que l'entend la Loi dans le cas de l'électricité, ne couvre pas la production elle-même, et ce n'est que rationnel qu'il en soit ainsi. Bien sûr, celui qui veut exporter un bien doit le produire ou se le procurer ailleurs, mais quand il le produit ou se le procure ailleurs il ne l'exporte pas, et quand il l'exporte il ne le produit pas.

Personne, je pense, ne songerait un moment à contester qu'en considérant une demande d'autorisation d'exporter de l'électricité, l'Office soit tenu de s'inquiéter des conséquences environnementales, puisqu'il y va de l'intérêt public. [...] Mais ce sont les conséquences environnementales de l'exportation dont il peut uniquement s'agir, soit les conséquences sur l'environnement du «fait de transporter de l'électricité produite au Canada à l'extérieur du pays».

Le juge Marceau a statué que l'Office avait en conséquence clairement excédé sa compétence en imposant les conditions 10 et 11. Toutefois, cela ne voulait pas dire pour autant que l'ensemble de la

found the two sections to be severable from the remainder of the licence.

Marceau J.A. then considered the contention of the appellants that the Board erred in its decision to grant the licences. The appellants argued that the Board erred in taking into account the amendments to the *National Energy Board Act* which came into force while its decision was reserved. In the version of the Act in force at the time of the application, and at the time of the subsequent hearing, applicants for licences were required to satisfy the Board that the export price charged would recover the appropriate share of the costs incurred in Canada. This condition was deleted from the version of the Act in force at the time that the decision was rendered. The appellants argued that, in following the new provisions, the Board applied the requirement of cost recovery incorrectly.

Marceau J.A. noted that the new Act was designed to deregulate and simplify the licence application process. The express requirement of cost recovery had been deleted. The new provisions simply required the Board to take into consideration all factors which appeared to it to be relevant. Marceau J.A. held that the Board was correct in considering itself bound by the new provisions of the Act. Nonetheless, he found that, even if he was incorrect in so concluding, the argument of the appellants did not lead anywhere. The Board chose, despite the amendments, to analyze the application in light of the former price criteria.

The appellants argued in the alternative that, if the Board did consider the issue of cost recovery, it could not have concluded that this requirement was met, since there was no direct evidence before the Board on this point. Marceau J.A. agreed that the evidence on this point was not direct in all respects. In particular, the financial data relating to proposed production facilities was reviewed by an accountant, who then testified as to its veracity. He held, however, that nothing required the Board to decide this point on direct evidence. There was

décision était viciée. Il a conclu que les deux conditions pouvaient être retranchées du reste de la licence.

Le juge Marceau a ensuite examiné l'argument des appelants selon lequel l'Office aurait commis une erreur en délivrant les licences. Les appelants ont soutenu que l'Office a commis une erreur en tenant compte des modifications apportées à la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, entrées en vigueur au cours de la prise en délibéré. Dans la version de la Loi en vigueur à l'époque de la demande, et au moment de l'audition subséquente, les demandeurs de licences devaient convaincre l'Office que le prix à l'exportation allait permettre de récupérer une bonne proportion des coûts assumés au Canada. Cette condition a été retranchée dans la version de la Loi en vigueur à l'époque de la décision. Les appelants ont soutenu que l'Office, en appliquant la nouvelle disposition, a incorrectement appliqué l'exigence en matière de récupération des coûts.

Le juge Marceau a précisé que la nouvelle Loi visait la déréglementation et la simplification du processus de demande de licences. On y a supprimé l'exigence explicite de récupération des coûts. Les nouvelles dispositions exigent simplement que l'Office tienne compte de tous les facteurs qui lui semblent pertinents. Le juge Marceau a affirmé que l'Office avait eu raison de se considérer lié par les nouvelles dispositions. Néanmoins, il a ajouté que, même s'il avait tort de tirer cette conclusion, l'argument des appelants ne pourrait conduire nulle part. L'Office a choisi, malgré les modifications, d'analyser la demande par rapport aux anciens critères relatifs au prix.

Subsidiairement, les appelants ont soutenu que l'Office, même s'il avait examiné la question de la récupération des coûts, ne pouvait conclure que cette exigence avait été respectée parce qu'il n'avait de cela aucune preuve directe devant lui. Le juge Marceau a reconnu que la preuve n'était pas directe en tous points. Tout particulièrement, les données financières sur les installations de production proposées ont été examinées par un comptable qui a ensuite témoigné de leur exactitude. Cependant, le juge Marceau a conclu que rien

persuasive indirect evidence before it. To reevaluate the weight of this evidence was not a task for the courts, since appeals from decisions of the Board were limited by s. 22 of the *National Energy Board Act* to questions of law or jurisdiction.

#### IV. Issues on Appeal

Although the parties to this appeal have made numerous specific allegations of error on the part of the Board and of the Court of Appeal, discussed individually below, the issues in this appeal can be reduced to the following three questions:

1. Did the Federal Court of Appeal err in holding that the National Energy Board acted within its jurisdiction in granting the export licences to the respondent Hydro-Québec?
2. Did the Federal Court of Appeal err in holding that the National Energy Board erred in the exercise of its jurisdiction in its imposition of conditions 10 and 11 of the licences?
3. If the Federal Court of Appeal was not in error with respect to these two findings, did it nonetheless err in holding that conditions 10 and 11 were severable from the rest of the licences?

#### V. Analysis

The appellants challenge on a number of grounds the validity of the decision of the Board to grant the export licences. First, the appellants argue that the Board did not properly conduct the required social cost-benefit review. Second, they argue that the failure of the Board to require that Hydro-Québec disclose in full the assumptions and methodologies on which its cost-benefit review was based breached the requirements of procedural fairness by depriving the appellants of the opportunity for full participation in the review process. Third, the appellants argue that the Board owed them a fiduciary duty in the exercise of its deci-

n'oblige l'Office à se fonder sur une preuve directe pour prendre une décision sur cette question. L'Office avait devant lui des éléments de preuve indirects convaincants. Il ne relevait pas des tribunaux de réévaluer le poids de cette preuve puisqu'un appel interjeté en vertu de l'art. 22 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ne peut porter que sur des questions de droit et de compétence.

#### <sup>b</sup> IV. Les questions en litige

Bien que les parties en l'espèce aient spécifiquement soulevé de nombreuses erreurs que l'Office et la Cour d'appel auraient commises, qui seront examinées séparément plus loin, trois questions se dégagent du présent pourvoi:

1. La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur en statuant que l'Office national de l'énergie a agi dans les limites de sa compétence en délivrant les licences d'exportation à l'intimée Hydro-Québec?
2. La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur en statuant que l'Office national de l'énergie a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence en imposant les conditions 10 et 11 des licences?
3. Si la Cour d'appel fédérale n'a pas commis d'erreur relativement à ces deux conclusions, en a-t-elle néanmoins commis une en statuant que les conditions 10 et 11 pouvaient être retranchées du reste des licences?

#### V. Analyse

Les appelants contestent pour un certain nombre de motifs la décision de l'Office de délivrer les licences d'exportation. Premièrement, l'Office n'aurait pas correctement procédé à l'analyse de rentabilité sociale nécessaire. Deuxièmement, en n'exigeant pas qu'Hydro-Québec divulgue en totalité les hypothèses et la méthodologie à la base de l'analyse de rentabilité, l'Office aurait contrevenu aux exigences en matière d'équité procédurale en privant les appelants de la possibilité de participer pleinement au processus d'examen. Troisièmement, l'Office aurait, envers eux, dans l'exercice de son pouvoir décisionnel, une obligation fidu-

sion-making power, and that the requirements of this duty were not fulfilled. Fourth, the appellants assert that the decision of the Board affects their aboriginal rights, and that the Board is therefore required to meet the justification test set out by this Court in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. Finally, the appellants submit that the Board failed to follow the requirements of its own Act and of the *EARP Guidelines Order* in conducting its environmental impact assessment. I will consider each of these arguments in turn.

#### A. Social Cost-Benefit Review

The appellants argue that the Board was required to carry out a social cost-benefit review which would consider all direct and indirect costs, including economic and social costs, arising from the exports for which the licences were sought. The appellants claim that, in relying on solely the indirect evidence of Hydro-Québec and the fact that the proposal had been approved by the government of Quebec, the Board failed to carry out this review properly. The duty to carry out such a review is ostensibly found in the *National Energy Board Part VI Regulations*, s. 6(2)(z)(i), which states:

6. (1) Every applicant for a licence for the exportation of power shall furnish to the Board such information as the Board may require.

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the information required to be furnished by any applicant described in subsection (1) shall, unless otherwise authorized by the Board, include

(z) evidence to demonstrate that the price to be charged by the applicant for electric power and energy exported by him is just and reasonable in relation to the public interest, and in particular that the export price

(i) would recover its appropriate share of the costs incurred in Canada,

It appears that both the *Canadian Electricity Policy*, September 1988, and the Board's own internal report, entitled *The Regulation of Electricity Exports*, June 1987, interpret this requirement

ciaire et n'y aurait pas satisfait. Quatrièmement, la décision de l'Office toucherait leurs droits ancestraux et l'Office serait de ce fait tenu de satisfaire au critère de justification formulé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Enfin, l'Office aurait omis de respecter les exigences de sa loi habilitante et du *Décret sur le PEEE* lorsqu'il a procédé à l'évaluation environnementale. J'examinerai maintenant chacun de ces arguments séparément.

#### A. L'analyse de rentabilité sociale

Les appelants soutiennent que l'Office était tenu de procéder à une analyse de rentabilité sociale devant tenir compte de tous les coûts directs et indirects (y compris des coûts économiques et sociaux) des exportations visées par les demandes de licences. À leur avis, en se fondant seulement sur les éléments de preuve indirects présentés par Hydro-Québec et sur l'approbation de la proposition par le gouvernement du Québec, l'Office n'aurait pas correctement procédé à cette analyse. L'obligation de procéder à une telle analyse ressort clairement du sous-al. 6(2)z(i) du *Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI)*:

6. (1) Tout requérant d'une licence pour l'exportation de force motrice doit fournir à l'Office les renseignements exigés par ce dernier.

(2) Sans restreindre la portée générale du paragraphe (1), les renseignements que tout requérant décrit au paragraphe (1) est tenu de fournir doivent, sauf autorisation contraire de l'Office, comprendre

z) une preuve démontrant que le prix que doit exiger le requérant pour la puissance et l'énergie électriques destinées par lui à l'exportation est juste et raisonnable par rapport à l'intérêt public et, en particulier, que le prix d'exportation

(i) permettra la récupération d'une bonne proportion des coûts assumés au Canada,

D'après *La Politique canadienne de l'électricité*, septembre 1988, et le rapport interne de l'Office intitulé: *Réglementation fédérale des exportations d'électricité*, paru en juin 1987, l'exigence en

to mean that all direct and indirect costs, including environmental, land use, and economic costs ("social costs"), should be considered. However, I need express no opinion on the correctness of these interpretations or on whether the requirement in the regulations that the applicant for a licence furnish such evidence also means that the Board is required to consider it, especially in light of s. 119.08(2) of the Act, which gives the Board the discretion to determine which considerations are relevant to its decision, and of the terms of s. 6(2) itself, which gives the Board the authority to dispense with proof of any of the items specifically enumerated thereafter. In this case, it is clear that the Board considered that evidence of the nature and recoverability of such costs was relevant to its decision (reasons of the Board, at p. 29).

While the respondents are correct in asserting that the principle of curial deference applies to the weighing of the evidence by the Board in the exercise of its discretion, this principle cannot be invoked to save a decision for which there is no foundation in the evidence or that is based on irrelevant considerations. Once the Board decides that a particular factor is relevant to its decision, there must be some evidence to support the conclusion reached relating to it. The Board must not act unreasonably in evaluating the evidence it requests to make its decision: *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722.

However, in this appeal, it cannot be said that the Board was without evidence on which it could reasonably have concluded that the consideration of cost recoverability was satisfied. The Board, in its decision, summarized the evidence given by Hydro-Québec on this point as follows (at p. 13):

Hydro-Québec did not supply the Board with copies of the cost-benefit analyses for the advancement of facilities required to meet its obligations under the two contracts. Nevertheless it did provide information on the methodology, assumptions and the revenues used in the

question signifierait qu'il y a lieu de tenir compte de tous les coûts directs et indirects, y compris les coûts environnementaux, l'utilisation des terres et les coûts économiques (les «coûts sociaux»). Cependant, je n'ai pas à déterminer si cette interprétation est correcte ou si l'exigence réglementaire imposée au demandeur de fournir ce genre de preuve signifie aussi que l'Office doit en tenir compte, particulièrement en raison du par. 119.08(2) de la Loi, qui lui donne le pouvoir discrétionnaire de déterminer quels facteurs sont pertinents relativement à sa décision et du libellé même du par. 6(2), qui lui donne le pouvoir de ne pas exiger la preuve des éléments qui y sont ensuite énumérés. En l'espèce, il est clair que l'Office a jugé que la preuve de la nature et de la récupération possible des coûts était pertinente relativement à sa décision (motifs de l'Office, à la p. 29).

Bien que les intimés aient raison de soutenir qu'il y a lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de l'appréciation de la preuve faite par l'Office dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, ce principe ne peut être invoqué pour valider une décision non fondée sur la preuve ou fondée sur des facteurs non pertinents. Lorsque l'Office décide qu'un facteur particulier est pertinent pour les fins de sa décision, il doit exister certains éléments de preuve qui appuient la conclusion sur ce point. L'Office ne doit pas agir de façon déraisonnable dans l'examen des éléments de preuve qu'il demande pour rendre sa décision: *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722.

Cependant, en l'espèce, on peut affirmer que l'Office disposait d'éléments de preuve lui permettant de raisonnablement conclure que le facteur de la récupération des coûts avait été respecté. Dans sa décision, l'Office a résumé ainsi les éléments de preuve présentés par Hydro-Québec sur ce point (à la p. 13):

Hydro-Québec n'a pas remis à l'Office une copie des analyses des coûts de devancement des installations nécessaires pour remplir les obligations des deux contrats. Néanmoins, elle a fourni les renseignements concernant la méthodologie, les hypothèses et les revenus

private and social cost-benefit analyses. It also underlined that the costs and benefits associated with the environmental impacts of the advancement of production facilities had been considered, including the funds necessary to compensate, if required, the economic losses resulting from impacts on forests, trapping regions or even agricultural lands.

The Applicant provided additional proof to demonstrate that the export price would allow recovery of the appropriate costs in Canada while maintaining the confidentiality of certain of its financial information. To that end, Hydro-Québec hired a chartered accountant whose mandate was to undertake verification of the accuracy of the assessment. . . .

The accountant testified before the Board and was cross-examined by the appellants.

It is, of course, insufficient for Hydro-Québec to ask the Board simply to accept a bare assertion that all costs will be recovered. However, that is not what happened in this case. Hydro-Québec provided evidence on which the Board could reasonably conclude that the requirement in s. 6(2)(z)(i) was met. This is evident from the conclusions of the Board, which state (at pp. 30-31):

The Board notes that Hydro-Québec did provide information on the magnitude of the revenues expected to be generated by the proposed export sales and that these would be significant, totalling more than \$24 billion. . . . In addition, Hydro-Québec provided some details on the methodology used in carrying out its feasibility study as well as on the economic, financial and other relevant assumptions underlying that analysis. The Board has examined this information and finds that the methodology and assumptions described are reasonable. . . . The fact that the provincial government has concurred with Hydro-Québec by approving the export contracts. . . suggests to the Board that the exports are projected to yield net benefits to Québec.

Intervenors raised concerns with regard to potential adverse environmental impacts outside of Québec but any specific costs that might be associated with such impacts were not identified. There were no other identified costs. . . .

Finally, the Board is convinced that the parties to these contracts have negotiated at arm's length and under free

utilisés pour effectuer les études de rentabilité privée et sociale. Elle a aussi souligné que les coûts et bénéfices des impacts environnementaux associés au développement des équipements de production ont été considérés, y compris les montants nécessaires pour indemniser, s'il y a lieu, ceux qui subiront des pertes économiques associées à la modification des forêts, des zones de trappage ou encore des terres agricoles.

Le demandeur a fourni une preuve additionnelle visant à démontrer que les prix à l'exportation permettraient la récupération de la proportion adéquate des coûts assumés au Canada, tout en respectant le caractère confidentiel de certaines données financières. À cette fin, Hydro-Québec a confié à un comptable agréé le mandat de faire une vérification comptable. . .

Le comptable a témoigné devant l'Office et a été contre-interrogé par les appelants.

Il ne suffit pas, bien entendu, qu'Hydro-Québec demande simplement à l'Office d'accepter une simple affirmation qu'il y aura récupération de tous les coûts. Cependant, ce n'est pas ce qui s'est passé en l'espèce. Hydro-Québec a fourni des éléments de preuve à partir desquels l'Office pouvait raisonnablement conclure que l'exigence visée au sous-al. 6(2)z(i) était satisfaite. Cela ressort des conclusions de l'Office (aux pp. 30 et 31):

L'Office constate qu'Hydro-Québec a fourni l'information quant à l'importance des revenus qu'elle tirerait des ventes à l'exportation, lesquels seraient de l'ordre de 24 milliards de dollars [. . .]. En outre, Hydro-Québec a fourni les renseignements concernant la méthodologie utilisée pour effectuer les études de rentabilité de même que les différentes hypothèses économiques, financières et autres qui sous-tendent ces études. L'Office a examiné ces renseignements et juge que la méthodologie et les hypothèses utilisées sont raisonnables. [. . .] Le fait que le gouvernement provincial a donné son accord à Hydro-Québec [. . .] indique à l'Office qu'il est prévu que les projets d'exportation vont se traduire en un bénéfice net pour le Québec.

Les intervenants ont fait part de leur inquiétude concernant les effets négatifs que ces projets pourraient avoir sur l'environnement hors du Québec, sans toutefois y associer des coûts spécifiques. Quant aux coûts des autres effets négatifs possibles [. . .], cette question n'a pas été soulevée. [. . .]

Finalement, l'Office est convaincu qu'il s'agit de contrats négociés entre deux parties indépendantes dans un

market conditions. The Board thus has no reason to believe that there would not be net benefits accruing from the proposed exports.

The interveners argued that the final sentence in this passage shows that the Board made its decision in the absence of positive evidence on cost recovery. When the sentence is read in context, however, it indicates rather that the Board was satisfied on the evidence before it that the relevant costs would be recovered. The Board cannot simply rely on the conclusions of the respondent as to cost recovery without evaluating their validity, but that does not appear to have been the situation here. Moreover, a prohibition on the reliance on the unsubstantiated affirmations of the applicant should not be transformed into a duty on the Board to conduct its own independent analysis where such an undertaking is unnecessary.

The Board did consider relevant to the issue of cost recovery, in addition to the evidence presented by Hydro-Québec, the fact that the export contracts had received the approval of the province. Evidence of such approval is expressly referred to in s. 6(2)(y) of the *Part VI Regulations* as a factor which the Board may wish to consider. The appellants contend, however, that this approval is irrelevant to the s. 6(2)(z)(i) cost-benefit analysis, as the orders-in-council pursuant to the *Hydro-Québec Act*, R.S.Q., c. H-5, under which provincial approval was given, require only that the contracts be consistent with sound financial management, not that they be in the public interest. Section 24 of the *Hydro-Québec Act* requires Hydro-Québec to maintain the rates charged for power at a sufficient level to defray operating expenditures and interest on its debt. In my view, sound financial management of a public utility is part of the public interest. While such a factor is obviously only one of the many relevant considerations in such a determination, it cannot be said that evidence of governmental approval is wholly irrelevant in the context of cost recovery, such that the Board committed a jurisdictional error in considering it.

marché de libre concurrence. Par conséquent, l'Office n'a pas lieu de croire que ces projets d'exportations ne rapporteraient pas de bénéfices nets.

D'après les intervenants, la dernière phrase de ce passage laisse entendre que l'Office a pris sa décision sans aucune preuve positive de la récupération des coûts. Toutefois, lorsqu'on la lit dans son contexte, cette phrase indique plutôt que l'Office était convaincu, à partir de la preuve, qu'il y aurait récupération des coûts pertinents. L'Office ne peut pas simplement se fier aux conclusions de l'intimé quant à la récupération des coûts sans en évaluer la validité, mais ce ne semble pas être ce qui s'est produit en l'espèce. En outre, l'interdiction de se fier à des affirmations non corroborées du demandeur ne devrait pas devenir pour l'Office une obligation de procéder à sa propre analyse dans les cas où cela n'est pas nécessaire.

Outre les éléments de preuve présentés par Hydro-Québec, l'Office a considéré comme pertinent, relativement à la question de la récupération des coûts, le fait que la province avait autorisé les contrats d'exportation. La preuve d'une telle autorisation est explicitement mentionnée à l'al. 6(2)y) du *Règlement (Partie VI)* comme facteur dont l'Office peut tenir compte. Toutefois, les appelants soutiennent que cette autorisation n'a aucun rapport avec l'analyse de rentabilité visée au sous-al. 6(2)z)(i), puisque les décrets pris conformément à la *Loi sur l'Hydro-Québec*, L.R.Q., ch. H-5, en vertu desquels l'autorisation de la province a été donnée, exigent seulement que les contrats soient compatibles avec les bonnes pratiques de gestion financière, et non qu'ils soient dans l'intérêt public. L'article 24 de la *Loi sur l'Hydro-Québec* exige qu'Hydro-Québec maintienne ses taux d'énergie à un niveau suffisant pour couvrir les frais d'exploitation et l'intérêt du capital engagé. À mon avis, les bonnes pratiques de gestion financière d'une entreprise de service public font partie de l'intérêt public. Bien que la preuve d'une autorisation gouvernementale constitue un facteur parmi tant d'autres à considérer, on ne peut affirmer que cette preuve n'a aucun rapport avec la récupération des coûts et que l'Office, en l'examinant, a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence.

I also reject the appellants' argument that the mere fact that all contracts in Quebec require such approval renders consideration of this factor by the Board an improper delegation of its decision-making power. The Board must, of course, make its own decision as to whether the cost-benefit requirement is satisfied. It cannot delegate that responsibility to the Government of Quebec or to any other body. In this case, for such a delegation to have occurred, the Board would have had to treat the mere existence of government approval as sufficient in and of itself to satisfy the cost-benefit requirement, without any independent consideration of the issue. But that was not the case here. Therefore, it cannot be said that there was any jurisdictional error committed by the Board in this aspect of its decision.

*B. Opportunity for Fair Participation in the Review Process*

Given my conclusions on the nature and scope of the cost-benefit review undertaken by the Board, the appellants' arguments relating to procedural fairness can be dispensed with rather simply. The appellants argue that the Board breached the requirements of procedural fairness in failing to require disclosure to the appellants by Hydro-Québec of all information pertinent to the issue of cost recovery. In particular, they point to the failure of the Board to require Hydro-Québec to reveal in full the assumptions and methodologies on which its cost-benefit analysis was based.

In general, included in the requirements of procedural fairness is the right to disclosure by the administrative decision-maker of sufficient information to permit meaningful participation in the hearing process: *In re Canadian Radio-Television Commission and in re London Cable TV Ltd.*, [1976] 2 F.C. 621 (C.A.), at pp. 624-25. The extent of the disclosure required to meet the dictates of natural justice will vary with the facts of the case, and in particular with the type of decision to be

Je rejette également l'argument des appelants que le simple fait que tous les contrats en la matière doivent être ainsi autorisés au Québec a pour effet que l'examen de ce facteur par l'Office devient une délégation incorrecte de son pouvoir décisionnel. Il va sans dire que l'Office doit prendre sa propre décision quant à savoir si l'on a satisfait à l'exigence relative à l'analyse de rentabilité. Il ne peut déléguer cette responsabilité au gouvernement du Québec ni à aucun autre organisme. Pour qu'il y ait eu une telle délégation en l'espèce, il aurait fallu que l'Office considère que la simple existence d'une autorisation gouvernementale suffit en soi pour satisfaire à l'exigence de l'analyse de rentabilité, sans examen distinct de la question. Toutefois, tel n'a pas été le cas en l'espèce. En conséquence, on ne peut soutenir que l'Office a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence relativement à cet aspect de sa décision.

*B. La possibilité de participer de façon équitable au processus d'examen*

Vu mes conclusions sur la nature et l'étendue de l'analyse de rentabilité effectuée par l'Office, les arguments des appelants relatifs à l'équité procédurale peuvent être écartés de façon plutôt succincte. À leur avis, l'Office aurait contrevenu aux exigences en matière d'équité procédurale en n'exigeant pas d'Hydro-Québec qu'elle divulgue aux appelants tous les renseignements se rapportant à la question de la récupération des coûts. Ils font tout particulièrement ressortir que l'Office n'a pas exigé d'Hydro-Québec qu'elle révèle de façon exhaustive les hypothèses et la méthodologie à la base de l'analyse de rentabilité.

En général, les exigences en matière d'équité procédurale comportent le droit de l'intéressé à la divulgation par le décideur administratif de suffisamment de renseignements pour lui permettre de véritablement participer au processus d'audition: voir *In re le Conseil de la Radio-Télévision canadienne et in re la London Cable TV Ltd.*, [1976] 2 C.F. 621 (C.A.), aux pp. 624 et 625. L'étendue de la divulgation requise pour satisfaire aux règles de justice naturelle variera en fonction des faits, plus

made, and the nature of the hearing to which the affected parties are entitled.

The issue in this case, then, is not the sufficiency of the disclosure made by Hydro-Québec. That relates to the question, discussed above, of whether there was evidence before the decision-maker on which it could reasonably have reached the decision which it did: *Parke, Davis & Co. v. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] S.C.R. 219, at p. 223, *per* Rand J. Rather, the issue is whether the Board provided to the appellants disclosure sufficient for their meaningful participation in the hearing, such that they were treated fairly in all the circumstances: *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at pp. 630-31; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 654; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165, at p. 226, *per* McLachlin J. (dissenting on another ground).

In carrying out its decision-making function, the Board has the discretion to determine what evidence is relevant to its decision. It has not been shown that, in this case, the discretion was improperly exercised so as to result in inadequate disclosure to the appellants. As noted above, the Board had sufficient evidence before it to make a valid finding that all costs would be recovered. The appellants were given access to all the material that was before the Board. The Board specifically found that the appellants themselves presented no evidence of added social costs, and did not call into question the veracity of Hydro-Québec's report. Therefore, it cannot be said that, on this basis, the Board erred in its decision to grant the licences.

### C. Fiduciary Duty

The appellants claim that, by virtue of their status as aboriginal peoples, the Board owes them a fiduciary duty extending to the decision-making

particulièrement du type de décision à prendre et de la nature de l'audition à laquelle ont droit les parties concernées.

La question en litige n'est pas de savoir si les faits divulgués par Hydro-Québec étaient suffisants. Cette question se rattache en fait à celle de savoir, comme nous l'avons déjà analysé, si le décideur avait devant lui des éléments de preuve à partir desquels il pouvait raisonnablement prendre la décision qu'il a prise: *Parke, Davis & Co. c. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] R.C.S. 219, à la p. 223, le juge Rand. La question est plutôt de savoir si l'Office a fait aux appelants une divulgation suffisante pour leur permettre de véritablement participer à l'audition, leur accordant ainsi un traitement équitable dans toutes les circonstances: *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, aux pp. 630 et 631; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 654; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165, à la p. 226, le juge McLachlin (dissidente pour un autre motif).

Dans l'exercice de sa fonction décisionnelle, l'Office a le pouvoir discrétionnaire de déterminer la preuve qui est pertinente relativement à sa décision. On n'a pas démontré en l'espèce que ce pouvoir a été exercé illégitimement de façon à entraîner une divulgation insuffisante aux appelants. Comme je l'ai déjà signalé, l'Office disposait d'une preuve suffisante pour conclure valablement qu'il y aurait récupération de tous les coûts. Les appelants ont eu accès à tous les documents déposés devant l'Office. Ce dernier a tout particulièrement fait remarquer que les appelants n'avaient pas présenté de preuve de l'existence de coûts sociaux additionnels et qu'ils n'ont pas mis en doute la véracité du rapport d'Hydro-Québec. En conséquence, on ne peut affirmer pour ce motif que l'Office a commis une erreur dans sa décision de délivrer les licences.

### C. L'obligation fiduciaire

Les appelants soutiennent que l'Office a à leur égard, compte tenu de leur statut d'autochtones, une obligation fiduciaire dont il devrait tenir

process used in considering applications for export licences. The appellants' argument is that the fiduciary duty owed to aboriginal peoples by the Crown, as recognized by this Court in *R. v. Sparrow*, *supra*, extends to the Board, as an agent of government and creation of Parliament, in the exercise of its delegated powers. The duty applies whenever the decision made pursuant to a federal regulatory process is likely to affect aboriginal rights.

The appellants characterize the scope of this duty as twofold. They argue that it includes the duty to ensure the full and fair participation of the appellants in the hearing process, as well as the duty to take into account their best interests when making decisions. The appellants argue that such an obligation imports with it rights that go beyond those created by the dictates of natural justice, and that in this case, at a minimum, the Board should have required disclosure to the appellants of all information necessary to the making of their case against the applications. The respondents to this appeal, on the other hand, dispute both the existence of a duty, and, if it does exist, that the Board failed to meet it.

It is now well settled that there is a fiduciary relationship between the federal Crown and the aboriginal peoples of Canada: *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. Nonetheless, it must be remembered that not every aspect of the relationship between fiduciary and beneficiary takes the form of a fiduciary obligation: *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574. The nature of the relationship between the parties defines the scope, and the limits, of the duties that will be imposed. The courts must be careful not to compromise the independence of quasi-judicial tribunals and decision-making agencies by imposing upon them fiduciary obligations which require that their decisions be made in accordance with a fiduciary duty.

Counsel for the appellants conceded in oral argument that it could not be said that such a duty should apply to the courts, as a creation of govern-

compte dans l'examen des demandes de licences d'exportation. Selon les appelants, l'obligation fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones, comme notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, précité, existe aussi pour l'Office, à titre de mandataire du gouvernement et de création du législateur, dans l'exercice des pouvoirs qui lui ont été délégués. Cette obligation existe chaque fois qu'une décision prise conformément à un processus de réglementation fédérale est susceptible de toucher les droits ancestraux des peuples autochtones.

Les appelants soutiennent qu'il s'agit d'une double obligation: celle d'assurer une participation complète et équitable des appelants à l'audience et celle de tenir compte, dans le cadre du processus décisionnel, de ce qui est dans l'intérêt des appelants. Les appelants affirment que cette obligation comporte des droits qui outrepassent ceux créés par les règles de justice naturelle et que l'Office aurait dû, tout au moins, exiger que soient divulgués aux appelants tous les renseignements nécessaires à l'établissement de leur défense. Par contre, les intimés contestent que cette obligation existe et soutiennent, advenant qu'elle existe, que l'Office ne s'en est pas acquitté.

Il est maintenant bien établi qu'il existe des rapports fiduciaires entre l'État fédéral et les peuples autochtones du Canada: voir l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Néanmoins, il faut se rappeler qu'il n'y a pas une obligation fiduciaire pour chaque aspect des rapports entre fiduciaire et bénéficiaire: voir l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574. La nature des rapports entre les parties définit l'étendue, voire les limites, des obligations imposées. Les cours de justice doivent veiller à ne pas porter atteinte à l'indépendance des tribunaux quasi judiciaires et des organismes décisionnels en leur imposant des obligations fiduciaires exigeant d'eux qu'ils prennent des décisions comme s'ils avaient une obligation fiduciaire.

Lors des plaidoiries, les avocats des appelants ont reconnu que l'on ne pouvait soutenir que les cours de justice, en tant que création du gouverne-

ment, in the exercise of their judicial function. In my view, the considerations which apply in evaluating whether such an obligation is impressed on the process by which the Board decides whether to grant a licence for export differ little from those applying to the courts. The function of the Board in this regard is quasi-judicial: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 385. While this characterization may not carry with it all the procedural and other requirements identical to those applicable to a court, it is inherently inconsistent with the imposition of a relationship of utmost good faith between the Board and a party appearing before it.

It is for this reason that I do not find helpful the authorities cited to me by the appellants as indicative of this evolving trend: *Gitludahl v. Minister of Forests*, B.C.S.C., August 13, 1992, Vancouver A922935, unreported, and *Dick v. The Queen*, F.C.T.D., June 3, 1992, Ottawa T-951-89, unreported. Those cases were concerned, respectively, with the decision-making of the Minister of Forests, and the conduct of the Crown when adverse in interest to aboriginal peoples in litigation. The considerations which may animate the application of a fiduciary duty in these contexts are far different from those raised in the context of a licence application before an independent decision-making body operating at arm's length from government.

Therefore, I conclude that the fiduciary relationship between the Crown and the appellants does not impose a duty on the Board to make its decisions in the best interests of the appellants, or to change its hearing process so as to impose super-added requirements of disclosure. When the duty is defined in this manner, such tribunals no more owe this sort of fiduciary duty than do the courts. Consequently, no such duty existed in relation to the decision-making function of the Board.

Moreover, even if this Court were to assume that the Board, in conducting its review, should have taken into account the existence of the fiduciary

ment, avaient une telle obligation dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. À mon avis, les facteurs qui servent à déterminer si une telle obligation régit le processus décisionnel de l'Office en matière de délivrance de licences d'exportation diffèrent peu de ceux qui sont appliqués aux cours de justice. L'Office remplit à cet égard une fonction quasi judiciaire: *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 385. Bien que cette caractérisation ne soit peut-être pas assortie de toutes les exigences de nature procédurale et autres applicables à une cour de justice, elle est en soi incompatible avec l'exigence voulant qu'il existe des rapports d'une extrême bonne foi entre l'Office et une partie qui comparaît devant lui.

C'est pour ce motif que je ne trouve pas utile les décisions que les appelants m'ont citées à titre indicatif de l'évolution de la tendance: *Gitludahl c. Minister of Forests*, C.S.C.-B., le 13 août 1992, Vancouver A922935, inédit, et *Dick c. La Reine*, C.F. 1<sup>re</sup> inst., le 3 juin 1992, Ottawa, T-951-89, inédit. Ces décisions portaient, respectivement, sur le pouvoir de décision du ministre des Forêts et la conduite de l'État lorsqu'il se trouve partie adverse dans un litige avec les peuples autochtones. Les facteurs susceptibles d'entraîner l'application d'une obligation fiduciaire dans ces contextes sont fort différents de ceux soulevés dans le contexte d'une demande de licence présentée à un organisme décisionnel indépendant sans lien de dépendance avec le gouvernement.

En conséquence, je conclus que les rapports fiduciaires entre l'État et les appelants n'imposent pas à l'Office une obligation de prendre des décisions dans l'intérêt des appelants, ou encore de modifier son processus d'audience de façon à imposer des exigences additionnelles de divulgation. Lorsque l'on définit ainsi l'obligation fiduciaire, elle n'incombe pas davantage à ces tribunaux qu'aux cours de justice. Ainsi, l'Office n'avait aucune obligation de cette nature dans l'exercice de son pouvoir décisionnel.

En outre, même si notre Cour devait supposer que l'Office, dans le cadre de son analyse, aurait dû tenir compte de l'existence de rapports fiduci-

any relationship between the Crown and the appellants, I am satisfied that, for the reasons set out above relating to the procedure followed by the Board, its actions in this case would have met the requirements of such a duty. There is no indication that the appellants were given anything less than the fullest opportunity to be heard. They had access to all the evidence that was before the Board, were able to make submissions and argument in reply, and were entitled to cross-examine the witnesses called by the respondent Hydro-Québec. This argument must therefore fail for the same reasons as the arguments relating to the nature of the review conducted by the Board.

#### D. *Aboriginal Rights*

This Court, in *R. v. Sparrow*, *supra*, recognized the interrelationship between the recognition and affirmation of aboriginal rights constitutionally enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and the fiduciary relationship which has historically existed between the Crown and aboriginal peoples. It is this relationship that indicates that the exercise of sovereign power may be limited or restrained when it amounts to an unjustifiable interference with aboriginal rights. In this appeal, the appellants argue that the decision of the Board to grant the licences will have a negative impact on their aboriginal rights, and that the Board was therefore required to meet the test of justification as set out in *Sparrow*.

It is obvious that the Board must exercise its decision-making function, including the interpretation and application of its governing legislation, in accordance with the dictates of the Constitution, including s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Therefore, it must first be determined whether this particular decision of the Board, made pursuant to s. 119.08(1) of the *National Energy Board Act*, could have the effect of interfering with the existing aboriginal rights of the appellants so as to amount to a *prima facie* infringement of s. 35(1).

The respondents in this appeal argue that it cannot. They assert that, with the signing by the appellants of the James Bay and Northern Quebec Agreement, incorporated in the *James Bay and*

ciaires entre l'État et les appelants, je suis convaincu, pour les motifs que j'ai mentionnés relativement à la procédure suivie par l'Office, que les mesures qu'il a prises auraient permis de satisfaire aux exigences d'une telle obligation. Rien n'indique que les appelants n'ont pas eu pleinement l'occasion d'être entendus. Ils ont eu accès à tous les éléments de preuve déposés devant l'Office, ont pu présenter des arguments et une réplique et ont également eu le droit de contre-interroger les témoins assignés par l'intimée Hydro-Québec. Cet argument doit, en conséquence, échouer pour les mêmes motifs que les arguments relatifs à la nature de l'examen réalisé par l'Office.

#### D. *Les droits ancestraux*

Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, précité, notre Cour a reconnu la relation qui existe entre la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux inscrits au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* d'une part, et les rapports fiduciaires traditionnels entre l'État et les peuples autochtones. Ce sont ces rapports qui indiquent que l'exercice du pouvoir souverain peut être restreint lorsqu'il constitue une atteinte injustifiable aux droits ancestraux. En l'espèce, les appelants soutiennent que la décision de l'Office de délivrer les licences aura une incidence négative sur leurs droits ancestraux et que l'Office était tenu de satisfaire au critère de la justification formulée dans l'arrêt *Sparrow*.

De toute évidence, l'Office doit exercer son pouvoir décisionnel, y compris celui d'interpréter et d'appliquer sa loi habilitante, conformément aux principes de la Constitution, y compris le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, il faut tout d'abord déterminer si la décision prise par l'Office, en vertu du par. 119.08(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, pourrait avoir pour effet de porter atteinte aux droits ancestraux existants des appelants de façon à équivaloir à première vue à une violation du par. 35(1).

Les intimés sont d'avis qu'elle ne le pourrait pas. Ils soutiennent que les appelants, en adhérant à la Convention de la Baie James et du Nord québécois, incorporée dans la *Loi sur le règlement des*

*Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, S.C. 1976-77, c. 32 ("the *James Bay Act*"), the appellants ceded and renounced all aboriginal rights except as set out in the Agreement. Since the act of granting a licence neither requires nor permits the construction of the new production facilities which the appellants claim will interfere with their rights, and since the Agreement itself provides for a participatory review process to authorize the construction of such facilities, Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec argue that no *prima facie* infringement results from the decision of the Board.

The evaluation of these competing arguments requires an examination and interpretation of the Agreement as embodied in the *James Bay Act*. The appellants, however, requested that this question be determined without reference to the Agreement or to the Act, since its interpretation and application form the subject of other legal proceedings involving the parties to this appeal. The appellants accordingly placed no reliance on this document in their assertion of a breach of aboriginal rights.

In my view, it is not possible to evaluate realistically the impact of the decision of the Board on the rights of the appellants without reference to the *James Bay Act*. The respondents assert that the rights of the appellants are limited to those set out in this document. The validity of this assertion cannot be tested without construing the provisions of the Agreement.

Moreover, even assuming that the decision of the Board is one that has, *prima facie*, an impact on the aboriginal rights of the appellants, and that the appellants are correct in arguing that, for the Board to justify its interference, it must, at a minimum, conduct a rigorous, thorough, and proper cost-benefit review, I find, for the reasons expressed above, that the review carried out in this case was not wanting in this respect.

*revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, ch. 32 («*Loi sur la Baie James*»), ont cédé tous leurs droits ancestraux et y ont renoncé, sauf dans la mesure prévue dans la Convention. Puisqu'en soi la délivrance d'une licence ne nécessite ni ne permet la construction des nouvelles installations de production qui, selon les appelants, empièteront sur leurs droits et que la Convention prévoit un processus d'examen en commun lorsqu'il s'agit d'autoriser une telle construction, Hydro-Québec et le procureur général du Québec soutiennent que la décision de l'Office ne présente pas d'atteinte à première vue.

Pour évaluer ces arguments opposés, il est nécessaire d'examiner et d'interpréter la Convention incorporée dans la *Loi sur la Baie James*. Toutefois, les appelants ont demandé que cette question soit tranchée sans renvoi à la Convention ou à la Loi, puisqu'il existe entre les parties d'autres procédures judiciaires relativement à l'interprétation et à l'application du document en question. C'est pourquoi les appelants ne se sont pas servis de ce document pour faire valoir qu'il y aurait eu violation de leurs droits ancestraux.

À mon avis, on ne peut établir d'une façon réaliste l'incidence de la décision de l'Office sur les droits des appelants sans examiner la *Loi sur la Baie James*. Les intimés soutiennent que les droits des appelants se limitent à ceux mentionnés dans ce document. La validité de cet argument ne peut être vérifiée sans une interprétation des dispositions de la Convention.

En outre, même en supposant que la décision de l'Office a, à première vue, une incidence sur les droits ancestraux des appelants, et que ceux-ci ont raison de soutenir que, pour justifier son intervention, l'Office doit, à tout le moins, procéder à une analyse de rentabilité rigoureuse, approfondie et appropriée, je suis d'avis, pour les motifs que j'ai exprimés, que l'analyse effectuée en l'espèce n'était pas déficiente sur ce point.

*E. Environmental Impact Assessment*

Given that the social cost-benefit analysis appears to have been reasonable, the sole remaining ground on which the decision of the Board can be impugned relates to the environmental impact assessment carried out by the Board. It must be determined both whether the Board followed the procedures for such an assessment set out in the *National Energy Board Act* and in the *EARP Guidelines Order*, and whether the imposition of conditions 10 and 11 was a valid mechanism for fulfilling these requirements. If it is found that the conditions imposed by the Board caused it to exceed, or alternately to fail to exercise, its jurisdiction, it must also be determined whether the conditions are severable, and the order of the Board nonetheless remains valid.

*(a) The National Energy Board Act*

It is clear, and indeed it does not appear to have been seriously contested by the parties that, while the Board in making its decision was bound by the Act as amended, it was nonetheless entitled to require evidence of the factors listed in the former Act, since s. 119.08(2) of the amended Act gives to the Board the mandate to consider any matters which it deems relevant in the circumstances.

The proper interpretation of the scope of the Board's inquiry is found by looking at the procedural framework created by the Act as a whole. The procedure for the issuing of permits for the export of electricity is set out in Division II of Part VI of the Act. In the version of the Act in force at the time that the initial application was made by Hydro-Québec, each applicant was required to apply for a licence, and the factors which the Board was to consider in its determination whether to grant the licence were explicitly listed.

By the terms of the Act as amended by Bill C-23, the Board is in general now required, on application and without a public hearing, to issue permits for export (s. 119.03). However, the Board may recommend to the Minister that the granting be delayed and that an inquiry be held. Section

*E. L'évaluation environnementale*

Puisque l'analyse de rentabilité sociale paraît avoir été raisonnable, l'évaluation environnementale effectuée par l'Office représente le dernier moyen d'attaquer la décision qu'il a prise. Il faut déterminer à la fois si l'Office a suivi les modalités prévues dans la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et dans le *Décret sur le PEEE* et si l'imposition des conditions 10 et 11 constituait une façon valide de satisfaire à ces exigences. Si l'on estime que l'Office, en imposant ces conditions, a excédé, ou subsidiairement a omis d'exercer, sa compétence, il faudra ensuite déterminer si ces conditions peuvent être retranchées et si l'ordonnance de l'Office demeure par ailleurs valide.

*a) La Loi sur l'Office national de l'énergie*

Il est évident, et cela ne semble pas avoir été sérieusement contesté par les parties, que l'Office était lié par la Loi modifiée et qu'il avait néanmoins le droit d'exiger une preuve des facteurs énumérés dans l'ancienne loi puisque le par. 119.08(2) de la Loi modifiée lui donne le mandat d'examiner tous les facteurs qui lui semblent pertinents dans les circonstances.

L'interprétation qu'il faut donner à la portée de l'examen de l'Office nécessite l'analyse de la procédure créée par l'ensemble de la Loi. La procédure de délivrance des permis d'exportation d'électricité est prévue à la Section II de la Partie VI de la Loi. Dans la version de la Loi en vigueur à l'époque de la demande initiale d'Hydro-Québec, tout requérant devait présenter une demande de licence, et les facteurs que l'Office devait prendre en considération étaient explicitement énumérés.

D'après le libellé de la Loi, modifiée par le Projet de loi C-23, l'Office est maintenant en général tenu de délivrer, sur demande et sans audience publique, les permis autorisant l'exportation (art. 119.03). Toutefois, l'Office peut suggérer par recommandation au ministre de surseoir à la déli-

119.06(2) provides that, in determining whether to make such a recommendation

... the Board shall seek to avoid the duplication of measures taken in respect of the exportation by the applicant and the government of the province from which the electricity is exported, and shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant, including

(b) the impact of the exportation on the environment;

(d) such considerations as may be specified in the regulations.

If the Minister accepts this recommendation, the application is designated as one to which s. 119.08 applies, and a licence is required rather than a permit. The enumerated factors which the Board was required to take into account at this stage, in considering whether a licence should be granted, were eliminated by the amendments to the Act. Now, the section simply provides:

#### 119.08 ...

(2) In deciding whether to issue a licence, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant.

Section 6 of the *Part VI Regulations* governs the information that must be furnished to the Board in an application for a licence. The section gives the Board the power both to request any information that it might require, and to dispense with the provision of any evidence that it deems unnecessary. However, s. 6(2) nonetheless sets out a long list of factors that must be furnished by the applicant unless the Board otherwise authorizes. The subsections relevant to this appeal are ss. 6(2)(z) and 6(2)(aa), which require:

(z) evidence to demonstrate that the price to be charged by the applicant for electric power and energy exported by him is just and reasonable in relation to the public interest, and in particular that the export price

(i) would recover its appropriate share of the costs incurred in Canada,

vance de permis et de tenir une telle audience. Le paragraphe 119.06(2) prévoit que, pour déterminer s'il y a lieu de procéder à la recommandation

... l'Office tente d'éviter le dédoublement des mesures prises au sujet de l'exportation d'électricité par le demandeur et le gouvernement de la province exportatrice et tient compte de tous les facteurs qu'il estime pertinents et notamment:

b) des conséquences de l'exportation sur l'environnement;

d) de tout autre facteur qui peut être prévu par règlement.

Si le ministre accepte la recommandation, la demande devient alors une demande à laquelle s'applique l'art. 119.08, et une licence, plutôt qu'un permis, sera alors exigée. Les modifications apportées à la Loi ont eu pour effet d'éliminer les facteurs énumérés dont l'Office devait tenir compte à cette étape, relativement à la délivrance d'une licence. L'article prévoit maintenant:

#### 119.08 ...

(2) L'Office tient compte de tous les facteurs qui lui semblent pertinents.

L'article 6 du *Règlement (Partie VI)* prévoit les renseignements qui doivent être fournis à l'Office par le demandeur d'une licence. En vertu de cette disposition, l'Office peut demander les renseignements dont il peut avoir besoin ou ne pas exiger la présentation d'éléments de preuve qu'il juge inutiles. Cependant, le par. 6(2) dresse néanmoins une longue liste de renseignements que le requérant doit fournir à l'Office, sauf autorisation contraire de celui-ci. Les dispositions pertinentes sont les al. 6(2)(z) et 6(2)(aa):

z) une preuve démontrant que le prix que doit exiger le requérant pour la puissance et l'énergie électriques destinées par lui à l'exportation est juste et raisonnable par rapport à l'intérêt public et, en particulier, que le prix d'exportation

(i) permettra la récupération d'une bonne proportion des coûts assumés au Canada,

(ii) would not be less than the price to Canadians for equivalent service in related areas. . .

(ii) ne sera pas inférieur au prix exigé des Canadiens pour un service équivalent dans des régions connexes . . .

(aa) evidence on any environmental impact that would result from the generation of the power for export. <sup>a</sup>

aa) un témoignage quant aux répercussions que pourrait avoir sur l'environnement la production de la puissance destinée à l'exportation.

In this case, the Board considered the environmental effects of the actual transmission of the electricity to the United States, and the resulting effects on the U.S. environment, and found them to be either neutral or beneficial. The real area of concern for negative environmental impact, as raised by the appellants and other parties appearing at the public hearing, was the future construction of production facilities, as contemplated by the development plan, to meet increased needs for power. The Board specifically found that these planned facilities would have to be built to meet the projected increase in the domestic demand for electrical power even if the licences were not approved. The Board also found that, if the licences were granted, the construction of some of these contemplated facilities would take place earlier than would otherwise be necessary. Finally, the Board held that the additional environmental effects occurring solely as a result of the acceleration of construction would be negligible. <sup>a</sup>  
<sup>c</sup>  
<sup>d</sup>  
<sup>e</sup>  
<sup>f</sup>

En l'espèce, l'Office a examiné les effets sur l'environnement du transport même d'électricité aux États-Unis, ainsi que ses effets sur l'environnement américain, et les a considérés comme neutres ou avantageux. Comme l'ont indiqué les appelants et les autres parties qui ont comparu lors des audiences publiques, la véritable préoccupation avait trait aux incidences environnementales négatives des futures installations de production, prévues dans le plan de développement et destinées à satisfaire à la demande accrue d'électricité. L'Office a spécifiquement reconnu que ces installations devraient être construites pour répondre à l'accroissement prévu de la demande intérieure d'électricité, même si les licences n'étaient pas accordées. L'Office a également conclu que, advenant la délivrance des licences, la construction de certaines des installations envisagées aurait lieu plus tôt qu'il ne serait autrement nécessaire. Enfin, l'Office a statué que les effets additionnels sur l'environnement liés seulement au devancement de la construction des installations seraient négligeables.

However, the Board found that the potential environmental effects of the actual construction of these future facilities were not known with certainty. It therefore imposed conditions 10 and 11 to the licences, which require compliance with federal standards, and successful completion of existing review processes. In this appeal, the prime dispute in the area of environmental impact is whether the Board was entitled to consider, as relevant to its decision to grant the licences sought, the environmental impact of the construction by Hydro-Québec of these future facilities. <sup>g</sup>  
<sup>h</sup>  
<sup>i</sup>

Toutefois, l'Office a conclu que les effets sur l'environnement de la construction même des futures installations n'étaient pas vraiment connus. C'est pourquoi il a imposé les conditions 10 et 11 des licences pour exiger le respect des normes fédérales ainsi que l'accomplissement des processus d'examen déjà en place. En l'espèce, le principal point en litige en ce qui concerne les incidences environnementales est de savoir si l'Office avait le droit de considérer comme pertinentes, relativement à sa décision de délivrer les licences demandées, les incidences de la construction des futures installations par Hydro-Québec.

The Court of Appeal in this case found that, in deciding whether to grant a licence, the Board was limited solely to the consideration of the environmental effects of export as that term is defined in <sup>j</sup>

La Cour d'appel en l'espèce a conclu que l'Office, dans sa décision de délivrer une licence, devait seulement examiner les effets des exportations sur l'environnement, au sens de la *Loi sur*

the *National Energy Board Act*. As noted above, s. 2 of the Act provides:

“export” means, with reference to

(a) electricity, to send from Canada by a line of wire or other conductor electricity produced in Canada, . . .

As mentioned above, the Court of Appeal (at pp. 450-51) interpreted the section to mean that

. . . the Board’s jurisdiction still is and has always been the granting of leave to export electricity. The factors which may be relevant in considering an application for leave to export electricity and the conditions which the Board may place on its leave clearly cannot relate to anything but the export of electricity. . .

It seems clear that, as it is understood in the Act with respect to electricity, export does not cover production itself, and it is only reasonable that this should be so. Of course, anyone wishing to export a good must produce it or arrange for it to be produced elsewhere, but when he produces it or arranges for its production elsewhere he is not exporting it, and when he is exporting it he is not producing it.

I do not think anyone would dispute for a moment that in considering an application for leave to export electricity, the Board must be concerned about the environmental consequences, since the public interest is involved. The Board’s function in this respect is in any case confirmed in several enactments. However, the only question can be as to the environmental consequences of the export, namely the consequences for the environment of “[sending] from Canada . . . power produced in Canada”.

The Board is specifically permitted by s. 119.06(2) of the *National Energy Board Act* to take into consideration, in its decision whether to recommend to the Minister that the matter proceed by way of a licence application with a public review rather than by the issuance of a permit, both the environmental effects of the exportation of the electricity, and, as specified in the Regulations, the effects on the environment of the generation of the power for export. Once a licence application review process is instituted, s. 119.08(2) of the Act gives to the Board the power to consider all factors

*l’Office national de l’énergie*. L’article 2 de cette loi dispose:

«exportation»

a) Dans le cas de l’électricité, le fait de transporter de l’électricité produite au Canada à l’extérieur du pays par une ligne de fil métallique ou un autre conducteur;

Comme il a déjà été mentionné, la Cour d’appel a interprété ainsi cette disposition (aux pp. 450 et 451)

. . . ce sur quoi porte la juridiction de l’Office est encore et a toujours été l’autorisation d’exporter de l’électricité. Les facteurs qui peuvent être pertinents dans l’examen d’une demande d’autorisation d’exporter de l’électricité et les conditions auxquelles l’Office peut assujettir son autorisation ne peuvent évidemment se rapporter à autre chose qu’à l’exportation de l’électricité. . .

Il me paraît clair que l’exportation, telle que l’entend la Loi dans le cas de l’électricité, ne couvre pas la production elle-même, et ce n’est que rationnel qu’il en soit ainsi. Bien sûr, celui qui veut exporter un bien doit le produire ou se le procurer ailleurs, mais quand il le produit ou se le procure ailleurs il ne l’exporte pas, et quand il l’exporte il ne le produit pas.

Personne, je pense, ne songerait un moment à contester qu’en considérant une demande d’autorisation d’exporter de l’électricité, l’Office soit tenu de s’inquiéter des conséquences environnementales, puisqu’il y va de l’intérêt public. Le mandat de l’Office à cet égard est d’ailleurs confirmé dans plusieurs textes. Mais ce sont les conséquences environnementales de l’exportation dont il peut uniquement s’agir, soit les conséquences sur l’environnement du «fait de transporter de l’électricité produite au Canada à l’extérieur du pays».

Le paragraphe 119.06(2) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* autorise expressément l’Office à tenir compte des effets de l’exportation d’électricité sur l’environnement et, comme le prévoit le Règlement, des effets sur l’environnement de la production de l’électricité destinée à l’exportation, lorsqu’il détermine s’il y a lieu de recommander au ministre d’exiger le dépôt d’une demande de licence, avec audience publique, plutôt que de procéder par délivrance d’un permis. Une fois commencé le processus d’examen d’une demande de licence, le par. 119.08(2) de la Loi

which appear to it to be relevant. In my opinion, given that the Board is permitted at the earlier stage to take such factors into account, it would be inconsistent to prohibit the Board from having regard to such factors at this later stage, although such concerns continue to be relevant.

I am of the view that the Court of Appeal erred in limiting the scope of the Board's environmental inquiry to the effects on the environment of the transmission of power by a line of wire across the border. To limit the effects considered to those resulting from the physical act of transmission is an unduly narrow interpretation of the activity contemplated by the arrangements in question. The narrowness of this view of the Board's inquiry is emphasized by the detailed regulatory process that has been created. I would find it surprising that such an elaborate review process would be created for such a limited inquiry. As the Court of Appeal in this case recognized, electricity must be produced, either through existing facilities or the construction of new ones, in order for an export contract to be fulfilled. Ultimately, it is proper for the Board to consider in its decision-making process the overall environmental costs of granting the licence sought.

However, such a task is particularly difficult in this case, given the Board's finding that, although existing facilities were not sufficient to service the contracts, the new facilities contemplated would have to be built in any event to supply increasing domestic needs. The approval of the application for the licences would therefore simply have the effect of accelerating construction of these facilities, and the environmental effects of the acceleration alone were found not to be significant. Nevertheless, in my opinion, the Board did not err in giving some weight to the environmental effects of the construction of the planned facilities. To say that such effects cannot be considered unless the Board finds that, but for the export contracts, the facilities would not be constructed, is to create a situation in which the construction of a generating facility may be contemplated solely for the purpose of fulfilling the demands of a number of

accorde à l'Office le pouvoir de tenir compte de tous les facteurs qui lui semblent pertinents. À mon avis, puisque l'Office peut, à l'étape préliminaire tenir compte des facteurs qu'il juge pertinents, il serait illogique d'interdire à l'Office d'en tenir compte à l'étape ultérieure, même si ces préoccupations continuent d'être pertinentes.

Je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en limitant l'examen de l'Office sur les incidences environnementales aux effets sur l'environnement du transport d'électricité par une ligne de fil métallique au-delà de la frontière. Limiter l'examen aux effets résultant du transport physique même constitue une interprétation indument restrictive de l'activité envisagée. Le processus de réglementation détaillé qui a été constitué fait bien ressortir le caractère restrictif de cette interprétation. Je serais fort étonné qu'un processus si détaillé soit créé aux fins d'un examen si restrictif. Comme la Cour d'appel l'a reconnu, l'électricité à fournir dans le cadre du contrat d'exportation doit être produite par les installations actuelles ou nécessitera la construction de nouvelles installations. En fin de compte, il convient que l'Office tienne compte, dans son processus décisionnel, de l'ensemble des coûts environnementaux de la délivrance d'une licence.

Toutefois, cette tâche est particulièrement difficile en l'espèce puisque l'Office a conclu que les installations existantes ne permettaient pas de répondre à la demande prévue dans les contrats, mais qu'il faudrait de toute façon procéder à la construction des nouvelles installations pour répondre à l'accroissement de la demande intérieure. L'approbation de la demande de licences aurait alors simplement pour effet de devancer la construction de ces installations, et l'on a considéré comme négligeables les effets sur l'environnement attribuables au seul devancement des travaux. Néanmoins, à mon avis, l'Office n'a pas commis d'erreur en accordant un certain poids aux effets sur l'environnement de la construction des installations prévues. Soutenir que l'Office ne peut tenir compte de ces effets, sauf s'il conclut que la construction de ces installations ne serait pas nécessaire en l'absence des contrats d'exportation,

export contracts, but because no one export contract can be said to be the cause of the facility's construction, its environmental effects will never be considered.

A better approach is simply to ask whether the construction of new facilities is required to serve, among other needs, the demands of the export contract. If this question is answered in the affirmative, then the environmental effects of the construction of such facilities are related to the export. In these circumstances, it becomes appropriate for the Board to consider the source of the electrical power to be exported, and the environmental costs that are associated with the generation of that power.

The respondents expressed concern that giving such a scope to the inquiry of the Board might then bring into its contemplation areas which are more properly the subject of provincial regulation and control. I hasten to add that no constitutional question was raised in this appeal, and I expressly refrain from making any determinations relating to the interpretation of the provisions of the *Constitution Act, 1867*. However, it is nonetheless important that the jurisdiction of the Board be delineated in a manner that respects these concerns. Obviously, while matters relating to export clearly fall within federal jurisdiction according to s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, as part of the federal government power over matters relating to trade and commerce, it is undeniable that a proposal for export may have ramifications for the operation of provincial undertakings or other matters under provincial jurisdiction.

In defining the jurisdictional limits of the Board, then, this Court must be careful to ensure that the Board's authority is truly limited to matters of federal concern. At the same time, however, the scope of its inquiry must not be narrowed to such a degree that the function of the Board is rendered meaningless or ineffective. In this regard, I find helpful the reasons of this Court in *Friends of the*

créée une situation où la construction d'une centrale électrique pourrait être envisagée seulement en réponse à la demande résultant d'un certain nombre de contrats d'exportation, mais que, parce que l'on ne peut dire qu'un contrat d'exportation particulier est la cause de la construction de la centrale, on n'aura jamais à tenir compte de ses effets sur l'environnement.

Il vaut mieux se demander simplement si la construction de nouvelles installations est nécessaire, entre autres, pour répondre à la demande créée par un contrat d'exportation. Dans l'affirmative, les effets sur l'environnement de la construction de ces installations ont un lien avec l'exportation. Dans ces circonstances, il devient alors approprié pour l'Office de tenir compte de la source de l'énergie électrique à exporter et des coûts environnementaux associés à la production de cette énergie.

Les intimés craignent que l'on amène ainsi l'Office à examiner des domaines qui relèvent d'abord de la réglementation et du contrôle des provinces. Je m'empresse d'ajouter que le présent pourvoi ne soulève aucune question constitutionnelle, et je m'abstiens explicitement de me prononcer sur l'interprétation des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, dans la détermination des limites de la compétence de l'Office, il importe néanmoins de tenir compte des craintes exprimées. De toute évidence, bien que les questions d'exportation relèvent clairement de la compétence fédérale en matière de réglementation des échanges et du commerce, conformément au par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on ne saurait nier qu'un projet d'exportation peut avoir des ramifications sur le fonctionnement des entreprises provinciales ou sur d'autres questions de compétence provinciale.

En définissant les limites de la compétence de l'Office, notre Cour doit s'assurer que l'exercice des pouvoirs de l'Office se limite vraiment aux questions d'intérêt fédéral. Cependant, il ne faut pas non plus circonscrire l'étendue de l'examen à effectuer à un tel point que la fonction de l'Office devienne dénuée de sens ou privée d'efficacité. À cet égard, je trouve utiles les motifs de notre Cour

*Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, a decision released after the Federal Court of Appeal had rendered judgment in this case.

In *Oldman River* this Court considered, among other issues, the constitutional validity of the *EARP Guidelines Order*. La Forest J., for the majority, concluded, in words I find apposite to this appeal (at p. 64):

It must be recognized that the environment is not an independent matter of legislation under the *Constitution Act, 1867* and that it is a constitutionally abstruse matter which does not comfortably fit within the existing division of powers without considerable overlap and uncertainty.

Therefore (at p. 65):

... the solution to this case can more readily be found by looking first at the catalogue of powers in the *Constitution Act, 1867* and considering how they may be employed to meet or avoid environmental concerns. When viewed in this manner it will be seen that in exercising their respective legislative powers, both levels of government may affect the environment, either by acting or not acting.

As noted earlier, the *vires* of the *National Energy Board Act* is not in dispute in this appeal. If in applying this Act the Board finds environmental effects within a province relevant to its decision to grant an export licence, a matter of federal jurisdiction, it is entitled to consider those effects. So too may the province have, within its proper contemplation, the environmental effects of the provincially regulated aspects of such a project. This co-existence of responsibility is neither unusual nor unworkable. While duplication and contradiction of directives should of course be minimized, it is precisely this dilemma that the *EARP Guidelines Order*, specifically ss. 5 and 8, is designed to avoid, and that the Board attempted to reduce with the imposition of conditions 10 and 11 to the licences.

dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, rendu après le jugement de la Cour d'appel fédérale en l'espèce.

Dans l'arrêt *Oldman River*, notre Cour a notamment examiné la constitutionnalité du *Décret sur le PEEE*. Le juge La Forest, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu en des termes que j'estime fort pertinents pour les fins du présent pourvoi à la p. 64:

Il faut reconnaître que l'environnement n'est pas un domaine distinct de compétence législative en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que c'est, au sens constitutionnel, une matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences, sans un grand chevauchement et une grande incertitude.

En conséquence (à la p. 65):

... on peut plus facilement trouver la solution applicable à l'espèce en examinant tout d'abord l'énumération des pouvoirs dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et en analysant comment ils peuvent être utilisés pour répondre aux problèmes environnementaux ou pour les éviter. On pourra alors se rendre compte que, dans l'exercice de leurs pouvoirs respectifs, les deux paliers de gouvernement peuvent toucher l'environnement, tant par leur action que leur inaction.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, la validité de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* n'est pas contestée dans le présent pourvoi. En appliquant la Loi, l'Office peut tenir compte des effets sur l'environnement à l'intérieur d'une province s'il les considère pertinents aux fins de sa décision de délivrer une licence d'exportation, matière de compétence fédérale. La province peut, quant à elle, examiner les effets sur l'environnement des aspects d'un projet donné qui relèvent de la réglementation provinciale. Cette coexistence de responsabilité n'est ni inhabituelle ni impossible. Il y a, bien entendu, lieu de minimiser le double emploi de directives et les contradictions entre ces dernières, et c'est précisément le problème que le *Décret sur le PEEE*, tout particulièrement ses art. 5 et 6, cherche à éviter, et que l'Office a tenté de réduire en imposant les conditions 10 et 11 de la licence.

It is also worth noting that the Board is the forum in which the environmental impact attributable solely to the export, that is, to the impact of the increase in power output needed to service the export contracts, will be considered. A focused assessment of these effects may be lost if subsumed in a comprehensive evaluation by the province of the environmental effects of the projects in their totality. In this way, both levels of government have a unique sphere in which to contribute to environmental impact assessment.

I conclude, therefore, that the Board did not exceed its jurisdiction under the *National Energy Board Act* in considering the environmental effects of the construction of future generating facilities as they related to the proposed export, an area of federal responsibility. The Board is permitted by s. 15 of the Regulations to the Act to attach conditions to the licences which it grants, including conditions relating to environmental protection: s. 15(m). The only issue that remains, then, is whether in imposing conditions 10 and 11, the Board failed to meet its obligations under the *EARP Guidelines Order*.

(b) The *EARP Guidelines Order* and the Validity of Conditions 10 and 11

That the *EARP Guidelines Order* applied to the Board in its decision whether to grant the export licences does not appear to be in serious dispute. The *EARP Guidelines Order* applies to all "initiating department[s]", defined in s. 2 as "any department that is, on behalf of the Government of Canada, the decision making authority for a proposal". "Proposal" is also defined in s. 2, as "any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility".

The key feature to be extracted from these somewhat circular definitions is that the application of the *EARP Guidelines Order* to the Board relates to the aspect of Hydro-Québec's undertakings for which it has decision-making authority, that is, the decision to grant a licence permitting

Il convient également de signaler que l'Office est la tribune où seront examinés les effets sur l'environnement attribuables seulement à l'exportation, c'est-à-dire les effets de l'augmentation d'électricité produite pour respecter les contrats d'exportation. Une évaluation centrée sur ces effets peut s'avérer inutile si elle est subsumée sous une évaluation globale par la province des effets sur l'environnement de l'ensemble des projets. De cette façon, les deux paliers de gouvernement ont chacun leur domaine dans lequel ils peuvent contribuer à l'évaluation environnementale.

En conséquence, je conclus que l'Office n'a pas excédé sa compétence en vertu de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* en tenant compte des effets sur l'environnement de la construction des futures installations de production dans la mesure où ils se rapportent aux exportations proposées, domaine de compétence fédérale. L'article 15 du Règlement permet à l'Office d'assortir les licences qu'il délivre de conditions, notamment en ce qui concerne la protection de l'environnement: al. 15m). Il reste maintenant à savoir si l'Office, en imposant les conditions 10 et 11, a omis de respecter ses obligations en vertu du *Décret sur le PEEE*.

b) Le *Décret sur le PEEE* et la validité des conditions 10 et 11

On ne paraît pas contester sérieusement que le *Décret sur le PEEE* est applicable à l'Office lorsqu'il décide de délivrer une licence d'exportation. Le *Décret sur le PEEE* s'applique à tout «ministère responsable», que l'art. 2 définit de la façon suivante: «Ministère qui, au nom du gouvernement du Canada, exerce le pouvoir de décision à l'égard d'une proposition.» L'article 2 donne la définition suivante du terme «proposition» «S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions».

Le principal élément qui se dégage de ces définitions plutôt circulaires est que le *Décret sur le PEEE* s'applique à l'Office pour ce qui est de l'aspect des entreprises d'Hydro-Québec à l'égard desquelles il a un pouvoir décisionnel, c'est-à-dire la décision de délivrer une licence d'exportation. On

export. That does not artificially limit the scope of the inquiry to the environmental ramifications of the transmission of power by a line of wire, but it equally does not permit a wholesale review of the entire operational plan of Hydro-Québec. Section 6(b) of the *EARP Guidelines Order* makes it clear that “[t]hese Guidelines shall apply to any proposal . . . that may have an environmental effect on an area of federal responsibility”. As will be evident from the reasons which follow, I am of the view that the Board in its decision struck an appropriate balance between these two extremes.

The main goal of the Process created by the *EARP Guidelines Order* is that “the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for which it is the decision-making authority are fully considered and where the implications are significant, refer the proposal to the Minister for public review by a Panel” (s. 3). The overarching purpose of the *EARP Guidelines Order* is to avoid, in situations in which multiple regulatory steps impinge on an undertaking or proposal, disregard for the fundamentally important matter of the protection of the environment.

The *EARP Guidelines Order* also notes explicitly, as mentioned above, that duplication in review is to be avoided (ss. 5(1) and 8), although the initiating department is prohibited from delegating its task of environmental screening or initial assessment to any other body: s. 10(2). The Board in this case was therefore required by s. 12 of the *EARP Guidelines Order* to determine whether the export proposal would not produce any adverse environmental effects, would produce significant adverse environmental effects, would produce effects which were insignificant or mitigable with known technology, or would produce effects which were unknown. In the words of the Board (at pp. 34-35):

In conducting a screening of electricity export proposals, the Board examines the potential environmental and corresponding social effects in and outside of Canada,

ne se trouve pas ainsi à limiter artificiellement l’étendue de l’examen aux répercussions environnementales du transport d’électricité par une ligne de fil métallique, ni d’ailleurs à autoriser un examen de l’ensemble du plan opérationnel d’Hydro-Québec. L’alinéa 6b) du *Décret sur le PEEE* précise clairement que «[l]es présentes lignes directrices s’appliquent aux propositions [. . .] pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale». On se rendra compte dans les motifs qui suivent que je suis d’avis que l’Office a, dans sa décision, établi un équilibre approprié entre ces deux extrêmes.

Le processus créé par le *Décret sur le PEEE* vise principalement à ce que «le ministère responsable examine, le plus tôt possible au cours de l’étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions environnementales de toutes les propositions à l’égard desquelles il exerce le pouvoir de décision» (art. 3). Le *Décret sur le PEEE* vise avant tout à éviter que l’on fasse abstraction de la question fondamentalement importante de la protection de l’environnement, dans les cas où de multiples paliers de réglementation touchent une entreprise ou une proposition.

En outre, le *Décret sur le PEEE* précise explicitement, comme je l’ai déjà mentionné, qu’il faut veiller à ce que les examens ne fassent pas double emploi (par. 5(1) et art. 8); toutefois, il est interdit au ministère responsable de déléguer à un autre organisme l’examen préalable ou l’évaluation initiale: par. 10(2). En l’espèce, l’Office était tenu en vertu de l’art. 12 du *Décret sur le PEEE* de déterminer si la proposition n’aurait aucun effet néfaste sur l’environnement, aurait des effets néfastes importants sur l’environnement, était susceptible d’avoir sur l’environnement des effets minimes ou pouvant être atténués par l’application de mesures techniques connues, ou si les effets qu’elle pouvait avoir sur l’environnement étaient inconnus. Selon l’Office (aux pp. 34 et 35):

En faisant cette première évaluation, l’Office étudie les effets possibles sur l’environnement et les répercussions sociales correspondantes causés par la production, le

of the production, transmission, and end use of the electricity proposed to be exported. The purpose of such a screening is to enable the Board to reach one of the conclusions required in section 12 of the *EARP Guidelines Order*.

The Board noted that Hydro-Québec had provided information that approval of the export arrangements would mean that the facilities contemplated by its general development plan would be built two to six years earlier than anticipated. Hydro-Québec took the position that the effect of permitting the exports on the environmental impact of the implementation of the plan would be insignificant. As a result, it did not provide information on the overall impact of the construction and operation of the planned facilities. The Board noted (at pp. 37-38):

Hydro-Québec argued only that the early construction and operation of facilities to serve the exports would not result in significant environmental impacts and consequently it provided no evidence on this point. Specifically, Hydro-Québec did not provide a comprehensive environmental assessment of the impact of the construction and operation of facilities required to support the proposed exports. In this regard, the Board is of the view that the issue of environmental impact does not hinge on whether or not it should consider the impact of the construction and operation of facilities or only the impact of their advancement. Sufficient evidence was provided indicating that major hydro-electric facilities such as those required to meet the proposed exports do have environmental effects. Hydro-Québec itself did not deny this. The issue rather is whether, on balance, the environmental consequences are acceptable or mitigable. This, the Board does not know at this time.

The Board recognizes that when electric utilities negotiate long-term system-to-system firm sales agreements, there can be circumstances in such arrangements that require capacity to come from generating facilities to be built at some future date and for which the necessary detailed environmental assessments have not been completed at the time of the export application. The proposed export contracts now before the Board have been negotiated on this basis. Nonetheless, for the Board to reach its decision on Hydro-Québec's applications, and

transport et l'utilisation finale de l'électricité qui serait exportée, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Canada. Une telle évaluation initiale a pour but de permettre à l'Office d'arriver à l'une des conclusions prévues à l'article 12 du *Décret sur le PEEE*.

L'Office a fait remarquer que, d'après les renseignements fournis par Hydro-Québec, l'approbation des modalités d'exportation signifierait que les installations envisagées dans le plan général de développement devraient être construites de deux à six ans plus tôt que prévu. D'après Hydro-Québec, l'effet des exportations sur les incidences environnementales de la mise en oeuvre du plan serait peu important. C'est pourquoi elle n'a pas fourni de renseignements sur l'incidence générale de la construction et du fonctionnement des installations prévues. L'Office a fait remarquer (aux pp. 37 et 38):

Hydro-Québec a maintenu que seul le devancement de la construction des installations qui serviraient à alimenter les exportations ne causeraient (*sic*) pas d'impact environnemental important et par conséquent elle n'a pas fourni de preuve à l'appui de cet argument. Précisément, Hydro-Québec n'a pas produit d'études exhaustives des incidences environnementales de la construction et de l'exploitation des installations nécessaires pour satisfaire aux exportations proposées. À cet égard, l'Office est d'avis que la question des répercussions environnementales ne tient pas au fait de savoir si, oui ou non, il doit considérer l'impact de la construction et de l'exploitation des installations ou seulement l'impact de leur devancement. Une preuve suffisante a été déposée à l'effet que les grandes installations hydroélectriques, telles celles qui seront nécessaires pour alimenter les exportations proposées, auront des impacts environnementaux. Ce qu'Hydro-Québec n'a pas nié. La question est plutôt de savoir si les répercussions environnementales sont acceptables ou atténuables. C'est ce que l'Office ne sait pas pour le moment.

L'Office reconnaît que lorsque des services d'électricité négocient entre eux des contrats garantis à long terme, il peut y avoir des circonstances où de telles ententes impliquent de la puissance devant venir d'installations de production qui seront construites à une date ultérieure et pour lesquelles les évaluations environnementales nécessaires ne sont pas encore complétées au moment où les demandes d'exportation sont déposées. Les contrats visant les projets d'exportation présentement devant l'Office ont été négociés sur cette base. Néan-

at the same time meet its obligations under the Act and *EARP Guidelines Order*, it must take into account the environmental impacts arising from the construction of such future facilities.

However, it was apparent that all the facilities in issue would be subject at later dates either to provincial review under the James Bay Agreement or to review by other federal departments under the *EARP Guidelines Order* or other enactments. Therefore, the Board held (at pp. 39-40):

The Board is also of the view that, to the extent that Hydro-Québec's future facilities are subjected to the *EARP Guidelines Order* review process, or any equivalent review process, and are subsequently accepted for construction, the environmental and social impacts of these projects, as well as the related public concerns, will have been adequately addressed. . . . The Board is therefore satisfied that to the extent that such reviews take place and the facilities are accepted for construction, then the environmental impact of the construction and operation of the facilities required to support the proposed exports will be known and mitigable with known technology.

In order to satisfy itself that these reviews would be carried out, the Board attached conditions 10 and 11 to the licences.

The respondents challenge the validity of conditions 10 and 11 on the grounds that the jurisdiction of the Board in considering an application for an export licence does not extend to the environmental effects of the construction and operation of facilities which will generate the power to be exported. As noted above, I am of the view that the jurisdiction of the Board can properly encompass such a review. The appellants, however, also challenge the validity of these conditions. They argue that to approve the Board's transfer of the responsibility for environmental review to these future processes is to permit the Board to avoid its responsibilities under the *EARP Guidelines Order*.

The conclusion of the Board in this case appears to have been, not surprisingly, that the environ-

moins, pour arriver à prendre une décision sur les demandes d'Hydro-Québec et à respecter ses obligations en vertu de la Loi et du *Décret sur le PEEE*, l'Office doit tenir compte des répercussions environnementales résultant de la construction de nouvelles installations.

Cependant, il était évident que toutes les installations en cause seraient ultérieurement soumises soit au processus d'évaluation provincial en vertu de la Convention de la Baie James, soit à une évaluation effectuée par d'autres ministères fédéraux en vertu du *Décret sur le PEEE* ou d'autres textes législatifs. En conséquence, l'Office a statué (aux pp. 39 et 40):

L'Office est d'opinion que dans la mesure où les projets d'équipement d'Hydro-Québec se réaliseront conformément au processus d'évaluation du *Décret sur le PEEE* ou à un processus équivalent, les impacts environnementaux et sociaux de ces projets et les préoccupations du public auront fait l'objet d'examen public adéquat. [ . . . ] L'Office est donc convaincu que dans la mesure où ces examens se feront et où la construction des installations sera autorisée, l'impact environnemental de la construction et de l'exploitation des installations nécessaires pour satisfaire aux projets d'exportation sera alors connu et pourra être atténué par l'application de mesures techniques connues.

Pour s'assurer de la réalisation de ces examens, l'Office a rattaché les conditions 10 et 11 aux licences.

Les intimés contestent la validité des conditions 10 et 11 au motif que l'Office, lorsqu'il examine une demande de licence d'exportation, n'a pas la compétence d'examiner les effets sur l'environnement de la construction et du fonctionnement des installations de production de l'électricité destinée à l'exportation. Comme je l'ai déjà mentionné, je suis d'avis que la compétence de l'Office englobe un tel examen. Cependant, les appelants contestent également la validité de ces conditions. À leur avis, si l'on approuve le transfert à ces processus futurs de la responsabilité qu'il possède en matière d'examen environnemental, on autorise l'Office à se dégager des responsabilités que lui impose le *Décret sur le PEEE*.

Il n'est donc pas étonnant que l'Office paraisse avoir conclu que les effets sur l'environnement de

mental effects of the construction and operation of the planned facilities were unknown. The Board is therefore required by s. 12(d) of the *EARP Guidelines Order* to see either that the proposal is subjected to further study and subsequent rescreening, or that it is submitted to a public review. In my view, the conditions imposed by the Board meet in substance this obligation. They do not amount to an improper delegation of the Board's responsibility under the *EARP Guidelines Order*. Rather, they are an attempt to avoid the duplication warned against in the Order, while continuing the jurisdiction of the Board over this matter.

In the same way that the *EARP Guidelines Order* does not require an initiating department to wait for the results of a public review before proceeding with a proposal (see *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201 (F.C.T.D.), aff'd [1991] 1 F.C. 641 (C.A.)), it does not require the Board to suspend its decision-making until the environmental assessment of all future generating facilities is completed. In this appeal, it is presently unclear exactly when and to what extent these contemplated facilities will be used to fulfil the requirements of the export contracts. This will not be known with certainty until those portions of the contract arise for completion. It is not unreasonable for the Board to exert some control over the timing of this process, while at the same time waiting for the results of environmental reviews which will be tailored to the specifications of the facilities as they are actually constructed.

This case appears to me to be just such a situation where the nature of the proposal means that the flexibility of the process set out in the *EARP Guidelines Order* is helpful. In this regard, I adopt the words of Reed J. of the Trial Division of the Federal Court in *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229, where she stated (at p. 264):

la construction et du fonctionnement des installations prévues étaient inconnus. Dans un tel cas, l'Office est tenu, en vertu de l'al. 12d) du *Décret sur le PEEE*, de veiller à ce qu'une telle proposition soit soumise à d'autres études suivies d'un autre examen ou qu'elle fasse l'objet d'un examen public. À mon avis, l'Office a, pour l'essentiel, satisfait à cette obligation en imposant les conditions. Celles-ci ne constituent pas une délégation erronée de la responsabilité de l'Office en vertu du *Décret sur le PEEE*. Elles tentent plutôt d'éviter le double emploi dont fait mention le Décret, tout en préservant la compétence de l'Office sur cette question.

Tout comme il n'exige pas d'un ministère responsable qu'il attende les résultats d'un examen public avant d'entreprendre un projet (voir l'arrêt *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1991] 1 C.F. 641 (C.A.)), le *Décret sur le PEEE* n'exige pas qu'il suspende l'exercice de son pouvoir décisionnel jusqu'à ce que soit terminée l'évaluation environnementale de toutes les futures installations de production. En l'espèce, on ne sait pas exactement quand et dans quelle mesure les installations envisagées seront utilisées pour satisfaire aux exigences des contrats d'exportation. Il faudra attendre au moment de la réalisation de ces portions du contrat pour savoir exactement à quoi s'en tenir. Il est raisonnable que l'Office exerce un certain contrôle sur l'ordonnancement du processus, tout en attendant les résultats des évaluations environnementales qui seront réalisées en fonction des devis des installations au moment où elles seront construites.

Le présent pourvoi me semble être précisément un cas où, compte tenu de la nature de la proposition, la souplesse du processus prévu dans le *Décret sur le PEEE* est utile. Sur ce point, je fais miens les propos du juge Reed de la Section de première instance de la Cour fédérale dans la décision *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229, dans laquelle elle affirme, à la p. 264:

It is not disputed that it is preferable to identify potential environmental concerns relating to a project before private sector developers (or public sector developers for that matter) proceed to a final design. It is also desirable to use the process as a planning tool and to avoid duplication. I am not convinced however that it is useful to consider whether the Guidelines Order requires the assessment of [a] proposal at the concept stage or at a more specific design stage. What is required may very well depend on the type of project being reviewed. What does seem clear is that the assessment is required to take place at a stage when the environmental implications can be fully considered (s. 3) and when it can be determined whether there may be any potentially adverse environmental effects (s. 10(1)). [Emphasis in original.]

The Board retains the power, through s. 119.093(1) of the *National Energy Board Act*, to revoke the licences if the conditions are not fulfilled. The conditions relate to contemplated environmental review and regulation in the federal sphere. By proceeding in this way, the full environmental effects of the proposals are known to the Board before the construction is to proceed, and before the decision to grant the licences is irrevocable. At the same time, duplication is minimized and Hydro-Québec is not required to provide concrete evidence of the effects of proposals for future construction still some years away. The Board has thus fulfilled its mandate under the *EARP Guidelines Order* in a manner which, I would add, is not unreasonable in the circumstances.

## VI. Conclusion and Disposition

At issue in this appeal are jurisdictional facts. While it is the proper function of this Court to determine whether the Board erred in the exercise of its jurisdiction, this Court will not interfere with the factual findings of the Board on which it bases that exercise, where there is some evidence to support its findings. I conclude that the appellants were given a full and fair opportunity to be heard before the Board, and that the Board had sufficient evidence to reach the conclusions which it did. In particular, I find that the order as set out by the

Tous s'accordent pour dire qu'il est préférable de cerner les effets sur l'environnement que peut avoir un projet avant que les promoteurs du secteur privé (ou du secteur public, quant à cela) ne dressent les plans définitifs. Il est également souhaitable d'utiliser le processus comme instrument de travail au cours de l'étape de la planification et d'éviter le double emploi. Je ne suis cependant pas convaincue qu'il soit utile de décider si le Décret sur les lignes directrices exige l'évaluation de la proposition au stade conceptuel ou durant une autre étape de conception plus détaillée. Ce qui est exigé peut très bien dépendre du type de projet examiné. Ce qui semble clair, c'est que l'évaluation doit être faite durant une étape où les répercussions environnementales peuvent être examinées (art. 3) et où il est possible de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement (par. 10(1)).

L'Office conserve, en vertu du par. 119.093(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, le pouvoir d'annuler une licence en cas de contravention aux conditions qu'elle renferme. Les conditions ont trait à l'évaluation et à la réglementation de nature environnementale dans la sphère fédérale. En procédant ainsi, l'Office est au courant de tous les effets des propositions sur l'environnement avant le début des travaux de construction et avant que la décision de délivrer les licences ne devienne irrévocable. Il se trouve en même temps à minimiser le double emploi; en outre, Hydro-Québec n'aura pas, avant plusieurs années, à fournir de preuve tangible quant aux effets des projets de construction. L'Office a en conséquence rempli le mandat que lui confie le *Décret sur le PEEE* d'une façon qui est, je tiens à le préciser, raisonnable dans les circonstances.

## VI. Conclusion et dispositif

La question en litige porte sur des faits attributifs de compétence. Bien qu'il appartienne à notre Cour de déterminer si l'Office a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence, elle ne modifiera pas les conclusions de fait sur lesquelles il s'est fondé s'il existe certains éléments de preuve à l'appui. Je conclus que les appelants ont eu pleinement et équitablement la possibilité d'être entendus par l'Office, et que celui-ci avait suffisamment d'éléments de preuve pour conclure comme il l'a fait. Plus particulièrement, j'estime que l'ordon-

Board neither exceeded nor avoided the scope of the Board's review in the area of the environmental impact of the proposed exports.

nance rendue par l'Office n'outrepassait ni ne contournait la portée de l'examen en matière d'incidences environnementales des exportations proposées.

The reinstatement of the order as made by the Board is not the result sought by either the appellants or the respondents Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec. This does not mean, however, that such a result is beyond the jurisdiction of this Court. Both the appellants and the respondents appealed the decision of the Board to the Federal Court of Appeal. These appeals were consolidated, and the court ruled that the appeal of the present appellants should be dismissed, and the appeal of the respondents allowed. It is this decision, *in toto*, that the appellants appeal to this Court.

Ni les appelants ni les intimés Hydro-Québec et le procureur général du Québec n'ont demandé le rétablissement de l'ordonnance rendue par l'Office. Cela ne signifie toutefois pas que notre Cour n'a pas compétence pour ordonner son rétablissement. Les appelants et les intimés ont interjeté appel contre la décision de l'Office devant la Cour fédérale du Canada. Ces appels ont été fusionnés, et la cour a statué que l'appel des appelants actuels devrait être rejeté et celui des intimés accueilli. C'est contre cette décision, dans sa totalité, que les appelants ont interjeté appel devant notre Cour.

I am of the view that the Court of Appeal erred in allowing the appeal of the respondents, and that it should have dismissed both appeals. This Court has jurisdiction to make the order that the court below should have made. Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Federal Court of Appeal is set aside, and the order of the Board restored. Given the nature of the result, each party will bear its own costs here and in the court below.

Je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en accueillant l'appel des intimés et qu'elle aurait dû rejeter les deux appels. Notre Cour a compétence pour rendre l'ordonnance que le tribunal de juridiction inférieure aurait dû rendre. En conséquence, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel fédérale est annulé et l'ordonnance de l'Office est rétablie. Compte tenu de la nature de la décision, chacune des parties assumera ses dépens dans toutes les cours.

*Appeal allowed.*

*Pourvoi accueilli.*

*Solicitors for the appellants: Robert Mainville & Associés, Montréal.*

*Procureurs des appelants: Robert Mainville & Associés, Montréal.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Jean-Marc Aubry, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Canada: Jean-Marc Aubry, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Pierre Lachance and Jean Bouchard, Ste-Foy.*

*Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec: Pierre Lachance et Jean Bouchard, Ste-Foy.*

*Solicitors for the respondent Hydro-Québec: Ogilvy Renault, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée Hydro-Québec: Ogilvy Renault, Montréal.*

*Solicitor for the respondent the National Energy Board: Judith B. Hanebury, Calgary.*

*Procureur de l'intimé l'Office national de l'énergie: Judith B. Hanebury, Calgary.*

*Solicitor for the interveners: Gregory J.  
McDade, Vancouver.*

*Procureur des intervenants: Gregory J.  
McDade, Vancouver.*

TAB 19

 **R. v. Simon, [1985] 2 S.C.R. 387**

Supreme Court Reports

Supreme Court of Canada

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson and Le Dain JJ.

1984: October 23 / 1985: November 21.

File No.: 17006.

**[1985] 2 S.C.R. 387** | [\[1985\] 2 R.C.S. 387](#) | [\[1985\] S.C.J. No. 67](#) | [\[1985\] A.C.S. no 67](#)

James Matthew Simon, appellant; and Her Majesty The Queen, respondent; and The Union of New Brunswick Indians, Inc., the Native Council of Nova Scotia, Attorney General of Canada, Attorney General for Ontario and Attorney General for New Brunswick, interveners.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

## Case Summary

---

**Indians — Treaty rights — Right to hunt — Provincial law restricting that right — Whether or not treaty rights prevail — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88 — Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, c. 163, s. 150(1) — Constitution Act, 1982, s. 35.**

Appellant, a registered Micmac Indian, was convicted under s. 150(1) of Nova Scotia's Lands and Forests Act for possession of a rifle and shotgun cartridges. Although appellant admitted all essential elements of the charges, it was argued that the right to hunt set out in the Treaty of 1752, in combination with s. 88 of the Indian Act, offered him immunity from prosecution under the provincial act. Article 4 of that Treaty stated that the Micmacs have "free liberty of Hunting & Fishing as usual" and s. 88 provided that provincial laws of general application applied to Indians, subject to the terms of any treaty. The Court of Appeal upheld the trial judge's ruling that the Treaty of 1752 did not exempt appellant from the provisions of the provincial Lands and Forests Act. At issue here was whether or not appellant enjoys hunting rights, pursuant to the Treaty of 1752 and s. 88 of the Indian Act, which preclude his prosecution for certain offences under the Lands and Forests Act.

Held: The appeal should be allowed.

Both Governor Hopson and the Micmac had the capacity to enter into the Treaty of 1752 and did so with [page388] the intention of creating mutually binding obligations. The Treaty constitutes a positive source of protection against infringements on hunting rights and the fact that these rights existed before the Treaty as part of the general aboriginal title did not negate or minimize the significance of the rights protected by the Treaty. Although the right to hunt was not absolute, to be effective, it had to include reasonably incidental activities, such as travelling with the necessary equipment to the hunting grounds and possessing a hunting rifle and ammunition in a safe manner.

The Treaty of 1752 continues to be in force and effect. The principles of international treaty law relating to treaty termination were not determinative because an Indian treaty is unique and sui generis. Furthermore, nothing in the British conduct subsequent to the conclusion of the Treaty or in the hostilities of 1753 indicated that the Crown considered the terms of the Treaty terminated. Nor was it demonstrated that the hunting rights protected by the Treaty have been extinguished. The Court expressed no view whether, as a matter of law, treaty rights can be extinguished.

Appellant is an Indian covered by the Treaty. He was a registered Micmac Indian living in the same area as the original Micmac Indian tribe which was a party to the Treaty. This was sufficient evidence to prove appellant's

connection to that tribe. In light of the Micmac tradition of not committing things to writing, to require more, such as proving direct descendancy, would be impossible and render nugatory any right to hunt that a present day Micmac would otherwise have.

The Treaty of 1752 is an enforceable obligation between the Indians and the Crown and is therefore within the meaning of s. 88 of the Indian Act. Section 88 operates to include all agreements concluded by the Crown with the Indians that would be otherwise enforceable treaties, whether or not land was ceded.

Appellant's possession of a rifle and ammunition in a safe manner was referable to his treaty right to hunt and was not restricted by s. 150(1) of the Lands and Forests Act. Section 88 of the Indian Act, which applies only to provincial legislation, operates to exempt Indians from legislation restricting or contravening a term of any treaty and must prevail over s. 150(1) of the Lands and Forests Act.

It was not necessary to consider s. 35 of the Constitution Act, 1982 since s. 88 of the Indian Act covered the present situation and provided the necessary protection for the appellant.

[page389]

## Cases Cited

---

R. v. Isaac (1975), 13 N.S.R. (2d) 460; R. v. Cope (1982), 49 N.S.R. (2d) 555; R. v. Syliboy, [1929] 1 D.L.R. 307; **R. v. Simon** (1958), 124 C.C.C. 110; R. v. Francis (1970), 10 D.L.R. (3d) 189; R. v. Paul (1980), 30 N.B.R. (2d) 545; R. v. Atwin and Sacobie, [1981] 2 C.N.L.R. 99; R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta, [1982] 2 All E.R. 118; R. v. Paul and Polchies (1984), 58 N.B.R. (2d) 297; Nowegijick v. The Queen, [1983] 1 S.C.R. 29; R. v. White and Bob (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, aff'd [1965] S.C.R. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; Francis v. The Queen, [1956] S.C.R. 618; Pawis v. The Queen, [1980] 2 F.C. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602; Calder v. Attorney-General of British Columbia, [1973] S.C.R. 313; United States v. Santa Fe Pacific R. Co., 314 U.S. 339 (1941); Johnson v. McIntosh, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); Worcester v. State of Georgia, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); R. v. Polchies and Paul; R. v. Paul and Paul (1982), 43 N.B.R. 449; R. v. George, [1966] S.C.R. 267; R. v. Sikyea (1964), 43 D.L.R. (2d) 150; Frank v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 95; Kruger v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 104; R. v. Paul and Copage (1977), 24 N.S.R. (2d) 313; R. v. Batisse (1978), 19 O.R. (2d) 145; R. v. Taylor and Williams (1982), 34 O.R. (2d) 360; R. v. Moses (1969), 13 D.L.R. (3d) 50; R. v. Penasse and McLeod (1971), 8 C.C.C. (2d) 569; Cheeco v. The Queen, [1981] 3 C.N.L.R. 45, referred to; R. v. Mousseau, [1980] 2 S.C.R. 89, distinguished.

## Statutes and Regulations Cited

---

Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13), 92(16).  
 Constitution Act, 1982, s. 35.  
 Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88.  
 Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, c. 163, s. 150.

## Authors Cited

---

MacKenzie, N. A. M. "Indians and Treaties in Law" (1929), 7 Can. Bar Rev. 561, 561-568. Upton, L. F. S. Micmac and Colonists: Indian — White Relations in the Maritimes 1713-1867, Vancouver, University of British Columbia Press, 1979.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal [\(1982\), 49 N.S.R. \(2d\) 566](#), dismissing an appeal from a conviction by Kimball J. Appeal allowed.

Bruce H. Wildsmith and Graydon Nicholas, for the appellant.

[page390]

Robert E. Lutes and Brian Norton, for the respondent. Graydon Nicholas, for the intervener The Union of New Brunswick Indians, Inc. J. P. Merrick, Q.C., and Bruce Clarke, for the intervener The Native Council of Nova Scotia. John Rook and Martin Freeman, for the intervener the Attorney General of Canada. J.T.S. McCabe, for the intervener the Attorney General for Ontario. J.T. Keith McCormick, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Solicitors for the appellant: Aronson and MacDonald, Halifax. Solicitor for the respondent: Robert E. Lutes, Halifax. Solicitor for the intervener the Union of New Brunswick Indians, Inc.: Graydon Nicholas, Fredericton. Solicitors for the intervener the Native Council of Nova Scotia: Burchell, MacAdam, Hayman & Merrick, Halifax. Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa. Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Archie Campbell, Toronto. Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: J.T. Keith McCormick, Fredericton.

---

[Quicklaw note: Erratum were published at [1985] 2 S.C.R., page iv and [1990] 1 S.C.R., page iv. The changes indicated therein have been made to the text below and the texts of the errata as published in S.C.R. are appended to the judgment.]

The judgment of the Court was delivered by

**DICKSON C.J.**

**1** This case raises the important question of the interplay between the treaty rights of native peoples and provincial legislation. The right to hunt, which remains important to the livelihood and way of life of the Micmac people, has come into conflict with game preservation legislation in effect in the Province of Nova Scotia. The main question before this Court is whether, pursuant to a Treaty of 1752 between the British Crown and the Micmac, and to s. 88 of the Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, the appellant, James Matthew Simon, enjoys hunting rights which preclude his prosecution for offences under the Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, c. 163.

I

## Facts

**2** The appellant is a member of the Shubenacadie Indian Brook Band (No. 2) of the Micmac people and a registered Indian under the Indian Act. He was charged under s. 150(1) of the Lands and Forests Act with possession of a rifle and shotgun cartridges. The two charges read:

On the 21st day of September, 1980 at West Indian Road, Hants County, Nova Scotia (he) did unlawfully commit the offence of illegal possession of shotgun cartridge loaded with shot larger than AAA, contrary to Section 150(1) of the Lands and Forests Act;

and that:

On the 21st day of September, 1980 at West Indian Road, Hants County, Nova Scotia (he) did unlawfully commit the offence of illegal possession of a rifle during closed season contrary to Section 150(1) of the Lands and Forests Act.

Section 150(1) of the Lands and Forests Act provides:

150 (1) Except as provided in this Section, no person shall take, carry or have in his possession any shot gun [shot-gun] cartridges loaded with ball or with shot larger than AAA or any rifle,

(a) in or upon any forest, wood or other resort of moose or deer; or

(b) upon any road passing through or by any such forest, wood or other resort; or

(c) in any tent or camp or other shelter (except his usual and ordinary permanent place of abode) in any forest, wood or other resort.

**3** At trial before Judge R.E. Kimball, the following principal facts were admitted by the appellant:

1. The appellant James Matthew Simon is a registered Indian under the Indian Act and an adult member of the Shubenacadie - Indian Brook Band of Micmac Indians. He is a member of the Shubenacadie Band Number 02.
2. On September 21st, 1980, at about 3:30 p.m., he was driving a Chevrolet truck on West Indian Road, a public highway in Colchester County, Nova Scotia. This road is not in an Indian Reserve, but is adjacent to the Shubenacadie Indian Reserve.
3. Simon was stopped by the R.C.M.P. He was found in possession of an operable .243 calibre rifle with scope and a leather shell container with six live and two spent .243 calibre shells as well as two live twelve gauge shotgun shells loaded with shot, larger than size AAA and during closed season, all within the meaning of s. 150(1) of the Lands and Forests Act, and the other provisions and regulations made under the Act.
4. The rifle was test fired by a firearm expert and found to be operable. All the live shells were also [page392] examined and found to be operable. All shells were found to have been ejected from the rifle chamber and not its magazine. The two spent shells had been fired from the rifle.
5. Simon had no licence or other authority under the Lands and Forests Act permitting him to be in possession of the rifle and shells and shotgun cartridges.
6. The West Indian Road passes through or by a forest, wood, or other resource frequented by moose or deer.

**4** Although all essential elements of the charges were admitted by Simon, it was argued on his behalf at trial that the right to hunt set out in the Treaty of 1752, in combination with s. 88 of the Indian Act, offered him immunity from prosecution under s. 150(1) of the Lands and Forests Act.

**5** Section 88 of the Indian Act reads as follows:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of the Parliament of Canada, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that such laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or

by-law made thereunder, and except to the extent that such laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

(Emphasis added.)

6 The Treaty of 1752, the relevant part of which states at article 4 that the Micmacs have "free liberty of Hunting & Fishing as usual", provides:

Treaty or  
Articles of Peace and Friendship Renewed  
between

His Excellency Peregrine Thomas Hopson Esquire Captain General and Governor in Chief in and over His Majesty's Province of Nova Scotia or Accadie. Vice Admiral of the same & Colonel of one of His Majesty's Regiments of Foot, and His Majesty's Council on behalf of His Majesty.

[page393]

and

Major Jean Baptiste Cope, chief Sachem of the Tribe of Mick Mack Indians Inhabiting the Eastern Coast of the said Province, and Andrew Hadley Martin, Gabriel Martin & Francis Jeremiah, Members and Delegates of the said Tribe, for themselves and their said Tribe their Heirs, and the Heirs of their Heirs forever, Begun made and concluded in the manner, form and Tenor following, vizt:

1. It is agreed that the Articles of Submission and Agreement, made at Boston in New England by the Delegates of the Penobscot Norridgwoik & St. John's Indians, in the year 1725 Ratified & Confirmed by all the Nova Scotia Tribes, at Annapolis Royal, in the month of June 1726, & lately renewed with Governor Cornwallis at Halifax & Ratified at St. John's River, now read over, Explained and Interpreted; shall be and are hereby from this time forward Renewed, Reiterated, and forever Confirmed by them and their Tribe; and the said Indians for themselves and their Tribe and their Heirs aforesaid Do make & Renew the same Solemn Submissions and promises for the Strict observance of all the Articles therein contained as at any time heretofore hath been done.
2. That all Transactions during the late War shall on both sides be buried in Oblivion with the Hatchet, and that the said Indians shall have all favour, Friendship & Protection shewn them from this His Majesty's Government.
3. That the said Tribe shall use their utmost endeavours to bring in the other Indians to Renew and Ratify this Peace, and shall discover and make known any attempts or designs of any other Indians or any Enemy whatever against His Majestys Subjects within this Province so soon as they shall know thereof and shall also hinder and obstruct the same to the utmost of their Power, and on the other hand if any of the Indians refusing to ratify this Peace, shall make War upon the Tribe who have now confirmed the same; they shall upon Application have such aid and Assistance from the Government for their Defence, as the case may require.
4. It is agreed that the said Tribe of Indians shall not be hindered from, but have free liberty of Hunting & Fishing as usual: and that if they shall think a Truckhouse [page394] needful at the River Chibenaccadie or any other place of their resort, they shall have the same built and proper Merchandize lodged therein, to be Exchanged for what the Indians shall have to dispose of, and that in the mean time the said Indians shall have free liberty to bring for Sale to Halifax or any other Settlement within this Province, Skins, feathers, fowl, fish or any other thing they shall have to sell, where they shall have liberty to dispose thereof to the best Advantage.

5. That a Quantity of Bread, Flour, & such other Provisions as can be procured, necessary for the Familys, and proportionable to the number of the said Indians, shall be given them half yearly for the time to come; and the same regard shall be had to the other Tribes that shall hereafter agree to Renew and Ratify the Peace upon the Terms and Conditions now Stipulated.
6. That to Cherish a good Harmony & mutual Correspondance between the said Indians & this Government, His Excellency Peregrine Thomas Hopson Esqr. Captain General & Governor in Chief in & over His Majestys Province of Nova Scotia or Accadie, Vice Admiral of the same & Colonel of one of His Majesty's Regiments of Foot, hereby Promises on the Part of His Majesty, that the said Indians shall upon the first day of October Yearly, so long as they shall Continue in Friendship, Receive Presents of Blankets, Tobacco, and some Powder & Shot, and the said Indians promise once every Year, upon the first of October to come by themselves or their Delegates and Receive the said Presents and Renew their Friendship and Submissions.
7. That the Indians shall use their best Endeavours to save the lives and goods of any People Shipwrecked on this Coast, where they resort, and shall Conduct the People saved to Halifax with their Goods, & a Reward adequate to the Salvadge shall be given them.
8. That all Disputes whatsoever that may happen to arise between the Indians now at Peace and others His Majesty's Subjects in this Province shall be tryed in His Majesty's Courts of Civil Judicature, where the Indians shall have the same benefit, Advantages and Priviledges, as any others of His Majesty's Subjects.

[page395]

In Faith and Testimony whereof, the Great Seal of the Province is hereunto Appended, and the party's to these presents have hereunto interchangeably Set their Hands in the Council Chamber at Halifax this 22nd day of Nov. 1752, in the Twenty sixth year of His Majesty's Reign.

(Signatures deleted.)

(Emphasis added.)

## II

### Lower Court Judgments

#### Nova Scotia Provincial Court

7 For the purposes of his decision, Kimball J. assumed that the 1752 document was a valid treaty and that the appellant was entitled to claim its protection as a direct descendant of the original Micmac Indian Band. Nevertheless, he convicted the appellant. His conclusion, based largely upon *R. v. Isaac* [\(1975\), 13 N.S.R. \(2d\) 460](#) (N.S.C.A.), is best summarized in his own words:

I am satisfied that any right which the defendant may have to hunt off the reserve is not applicable to the area where the offence took place. It is my opinion that any right which the defendant may have to hunt on that said land has been extinguished "by Crown grant to others or by occupation by the white man." There is little evidence as to the nature of the area in question, but the admitted facts establish that the defendant was at the material time the only occupant driving on the West Indian Road, a public highway in Colchester County, Province of Nova Scotia and that the road is not in an Indian Reserve but adjacent to the Shubenacadie Indian Reserve. I am satisfied that the area in question is an area which has been occupied

extensively by the white man for farming as a rural mixed-farming and dairy-farming area. I am prepared to take judicial notice of the fact that the area is made up of land where the right to hunt no longer exists because the land has been settled and occupied by the white man for purposes of farming and that the Crown grants have been extended to farmers for some considerable length of time so that any right which might have at one time existed to the defendant or his ancestors, to use or occupy the said lands for purposes of hunting, has long since been extinguished.

[page396]

Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division

**8** An appeal by way of stated case to the Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division, was dismissed (reported at [\(1982\), 49 N.S.R. \(2d\) 566](#)). The question stated by Kimball J. for opinion was the following:

Did I err in law in holding that the Treaty of 1752 did not exempt the accused Micmac Indian from the provisions of section 150(1) of the Lands and Forests Act?

**9** Macdonald J.A. (Hart J.A. concurring) rejected, on three grounds, the appellant's argument that the Treaty of 1752 was a treaty within s. 88 of the Indian Act, thus rendering the appellant immune from the provisions of the Lands and Forests Act.

**10** First, he concluded that the Treaty of 1752 provided no positive source of protection for hunting rights. On this point, Macdonald J.A. cited *R. v. Cope* [\(1982\), 49 N.S.R. \(2d\) 555](#) (N.S.C.A.), where MacKeigan C.J.N.S., at p. 564, found that the clause recognizing the liberty to hunt and fish in the Treaty of 1752 was "very far short in words and substance from being a grant by the Crown of a special franchise or privilege replacing the more nebulous aboriginal rights" and that the document could not "be considered a treaty granting or conferring new permanent rights".

**11** Secondly, Macdonald J.A. held that even if the Treaty were valid at one time, it was effectively terminated in 1753 when the Micmac chief, Major Jean Baptiste Cope, and his band killed six Englishmen at Jeddore. Macdonald J.A. noted that the Treaty was one of peace and that the resumption of hostilities by the Indians in Nova Scotia terminated automatically, and for all time, any obligations to them under the Treaty.

**12** Finally, Macdonald J.A. stated that even if he were wrong in his conclusion that the Treaty was terminated by the actions of the Indians, the appellant could not, in any event, claim the protection of the Treaty because he had not established [page397] any connection by "descent or otherwise" with the original group of Indians.

**13** In a concurring judgment, Jones J.A. added that it was clear from the case law, in particular *R. v. Isaac*, supra, that any rights of Indians to hunt and fish under the terms of "any treaty or otherwise" had been restricted to reserve lands. Furthermore, Jones J.A. held that, in claiming the exemption from the application of the general laws of the province under s. 88 of the Indian Act, the burden was on the appellant to show that he was exercising a right to "hunt ... as usual" under the Treaty. This, in his view, had not been done.

**14** The appeal was accordingly dismissed and the convictions were affirmed.

### III

#### The Issues

**15** This appeal raises the following issues:

1. Was the Treaty of 1752 validly created by competent parties?

2. Does the Treaty contain a right to hunt and what is the nature and scope of this right?
3. Has the Treaty been terminated or limited?
4. Is the appellant covered by the Treaty?
5. Is the Treaty a "treaty" within the meaning of s. 88 of the Indian Act?
6. Do the hunting rights contained in the Treaty exempt the appellant from prosecution under s. 150(1) of the Lands and Forests Act?

**16** In addition, the following constitutional question was framed by Chief Justice Laskin:

Are the hunting rights referred to in a document entitled "Treaty or Articles of Peace and Friendship Renewed" and executed November 22, 1752, existing treaty rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982?

**17** In his factum, the appellant asks this Court to dispose of the appeal on the sole basis of the effect of the Treaty of 1752 and s. 88 of the Indian Act. [page398] Therefore, if the Treaty does not exempt the appellant from s. 150(1) of the Lands and Forests Act, he requests that the appeal be dismissed without prejudice to the Micmac position based on other treaties and aboriginal rights. The respondent agreed with this approach. I will, therefore, restrict my remarks to the Treaty of 1752 and s. 88 of the Indian Act. It will be unnecessary to deal with aboriginal rights, the Royal Proclamation of 1763, or other treaty rights.

#### IV

Was the Treaty of 1752 Validly Created by Competent Parties?

**18** The respondent raised the issue of the capacity of the parties for two reasons which are stated at p. 8 of the factum:

The issue of capacity is raised for the purpose of illustrating that the Treaty of 1752 was of a lesser status than an International Treaty and therefore is more easily terminated. The issue is also raised to give the document an historical legal context as this issue has been raised in previous cases.

**19** The question of whether the Treaty of 1752 constitutes an international-type treaty is only relevant to the respondent's argument regarding the appropriate legal tests for the termination of the Treaty. I will address this issue, therefore, in relation to the question of whether the Treaty of 1752 was terminated by hostilities between the British and the Micmac in 1753.

**20** The historical legal context provided by the respondent consists primarily of the 1929 decision of Acting Judge Patterson in *R. v. Syliboy*, [\[1929\] 1 D.L.R. 307](#) (Co. Ct.) and the academic commentary it generated immediately following its rendering. In the *Syliboy* case Patterson J. addressed the question of the capacity of the parties to enter into a treaty at pp. 313-14:

Two considerations are involved. First, did the Indians of Nova Scotia have status to enter into a treaty? And second, did Governor Hopson have authority to enter into one with them? Both questions must I think be answered in the negative.

[page399]

(1) "Treaties are unconstrained Acts of independent powers." But the Indians were never regarded as an independent power. A civilized nation first discovering a country of uncivilized people or savages held such country as its own until such time as by treaty it was transferred to some other civilized nation. The savages' rights of sovereignty even of ownership were never recognized. Nova Scotia had passed to Great

Britain not by gift or purchase from or even by conquest of the Indians but by treaty with France, which had acquired it by priority of discovery and ancient possession; and the Indians passed with it.

Indeed the very fact that certain Indians sought from the Governor the privilege or right to hunt in Nova Scotia as usual shows that they did not claim to be an independent nation owning or possessing their lands. If they were, why go to another nation asking this privilege or right and giving promise of good behaviour that they might obtain it? In my judgment the Treaty of 1752 is not a treaty at all and is not to be treated as such; it is at best a mere agreement made by the Governor and council with a handful of Indians giving them in return for good behaviour food, presents, and the right to hunt and fish as usual -- an agreement that, as we have seen, was very shortly after broken.

(2) Did Governor Hopson have authority to make a treaty? I think not. "Treaties can be made only by the constituted authorities of nations or by persons specially deputed by them for that purpose." Clearly our treaty was not made with the constituted authorities of Great Britain. But was Governor Hopson specially deputed by them? Cornwallis' commission is the manual not only for himself but for his successors and you will search it in vain for any power to sign treaties.

**21** It should be noted that the language used by Patterson J., illustrated in this passage, reflects the biases and prejudices of another era in our history. Such language is no longer acceptable in Canadian law and indeed is inconsistent with a growing sensitivity to native rights in Canada. With regard to the substance of Patterson J.'s words, leaving aside for the moment the question of whether treaties are international-type documents, his conclusions on capacity are not convincing.

[page400]

**22** No court, with the exception of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division in the present case, has agreed explicitly with the conclusion of Patterson J. that the Indians and Governor Hopson lacked capacity to enter into an enforceable treaty. The Treaty of 1752 was implicitly assumed to have been validly created in R. v. Simon (1958), 124 C.C.C. 110 (N.B.C.A.); R. v. Francis (1969), 10 D.L.R. (3d) 189 (N.B.C.A.); R. v. Paul (1980), 30 N.B.R. (2d) 545 (C.A.); R. v. Cope, supra; R. v. Atwin and Sacobie, [1981] 2 C.N.L.R. 99 (N.B. Prov. Ct.); R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta, [1982] 2 All E.R. 118 (C.A.); R. v. Paul and Polchies (1984), 58 N.B.R. (2d) 297 (Prov. Ct.) In R. v. Isaac, supra, Cooper J.A., after noting Patterson J.'s conclusions on the validity of the Treaty of 1752, expressed doubt as to their correctness, at p. 496:

The Treaty of 1752 was considered in Rex v. Syliboy ... It was there held by Patterson, Acting C.C.J., that it did not extend to Cape Breton Indians and further that it was not in reality a treaty. I have doubt as to the second finding and express no opinion on it, but I have no doubt as to the correctness of the first finding.

**23** N.A.M. MacKenzie, in "Indians and Treaties in Law" (1929), 7 Can. Bar Rev. 561, disagreed with Patterson J.'s ruling that the Indians did not have the capacity, nor the Governor the authority, to conclude a valid treaty. MacKenzie stated at p. 565:

As to the capacity of the Indians to contract and the authority of Governor Hopson to enter into such an agreement, with all deference to His Honour, both seem to have been present. Innumerable treaties and agreements of a similar character were made by Great Britain, France, the United States of America and Canada with the Indian tribes inhabiting this continent, and these treaties and agreements have been and still are held to be binding. Nor would Governor Hopson require special "powers" to enter into such an agreement. Ordinarily "full powers" specially conferred are essential to the proper negotiating of a treaty, but the Indians were not on a par with a sovereign state and fewer formalities were required in their case. Governor Hopson was the [page401] representative of His Majesty and as such had sufficient authority to make an agreement with the Indian tribes.

**24** The Treaty was entered into for the benefit of both the British Crown and the Micmac people, to maintain peace and order as well as to recognize and confirm the existing hunting and fishing rights of the Micmac. In my opinion,

both the Governor and the Micmac entered into the Treaty with the intention of creating mutually binding obligations which would be solemnly respected. It also provided a mechanism for dispute resolution. The Micmac Chief and the three other Micmac signatories, as delegates of the Micmac people, would have possessed full capacity to enter into a binding treaty on behalf of the Micmac. Governor Hopson was the delegate and legal representative of His Majesty The King. It is fair to assume that the Micmac would have believed that Governor Hopson, acting on behalf of His Majesty The King, had the necessary authority to enter into a valid treaty with them. I would hold that the Treaty of 1752 was validly created by competent parties.

# V

Does the Treaty Contain a Right to Hunt and What is the Nature and Scope of this Right?

**25** Article 4 of the Treaty of 1752 states, "It is agreed that the said Tribe of Indians shall not be hindered from, but have free liberty of Hunting & Fishing as usual ... ." What is the nature and scope of the "liberty of Hunting & Fishing" contained in the Treaty?

**26** The majority of the Nova Scotia Court of Appeal seemed to imply that the Treaty contained merely a general acknowledgement of pre-existing non-treaty aboriginal rights and not an independent source of protection of hunting rights upon which the appellant could rely. In my opinion, the Treaty, by providing that the Micmac should not be hindered from but should have free liberty of hunting and fishing as usual, constitutes a positive source of protection against infringements on [page402] hunting rights. The fact that the right to hunt already existed at the time the Treaty was entered into by virtue of the Micmac's general aboriginal right to hunt does not negate or minimize the significance of the protection of hunting rights expressly included in the Treaty.

**27** Such an interpretation accords with the generally accepted view that Indian treaties should be given a fair, large and liberal construction in favour of the Indians. This principle of interpretation was most recently affirmed by this Court in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29. I had occasion to say the following at p. 36:

It is legal lore that, to be valid, exemptions to tax laws should be clearly expressed. It seems to me, however, that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians ... . In *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), it was held that Indian treaties "must ... be construed, not according to the technical meaning of [their] words ... but in the sense in which they would naturally be understood by the Indians".

**28** Having determined that the Treaty embodies a right to hunt, it is necessary to consider the respondent's contention that the right to hunt is limited to hunting for purposes and by methods usual in 1752 because of the inclusion of the modifier "as usual" after the right to hunt.

**29** First of all, I do not read the phrase "as usual" as referring to the types of weapons to be used by the Micmac and limiting them to those used in 1752. Any such construction would place upon the ability of the Micmac to hunt an unnecessary and artificial constraint out of keeping with the principle that Indian treaties should be liberally construed. Indeed, the inclusion of the phrase "as usual" appears to reflect a concern that the right to hunt be interpreted in a flexible way that is sensitive to the evolution of changes in normal hunting practices. The phrase thereby ensures that the Treaty will be an effective source of protection of hunting rights.

[page403]

**30** Secondly, the respondent maintained that "as usual" should be interpreted to limit the treaty protection to hunting for non-commercial purposes. It is difficult to see the basis for this argument in the absence of evidence regarding the purpose for which the appellant was hunting. In any event, article 4 of the Treaty appears to contemplate hunting for commercial purposes when it refers to the construction of a truck house as a place of exchange and mentions the liberty of the Micmac to bring game to sale: see *R. v. Paul*, supra, at p. 563 per Ryan J.A., dissenting in part.

**31** It should be clarified at this point that the right to hunt to be effective must embody those activities reasonably incidental to the act of hunting itself, an example of which is travelling with the requisite hunting equipment to the hunting grounds. In this case, the appellant was not charged with hunting in a manner contrary to public safety in violation of the Lands and Forests Act but with illegal possession of a rifle and ammunition upon a road passing through or by a forest, wood or resort of moose or deer contrary to s. 150(1) of the same Act. The appellant was simply travelling in his truck along a road with a gun and some ammunition. He maintained that he was going to hunt in the vicinity. In my opinion, it is implicit in the right granted under article 4 of the Treaty of 1752 that the appellant has the right to possess a gun and ammunition in a safe manner in order to be able to exercise the right to hunt. Accordingly, I conclude that the appellant was exercising his right to hunt under the Treaty.

## VI

### Has the Treaty Been Terminated or Limited?

#### (a) Termination by Hostilities

**32** In accordance with the finding of the Nova Scotia Court of Appeal, the Crown argued that the Treaty of 1752 was terminated and rendered unenforceable when hostilities broke out between the Micmac and the British in 1753. The appellant maintained that the alleged hostilities were sporadic and minor in nature and did not, therefore, nullify or terminate the Treaty. It was further [page404] argued by the appellant, relying on L. F. S. Upton, *Micmac and Colonists: Indian - White Relations in the Maritimes 1713-1867* (1979), that the English initiated the hostilities and that, therefore, the Crown should not be permitted to rely on them to support the termination of the Treaty. Finally, the appellant submitted that, even if the Court finds that there were sufficient hostilities to affect the Treaty, at most it was merely suspended and not terminated.

**33** In considering the impact of subsequent hostilities on the peace Treaty of 1752, the parties looked to international law on treaty termination. While it may be helpful in some instances to analogize the principles of international treaty law to Indian treaties, these principles are not determinative. An Indian treaty is unique; it is an agreement *sui generis* which is neither created nor terminated according to the rules of international law. *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.) at pp. 617-18; *aff'd* [1965] S.C.R. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, at p. 631; *Pawis v. The Queen*, [1980] 2 F.C. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602, at p. 607.

**34** It may be that under certain circumstances a treaty could be terminated by the breach of one of its fundamental provisions. It is not necessary to decide this issue in the case at bar since the evidentiary requirements for proving such a termination have not been met. Once it has been established that a valid treaty has been entered into, the party arguing for its termination bears the burden of proving the circumstances and events justifying termination. The inconclusive and conflicting evidence presented by the parties makes it impossible for this Court to say with any certainty what happened on the eastern coast of Nova Scotia 233 years ago. As a result, the Court is unable to resolve this historical question. The Crown has failed to prove that the Treaty of 1752 was terminated by subsequent hostilities.

**35** I would note that there is nothing in the British conduct subsequent to the conclusion of the Treaty [page405] of 1752 and the alleged hostilities to indicate that the Crown considered the terms of the Treaty at an end. Indeed, His Majesty's Royal Instructions of December 9, 1761, addressed *inter alia* to the Governor of Nova Scotia, declared that the Crown "was determined upon all occasions to support and protect the ... Indians in their just rights and possessions and to keep inviolable the treaties and compacts which have been entered into with them ... ." These Royal Instructions formed the basis of the Proclamation issued by Jonathan Belcher, Lieutenant Governor of Nova Scotia on May 4, 1762 which also repeated the above words.

**36** I conclude from the foregoing that the Treaty of 1752 was not terminated by subsequent hostilities in 1753. The

Treaty is of as much force and effect today as it was at the time it was concluded.

(b) Termination by Extinguishment

**37** The respondent's argument that the Treaty of 1752 has been extinguished is based on *R. v. Isaac*, supra, at pp. 476, 479; *Calder v. Attorney General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 321; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941), at p. 347; *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), at pp. 586-88, and *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). The respondent submits that absolute title in the land covered by the Treaty lies with the Crown and, therefore, the Crown has the right to extinguish any Indian rights in such lands. The respondent further submits, based on *Isaac*, that the Crown, through occupancy by the white man under Crown grant or lease, has, in effect, extinguished native rights in Nova Scotia in territory situated outside of reserve lands. As the appellant was stopped on a highway outside the Shubenacadie Reserve, the respondent argues that the Treaty of 1752 affords no defence to the appellant regardless of whether the treaty is itself valid.

**38** In my opinion, it is not necessary to come to a final decision on the respondent's argument. Given the serious and far-reaching consequences of a finding that a treaty right has been extinguished, it [page406] seems appropriate to demand strict proof of the fact of extinguishment in each case where the issue arises. As Douglas J. said in *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, supra, at p. 354, "extinguishment cannot be lightly implied".

**39** In the present appeal the appellant was charged with the offence of possession of a rifle and ammunition on a road passing through or by a forest, wood or other resort. The agreed statement of facts does not disclose whether or where the appellant had hunted or was intending to hunt. In particular, there is no evidence to sustain the conclusion that the appellant had hunted, or intended to hunt, on the highway which might well raise different considerations. Hence this Court's decision in *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89, is not relevant.

**40** It seems clear that, at a minimum, the Treaty recognizes some hunting rights in Nova Scotia on the Shubenacadie Reserve and that any Micmac Indian who enjoys those rights has an incidental right to transport a gun and ammunition to places where he could legally exercise them. In this vein, it is worth noting that both parties agree that the highway on which the appellant was stopped "is adjacent to the Shubenacadie Indian Reserve" and "passes through or by a forest, wood, or other resource frequented by moose or deer".

**41** The respondent tries to meet the apparent right of the appellant to transport a gun and ammunition by asserting that the treaty hunting rights have been extinguished. In order to succeed on this argument it is absolutely essential, it seems to me, that the respondent lead evidence as to where the appellant hunted or intended to hunt and what use has been and is currently made of those lands. It is impossible for this Court to consider the doctrine of extinguishment "in the air"; the respondent must anchor that argument in the bedrock of specific lands. That has not happened in this case. In the absence of evidence as to where the hunting occurred or was intended to occur, and the use of the lands in question, it would be impossible to determine whether the appellant's treaty hunting rights have been extinguished. Moreover, it is unnecessary [page407] for this Court to determine whether those rights have been extinguished because, at the very least, these rights extended to the adjacent Shubenacadie reserve. I do not wish to be taken as expressing any view on whether, as a matter of law, treaty rights may be extinguished.

## VII

### Is the Appellant an Indian Covered by the Treaty

**42** The respondent argues that the appellant has not shown that he is a direct descendant of a member of the original Micmac Indian Band covered by the Treaty of 1752. The trial judge assumed that the appellant was a direct descendant of the Micmac Indians, parties to the Treaty. The Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division, on the other hand, relied on the decision of the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. Simon*, supra, and held that

the appellant had not established any connection by "descent or otherwise" with the original group of Micmac Indians inhabiting the eastern part of Nova Scotia in the Shubenacadie area.

**43** With respect, I do not agree with the Appellate Division on this point. In my view, the appellant has established a sufficient connection with the Indian band, signatories to the Treaty of 1752. As noted earlier, this Treaty was signed by Major Jean Baptiste Cope, Chief of the Shubenacadie Micmac tribe, and three other members and delegates of the tribe. The Micmac signatories were described as inhabiting the eastern coast of Nova Scotia. The appellant admitted at trial that he was a registered Indian under the Indian Act, and was an "adult member of the Shubenacadie - Indian Brook Band of Micmac Indians and was a member of the Shubenacadie Band Number 02". The appellant is, therefore, a Shubenacadie - Micmac Indian, living in the same area as the original Micmac Indian tribe, party to the Treaty of 1752.

**44** This evidence alone, in my view, is sufficient to prove the appellant's connection to the tribe originally covered by the Treaty. True, this evidence is not conclusive proof that the appellant is a direct descendant of the Micmac Indians covered by the Treaty of 1752. It must, however, be sufficient, for [page408] otherwise no Micmac Indian would be able to establish descendancy. The Micmacs did not keep written records. Micmac traditions are largely oral in nature. To impose an impossible burden of proof would, in effect, render nugatory any right to hunt that a present-day Shubenacadie Micmac Indian would otherwise be entitled to invoke based on this Treaty.

**45** The appellant, Simon, as a member of the Shubenacadie Indian Brook Band of Micmac Indians, residing in Eastern Nova Scotia, the area covered by the Treaty of 1752, can therefore raise the Treaty in his defence.

## VIII

Is the Treaty a "Treaty" Within the Meaning of s. 88 of the Indian Act?

**46** Section 88 of the Indian Act stipulates that, "Subject to the terms of any treaty ... all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province ... ."

**47** The majority of the Appellate Division held that it was extremely doubtful whether the Treaty of 1752 was a "treaty" within the meaning of s. 88, primarily because it was merely a general confirmation of aboriginal rights and did not grant or confer "new permanent rights". Macdonald J.A. also concluded that the 1752 document could not be considered a "treaty" under s. 88 because it was made by only a small portion of the Micmac Nation and it did not define any land or area where the rights were to be exercised. The respondent urges these views upon this Court. The respondent further submits that the word "treaty" in s. 88 of the Indian Act does not include the Treaty of 1752 even under the extended definition of "treaty" enunciated in *R. v. White and Bob*, supra, because the Treaty did not deal with the ceding of land or delineation of boundaries.

**48** Most of these arguments have already been addressed in this judgment and can be dealt with [page409] briefly at this point. To begin, the fact that the Treaty did not create new hunting or fishing rights but merely recognized pre-existing rights does not render s. 88 inapplicable. On this point, Davey J.A. stated in *R. v. White and Bob*, supra, at p. 616:

The force of the first argument seems to depend upon the assumption that s. 87 [now s. 88] should be read as if it were subject only to rights created by a Treaty; that would remove from the saving clause rights already in being and excepted from or confirmed by a Treaty. That argument fails to accord full meaning to the words, "subject to the terms of any treaty ...". In my opinion an exception, reservation, or confirmation is as much a term of a Treaty as a grant, (I observe parenthetically that a reservation may be a grant), and the operative words of the section will not extend general laws in force in any Province to Indians in derogation of rights so excepted, reserved or confirmed.

(Emphasis added.)

This holding was followed by the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. Paul*, supra. See also *R. v. Polchies and Paul*; *R. v. Paul and Paul* (1982), 43 N.B.R. (2d) 449 (C.A.), at p. 453. As I concluded earlier, the Treaty was validly created by representatives of the Micmac people and it covers the territory of concern in this appeal.

**49** With respect to the respondent's submission that some form of land cession is necessary before an agreement can be described as a treaty under s. 88, I can see no principled basis for interpreting s. 88 in this manner. I would adopt the useful comment of Norris J.A. of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. White and Bob*, supra, affirmed on appeal to this Court. In a concurring judgment, he stated at pp. 648-49:

The question is, in my respectful opinion, to be resolved not by the application of rigid rules of construction without regard to the circumstances existing when the document was completed nor by the tests of modern day draftsmanship. In determining what the intention of [page410] Parliament was at the time of the enactment of s. 87 [now s. 88] of the Indian Act, Parliament is to be taken to have had in mind the common understanding of the parties to the document at the time it was executed. In the section "Treaty" is not a word of art and in my respectful opinion, it embraces all such engagements made by persons in authority as may be brought within the term "the word of the white man" the sanctity of which was, at the time of British exploration and settlement, the most important means of obtaining the goodwill and co-operation of the native tribes and ensuring that the colonists would be protected from death and destruction. On such assurance the Indians relied.

**50** In my view, Parliament intended to include within the operation of s. 88 all agreements concluded by the Crown with the Indians that would otherwise be enforceable treaties, whether land was ceded or not. None of the Maritime treaties of the eighteenth century cedes land. To find that s. 88 applies only to land cession treaties would be to limit severely its scope and run contrary to the principle that Indian treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and uncertainties resolved in favour of the Indians.

**51** Finally, it should be noted that several cases have considered the Treaty of 1752 to be a valid "treaty" within the meaning of s. 88 of the Indian Act (for example, *R. v. Paul*, supra; and *R. v. Atwin and Sacobie*, supra). The Treaty was an exchange of solemn promises between the Micmacs and the King's representative entered into to achieve and guarantee peace. It is an enforceable obligation between the Indians and the white man and, as such, falls within the meaning of the word "treaty" in s. 88 of the Indian Act.

## IX

Do the Hunting Rights Contained in the Treaty Exempt the Appellant from Prosecution under s. 150(1) of the Lands and Forests Act?

**52** As a result of my conclusion that the appellant was validly exercising his right to hunt under the Treaty of 1752 and the fact he has admitted that his conduct otherwise constitutes an offence under the Lands and Forests Act, it must now be determined [page411] what the result is when a treaty right comes into conflict with provincial legislation. This question is governed by s. 88 of the Indian Act, which, it will be recalled, states that "Subject to the terms of any treaty ... all laws of general application ... in force in any province are applicable to ... Indians".

**53** It is now clear that the words "all laws" in s. 88 refer to provincial legislation and not federal legislation. In *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, Martland J. stated the following with respect to s. 88, at p. 281:

This section was not intended to be a declaration of the paramountcy of treaties over federal legislation. The reference to treaties was incorporated in a section the purpose of which was to make provincial laws applicable to Indians, so as to preclude any interference with rights under treaties resulting from the impact of provincial legislation.

(Emphasis added.)

**54** Under s. 88 of the Indian Act, when the terms of a treaty come into conflict with federal legislation, the latter prevails, subject to whatever may be the effect of s. 35 of the Constitution Act, 1982. It has been held to be within the exclusive power of Parliament under s. 91(24) of the Constitution Act, 1867, to derogate from rights recognized in a treaty agreement made with the Indians. See *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150; *R. v. George*, supra, *R. v. Cooper*, supra; *R. v. White and Bob*, supra, at p. 618.

**55** Here, however, we are dealing with provincial legislation. The effect of s. 88 of the Indian Act is to exempt the Indians from provincial legislation which restricts or contravenes the terms of any treaty. In *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, the Court held, at p. 99:

The effect of this section is to make applicable to Indians, except as stated, all laws of general application from time to time in force in any province, including provincial game laws, but subject to the terms of any treaty and subject also to any other Act of the Parliament of Canada.

[page412]

**56** Similarly, in *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, the Court held, at pp. 111-12:

However abundant the right of Indians to hunt and to fish, there can be no doubt that such right is subject to regulation and curtailment by the appropriate legislative authority. Section 88 of the Indian Act appears to be plain in purpose and effect. In the absence of treaty protection or statutory protection Indians are brought within provincial regulatory legislation.

and at pp. 114-15 the Court held in reference to Indian treaties and s. 88:

The terms of the treaty are paramount; in the absence of a treaty provincial laws of general application apply.

**57** Therefore, the question here is whether s. 150(1) of the Lands and Forests Act, a provincial enactment of general application in Nova Scotia, restricts or contravenes the right to hunt in article 4 of the Treaty of 1752. If so, the treaty right to hunt prevails and the appellant is exempt from the operation of the provincial game legislation at issue.

**58** Section 150(1) states that no person shall take, carry or possess a rifle or shotgun cartridges loaded with ball or with shot larger than AAA in certain areas of the province except as provided in the section. The exceptions are set out in s. 150(2) to s. 150(4) which read:

150....

(2) Any person may hunt with a shotgun [shot-gun] using cartridges loaded with ball or with one rifle during the big game season for which he holds a valid big game license [sic].

(3) Any person may carry or transport shotgun [shot-gun] cartridges loaded with ball or rifles that are dismantled or rendered inoperable in or upon any forest, wood or road which is in the usual way of travel to or from a hunting camp which that person is to occupy, two days before the opening and two days after the closing of the open season for any big game.

(3A) The Minister or a person authorized by him may issue a permit to a person authorizing him to take, carry or have in his possession any rifle during the period in which a rifle is prohibited for the purpose and in accordance with the conditions stated in the permit.

[page413]

(4) Any person may take, carry or have in his possession in any forest, wood or other resort of rabbits, any rifle of a .22 calibre or less that is equipped with a rim fire mechanism between the sixteenth day of November and the fifteenth day of February following both dates inclusive.

As mentioned, the appellant admitted at trial that he had no licence or other authority permitting him to be in possession of the rifle and shotgun cartridges under the Lands and Forests Act.

**59** Section 150(1) of the Lands and Forests Act has been held to be aimed "at the prevention of hunting big game by a person without a license [sic] and out of season" (R. v. Isaac, *supra*, at p. 491). Part III of the Lands and Forests Act, which includes s. 150(1), has also been held to be "valid provincial legislation ... designed basically for the protection of game within the Province ... [coming] within s. 92(13) and (16) of the British North America Act, ..." (R. v. Paul and Copage ([1977](#)), [24 N.S.R. \(2d\) 313](#) (N.S.C.A.), at p. 320). After examining this provincial Act, it is clear that the intent of the Nova Scotia legislature, in enacting s. 150(1), was to promote the preservation of wildlife in the province by restricting hunting to certain seasons of the year and by requiring permits.

**60** In my opinion, s. 150 of the Lands and Forests Act of Nova Scotia restricts the appellant's right to hunt under the Treaty. The section clearly places seasonal limitations and licensing requirements, for the purposes of wildlife conservation, on the right to possess a rifle and ammunition for the purposes of hunting. The restrictions imposed in this case conflict, therefore, with the appellant's right to possess a firearm and ammunition in order to exercise his free liberty to hunt over the lands covered by the Treaty. As noted, it is clear that under s. 88 of the Indian Act provincial legislation cannot restrict native treaty rights. If conflict arises, the terms of the treaty prevail. Therefore, by virtue of s. 88 of the Indian Act, the clear terms of article 4 of the Treaty must prevail over s. [page414] 150(1) of the provincial Lands and Forests Act.

**61** Several cases have particular relevance. These also deal with charges similar to those in the present case where Indians were accused of unlawful possession of certain objects without the permit required under provincial legislation. In each case, the accused Indians raised their treaty rights in defence and it was held that they should be acquitted because they were not bound by the terms of the provincial statutes: see R. v. White and Bob, *supra*; R. v. Paul, *supra*; R. v. Atwin and Sacobie, *supra*; R. v. Paul and Polchies, *supra*; R. v. Batisse ([1978](#)), [19 O.R. \(2d\) 145](#) (Dist. Ct.); R. v. Taylor and Williams ([1982](#)), [34 O.R. \(2d\) 360](#) (Ont. C.A.); R. v. Moses ([1969](#)), [13 D.L.R. \(3d\) 50](#) (Ont. Dist. Ct.); R. v. Penasse and McLeod ([1971](#)), [8 C.C.C. \(2d\) 569](#) (Ont. Prov. Ct.); Cheeco v. The Queen, [\[1981\] 3 C.N.L.R. 45](#) (Ont. Dist. Ct.).

**62** I conclude that the appellant has a valid treaty right to hunt under the Treaty of 1752 which, by virtue of s. 88 of the Indian Act, cannot be restricted by provincial legislation. It follows, therefore, that the appellant's possession of a rifle and ammunition in a safe manner, referable to his treaty right to hunt, cannot be restricted by s. 150(1) of the Lands and Forests Act.

**63** I would accordingly quash the convictions and enter verdicts of acquittal on both charges.

X

Constitutional Question: Section 35 of the Constitution Act, 1982

**64** By order of Laskin C.J., dated May 12, 1983, the following constitutional question, repeated for convenience, was framed for consideration by this Court:

Are the hunting rights referred to in a document entitled "Treaty or Articles of Peace and Friendship Renewed" and executed November 22, 1752, existing treaty rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982?

[page415]

Section 35(1) of the Constitution Act, 1982 reads:

35. -- (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

**65** An affirmative answer to the constitutional question was sought by the Attorney General of Canada and the Union of New Brunswick Indians, Inc. who were granted leave to intervene in the appeal. A negative answer to the constitutional question was sought by the Attorneys General of New Brunswick and Ontario who were also granted leave to intervene. The intervener, the Native Council of Nova Scotia, took the position that this appeal did not require a substantive interpretation or application of s. 35(1) because s. 88 of the Indian Act provided protection to the appellant without the necessity of relying on s. 35(1).

**66** In my view, s. 88 of the Indian Act covers the present situation and provides the necessary protection to the appellant, Simon. As a result, it is not necessary for the determination of this appeal to consider s. 35(1) of the Constitution Act, 1982.

**67** Accordingly, the constitutional question will not be answered.

Conclusions

**68** To summarize:

1. The Treaty of 1752 was validly created by competent parties.
2. The Treaty contains a right to hunt which covers the activities engaged in by the appellant.
3. The Treaty was not terminated by subsequent hostilities in 1753. Nor has it been demonstrated that the right to hunt protected by the Treaty has been extinguished.
4. The appellant is a Micmac Indian covered by the Treaty.
5. The Treaty of 1752 is a "treaty" within the meaning of s. 88 of the Indian Act.
6. By virtue of s. 88 of the Indian Act, the appellant is exempt from prosecution under s. 150(1) of the Lands and Forests Act.

[page416]

7. In light of these conclusions, it is not necessary to answer the constitutional question raised in this appeal.

**69** I would, therefore, allow the appeal, quash the convictions of the appellant and enter verdicts of acquittal on both charges.

Appeal allowed.

\* \* \* \* \*

Errata, published at [1990] 1 S.C.R., page iv

[1985] 2 S.C.R. p. 410, line g-1 of the English version. Read "exchange of solemn" instead of "exchange to solemn".

R. v. Simon, [1985] 2 S.C.R. 387

Errata, published at [1985] 2 S.C.R., page iv

[1985] 2 S.C.R. p. 400, line a-4 of the English version. Read "**R. v. Simon** [\(1958\)](#), [124 C.C.C. 110](#)" instead of "**R. v. Simon** (1958), 124 C.C.C. 100".

---

End of Document

TAB 20

Ronald Edward Sparrow *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations, the B.C. Wildlife Federation, the Steelhead Society of British Columbia, the Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, the Pacific Gillnetters' Association, the Gulf Trollers' Association, the Pacific Trollers' Association, the Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, the Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, the Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, the Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, the Co-op Fishermen's Guild, Deep Sea Trawlers' Association of B.C., the Fisheries Council of British Columbia, the United Fishermen and Allied Workers' Union, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta and the Attorney General of Newfoundland *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SPARROW

File No.: 20311.

1988: November 3; 1990: May 31.

Present: Dickson C.J. and McIntyre\*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Aboriginal rights — Fishing rights — Indian convicted of fishing with net larger than permitted by Band's licence — Whether or not net length restriction inconsistent with s. 35(1) of the Constitution Act, 1982 — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52(1) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 34 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4, 12, 27(1), (4).*

\* McIntyre J. took no part in the judgment.

Ronald Edward Sparrow *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

et

La Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations, la B.C. Wildlife Federation, la Steelhead Society of British Columbia, la Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, la Pacific Gillnetters' Association, la Gulf Trollers' Association, la Pacific Trollers' Association, la Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, la Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, la Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, la Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, la Co-op Fishermen's Guild, Deep Sea Trawlers' Association of B.C., le Fisheries Council of British Columbia, le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. SPARROW

N° du greffe: 20311.

g

1988: 3 novembre; 1990: 31 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre\*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

h

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droits de pêche — Indien reconnu coupable d'avoir pêché avec un filet plus long que celui autorisé par le permis de la bande — La restriction quant à la longueur du filet est-elle incompatible avec l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52(1) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34 — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4, 12, 27(1), (4).*

\* Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

*Indians — Aboriginal rights — Fishing rights — Interpretation — Indian convicted of fishing with net larger than permitted by Band's licence — Whether or not net length restriction inconsistent with s. 35(1) of Constitution Act, 1982.*

Appellant was charged in 1984 under the *Fisheries Act* with fishing with a drift net longer than that permitted by the terms of his Band's Indian food fishing licence. He admitted that the facts alleged constitute the offence, but defended the charge on the basis that he was exercising an existing aboriginal right to fish and that the net length restriction contained in the Band's licence was invalid in that it was inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Appellant was convicted. The trial judge found that an aboriginal right could not be claimed unless it was supported by a special treaty and that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* accordingly had no application. An appeal to County Court was dismissed for similar reasons. The Court of Appeal found that the trial judge's findings of facts were insufficient to lead to an acquittal. Its decision was appealed and cross-appealed. The constitutional question before this Court queried whether the net length restriction contained in the Band's fishing licence was inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

**Held:** The appeal and cross-appeal should be dismissed. The constitutional question should be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.

Section 35(1) applies to rights in existence when the *Constitution Act, 1982* came into effect; it does not revive extinguished rights. An existing aboriginal right cannot be read so as to incorporate the specific manner in which it was regulated before 1982. The phrase "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time.

The Crown failed to discharge its burden of proving extinguishment. An aboriginal right is not extinguished merely by its being controlled in great detail by the regulations under the *Fisheries Act*. Nothing in the *Fisheries Act* or its detailed regulations demonstrated a clear and plain intention to extinguish the Indian

*Indiens — Droits ancestraux — Droits de pêche — Interprétation — Indien reconnu coupable d'avoir pêché avec un filet plus long que celui autorisé par le permis de la bande — La restriction quant à la longueur du a filet est-elle incompatible avec l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982?*

En 1984, l'appellant a été accusé, en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, d'avoir pêché avec un filet dérivant b plus long que celui autorisé par le permis de pêche de subsistance de la bande indienne à laquelle il appartenait. Il a reconnu les faits à l'origine de l'infraction, mais il a soutenu en défense qu'il exerçait un droit ancestral existant de pêcher et que la restriction imposée dans le c permis de la bande quant à la longueur du filet était invalide pour cause d'incompatibilité avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'appellant a été déclaré coupable. Le juge de première instance a conclu qu'on ne pouvait revendiquer un d droit ancestral à moins que celui-ci ne soit étayé par un traité particulier, et que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'appliquait donc pas. Un appel devant la Cour de comté a été rejeté pour des motifs semblables. La Cour d'appel a statué que les conclusions e de fait du juge de première instance étaient insuffisantes pour justifier un acquittement. Son arrêt fait l'objet d'un pourvoi et d'un pourvoi incident. La question constitutionnelle soumise à la Cour est de savoir si la restriction imposée dans le permis de pêche de la bande quant à la f longueur des filets est incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

**Arrêt:** Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés. La question constitutionnelle doit être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs. g

Le paragraphe 35(1) s'applique aux droits qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*; il ne vient pas rétablir des h droits éteints. Un droit ancestral existant ne saurait être interprété de façon à englober la manière précise dont il était réglementé avant 1982. L'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le i temps.

Le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de prouver l'extinction du droit. Un droit ancestral n'est pas éteint du seul fait que son exercice fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. Ni la *Loi sur les pêcheries* ni ses règlements d'application détaillés ne font état d'une

aboriginal right to fish. These fishing permits were simply a manner of controlling the fisheries, not of defining underlying rights. Historical policy on the part of the Crown can neither extinguish the existing aboriginal right without clear intention nor, in itself, delineate that right. The nature of government regulations cannot be determinative of the content and scope of an existing aboriginal right. Government policy can, however, regulate the exercise of that right but such regulation must be in keeping with s. 35(1).

Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, at the least, provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place and affords aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power. Its significance, however, extends beyond these fundamental effects. The approach to its interpretation is derived from general principles of constitutional interpretation, principles relating to aboriginal rights, and the purposes behind the constitutional provision itself.

Section 35(1) is to be construed in a purposive way. A generous, liberal interpretation is demanded given that the provision is to affirm aboriginal rights. The provision is not subject to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Any law or regulation affecting aboriginal rights, however, will not automatically be of no force or effect by the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Legislation that affects the exercise of aboriginal rights will be valid if it meets the test for justifying an interference with a right recognized and affirmed under s. 35(1).

Section 35(1) does not explicitly authorize the courts to assess the legitimacy of any government legislation that restricts aboriginal rights. The words "recognition and affirmation", however, incorporate the government's responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples and so import some restraint on the exercise of sovereign power. Federal legislative powers continue, including the right to legislate with respect to Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, but must be read together with s. 35(1). Federal power must be reconciled with federal duty and the best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights.

intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher. Ces permis de pêche constituaient simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents. La politique historique de Sa Majesté ne permet pas d'éteindre le droit ancestral existant en l'absence d'intention claire en ce sens ni ne permet en soi de délimiter ce droit. La nature de règlements gouvernementaux ne saurait être déterminante quant au contenu et à la portée d'un droit ancestral existant. La politique gouvernementale peut toutefois réglementer l'exercice de ce droit, mais cette réglementation doit être conforme au par. 35(1).

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises et accorde aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale. Son importance va toutefois au-delà de ces effets fondamentaux. La méthode à adopter pour l'interpréter est dérivée des principes généraux d'interprétation constitutionnelle, des principes relatifs aux droits ancestraux et des objets sous-jacents à la disposition constitutionnelle elle-même.

Il y a lieu d'interpréter le par. 35(1) en fonction de l'objet qu'il vise. Une interprétation généreuse et libérale s'impose étant donné que cette disposition vise à confirmer les droits ancestraux. La disposition n'est pas assujettie à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, toute loi ou tout règlement portant atteinte aux droits ancestraux des autochtones ne sera pas automatiquement inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Un texte législatif qui touche l'exercice de droits ancestraux sera valide s'il satisfait au critère applicable pour justifier une atteinte à un droit reconnu et confirmé au sens du par. 35(1).

Le paragraphe 35(1) n'autorise pas explicitement les tribunaux à apprécier la légitimité d'une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux. L'expression «reconnaissance et confirmation» comporte cependant la responsabilité qu'a le gouvernement d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones et implique ainsi une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain. Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris le droit de légiférer relativement aux Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais ces pouvoirs doivent être rapprochés du par. 35(1). Le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux.

The test for justification requires that a legislative objective must be attained in such a way as to uphold the honour of the Crown and be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation. Section 35(1) does not promise immunity from government regulation in contemporary society but it does hold the Crown to a substantive promise. The government is required to bear the burden of justifying any legislation that has some negative effect on any aboriginal right protected under s. 35(1).

The first question to be asked is whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right. The inquiry begins with a reference to the characteristics or incidents of the right at stake. Fishing rights are not traditional property rights. They are rights held by a collective and are in keeping with the culture and existence of that group. Courts must be careful to avoid the application of traditional common law concepts of property as they develop their understanding of the "*sui generis*" nature of aboriginal rights. While it is impossible to give an easy definition of fishing rights, it is crucial to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake.

To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), certain questions must be asked. Is the limitation unreasonable? Does the regulation impose undue hardship? Does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation.

Here, the regulation would be found to be a *prima facie* interference if it were found to be an adverse restriction on the exercise of the natives' right to fish for food. The issue does not merely require looking at whether the fish catch has been reduced below that needed for the reasonable food and ceremonial needs. Rather the test involves asking whether either the purpose or the effect of the restriction on net length unnecessarily infringes the interests protected by the fishing right.

Le critère de la justification exige qu'un objectif législatif soit réalisé d'une manière qui préserve l'honneur de Sa Majesté et qui soit conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent actuellement entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit. Le paragraphe 35(1) ne constitue pas une promesse d'immunité contre la réglementation gouvernementale dans la société contemporaine, mais il représente un engagement important de la part de la Couronne. En effet, le gouvernement se voit imposer l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

La première question à poser est de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant. L'analyse commence par un examen des caractéristiques ou des attributs du droit en question. Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. Les tribunaux doivent prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la common law en tentant de saisir la nature "*sui generis*" des droits ancestraux. S'il est impossible de donner une définition simple des droits de pêche, il est crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause.

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. La restriction est-elle déraisonnable? Le règlement est-il indûment rigoureux? Le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue.

En l'espèce, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu'il impose une restriction néfaste à l'exercice par les autochtones de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. La question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par le droit de pêche.

If a *prima facie* interference is found, the analysis moves to the issue of justification. This test involves two steps. First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. The "public interest" justification is so vague as to provide no meaningful guidance and so broad as to be unworkable as a test for the justification of a limitation on constitutional rights. The justification of conservation and resource management, however, is uncontroversial.

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue: the honour of the Crown in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginal people must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified. There must be a link between the question of justification and the allocation of priorities in the fishery. The constitutional recognition and affirmation of aboriginal rights may give rise to conflict with the interests of others given the limited nature of the resource.

Guidelines are necessary to resolve the allocational problems that arise regarding the fisheries. Any allocation of priorities after valid conservation measures have been implemented must give top priority to Indian food fishing.

The justificatory standard to be met may place a heavy burden on the Crown. However, government policy with respect to the British Columbia fishery, regardless of s. 35(1), already dictates that, in allocating the right to take fish, Indian food fishing is to be given priority over the interests of other user groups. Section 35(1) requires the Crown to ensure that its regulations are in keeping with that allocation of priority and guarantees that those plans treat aboriginal peoples in a way ensuring that their rights are taken seriously.

Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include: whether there has

Si on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue, l'analyse porte ensuite sur la question de la justification. Ce critère comporte deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. La justification fondée sur «l'intérêt public» est si vague qu'elle ne fournit aucune ligne directrice utile et si large qu'elle est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée. La justification de la conservation et de la gestion des ressources ne soulève cependant aucune controverse.

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification: l'honneur de Sa Majesté lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable. Il doit y avoir un lien entre la question de la justification et l'établissement de priorités dans le domaine de la pêche. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux, prévues dans la Constitution, peuvent donner lieu à des conflits avec les intérêts d'autrui étant donné la nature limitée de la ressource.

On a besoin de lignes directrices qui permettront de résoudre les problèmes de répartition de ressources qui surgissent dans le domaine des pêcheries. Dans l'établissement des priorités suite à la mise en œuvre de mesures de conservation valides, il faut accorder la priorité absolue à la pêche par les Indiens à des fins de subsistance.

La norme de justification à respecter est susceptible d'imposer un lourd fardeau à Sa Majesté. Toutefois, la politique gouvernementale relativement à la pêche en Colombie-Britannique commande déjà, et ce, indépendamment du par. 35(1), que, dans l'attribution du droit de prendre du poisson, le droit des Indiens de pêcher à des fins d'alimentation ait la priorité sur les intérêts d'autres groupes d'utilisateurs. Le paragraphe 35(1) exige que Sa Majesté assure que Ses règlements respectent cette attribution de priorité et garantit que les plans de conservation et de gestion réservent aux peuples autochtones un traitement qui assure que leurs droits sont pris au sérieux.

Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant

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. This list is not exhaustive.

### Cases Cited

**Applied:** *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 700; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360; **considered:** *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.); *R. v. Eninew, R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.), *aff'd* (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (Sask. Q.B.); **distinguished:** *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.); **referred to:** *Calder v. Attorney General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (B.C.C.A.), *aff'd* [1973] S.C.R. 313; *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (Alta. Q.B.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (N.B.Q.B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.); *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.); *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (U.S.S.C.); *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (B.C.S.C.); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104.

### Statutes and Regulations Cited

*British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, ss. 4, 12(1), (2), 27(1), (4).  
*British Columbia Terms of Union*, R.S.C., 1985, App. II, No. 10, art. 13.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 33.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(12), (24), 109.  
*Constitution Act, 1930*.  
*Constitution Act, 1982*, ss. 35(1), 52(1).  
*Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 34, 61(1).  
*Quebec Boundaries Extension Act, 1912*, S.C. 1912, c. 45.

d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. Cette énumération n'est pas exhaustive.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués:** *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 700; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360; **arrêts examinés:** *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.); *R. v. Eninew, R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.), *conf.* (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (B.R. Sask.); **distinction d'avec l'arrêt:** *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.); **arrêts mentionnés:** *Calder v. Attorney-General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.), *conf.* [1973] R.C.S. 313; *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (B.R. Alb.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (B.R.N.-B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.); *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (D.P.I.); *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] R.C.S. 81; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (S.C.É.-U.); *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (C.S.C.-B.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104.

### h Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 33.  
*Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), app. II, n° 10, art. 13.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(12), (24), 109.  
*Loi constitutionnelle de 1930*.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1), 52(1).  
*Loi de l'extension des frontières de Québec, 1912*, S.C. 1912, ch. 45.  
*Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34, 61(1).  
*Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

*Royal Proclamation of 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.  
*Wildlife Act*, S.B.C. 1966, c. 55.

## Authors Cited

- Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. *In All Fairness: A Native Claims Policy—Comprehensive Claims*. Ottawa: 1981.
- Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. *Statement of the Government of Canada on Indian Policy*. Ottawa: 1969.
- Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1916.
- Little Bear, Leroy. "A Concept of Native Title," [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.
- Lyon, Noel. "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
- McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 255.
- Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II, Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
- Sanders, Douglas. "Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada," in Gérald A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
- Schwartz, Bryan. *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal People, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*. Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1986.
- Slaterry, Brian. "The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada" (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361.
- Slaterry, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, 36 D.L.R. (4th) 246, [1987] 2 W.W.R. 577, allowing an appeal from a judgment of Lamperson Co. Ct. J., [1986] B.C.W.L.D. 599, dismissing an appeal from conviction by Goulet Prov. Ct. J. Appeal and cross-appeal dismissed. The constitutional question should be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.

*Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, art. 4, 12(1), (2), 27(1), (4).  
*Wildlife Act*, S.B.C. 1966, ch. 55.

## a Doctrine citée

- Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. *En toute justice: Une politique des revendications des autochtones: revendications globales*. Ottawa: 1981.
- Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. *La politique indienne du gouvernement du Canada*. Ottawa: 1969.
- Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1916.
- Little Bear, Leroy. "A Concept of Native Title," [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.
- Lyon, Noel. "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
- McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 218.
- Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II, Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
- Sanders, Douglas. "Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada," in Gérald A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
- Schwartz, Bryan. *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal People, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*. Montréal: Institut de recherches politiques, 1986.
- Slaterry, Brian. "The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada" (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361.
- Slaterry, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, 36 D.L.R. (4th) 246, [1987] 2 W.W.R. 577, qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement du juge Lamperson de la Cour de comté, [1986] B.C.W.L.D. 599, qui avait rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Goulet de la Cour provinciale. Pourvoi et pourvoi incident rejetés. La question constitutionnelle doit être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

*Marvin R. V. Storrow, Q.C., Lewis F. Harvey and Joanne Lysyk, for the appellant.*

*Thomas R. Braidwood, Q.C., and James E. Dorsey, for the respondent.*

*Harry A. Slade, Arthur Pape and Louise Mandell, for the intervener the National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations.*

*Christopher Harvey, for the interveners the B.C. Wildlife Federation, the Steelhead Society of British Columbia, the Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, the Pacific Gillnetters' Association, the Gulf Trollers' Association, the Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, the Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, the Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, the Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, the Co-op Fishermen's Guild and the Deep Sea Trawlers' Association of B.C.*

*J. Keith Lowes, for the intervener the Fisheries Council of British Columbia.*

*Ian Donald, Q.C., for the intervener the United Fishermen and Allied Workers' Union.*

*J. T. S. McCabe, Q.C., and Michel Hélié, for the intervener the Attorney General for Ontario.*

*René Morin and Robert Décary, Q.C., for the intervener the Attorney General of Quebec.*

*E. Robert A. Edwards, Q.C., and Howard R. Eddy, for the intervener the Attorney General of British Columbia.*

*Kenneth J. Tyler and Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.*

*Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General for Alberta.*

*S. Ronald Stevenson, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.*

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LA FOREST J.—This appeal requires this Court to explore for the first time the scope of s. 35(1) of the *Constitution Act*,

*Marvin R. V. Storrow, c.r., Lewis F. Harvey et Joanne Lysyk, pour l'appellant.*

*Thomas R. Braidwood, c.r., et James E. Dorsey, pour l'intimée.*

*Harry A. Slade, Arthur Pape et Louise Mandell, pour l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations.*

*Christopher Harvey, pour les intervenants la B.C. Wildlife Federation, la Steelhead Society of British Columbia, la Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, la Pacific Gillnetters' Association, la Gulf Trollers' Association, la Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, la Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, la Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, la Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, la Co-op Fishermen's Guild et la Deep Sea Trawlers' Association of B.C.*

*J. Keith Lowes, pour l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia.*

*Ian Donald, c.r., pour l'intervenant le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés.*

*J. T. S. McCabe, c.r., et Michel Hélié, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.*

*René Morin et Robert Décary, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Québec.*

*E. Robert A. Edwards, c.r., et Howard R. Eddy, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.*

*Kenneth J. Tyler et Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.*

*Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.*

*S. Ronald Stevenson, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi nous oblige à examiner pour la première fois la portée du par. 35(1) de la *Loi*

1982, and to indicate its strength as a promise to the aboriginal peoples of Canada. Section 35(1) is found in Part II of that Act, entitled "Rights of the Aboriginal Peoples of Canada", and provides as follows:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

The context of this appeal is the alleged violation of the terms of the Musqueam food fishing licence which are dictated by the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, and the regulations under that Act. The issue is whether Parliament's power to regulate fishing is now limited by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and, more specifically, whether the net length restriction in the licence is inconsistent with that provision.

### Facts

The appellant, a member of the Musqueam Indian Band, was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act* of the offence of fishing with a drift net longer than that permitted by the terms of the Band's Indian food fishing licence. The fishing which gave rise to the charge took place on May 25, 1984 in Canoe Passage which is part of the area subject to the Band's licence. The licence, which had been issued for a one-year period beginning March 31, 1984, set out a number of restrictions including one that drift nets were to be limited to 25 fathoms in length. The appellant was caught with a net which was 45 fathoms in length. He has throughout admitted the facts alleged to constitute the offence, but has defended the charge on the basis that he was exercising an existing aboriginal right to fish and that the net length restriction contained in the Band's licence is inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and therefore invalid.

### The Courts Below

Goulet Prov. Ct. J., who heard the case, first referred to the very similar pre-*Charter* case of *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.),

*constitutionnelle de 1982* et à indiquer la force qu'il peut avoir en tant que promesse faite aux peuples autochtones du Canada. Le paragraphe 35(1), qui se trouve à la partie II de cette loi sous la rubrique «Droits des peuples autochtones du Canada», porte:

35. (1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Le contexte de ce pourvoi est une allégation de violation des conditions du permis de pêche de subsistance des Musqueams, lesquelles conditions sont fixées par la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, et par ses règlements d'application. La question est de savoir si le pouvoir du Parlement de réglementer la pêche est maintenant restreint par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, plus précisément, de savoir si la restriction imposée dans le permis quant à la longueur du filet est incompatible avec cette disposition.

### Les faits

L'appellant, un membre de la bande indienne des Musqueams, a été accusé en vertu du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries* d'avoir pêché avec un filet dérivant plus long que celui autorisé par le permis de pêche de subsistance de la bande indienne. L'infraction remonte au 25 mai 1984 alors que l'appellant pêchait dans le passage Canoe qui fait partie de la zone visée par le permis de la bande. Le permis, délivré pour une période d'un an à compter du 31 mars 1984, établissait un certain nombre de restrictions dont celle qui prévoyait que les filets dérivants ne devaient pas avoir plus de 25 brasses de longueur. L'appellant a été trouvé en possession d'un filet qui avait 45 brasses de longueur. Il a toujours reconnu les faits à l'origine de l'infraction, mais il a soutenu en défense qu'il exerçait un droit ancestral existant de pêcher et que la restriction imposée dans le permis de la bande quant à la longueur du filet était incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, par conséquent, invalide.

### Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge Goulet qui a entendu l'affaire en Cour provinciale a d'abord mentionné une affaire très semblable survenue avant l'adoption de la *Charte*,

where this Court held that the aboriginal right to fish was governed by the *Fisheries Act* and regulations. He then expressed the opinion that he was bound by *Calder v. Attorney-General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (B.C.C.A.), which held that a person could not claim an aboriginal right unless it was supported by a special treaty, proclamation, contract or other document, a position that was not disturbed because of the divided opinions of the members of this Court on the appeal which affirmed that decision ([1973] S.C.R. 313). Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* thus had no application. The alleged right here was not based on any treaty or other document but was said to have been one exercised by the Musqueam from time immemorial before European settlers came to this continent. He, therefore, convicted the appellant, finding it unnecessary to consider the evidence in support of an aboriginal right.

An appeal to Lamperson J. of the County Court of Vancouver, [1986] B.C.W.L.D. 599, was dismissed for similar reasons.

The British Columbia Court of Appeal (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, found that the courts below had erred in deciding that they were bound by the Court of Appeal decision in *Calder, supra*, to hold that the appellant could not rely on an aboriginal right to fish. Since the pronouncement of the Supreme Court of Canada judgment, the Court of Appeal's decision has been binding on no one. The court also distinguished *Calder* on its facts.

The court then dealt with the other issues raised by the parties. On the basis of the trial judge's conclusion that Mr. Sparrow was fishing in ancient tribal territory where his ancestors had fished "from time immemorial", it stated that, with the other circumstances, this should have led to the conclusion that Mr. Sparrow was exercising an existing aboriginal right. It rejected the Crown's contention that the right was no longer existing by reason of its "extinguishment by regulation". An aboriginal right could continue, though regulated.

savoir l'arrêt *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), où notre Cour a conclu que le droit ancestral de pêcher était régi par la *Loi sur les pêcheries* et ses règlements d'application. Il a ensuite exprimé l'avis qu'il était lié par l'arrêt *Calder v. Attorney General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.), dans lequel on avait conclu qu'une personne ne peut revendiquer un droit ancestral à moins que celui-ci ne soit étayé par un traité, une proclamation, un contrat ou un autre document particulier, une position qui n'a pas été contredite en raison des opinions partagées des membres de notre Cour qui ont confirmé l'arrêt ([1973] R.C.S. 313). Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'appliquait donc pas. Le droit invoqué en l'espèce n'était pas fondé sur un traité ou un autre document, mais on a affirmé qu'il était exercé par les Musqueams depuis des temps immémoriaux, bien avant la venue des colons européens sur le continent. Le juge a donc déclaré l'appelant coupable et jugé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la preuve à l'appui de l'existence d'un droit ancestral.

Le juge Lamperson de la Cour de comté de Vancouver, [1986] B.C.W.L.D. 599, a rejeté l'appel pour des motifs semblables.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, a conclu que les tribunaux d'instance inférieure avaient commis une erreur en décidant qu'ils étaient liés par l'arrêt *Calder*, précité, de la Cour d'appel et que l'appelant ne pouvait invoquer un droit de pêche ancestral. Depuis le jugement de la Cour suprême du Canada, l'arrêt de la Cour d'appel ne lie plus personne. La cour a également distingué les faits de l'affaire *Calder* de ceux du présent pourvoi.

La cour a ensuite examiné les autres questions soulevées par les parties. Se fondant sur la conclusion du juge de première instance que M. Sparrow pêchait dans un territoire ancien de la tribu où ses ancêtres avaient pêché «depuis des temps immémoriaux», la cour a affirmé que, compte tenu des autres circonstances, cet élément aurait dû conduire à la conclusion que M. Sparrow exerçait un droit ancestral existant. Elle a rejeté la prétention de Sa Majesté que le droit n'existait plus en raison de son [TRADUCTION] «extinction par règlement».

The court also rejected textual arguments made to the effect that s. 35 was merely of a preambular character, and concluded that the right to fish asserted by the appellant was one entitled to constitutional protection.

The issue then became whether that protection extended so far as to preclude regulation (as contrasted with extinguishment which did not arise in this case) of the exercise of that right. In its view, the general power to regulate the time, place and manner of all fishing, including fishing under an aboriginal right, remains. Parliament retained the power to regulate fisheries and to control Indian lands under ss. 91(12) and (24) of the *Constitution Act, 1867* respectively. Reasonable regulations were necessary to ensure the proper management and conservation of the resource, and the regulations under the *Fisheries Act* restrict the right of all persons including Indians. The court observed, at p. 330:

Section 35(1) of the Constitution Act, 1982 does not purport to revoke the power of Parliament to act under Head 12 or 24. The power to regulate fisheries, including Indian access to the fisheries, continues, subject only to the new constitutional guarantee that the aboriginal rights existing on 17th April 1982 may not be taken away.

The court rejected arguments that the regulation of fishing was an inherent aspect of the aboriginal right to fish and that such regulation must be confined to necessary conservation measures. The right had always been and continued to be a regulated right. The court put it this way, at p. 331:

The aboriginal right which the Musqueam had was, subject to conservation measures, the right to take fish for food and for the ceremonial purposes of the band. It was in the beginning a regulated, albeit self-regulated, right. It continued to be a regulated right, and on 17th April 1982, it was a regulated right. It has never been a fixed right, and it has always taken its form from the circumstances in which it has existed. If the interests of the Indians and other Canadians in the fishery are to be protected, then reasonable regulations to ensure the

Un droit ancestral peut toujours exister même s'il est réglementé. La cour a également rejeté des arguments textuels selon lesquels l'art. 35 tenait simplement d'un préambule et elle a conclu que le droit de pêche invoqué par l'appelant pouvait bénéficier d'une protection constitutionnelle.

Il fallait donc alors déterminer si cette protection allait jusqu'à interdire la réglementation (par opposition à l'extinction qui n'a pas été soulevée en l'espèce) de l'exercice de ce droit. De l'avis de la cour, le pouvoir général de réglementer les périodes, les lieux et les méthodes de pêche, y compris la pêche en vertu d'un droit ancestral, existait toujours. Le Parlement a conservé le pouvoir de réglementer les pêcheries et de contrôler les terres réservées aux Indiens en vertu des par. 91(12) et (24) respectivement de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une réglementation raisonnable était nécessaire pour assurer la gestion et la conservation judicieuses des ressources et les règlements pris en application de la *Loi sur les pêcheries* restreignent le droit de tous, y compris les Indiens. La cour fait remarquer, à la p. 330:

[TRADUCTION] Le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 n'a pas pour but de révoquer le pouvoir que possède le Parlement en vertu des par. 12 ou 24. Le pouvoir de réglementer les pêcheries, y compris l'accès des Indiens aux pêcheries, existe toujours, sous réserve seulement de la nouvelle garantie constitutionnelle que les droits ancestraux existants le 17 avril 1982 ne peuvent être supprimés.

La cour a rejeté les arguments selon lesquels la réglementation de la pêche constituait un aspect inhérent du droit de pêche ancestral et que cette réglementation devait être restreinte aux mesures de conservation nécessaires. Ce droit avait toujours été réglementé et continuait de l'être. Voici comment la cour s'exprime, à la p. 331:

[TRADUCTION] Le droit ancestral des Musqueams était, sous réserve de mesures de conservation, de prendre du poisson à des fins d'alimentation et aux fins rituelles de la bande. À l'origine, le droit était réglementé, bien que autoréglementé. Il a continué d'être réglementé et, le 17 avril 1982, c'était un droit réglementé. Ce droit n'a jamais été figé et sa forme a toujours été fonction des circonstances de son existence. S'il faut protéger les intérêts des Indiens et des autres Canadiens en matière de pêcheries, une réglementation

proper management and conservation of the resource must be continued.

The court then went on to particularize the right still further. It was a right for a purpose, not one related to a particular method. Essentially, it was a right to fish for food and associated traditional band activities:

The aboriginal right is not to take fish by any particular method or by a net of any particular length. It is to take fish for food purposes. The breadth of the right should be interpreted liberally in favour of the Indians. So "food purposes" should not be confined to subsistence. In particular, this is so because the Musqueam tradition and culture involves a consumption of salmon on ceremonial occasions and a broader use of fish than mere day-to-day domestic consumption.

That right, the court added, has not changed its nature since the enactment of the *Constitution Act, 1982*. What has changed is that the Indian food fishery right is now entitled to priority over the interests of other user groups and that that right, by reason of s. 35(1), cannot be extinguished.

The Court of Appeal found that the trial judge's findings of facts were insufficient to lead to an acquittal. Observing that the conviction was based on an erroneous view of the law and could not stand, the court further remarked upon the existence of unresolved conflicts in the evidence, including the question whether a change in the fishing conditions was necessary to reduce the catch to a level sufficient to satisfy reasonable food requirements, as well as for conservation purposes.

### The Appeal

Leave to appeal to this Court was then sought and granted. On November 24, 1987, the following constitutional question was stated:

Is the net length restriction contained in the Musqueam Indian Band Indian Food Fishing Licence dated March 30, 1984, issued pursuant to the *British Columbia Fishery (General) Regulations* and the *Fisheries Act*, R.S.C.

raisonnable s'impose toujours pour assurer la gestion et la conservation judicieuses des ressources.

La cour a poursuivi en précisant ce droit encore davantage. C'était un droit lié à un objet et non à une méthode particulière. Essentiellement, il s'agissait d'un droit de pêche lié à la subsistance et aux activités connexes traditionnelles de la bande:

[TRADUCTION] Le droit ancestral n'est pas de prendre du poisson d'une manière particulière ou au moyen d'un filet d'une longueur particulière. C'est le droit de prendre du poisson à des fins d'alimentation. L'étendue de ce droit devrait être interprétée libéralement en faveur des Indiens. Ainsi, l'expression «à des fins de subsistance» ne devrait pas être restreinte à la survie. Il en est ainsi plus particulièrement parce que, selon la tradition et la culture des Musqueams, on consomme du saumon à l'occasion de cérémonies rituelles et le poisson ne sert pas seulement à la consommation familiale quotidienne.

La cour a ajouté que la nature de ce droit n'avait pas changé depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce qui a changé, c'est que le droit de pêche des Indiens à des fins d'alimentation peut maintenant bénéficier d'une priorité sur les intérêts d'autres groupes qui font usage du poisson et que ce droit, en raison du par. 35(1), ne peut être éteint.

Selon la Cour d'appel, les conclusions de fait du juge de première instance étaient insuffisantes pour justifier un acquittement. Soulignant que la déclaration de culpabilité était fondée sur une conception erronée du droit applicable et ne pouvait être maintenue, la cour a fait d'autres remarques sur l'existence de contradictions non résolues dans la preuve, y compris sur la question de savoir si les conditions de pêche devaient être modifiées pour réduire les prises à un niveau suffisant pour répondre aux demandes raisonnables de nourriture ainsi qu'à des fins de conservation.

### Le pourvoi

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a ensuite été demandée et accordée. Le 24 novembre 1987, on a formulé la question constitutionnelle suivante:

La limite de la longueur des filets contenue dans le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande des Musqueams, délivré le 30 mars 1984 conformément au *Règlement de pêche général de la Colombie-Britan-*

1970, c. F-14, inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

The appellant appealed on the ground that the Court of Appeal erred (1) in holding that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* protects the aboriginal right only when exercised for food purposes and permits restrictive regulation of such rights whenever "reasonably justified as being necessary for the proper management and conservation of the resource or in the public interest", and (2) in failing to find the net length restriction in the Band's food fish licence was inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The respondent Crown cross-appealed on the ground that the Court of Appeal erred in holding that the aboriginal right had not been extinguished before April 17, 1982, the date of commencement of the *Constitution Act, 1982*, and in particular in holding that, as a matter of fact and law, the appellant possessed the aboriginal right to fish for food. In the alternative, the respondent alleged, the Court of Appeal erred in its conclusions respecting the scope of the aboriginal right to fish for food and the extent to which it may be regulated, more particularly in holding that the aboriginal right included the right to take fish for the ceremonial purposes and societal needs of the Band and that the Band enjoyed a constitutionally protected priority over the rights of other people engaged in fishing. Section 35(1), the respondent maintained, did not invalidate legislation passed for the purpose of conservation and resource management, public health and safety and other overriding public interests such as the reasonable needs of other user groups. Finally, it maintained that the conviction ought not to have been set aside or a new trial directed because the appellant failed to establish a *prima facie* case that the reduction in the length of the net had unreasonably interfered with his right by preventing him from meeting his food fish requirements. According to the respondent, the Court of Appeal had erred in shifting the

*nique et à la Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, est-elle incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

<sup>a</sup> L'appellant se pourvoit devant nous pour le motif que, selon lui, la Cour d'appel a commis une erreur (1) en décidant que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne protège les droits ancestraux que lorsque ceux-ci sont exercés à des fins d'alimentation et permet une réglementation restrictive de ces droits lorsque [TRADUCTION] «cela est raisonnablement justifié comme nécessaire pour la gestion et la conservation judicieuses des ressources ou dans l'intérêt public», et (2) en refusant de conclure que la limite de la longueur des filets imposée dans le permis de pêche de subsistance de la bande était incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

<sup>a</sup> Sa Majesté intimée a formé un pourvoi incident pour le motif que la Cour d'appel aurait commis une erreur en décidant que le droit ancestral n'avait pas été éteint avant le 17 avril 1982, date d'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et, en particulier, en décidant, en fait et en droit, que l'appellant détenait le droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance. Subsidiairement, l'intimée a allégué que la Cour d'appel a commis une erreur dans ses conclusions concernant la portée du droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance et la mesure dans laquelle ce droit peut être réglementé, plus particulièrement, en décidant que le droit ancestral comprenait le droit de pêcher à des fins rituelles et sociales de la bande et que la bande bénéficiait d'une priorité, garantie par la Constitution, sur les droits d'autres gens qui s'adonnent à la pêche. Selon l'intimée, le par. 35(1) n'invalidait pas les mesures législatives adoptées à des fins de conservation et de gestion des ressources, de santé et de sécurité publiques et d'autres intérêts publics primordiaux comme les besoins raisonnables des autres groupes qui font usage du poisson. Enfin, elle a soutenu qu'on n'aurait pas dû annuler la déclaration de culpabilité ni ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que l'appellant n'a pas prouvé, de façon suffisante à première vue, que la réduction de la longueur des filets avait porté atteinte de façon déraisonnable à

burden of proof to the Crown on the issue before the appellant had established a *prima facie* case.

The National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations intervened in support of the appellant. The Attorneys General of British Columbia, Ontario, Quebec, Saskatchewan, Alberta and Newfoundland supported the respondent, as did the B.C. Wildlife Federation and others, the Fisheries Council of British Columbia and the United Fishermen and Allied Workers' Union.

### The Regulatory Scheme

The *Fisheries Act*, s. 34, confers on the Governor in Council broad powers to make regulations respecting the fisheries, the most relevant for our purposes being those set forth in the following paragraphs of that section:

34. ...

(a) for the proper management and control of the seacoast and inland fisheries;

(b) respecting the conservation and protection of fish;

(c) respecting the catching, loading, landing, handling, transporting, possession and disposal of fish;

(e) respecting the use of fishing gear and equipment;

(f) respecting the issue, suspension and cancellation of licences and leases;

(g) respecting the terms and conditions under which a lease or licence may be issued;

Contravention of the Act and the regulations is made an offence under s. 61(1) under which the appellant was charged.

Acting under its regulation-making powers, the Governor in Council enacted the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248. Under these Regulations (s. 4), everyone is, *inter alia*, prohibited from fishing without a licence, and

son droit en l'empêchant de répondre à ses besoins en matière de pêche pour fins d'alimentation. Selon l'intimée, la Cour d'appel a commis une erreur en déplaçant le fardeau de la preuve de manière à l'imposer à Sa Majesté avant que l'appelant n'ait présenté une preuve suffisante à première vue.

La Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations est intervenue à l'appui de l'appelant. Les procureurs généraux de la Colombie-Britannique, de l'Ontario, du Québec, de la Saskatchewan, de l'Alberta et de Terre-Neuve ont appuyé l'intimée tout comme l'ont fait la B.C. Wildlife Federation et autres, le Fisheries Council of British Columbia et le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés.

### Le système de réglementation

L'article 34 de la *Loi sur les pêcheries* confère au gouverneur en conseil de larges pouvoirs de réglementation en matière de pêcheries, dont les plus pertinents en l'espèce sont ceux reproduits aux alinéas suivants de cet article:

34. ...

a) concernant la gestion et la surveillance judicieuses des pêches côtières et des pêches de l'intérieur;

b) concernant la conservation et la protection du poisson;

c) concernant la prise, le chargement, le débarquement, la manutention, le transport, la possession et l'écoulement du poisson;

e) concernant l'utilisation des appareils et accessoires de pêche;

f) concernant la délivrance, la suspension et l'annulation des permis et baux;

g) concernant les modalités et conditions auxquelles un permis ou un bail doit être délivré;

Le fait de contrevenir à la Loi et à ses règlements d'application constitue une infraction aux termes du par. 61(1) et c'est en vertu de ce paragraphe que l'appelant a été accusé.

Dans l'exercice de son pouvoir de réglementation, le gouverneur en conseil a adopté le *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248. En vertu de ce règlement (art. 4), il est notamment interdit de pêcher sans

then only in areas and at the times and in the manner authorized by the Act or regulations. That provision also prohibits buying, selling, trading or bartering fish other than those lawfully caught under the authority of a commercial fishing licence. Section 4 reads:

4. (1) Unless otherwise provided in the Act or in any Regulations made thereunder in respect of the fisheries to which these Regulations apply or in the *Wildlife Act* (British Columbia), no person shall fish except under the authority of a licence or permit issued thereunder.

(2) No person shall fish for any species of fish in the Province or in Canadian fisheries waters of the Pacific Ocean except in areas and at times authorized by the Act or any Regulations made thereunder in respect of the fisheries to which these Regulations apply.

(3) No person who is the owner of a vessel shall operate that vessel or permit it to be operated in contravention of these Regulations.

(4) No person shall, without lawful excuse, have in his possession any fish caught or obtained contrary to the Act or any Regulations made thereunder in respect of the fisheries to which these Regulations apply.

(5) No person shall buy, sell, trade or barter or attempt to buy, sell, trade or barter fish or any portions thereof other than fish lawfully caught under the authority of a commercial fishing licence issued by the Minister or the Minister of Environment for British Columbia.

The Regulations make provision for issuing licences to Indians or a band "for the sole purpose of obtaining food for that Indian and his family and for the band", and no one other than an Indian is permitted to be in possession of fish caught pursuant to such a licence. Subsections 27(1) and (4) of the Regulations read:

27. (1) In this section "Indian food fish licence" means a licence issued by the Minister to an Indian or a band for the sole purpose of obtaining food for that Indian and his family or for the band.

(4) No person other than an Indian shall have in his possession fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

permis, et encore, seulement dans les secteurs, aux heures et de la façon prévus par la Loi ou ses règlements d'application. Cette disposition interdit également d'acheter, de vendre et d'échanger du poisson autre que celui pris légalement en vertu d'un permis de pêche commerciale. L'article 4 prévoit:

4. (1) Sauf disposition contraire de la Loi, de ses règlements d'application concernant les pêches visées par le présent règlement, ou de la loi dite *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, il est interdit à quiconque de pêcher sans détenir un permis, délivré en vertu de l'un des règlements ou lois précités.

(2) Il est interdit, dans les eaux de la province ou les eaux des pêcheries canadiennes de l'océan Pacifique, de pêcher une espèce de poisson en dehors des heures et des secteurs autorisés par la Loi ou ses règlements d'application concernant les pêches visées par le présent règlement.

(3) Il est interdit au propriétaire d'un bateau d'exploiter ou de permettre à quiconque d'exploiter le bateau en contravention du présent règlement.

(4) Il est interdit à quiconque d'avoir en sa possession, sans excuse légitime, du poisson qui a été pris ou obtenu d'une manière non conforme à la Loi ou à ses règlements d'application concernant les pêches visées par le présent règlement.

(5) Il est interdit à quiconque d'acheter, de vendre, d'échanger ou de tenter d'acheter, de vendre ou d'échanger du poisson ou des parties de poisson, autre que du poisson pris légalement aux termes d'un permis de pêche commerciale délivré par le Ministre ou le *Minister of Environment* de la Colombie-Britannique.

Le Règlement prévoit que des permis peuvent être délivrés à un Indien ou à une bande «aux seules fins de l'alimentation de l'Indien ou de sa famille ou de celle de la bande», et que seul un Indien peut avoir en sa possession du poisson pris en vertu d'un tel permis. Les paragraphes 27(1) et (4) du Règlement prévoient:

27. (1) Aux fins du présent article, «permis de pêche de subsistance des Indiens» désigne un permis délivré par le Ministre à un Indien ou à une bande aux seules fins de l'alimentation de l'Indien ou de sa famille ou de celle de la bande.

(4) Il est interdit à quiconque sauf un Indien d'avoir en sa possession du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

As in the case of other licences issued under the Act, such licences may, by s. 12 of the Regulations, be subjected to restrictions regarding the species and quantity of fish that may be taken, the places and times when they may be taken, the manner in which they are to be marked and, most important here, the type of gear and equipment that may be used. Section 12 reads as follows:

12. (1) Subject to these Regulations and any regulations made under the Act in respect of the fisheries to which these Regulations apply and for the proper management and control of such fisheries, there may be specified in a licence issued under these Regulations

(a) the species of fish and quantity thereof that is permitted to be taken;

(b) the period during which and the waters in which fishing is permitted to be carried out;

(c) the type and quantity of fishing gear and equipment that is permitted to be used and the manner in which it is to be used;

(d) the manner in which fish caught and retained for educational or scientific purposes is to be held or displayed;

(e) the manner in which fish caught and retained is to be marked and transported; and

(f) the manner in which scientific or catch data is to be reported.

(2) No person fishing under the authority of a licence referred to in subsection (1) shall contravene or fail to comply with the terms of the licence.

Pursuant to these powers, the Musqueam Indian Band, on March 31, 1984, was issued an Indian food fishing licence as it had since 1978 "to fish for salmon for food for themselves and their family" in areas which included the place where the offence charged occurred, the waters of Ladner Reach and Canoe Passage therein described. The licence contained time restrictions as well as the type of gear to be used, notably "One Drift net twenty-five (25) fathoms in length".

The appellant was found fishing in the waters described using a drift net in excess of 25 fathoms.

Comme dans le cas des autres permis délivrés en vertu de la Loi, l'art. 12 du Règlement prévoit que ces permis peuvent faire l'objet de restrictions concernant les espèces et les quantités de poisson qui peuvent être prises, les lieux où le poisson peut être pris et les périodes pendant lesquelles il peut l'être, la façon dont le poisson doit être marqué et, qui plus est en l'espèce, le type d'engins et d'équipement qui peuvent être utilisés. L'article 12 se lit ainsi:

12. (1) Sous réserve du présent règlement et des autres règlements établis en vertu de la Loi relativement aux pêches visées par le présent règlement, un permis délivré en vertu du présent règlement peut indiquer, aux fins de la gestion et de la surveillance judicieuses de ces pêches,

a) quelles espèces et quelles quantités de poisson peuvent être prises;

b) dans quelles eaux et pendant quelle période la pêche peut être pratiquée;

c) quel type et quelle quantité d'engins et d'équipement de pêche peuvent être utilisés et de quelle façon ils doivent l'être;

d) de quelle façon le poisson pris et gardé à des fins éducatives ou scientifiques doit être gardé en captivité ou exposé;

e) de quelle façon le poisson pris et gardé doit être marqué et transporté; et

f) de quelle façon les données à caractère scientifique ou concernant les prises doivent être soumises.

(2) Il est interdit à quiconque pêche en vertu d'un permis visé au paragraphe (1) de déroger aux conditions de ce permis.

Conformément à ces pouvoirs, le 31 mars 1984, on a délivré à la bande indienne des Musqueams un permis de pêche de subsistance comme on le faisait depuis 1978 [TRADUCTION] «pour pêcher le saumon aux fins de leur alimentation et de celle de leurs familles» dans des secteurs dont celui où l'infraction reprochée a été commise, les eaux de Ladner Reach et du passage Canoe décrites dans le permis. Le permis comportait des restrictions quant à la période de pêche et quant au type d'engins à utiliser, notamment [TRADUCTION] «Un filet dérivant de vingt-cinq (25) brasses de longueur».

L'appelant a été surpris en train de pêcher dans les eaux décrites précédemment au moyen d'un

He did not contest this, arguing instead that he had committed no offence because he was acting in the exercise of an existing aboriginal right which was recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

### Analysis

We will address first the meaning of "existing" aboriginal rights and the content and scope of the Musqueam right to fish. We will then turn to the meaning of "recognized and affirmed", and the impact of s. 35(1) on the regulatory power of Parliament.

#### "Existing"

The word "existing" makes it clear that the rights to which s. 35(1) applies are those that were in existence when the *Constitution Act, 1982* came into effect. This means that extinguished rights are not revived by the *Constitution Act, 1982*. A number of courts have taken the position that "existing" means "being in actuality in 1982": *R. v. Eninew* (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (Sask. Q.B.), at p. 446, aff'd (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.) See also *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (Alta. Q.B.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (N.B.Q.B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201.

Further, an existing aboriginal right cannot be read so as to incorporate the specific manner in which it was regulated before 1982. The notion of freezing existing rights would incorporate into the Constitution a crazy patchwork of regulations. Blair J.A. in *Agawa, supra*, had this to say about the matter, at p. 214:

Some academic commentators have raised a further problem which cannot be ignored. The **Ontario Fishery Regulations** contained detailed rules which vary for different regions in the province. Among other things, the **Regulations** specify seasons and methods of fishing, species of fish which can be caught and catch limits. Similar detailed provisions apply under the comparable

filet dérivant de plus de 25 brasses. Il ne conteste pas ce fait, mais soutient plutôt qu'il n'a commis aucune infraction parce qu'il exerçait alors un droit ancestral existant qui a été reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

### Analyse

Nous aborderons en premier lieu le sens de l'expression droits ancestraux «existants» ainsi que le contenu et la portée du droit de pêche des Musqueams. Nous examinerons ensuite le sens des mots «reconnus et confirmés» et l'effet du par. 35(1) sur le pouvoir réglementaire du Parlement.

#### «Existants»

Il ressort clairement du mot «existants» que les droits auxquels s'applique le par. 35(1) sont ceux qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*. D'où il s'ensuit que cette loi ne vient pas rétablir des droits éteints. Un certain nombre de tribunaux ont adopté le point de vue que le terme «existants» signifie «qui étaient exercés en 1982»: *R. v. Eninew* (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (B.R. Sask.), à la p. 446, conf. (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.) Voir également les arrêts *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (B.R. Alb.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (B.R.N.-B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201.

De plus, un droit ancestral existant ne saurait être interprété de façon à englober la manière précise dont il était réglementé avant 1982. L'idée que le droit a été figé de cette façon aurait pour effet d'introduire dans la Constitution un ensemble de règlements disparates. Voici ce que le juge Blair de la Cour d'appel affirme à ce sujet dans l'arrêt *Agawa*, précité, à la p. 214:

[TRADUCTION] Certains auteurs ont soulevé un autre problème qui ne peut être ignoré. Le **Règlement de pêche de l'Ontario** comporte des règles détaillées qui varient d'une région à l'autre dans la province. Le **règlement** précise notamment les saisons et les méthodes de pêche, les espèces de poisson qui peuvent être prises et le nombre de prises. Des dispositions détaillées du

fisheries **Regulations** in force in other provinces. These detailed provisions might be constitutionalized if it were decided that the existing treaty rights referred to in s. 35(1) were those remaining after regulation at the time of the proclamation of the **Constitution Act, 1982**.

As noted by Blair J.A., academic commentary lends support to the conclusion that "existing" means "unextinguished" rather than exercisable at a certain time in history. Professor Slaterry, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at pp. 781-82, has observed the following about reading regulations into the rights:

This approach reads into the Constitution the myriad of regulations affecting the exercise of aboriginal rights, regulations that differed considerably from place to place across the country. It does not permit differentiation between regulations of long-term significance and those enacted to deal with temporary conditions, or between reasonable and unreasonable restrictions. Moreover, it might require that a constitutional amendment be enacted to implement regulations more stringent than those in existence on 17 April 1982. This solution seems unsatisfactory.

See also Professor McNeil, "The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 255, at p. 258 (q.v.); Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II, Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.

The arbitrariness of such an approach can be seen if one considers the recent history of the federal regulation in the context of the present case and the fishing industry. If the *Constitution Act, 1982* had been enacted a few years earlier, any right held by the Musqueam Band, on this approach, would have been constitutionally subjected to the restrictive regime of personal licences that had existed since 1917. Under that regime, the Musqueam catch had by 1969 become minor or non-existent. In 1978 a system of band licences was introduced on an experimental basis which permitted the Musqueam to fish with a 75 fathom

même genre s'appliquent en vertu de **règlements** de pêche comparables en vigueur dans d'autres provinces. Ces dispositions détaillées pourraient être constitutionalisées si l'on décidait que les droits existants issus de traités et mentionnés au par. 35(1) étaient ceux qui subsistaient après avoir été réglementés à l'époque de l'entrée en vigueur de la **Loi constitutionnelle de 1982**.

Comme le souligne le juge Blair, la doctrine tend à étayer la conclusion que le mot «existants» signifie «non éteints» plutôt que «pouvant être exercés à une certaine époque passée». Le professeur Slaterry, dans son article intitulé «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, aux pp. 781 et 782, fait observer ceci au sujet de l'utilisation de textes réglementaires pour déterminer le sens des droits:

[TRADUCTION] Cette interprétation introduit dans la Constitution une foule de règlements qui portent atteinte à l'exercice des droits des autochtones et qui diffèrent considérablement d'un endroit à l'autre au pays. Elle ne permet aucune distinction entre les règlements applicables à long terme et ceux qui sont adoptés pour faire face à des conditions temporaires, ou entre des restrictions raisonnables et déraisonnables. En outre, elle pourrait exiger l'adoption d'une modification constitutionnelle pour mettre en œuvre des règlements plus sévères que ceux qui existaient le 17 avril 1982. Cette solution ne semble pas satisfaisante.

Voir également l'article du professeur McNeil, intitulé «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 255, à la p. 258 (q.v.); Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II, Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.

On perçoit le caractère arbitraire d'une telle interprétation lorsque l'on examine l'histoire récente de la réglementation fédérale dans le contexte de la présente affaire et de l'industrie de la pêche. Si la *Loi constitutionnelle de 1982* avait été adoptée quelques années plus tôt, tout droit détenu par la bande des Musqueams aurait, selon cette interprétation, été soumis constitutionnellement au régime sévère des permis personnels qui existait depuis 1917. Sous ce régime, en 1969, les prises des Musqueams étaient devenues négligeables ou non existantes. En 1978, un système mis sur pied sur une base expérimentale et selon lequel un

net for a greater number of days than other people. Under this regime, from 1977 to 1984, the number of Band members who fished for food increased from 19 persons using 15 boats, to 64 persons using 38 boats, while 10 other members of the Band fished under commercial licences. Before this regime, the Band's food fish requirement had basically been provided by Band members who were licensed for commercial fishing. Since the regime introduced in 1978 was in force in 1982, then, under this approach, the scope and content of an aboriginal right to fish would be determined by the details of the Band's 1978 licence.

The unsuitability of the approach can also be seen from another perspective. Ninety-one other tribes of Indians, comprising over 20,000 people (compared with 540 Musqueam on the reserve and 100 others off the reserve) obtain their food fish from the Fraser River. Some or all of these bands may have an aboriginal right to fish there. A constitutional patchwork quilt would be created if the constitutional right of these bands were to be determined by the specific regime available to each of those bands in 1982.

Far from being defined according to the regulatory scheme in place in 1982, the phrase "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. To use Professor Slattery's expression, in "Understanding Aboriginal Rights," *supra*, at p. 782, the word "existing" suggests that those rights are "affirmed in a contemporary form rather than in their primeval simplicity and vigour". Clearly, then, an approach to the constitutional guarantee embodied in s. 35(1) which would incorporate "frozen rights" must be rejected.

permis était délivré à la bande permettait aux Musqueams de pêcher au moyen d'un filet de 75 brasses pendant une période plus longue que celle applicable aux autres personnes. Sous ce régime, de 1977 à 1984, le nombre de membres de la bande qui ont pêché à des fins de subsistance est passé de 19 personnes utilisant 15 bateaux à 64 personnes utilisant 38 bateaux alors que 10 autres membres de la bande pêchaient en vertu de permis de pêche commerciale. Avant ce régime, c'était essentiellement les membres de la bande qui détenaient un permis de pêche commerciale qui approvisionnaient celle-ci en poisson à des fins de subsistance. Puisque le régime mis en place en 1978 était en vigueur en 1982, alors, en vertu de cette interprétation, la portée et le contenu d'un droit ancestral de pêcher seraient déterminés par les modalités du permis de 1978 de la bande.

Il est également possible de percevoir le caractère inadéquat de cette interprétation sous un autre angle. Quatre-vingt-onze autres tribus d'Indiens comprenant plus de 20 000 personnes (par opposition aux 540 Musqueams qui habitent la réserve et aux 100 autres à l'extérieur de la réserve) s'approvisionnent en poisson pour des fins d'alimentation dans le fleuve Fraser. Peut-être que certaines ou même que toutes ces bandes ont un droit ancestral de pêcher à cet endroit. Un mélémé constitutionnel résulterait si le droit constitutionnel de ces bandes devait être établi en fonction du régime spécifique applicable à chacune d'elles en 1982.

Loin d'être définie selon le régime de réglementation en vigueur en 1982, l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Pour reprendre l'expression du professeur Slattery, dans «Understanding Aboriginal Rights,» précité, à la p. 782, le mot «existants» laisse supposer que ces droits sont [TRADUCTION] «confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leurs simplicité et vigueur primitives». Il est alors évident qu'il faut rejeter une interprétation de la garantie constitutionnelle énoncée au par. 35(1) qui engloberait des «droits figés».

*The Aboriginal Right*

We turn now to the aboriginal right at stake in this appeal. The Musqueam Indian Reserve is located on the north shore of the Fraser River close to the mouth of that river and within the limits of the City of Vancouver. There has been a Musqueam village there for hundreds of years. This appeal does not directly concern the reserve or the adjacent waters, but arises out of the Band's right to fish in another area of the Fraser River estuary known as Canoe Passage in the South Arm of the river, some 16 kilometres (about 10 miles) from the reserve. The reserve and those waters are separated by the Vancouver International Airport and the Municipality of Richmond.

The evidence reveals that the Musqueam have lived in the area as an organized society long before the coming of European settlers, and that the taking of salmon was an integral part of their lives and remains so to this day. Much of the evidence of an aboriginal right to fish was given by Dr. Suttles, an anthropologist, supported by that of Mr. Grant, the Band administrator. The Court of Appeal thus summarized Dr. Suttles' evidence, at pp. 307-308:

Dr. Suttles was qualified as having particular qualifications in respect of the ethnography of the Coast Salish Indian people of which the Musqueams were one of several tribes. He thought that the Musqueam had lived in their historic territory, which includes the Fraser River estuary, for at least 1,500 years. That historic territory extended from the north shore of Burrard Inlet to the south shore of the main channel of the Fraser River, including the waters of the three channels by which that river reaches the ocean. As part of the Salish people, the Musqueam were part of a regional social network covering a much larger area but, as a tribe, were themselves an organized social group with their own name, territory and resources. Between the tribes there was a flow of people, wealth and food. No tribe was wholly self-sufficient or occupied its territory to the complete exclusion of others.

Dr. Suttles described the special position occupied by the salmon fishery in that society. The salmon was not only an important source of food but played an important part in the system of beliefs of the Salish people,

*Le droit ancestral*

Nous passons maintenant au droit ancestral présentement en cause. La réserve indienne des Musqueams est située sur la rive nord du fleuve Fraser, près de son embouchure et dans les limites de la ville de Vancouver. Un village de Musqueams y est établi depuis des centaines d'années. Le présent pourvoi ne concerne pas directement la réserve ou les eaux adjacentes, mais découle du droit de la bande de pêcher dans un autre secteur de l'estuaire du fleuve Fraser, appelé passage Canoe, situé dans le bras sud du fleuve, à quelque 16 kilomètres (environs 10 milles) de la réserve. L'aéroport international de Vancouver et la municipalité de Richmond séparent la réserve de ces eaux.

La preuve révèle que les Musqueams vivaient dans la région comme société organisée bien avant la venue des colons européens et que la prise du saumon faisait partie intégrante de leur vie et le demeure encore aujourd'hui. La preuve de l'existence d'un droit de pêche ancestral provient en grande partie de M. Suttles, un anthropologue, dont le témoignage est confirmé par celui de M. Grant, l'administrateur de la bande. Voici comment la Cour d'appel résume le témoignage de M. Suttles, aux pp. 307 et 308:

[TRADUCTION] Monsieur Suttles est reconnu comme ayant des compétences particulières en ce qui concerne l'ethnographie du peuple indien Salish de la côte, composé de plusieurs tribus dont celles des Musqueams. Selon lui, les Musqueams vivent dans leur territoire ancestral, qui comprend l'estuaire du fleuve Fraser, depuis au moins 1 500 ans. Ce territoire ancestral s'étendait de la rive nord du passage Burrard à la rive sud du bras principal du fleuve Fraser et comprenait les eaux des trois bras par lesquels ce fleuve se jette dans l'océan. Parce que les Musqueams faisaient partie du peuple Salish, ils faisaient partie d'un réseau social régional qui s'étendait sur une bien plus grande région mais, comme tribu, ils formaient eux-mêmes un groupe social organisé ayant un nom, un territoire et des ressources en propre. Entre les tribus, il y avait circulation de personnes, de biens et de nourriture. Aucune tribu n'était tout à fait autosuffisante ni n'occupait son territoire à l'exclusion totale des autres.

Monsieur Suttles a décrit la place privilégiée de la pêche au saumon dans cette société. Le saumon était non seulement une source d'alimentation importante, mais encore il jouait un rôle important dans les croyan-

and in their ceremonies. The salmon were held to be a race of beings that had, in "myth times", established a bond with human beings requiring the salmon to come each year to give their bodies to the humans who, in turn, treated them with respect shown by performance of the proper ritual. Toward the salmon, as toward other creatures, there was an attitude of caution and respect which resulted in effective conservation of the various species.

While the trial for a violation of a penal prohibition may not be the most appropriate setting in which to determine the existence of an aboriginal right, and the evidence was not extensive, the correctness of the finding of fact of the trial judge "that Mr. Sparrow was fishing in ancient tribal territory where his ancestors had fished from time immemorial in that part of the mouth of the Fraser River for salmon" is supported by the evidence and was not contested. The existence of the right, the Court of Appeal tells us, was "not the subject of serious dispute". It is not surprising, then, that, taken with other circumstances, that court should find, at p. 320, that "the judgment appealed from was wrong in . . . failing to hold that Sparrow at the relevant time was exercising an existing aboriginal right".

In this Court, however, the respondent contested the Court of Appeal's finding, contending that the evidence was insufficient to discharge the appellant's burden of proof upon the issue. It is true that for the period from 1867 to 1961 the evidence is scanty. But the evidence was not disputed or contradicted in the courts below and there is evidence of sufficient continuity of the right to support the Court of Appeal's finding, and we would not disturb it.

What the Crown really insisted on, both in this Court and the courts below, was that the Musqueam Band's aboriginal right to fish had been extinguished by regulations under the *Fisheries Act*.

The history of the regulation of fisheries in British Columbia is set out in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, especially at pp. 308 *et seq.*, and we need only summarize it here. Before the

ces du peuple Salish et leurs cérémonies. On considérait le saumon comme une espèce vivante qui, à une «époque mythique», avait établi des liens avec l'espèce humaine; le saumon devait donc venir chaque année et offrir sa chair aux hommes qui, à leur tour, le traitaient avec respect dans l'accomplissement du rite approprié. À l'égard du saumon, comme à l'égard d'autres créatures, il y avait une attitude de prudence et de respect qui a permis de conserver efficacement les diverses espèces.

Bien que le procès concernant la violation d'une interdiction pénale ne constitue pas le cadre idéal pour déterminer l'existence d'un droit ancestral et bien que la preuve ne soit pas considérable, l'exactitude de la conclusion de fait du juge de première instance portant [TRADUCTION] «que M. Sparrow pêchait dans un territoire ancien de la tribu où ses ancêtres avaient pêché depuis des temps immémoriaux dans cette partie de l'embouchure du fleuve Fraser» est confirmée par la preuve et n'est pas contestée. Selon la Cour d'appel, l'existence de ce droit [TRADUCTION] «n'a pas vraiment été contestée». Il n'est donc pas surprenant que, compte tenu d'autres circonstances, la cour ait conclu, à la p. 320, que [TRADUCTION] «la décision qui fait l'objet de l'appel était erronée parce qu'on [. . .] n'a pas conclu que Sparrow exerçait à l'époque en question un droit ancestral existant».

Devant cette Cour cependant, l'intimée a contesté la conclusion de la Cour d'appel, prétendant que la preuve était insuffisante pour libérer l'appelant de son fardeau de preuve en la matière. Il est vrai qu'en ce qui concerne la période de 1867 à 1961 la preuve est sommaire. Mais la preuve n'a pas été contestée ni contredite devant les tribunaux d'instance inférieure et il y a preuve d'un exercice ininterrompu suffisant du droit pour justifier la conclusion de la Cour d'appel et nous n'y touchons pas.

Ce sur quoi Sa Majesté a vraiment insisté, devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure, c'est que le droit de pêche ancestral des Musqueams a été éteint par les règlements pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries*.

L'historique de la réglementation des pêcheries en Colombie-Britannique est établi dans l'arrêt *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, particulièrement aux pp. 308 et suiv., et il nous suffit de le

province's entry into Confederation in 1871, the fisheries were not regulated in any significant way, whether in respect of Indians or other people. The Indians were not only permitted but encouraged to continue fishing for their own food requirements. Commercial and sport fishing were not then of any great importance. The federal *Fisheries Act* was only proclaimed in force in the province in 1876 and the first *Salmon Fishery Regulations for British Columbia* were adopted in 1878 and were minimal.

The 1878 regulations were the first to mention Indians. They simply provided that the Indians were at all times at liberty, by any means other than drift nets or spearing, to fish for food for themselves, but not for sale or barter. The Indian right or liberty to fish was thereby restricted, and more stringent restrictions were added over the years. As noted in *Jack v. The Queen, supra*, at p. 310:

The federal Regulations became increasingly strict in regard to the Indian fishery over time, as first the commercial fishery developed and then sport fishing became common. What we can see is an increasing subjection of the Indian fishery to regulatory control. First, the regulation of the use of drift nets, then the restriction of fishing to food purposes, then the requirement of permission from the Inspector and, ultimately, in 1917, the power to regulate even food fishing by means of conditions attached to the permit.

The 1917 regulations were intended to make still stronger the provisions against commercial fishing in the exercise of the Indian right to fish for food; see P.C. 2539 of Sept. 11, 1917. The Indian food fishing provisions remained essentially the same from 1917 to 1977. The regulations of 1977 retained the general principles of the previous sixty years. An Indian could fish for food under a "special licence" specifying method, locale and times of fishing. Following an experimental program to be discussed later, the 1981 regulations provided for the entirely new concept of a Band food fishing licence, while retaining comprehensive

résumer en l'espèce. Avant l'entrée de la province dans la Confédération en 1871, il n'existait aucune réglementation appréciable de la pêche pour les Indiens ou pour les autres personnes. Les Indiens étaient non seulement autorisés, mais encouragés à pêcher pour se nourrir. La pêche commerciale et la pêche sportive n'avaient pas encore acquis une grande importance. Ce n'est qu'en 1876 que la loi fédérale, la *Loi sur les pêcheries*, est entrée en vigueur en Colombie-Britannique, et le premier règlement dit *Salmon Fishery Regulations for British Columbia* a été adopté en 1878 et sa portée était très limitée.

C'est en 1878 que les Indiens ont été mentionnés pour la première fois dans le Règlement. Celui-ci prévoyait simplement que les Indiens avaient en tout temps le droit de pêcher pour leur alimentation, mais non pour fins de vente, de troc ou de trafic, par tout moyen sauf le filet dérivant ou le harpon. Le droit ou la liberté des Indiens de pêcher était donc restreint, et des restrictions plus sévères ont été apportées au fil des ans. Tel que souligné dans l'arrêt *Jack c. La Reine*, précité, à la p. 310:

Face à la popularité de la pêche commerciale puis de la pêche sportive, la réglementation fédérale est, avec le temps, devenue de plus en plus sévère à l'égard des Indiens. On a assisté à l'assujettissement croissant de la pêche par les Indiens au contrôle réglementaire. Cela a commencé par la réglementation de l'usage de filets dérivants qui a été suivie d'une restriction du droit de pêche à des fins d'alimentation, puis de l'obligation d'obtenir un permis de l'inspecteur et enfin, en 1917, du pouvoir de réglementer même la pêche à des fins d'alimentation au moyen de conditions spécifiées dans le permis.

Le règlement de 1917 avait pour but de rendre encore plus sévères les dispositions interdisant la pêche commerciale dans l'exercice du droit des Indiens de pêcher à des fins alimentaires; voir C.P. 2539 du 11 septembre 1917. Les dispositions relatives à la pêche de subsistance des Indiens sont demeurées essentiellement les mêmes de 1917 à 1977. Le règlement de 1977 reprenait les principes généraux des soixante dernières années. Un Indien pouvait pêcher à des fins alimentaires en vertu d'un «permis spécial» précisant la méthode, le lieu et les périodes de pêche. À la suite d'un programme expérimental dont il sera question plus

specification of conditions for the exercise of licences.

It is this progressive restriction and detailed regulation of the fisheries which, respondent's counsel maintained, have had the effect of extinguishing any aboriginal right to fish. The extinguishment need not be express, he argued, but may take place where the sovereign authority is exercised in a manner "necessarily inconsistent" with the continued enjoyment of aboriginal rights. For this proposition, he particularly relied on *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.); *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*; *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.); and *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation*, *supra*. The consent to its extinguishment before the *Constitution Act, 1982* was not required; the intent of the Sovereign could be effected not only by statute but by valid regulations. Here, in his view, the regulations had entirely displaced any aboriginal right. There is, he submitted, a fundamental inconsistency between the communal right to fish embodied in the aboriginal right, and fishing under a special licence or permit issued to individual Indians (as was the case until 1977) in the discretion of the Minister and subject to terms and conditions which, if breached, may result in cancellation of the licence. The *Fisheries Act* and its regulations were, he argued, intended to constitute a complete code inconsistent with the continued existence of an aboriginal right.

At bottom, the respondent's argument confuses regulation with extinguishment. That the right is controlled in great detail by the regulations does not mean that the right is thereby extinguished. The distinction to be drawn was carefully explained, in the context of federalism, in the first

loin, le règlement de 1981 portait sur une notion tout à fait nouvelle d'un permis de pêche à des fins de subsistance d'une bande tout en conservant le régime complet des conditions pour l'exercice du permis.

Selon l'avocat de l'intimée, ce sont ces restrictions progressives et la réglementation détaillée du droit de pêche qui ont eu pour effet d'éteindre tout droit de pêche ancestral. Selon lui, il n'est pas nécessaire que l'extinction soit formulée expressément, elle peut avoir lieu lorsque l'autorité souveraine est exercée d'une manière [TRADUCTION] «nécessairement incompatible» avec la jouissance continue de droits ancestraux. À l'appui de cette affirmation, il a surtout invoqué les arrêts *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (D.P.I.), et *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation*, précité. Avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le consentement à l'extinction n'était pas requis; le souverain pouvait réaliser son intention non seulement par une loi mais aussi par un règlement valide. De l'avis de l'avocat, en l'espèce, le règlement avait totalement supplanté tout droit ancestral. Il affirme qu'il existe une incompatibilité fondamentale entre le droit collectif de pêche enchâssé dans le droit ancestral, et le droit de pêche en vertu d'un permis spécial ou d'un permis délivré à des Indiens pris individuellement (comme c'était le cas jusqu'en 1977) par le Ministre dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et sous réserve de conditions qui, si elles étaient violées, pouvaient entraîner l'annulation du permis. Il a poursuivi en affirmant que la *Loi sur les pêcheries* et ses règlements d'application avaient pour but d'établir un code complet incompatible avec l'existence ininterrompue d'un droit ancestral.

En réalité, l'intimé confond dans son argumentation la réglementation et l'extinction. Que l'exercice du droit fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, cela ne signifie pas que ce droit est par le fait même éteint. La distinction à faire a été expliquée soigneusement, dans le contexte du fédé-

fisheries case, *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 700. There, the Privy Council had to deal with the interrelationship between, on the one hand, provincial property, which by s. 109 of the *Constitution Act, 1867* is vested in the provinces (and so falls to be regulated *qua* property exclusively by the provinces) and, on the other hand, the federal power to legislate respecting the fisheries thereon under s. 91(12) of that Act. The Privy Council said the following in relation to the federal regulation (at pp. 712-13):

... the power to legislate in relation to fisheries does necessarily to a certain extent enable the Legislature so empowered to affect proprietary rights. An enactment, for example, prescribing the times of the year during which fishing is to be allowed, or the instruments which may be employed for the purpose (which it was admitted the Dominion Legislature was empowered to pass) might very seriously touch the exercise of proprietary rights, and the extent, character, and scope of such legislation is left entirely to the Dominion Legislature. The suggestion that the power might be abused so as to amount to a practical confiscation of property does not warrant the imposition by the Courts of any limit upon the absolute power of legislation conferred. The supreme legislative power in relation to any subject-matter is always capable of abuse, but it is not to be assumed that it will be improperly used; if it is, the only remedy is an appeal to those by whom the Legislature is elected.

In the context of aboriginal rights, it could be argued that, before 1982, an aboriginal right was automatically extinguished to the extent that it was inconsistent with a statute. As Mahoney J. stated in *Baker Lake*, *supra*, at p. 568:

Once a statute has been validly enacted, it must be given effect. If its necessary effect is to abridge or entirely abrogate a common law right, then that is the effect that the courts must give it. That is as true of an aboriginal title as of any other common law right.

See also *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation*, *supra*, at pp. 439-40. That in Judson J.'s view was what had occurred in *Calder*, *supra*, where, as he saw it, a series of statutes evinced a unity of intention to exercise a sovereignty inconsistent with any conflicting interest,

ralisme, dans le premier arrêt portant sur les pêcheries, *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*, [1898] A.C. 700. Dans cet arrêt, le Conseil privé devait se pencher sur la corrélation entre, d'une part, les biens situés dans la province, qui, en raison de l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, appartiennent aux provinces (et qui, à ce titre, sont réglementés exclusivement par la province) et, d'autre part, le pouvoir fédéral de légiférer en matière de pêcheries en vertu du par. 91(12) de cette loi. Le Conseil privé affirme ceci au sujet de la réglementation fédérale, aux pp. 712 et 713:

[TRADUCTION] ... le pouvoir de légiférer en matière de pêcheries permet en toute logique au législateur titulaire d'un tel pouvoir de toucher dans une certaine mesure aux droits de propriété. Par exemple, une disposition qui fixe la saison où il est permis de pêcher ou le genre d'attirail que l'on peut employer pour pêcher (disposition que, de l'aveu de tous, le Parlement du Dominion a le pouvoir d'adopter) pourrait très sérieusement toucher à l'exercice des droits de propriété et l'étendue, la force et la portée d'une telle loi ressortissent entièrement au Parlement du Dominion. L'idée qu'on puisse abuser du pouvoir de sorte qu'en pratique le droit de propriété soit confisqué ne justifie pas les tribunaux d'imposer des restrictions au pouvoir absolu conféré dans la loi. Il est toujours possible d'abuser du pouvoir suprême de légiférer dans un domaine donné, mais il ne faut pas présumer qu'il sera exercé de façon inadmissible; le cas échéant, le seul recours consiste à s'adresser à l'électorat.

Dans le contexte des droits ancestraux, on pourrait faire valoir qu'avant 1982 un droit ancestral était automatiquement éteint dans la mesure où il était incompatible avec une loi. Comme le juge Mahoney l'a affirmé dans l'arrêt *Baker Lake*, précité, aux pp. 568 et 569:

Une fois qu'une loi a été régulièrement adoptée, il faut lui donner effet; s'il est nécessaire pour lui donner effet d'altérer voire d'abroger entièrement un droit de *common law* alors c'est l'effet que les tribunaux doivent lui donner. Cela est tout aussi vrai d'un titre aborigène que de tout autre droit de *common law*.

Voir également l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation*, précité, aux pp. 439 et 440. De l'avis du juge Judson, c'est ce qui s'était produit dans l'affaire *Calder*, précitée, où, selon lui, une série de lois avait mis fin à la volonté d'exercer une souveraineté incompatible

including aboriginal title. But Hall J. in that case stated (at p. 404) that "the onus of proving that the Sovereign intended to extinguish the Indian title lies on the respondent and that intention must be 'clear and plain'". (Emphasis added.) The test of extinguishment to be adopted, in our opinion, is that the Sovereign's intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right.

There is nothing in the *Fisheries Act* or its detailed regulations that demonstrates a clear and plain intention to extinguish the Indian aboriginal right to fish. The fact that express provision permitting the Indians to fish for food may have applied to all Indians and that for an extended period permits were discretionary and issued on an individual rather than a communal basis in no way shows a clear intention to extinguish. These permits were simply a manner of controlling the fisheries, not defining underlying rights.

We would conclude then that the Crown has failed to discharge its burden of proving extinguishment. In our opinion, the Court of Appeal made no mistake in holding that the Indians have an existing aboriginal right to fish in the area where Mr. Sparrow was fishing at the time of the charge. This approach is consistent with ensuring that an aboriginal right should not be defined by incorporating the ways in which it has been regulated in the past.

The scope of the existing Musqueam right to fish must now be delineated. The anthropological evidence relied on to establish the existence of the right suggests that, for the Musqueam, the salmon fishery has always constituted an integral part of their distinctive culture. Its significant role involved not only consumption for subsistence purposes, but also consumption of salmon on ceremonial and social occasions. The Musqueam have always fished for reasons connected to their cultural and physical survival. As we stated earlier, the right to do so may be exercised in a contemporary manner.

avec tout intérêt contradictoire, y compris un titre aborigène. Mais le juge Hall a affirmé dans cet arrêt (à la p. 404) «qu'il incombe à l'intimé d'établir que le Souverain voulait éteindre le titre indien, et que cette intention doit être «claire et expresse»». (Nous soulignons.) Le critère de l'extinction qui doit être adopté, à notre avis, est que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse.

La *Loi sur les pêcheries* ou ses règlements d'application détaillés ne font état d'aucune intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher. Le fait qu'une disposition autorisant explicitement les Indiens à pêcher à des fins de subsistance ait pu s'appliquer à tous les Indiens et que la délivrance des permis ait pendant longtemps été discrétionnaire et effectuée sur une base individuelle plutôt que collective n'indique aucunement une intention claire d'éteindre le droit. Ces permis constituaient simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents.

Nous sommes donc d'avis que le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de prouver l'extinction du droit. Nous estimons que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en décidant que les Indiens ont un droit de pêche ancestral existant dans le secteur où M. Sparrow pêchait au moment de l'infraction. Ce point de vue est compatible avec le principe voulant qu'un droit ancestral ne doive pas être défini en fonction des façons dont il a été réglementé dans le passé.

Il nous faut maintenant préciser la portée du droit de pêche existant des Musqueams. D'après la preuve anthropologique produite pour établir l'existence de ce droit, la pêche au saumon a toujours fait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams. Le rôle important qu'elle joue ne se résume pas à la consommation à des fins de subsistance, mais il comprend également la consommation de saumon dans le cadre d'activités rituelles et sociales. Les Musqueams ont toujours pêché pour des raisons liées à leur survie culturelle et matérielle. Comme nous l'avons déjà affirmé, le droit d'agir ainsi peut s'exercer de manière contemporaine.

The British Columbia Court of Appeal in this case held that the aboriginal right was to fish for food purposes, but that purpose was not to be confined to mere subsistence. Rather, the right was found to extend to fish consumed for social and ceremonial activities. The Court of Appeal thereby defined the right as protecting the same interest as is reflected in the government's food fish policy. In limiting the right to food purposes, the Court of Appeal referred to the line of cases involving the interpretation of the Natural Resources Agreements and the food purpose limitation placed on the protection of fishing and hunting rights by the *Constitution Act, 1930* (see *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337, *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451).

The Court of Appeal's position was attacked from both sides. The respondent for its part, argued that, if an aboriginal right to fish does exist, it does not include the right to take fish for the ceremonial and social activities of the Band. The appellant, on the other hand, attacked the Court of Appeal's restriction of the right to a right to fish for food. He argued that the principle that the holders of aboriginal rights may exercise those rights according to their own discretion has been recognized by this Court in the context of the protection of treaty hunting rights (*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387) and that it should be applied in this case such that the right is defined as a right to fish for any purpose and by any non-dangerous method.

In relation to this submission, it was contended before this Court that the aboriginal right extends to commercial fishing. While no commercial fishery existed prior to the arrival of European settlers, it is contended that the Musqueam practice of bartering in early society may be revived as a modern right to fish for commercial purposes. The presence of numerous interveners representing commercial fishing interests, and the suggestion on the facts that the net length restriction is at least

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé en l'espèce que le droit ancestral en cause est celui de pêcher à des fins d'alimentation, mais que ces fins ne doivent pas être restreintes à la simple survie. On a conclu, au contraire, que ce droit s'étend au poisson consommé dans le cadre d'activités sociales et rituelles. La Cour d'appel a ainsi défini le droit comme protégeant le même intérêt que celui que traduit la politique du gouvernement en matière de pêche à des fins de subsistance. En limitant à des fins de subsistance l'exercice de ce droit, la Cour d'appel s'est fondée sur un courant de jurisprudence portant sur l'interprétation des conventions sur les ressources naturelles et sur la restriction relative à la subsistance apportée par la *Loi constitutionnelle de 1930* à la protection des droits de pêche et de chasse (voir *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337, *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] R.C.S. 81, *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451).

Les deux parties ont contesté la position de la Cour d'appel. D'une part, l'intimée a soutenu que si le droit ancestral de pêcher existe, ce droit ne comprend pas celui de prendre du poisson pour des cérémonies ou des activités sociales de la bande. D'autre part, l'appelant a contesté la restriction apportée par la Cour d'appel au droit de pêcher à des fins de subsistance. Il a soutenu que le principe suivant lequel les titulaires de droits ancestraux peuvent exercer ces droits comme bon leur semble a reçu l'aval de notre Cour dans le contexte de la protection de droits de chasse issus d'un traité (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387), et qu'il devrait être appliqué dans la présente instance de manière à ce que le droit en question soit défini comme un droit de pêcher à quelque fin que ce soit, au moyen de toute méthode non dangereuse.

En ce qui concerne cet argument, on a soutenu devant notre Cour que le droit ancestral englobe la pêche commerciale. Bien qu'il n'y ait pas eu de pêche commerciale avant l'arrivée des colons européens, on prétend que le troc pratiqué jadis par les Musqueams peut être rétabli sous la forme d'un droit moderne de pêcher à des fins commerciales. La présence de nombreux intervenants représentant les intérêts des pêcheurs commerciaux et l'idée, se dégageant des faits, que la restriction

in part related to the probable commercial use of fish caught under the Musqueam food fishing licence, indicate the possibility of conflict between aboriginal fishing and the competitive commercial fishery with respect to economically valuable fish such as salmon. We recognize the existence of this conflict and the probability of its intensification as fish availability drops, demand rises and tensions increase.

Government regulations governing the exercise of the Musqueam right to fish, as described above, have only recognized the right to fish for food for over a hundred years. This may have reflected the existing position. However, historical policy on the part of the Crown is not only incapable of extinguishing the existing aboriginal right without clear intention, but is also incapable of, in itself, delineating that right. The nature of government regulations cannot be determinative of the content and scope of an existing aboriginal right. Government policy can however regulate the exercise of that right, but such regulation must be in keeping with s. 35(1).

In the courts below, the case at bar was not presented on the footing of an aboriginal right to fish for commercial or livelihood purposes. Rather, the focus was and continues to be on the validity of a net length restriction affecting the appellant's food fishing licence. We therefore adopt the Court of Appeal's characterization of the right for the purpose of this appeal, and confine our reasons to the meaning of the constitutional recognition and affirmation of the existing aboriginal right to fish for food and social and ceremonial purposes.

### *"Recognized and Affirmed"*

We now turn to the impact of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* on the regulatory power of Parliament and on the outcome of this appeal specifically.

quant à la longueur des filets est liée, du moins en partie, à l'usage commercial qui est probablement fait du poisson pris en vertu du permis de pêche de subsistance des Musqueams indiquent une possibilité de conflit entre la pêche par des autochtones et la pêche commerciale concurrentielle relativement à un poisson d'une grande valeur économique comme le saumon. Nous reconnaissons l'existence de ce conflit ainsi que la probabilité qu'il s'aggrave à mesure que les quantités de poisson diminuent, que la demande augmente et que les tensions montent.

Depuis plus de cent ans, les règlements gouvernementaux régissant l'exercice du droit des Musqueams de pêcher décrit plus haut ne reconnaissent que le droit de pêcher à des fins de subsistance. Cela peut expliquer la position actuelle. Cependant, non seulement la politique historique de Sa Majesté ne permet pas d'éteindre le droit ancestral existant en l'absence d'intention claire en ce sens, mais elle ne permet pas non plus en soi de délimiter ce droit. La nature de règlements gouvernementaux ne saurait être déterminante quant au contenu et à la portée d'un droit ancestral existant. La politique gouvernementale peut toutefois réglementer l'exercice de ce droit, mais cette réglementation doit être conforme au par. 35(1).

Devant les tribunaux d'instance inférieure, la présente affaire n'a pas été débattue en fonction de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ou de subsistance. Les débats ont plutôt porté, et portent encore, sur la validité d'une restriction quant à la longueur des filets qui touche le permis de pêche de subsistance de l'appelant. Nous adoptons donc, pour les fins du présent pourvoi, la caractérisation de ce droit donnée par la Cour d'appel et limitons nos motifs au sens de la reconnaissance et de la confirmation constitutionnelles du droit ancestral existant de pêcher à des fins de subsistance et à des fins sociales et rituelles.

### *«Reconnus et confirmés»*

Nous passons maintenant à l'effet du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* sur le pouvoir réglementaire du Parlement et, en particulier, sur l'issue du présent pourvoi.

Counsel for the appellant argued that the effect of s. 35(1) is to deny Parliament's power to restrictively regulate aboriginal fishing rights under s. 91(24) ("Indians and Lands Reserved for the Indians"), and s. 91(12) ("Sea Coast and Inland Fisheries"). The essence of this submission, supported by the intervener, the National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations, is that the right to regulate is part of the right to use the resource in the Band's discretion. Section 35(1) is not subject to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* nor to legislative override under s. 33. The appellant submitted that, if the regulatory power continued, the limits on its extent are set by the word "inconsistent" in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and the protective and remedial purposes of s. 35(1). This means that aboriginal title entails a right to fish by any non-dangerous method chosen by the aboriginals engaged in fishing. Any continuing governmental power of regulation would have to be exceptional and strictly limited to regulation that is clearly not inconsistent with the protective and remedial purposes of s. 35(1). Thus, counsel for the appellant speculated, "in certain circumstances, necessary and reasonable conservation measures might qualify" (emphasis added)—where for example such measures were necessary to prevent serious impairment of the aboriginal rights of present and future generations, where conservation could only be achieved by restricting the right and not by restricting fishing by other users, and where the aboriginal group concerned was unwilling to implement necessary conservation measures. The onus of proving a justification for restrictive regulations would lie with the government by analogy with s. 1 of the *Charter*.

In response to these submissions and in finding the appropriate interpretive framework for s. 35(1), we start by looking at the background of s. 35(1).

L'avocat de l'appellant soutient que l'effet du par. 35(1) est de nier le pouvoir du Parlement de réglementer restrictivement les droits de pêche des autochtones en vertu du par. 91(24) («les Indiens et les terres réservées aux Indiens») et du par. 91(12) («des pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur»). L'essence de cet argument, appuyé par l'intervenante, la Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations, est que le droit de réglementer fait partie du droit de la bande d'utiliser la ressource comme bon lui semble. Le paragraphe 35(1) n'est pas assujéti à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ni à la dérogation législative prévue à l'art. 33. L'appellant fait valoir que si le pouvoir de réglementation continue de s'appliquer, les limites de son étendue sont établies par le terme «incompatibles» contenu au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les fins protectrices et réparatrices du par. 35(1). Cela signifie qu'un titre aborigène comporte le droit de pêcher au moyen de toute méthode non dangereuse choisie par les pêcheurs autochtones. Tout pouvoir de réglementation que le gouvernement continuerait à exercer devrait être exceptionnel et strictement limité à une réglementation nettement compatible avec les fins protectrices et réparatrices du par. 35(1). L'avocat de l'appellant a donc supposé que [TRA-  
DUCTION] «dans certains cas, des mesures de conservation nécessaires et raisonnables pourraient être adoptées» (nous soulignons) si, par exemple, de telles mesures étaient nécessaires pour éviter qu'on porte sérieusement atteinte aux droits ancestraux des générations actuelles et futures, si les objectifs de conservation ne pouvaient être atteints que par une restriction de ce droit et non de la pêche pratiquée par d'autres pêcheurs, et si le groupe autochtone visé refusait de mettre en œuvre les mesures de conservation nécessaires. Par analogie avec l'article premier de la *Charte*, il incomberait au gouvernement de justifier l'adoption de règlements restrictifs.

Afin de répondre à ces arguments et de trouver le cadre d'interprétation approprié pour le par. 35(1), nous commençons par examiner l'historique de ce paragraphe.

It is worth recalling that while British policy towards the native population was based on respect for their right to occupy their traditional lands, a proposition to which the Royal Proclamation of 1763 bears witness, there was from the outset never any doubt that sovereignty and legislative power, and indeed the underlying title, to such lands vested in the Crown; see *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (U.S.S.C.); see also the Royal Proclamation itself (R.S.C., 1985, App. II, No. 1, pp. 4-6); *Calder, supra, per* Judson J., at p. 328, Hall J., at pp. 383 and 402. And there can be no doubt that over the years the rights of the Indians were often honoured in the breach (for one instance in a recent case in this Court, see *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654. As MacDonald J. stated in *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (B.C.S.C.), at p. 37: "We cannot recount with much pride the treatment accorded to the native people of this country."

For many years, the rights of the Indians to their aboriginal lands — certainly as legal rights — were virtually ignored. The leading cases defining Indian rights in the early part of the century were directed at claims supported by the Royal Proclamation or other legal instruments, and even these cases were essentially concerned with settling legislative jurisdiction or the rights of commercial enterprises. For fifty years after the publication of Clement's *The Law of the Canadian Constitution* (3rd ed. 1916), there was a virtual absence of discussion of any kind of Indian rights to land even in academic literature. By the late 1960s, aboriginal claims were not even recognized by the federal government as having any legal status. Thus the *Statement of the Government of Canada on Indian Policy* (1969), although well meaning, contained the assertion (at p. 11) that "aboriginal claims to land . . . are so general and undefined that it is not realistic to think of them as specific claims capable of remedy except through a policy and program that will end injustice to the Indians as members of the Canadian community". In the same general period, the James Bay development by Quebec Hydro was originally initiated without regard to

Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fût fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la Proclamation royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté; voir l'arrêt *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (C.S.É.-U.); voir également la Proclamation royale elle-même (L.R.C. (1985), app. II, n° 1, pp. 4 à 6); *Calder*, précité, le juge Judson, à la p. 328, le juge Hall aux pp. 383 et 402. Et il n'y a pas de doute qu'au fil des ans les droits des Indiens ont souvent été reconnus par suite d'une violation (voir, par exemple l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654). Comme le juge MacDonald l'a affirmé dans la décision *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (C.S.C.-B.), à la p. 37: [TRADUCTION] «Ce n'est pas avec beaucoup de fierté que nous pouvons rappeler le traitement réservé aux autochtones de notre pays».

Pendant plusieurs années les droits des Indiens à leurs terres ancestrales — certainement à titre de droits reconnus en common law — ont été à toutes fins pratiques ignorés. Les arrêts de principe qui ont défini les droits des Indiens au début du siècle portaient sur des revendications étayées par la Proclamation royale ou d'autres documents juridiques et, même dans ces cas, les tribunaux étaient essentiellement intéressés à établir la compétence législative ou les droits des entreprises commerciales. Au cours des cinquante années qui ont suivi la publication de l'ouvrage de Clement, *The Law of the Canadian Constitution* (3<sup>e</sup> éd. 1916), on constate une absence quasi totale d'analyse des droits territoriaux des Indiens, et ce, même dans les ouvrages de doctrine. À la fin des années soixante, le gouvernement fédéral n'accordait même pas de valeur juridique aux revendications des autochtones. Ainsi, même si elle procédait d'une intention louable, *La politique indienne du gouvernement du Canada* (1969), contenait (à la p. 12) l'affirmation que «les droits aborigènes [...] sont tellement généraux qu'il n'est pas réaliste de les considérer comme des droits précis, susceptibles d'être réglés excepté par un ensemble de politiques et de mesu-

the rights of the Indians who lived there, even though these were expressly protected by a constitutional instrument; see *The Quebec Boundaries Extension Act, 1912*, S.C. 1912, c. 45. It took a number of judicial decisions and notably the *Calder* case in this Court (1973) to prompt a reassessment of the position being taken by government.

In the light of its reassessment of Indian claims following *Calder*, the federal Government on August 8, 1973 issued "a statement of policy" regarding Indian lands. By it, it sought to "signify the Government's recognition and acceptance of its continuing responsibility under the British North America Act for Indians and lands reserved for Indians", which it regarded "as an historic evolution dating back to the Royal Proclamation of 1763, which, whatever differences there may be about its judicial interpretation, stands as a basic declaration of the Indian people's interests in land in this country". (Emphasis added.) See *Statement made by the Honourable Jean Chrétien, Minister of Indian Affairs and Northern Development on Claims of Indian and Inuit People*, August 8, 1973. The remarks about these lands were intended "as an expression of acknowledged responsibility". But the statement went on to express, for the first time, the government's willingness to negotiate regarding claims of aboriginal title, specifically in British Columbia, Northern Quebec, and the Territories, and this without regard to formal supporting documents. "The Government", it stated, "is now ready to negotiate with authorized representatives of these native peoples on the basis that where their traditional interest in the lands concerned can be established, an agreed form of compensation or benefit will be provided to native peoples in return for their interest."

res qui mettront fin aux injustices dont les Indiens ont souffert comme membres de la société canadienne». Au cours de la même période générale, Hydro Québec a entrepris le développement de la Baie James sans d'abord tenir compte des droits des Indiens qui y vivaient, et ce, même si ces droits bénéficiaient d'une protection constitutionnelle expresse; voir la *Loi de l'extension des frontières de Québec, 1912*, S.C. 1912, ch. 45. Il aura fallu un bon nombre de décisions judiciaires et notamment l'arrêt *Calder* de notre Cour (1973) pour que le gouvernement reconsidère sa position.

Compte tenu de sa nouvelle évaluation des revendications des Indiens à la suite de l'arrêt *Calder*, le gouvernement fédéral public, le 8 août 1973, «une déclaration de principe» concernant les terres indiennes. Par cette déclaration, le gouvernement veut montrer qu'il «reconnaît et accepte sa responsabilité permanente, aux termes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, en ce qui a trait aux Indiens et aux territoires réservés à leur intention», qu'il considère «comme le résultat d'une évolution historique remontant à la Proclamation royale de 1763, laquelle demeure comme une déclaration fondamentale des intérêts fonciers des Indiens du pays, quelles que soient les différences intervenues quant à son interprétation légale». (Nous soulignons.) Voir la *Déclaration par l'honorable Jean Chrétien, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, au sujet des revendications des Indiens et Inuit*, en date du 8 août 1973. Les remarques au sujet de ces terres se voulaient «une attestation de [...] responsabilité.» Mais, pour la première fois, le gouvernement y exprime sa volonté de négocier concernant les revendications d'un titre aborigène de propriété, particulièrement en Colombie-Britannique, dans le Nouveau-Québec et les Territoires, et ce, indépendamment de tout document officiel. «Le gouvernement», dit-on, «est maintenant prêt à négocier avec les représentants mandatés par ces groupes, en partant du principe que, dans les cas où leurs droits traditionnels aux terres revendiquées peuvent être établis, les autochtones recevront, en retour de ces intérêts, une indemnité ou un avantage convenus.»

It is obvious from its terms that the approach taken towards aboriginal claims in the 1973 statement constituted an expression of a policy, rather than a legal position; see also *In All Fairness: A Native Claims Policy — Comprehensive Claims* (1981), pp. 11-12; Slatery, "Understanding Aboriginal Rights" *op. cit.*, at p. 730. As recently as *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, the federal government argued in this Court that any federal obligation was of a political character.

It is clear, then, that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, represents the culmination of a long and difficult struggle in both the political forum and the courts for the constitutional recognition of aboriginal rights. The strong representations of native associations and other groups concerned with the welfare of Canada's aboriginal peoples made the adoption of s. 35(1) possible and it is important to note that the provision applies to the Indians, the Inuit and the Métis. Section 35(1), at the least, provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place. It also affords aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power. We are, of course, aware that this would, in any event, flow from the *Guerin* case, *supra*, but for a proper understanding of the situation, it is essential to remember that the *Guerin* case was decided after the commencement of the *Constitution Act, 1982*. In addition to its effect on aboriginal rights, s. 35(1) clarified other issues regarding the enforcement of treaty rights (see Sanders, "Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada," in Beaudoin and Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., especially at p. 730).

In our opinion, the significance of s. 35(1) extends beyond these fundamental effects. Professor Lyon in "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, says the following about s. 35(1), at p. 100:

Il ressort clairement du texte que l'attitude adoptée à l'égard des revendications des autochtones dans la déclaration de 1973 exprimait une politique plutôt qu'une prise de position sur le plan juridique; voir également *En toute justice: Une politique des revendications des autochtones: revendications globales* (1981), pp. 11 et 12; Slatery, «Understanding Aboriginal Rights», *op. cit.*, à la p. 730. Aussi récemment que dans l'affaire *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, le gouvernement fédéral a soutenu devant notre Cour que toute obligation fédérale était de nature politique.

Il est donc clair que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux. La forte représentation des associations autochtones et d'autres groupes soucieux du bien-être des peuples autochtones du Canada a rendu possible l'adoption du par. 35(1) et il est important de souligner que cette disposition s'applique aux Indiens, aux Inuit et aux Métis. Le paragraphe 35(1) procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises. Il accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale. Nous sommes évidemment conscients que cela découlerait de toute façon de l'arrêt *Guerin*, précité, mais pour bien comprendre la situation, il est essentiel de se rappeler que l'arrêt *Guerin* a été rendu après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En outre, en plus de son effet sur les droits ancestraux, le par. 35(1) a clarifié d'autres points concernant l'application des droits issus de traités (voir Sanders, «Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada», dans Beaudoin et Ratushny (éd.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2<sup>e</sup> éd., particulièrement à la p. 730).

À notre avis, l'importance du par. 35(1) va au-delà de ces effets fondamentaux. Dans «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, à la p. 100, le professeur Lyon dit ceci au sujet du par. 35(1):

... the context of 1982 is surely enough to tell us that this is not just a codification of the case law on aboriginal rights that had accumulated by 1982. Section 35 calls for a just settlement for aboriginal peoples. It renounces the old rules of the game under which the Crown established courts of law and denied those courts the authority to question sovereign claims made by the Crown.

The approach to be taken with respect to interpreting the meaning of s. 35(1) is derived from general principles of constitutional interpretation, principles relating to aboriginal rights, and the purposes behind the constitutional provision itself. Here, we will sketch the framework for an interpretation of "recognized and affirmed" that, in our opinion, gives appropriate weight to the constitutional nature of these words.

In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, this Court said the following about the perspective to be adopted when interpreting a constitution, at p. 745:

The Constitution of a country is a statement of the will of the people to be governed in accordance with certain principles held as fundamental and certain prescriptions restrictive of the powers of the legislature and government. It is, as s. 52 of the *Constitution Act, 1982* declares, the "supreme law" of the nation, unalterable by the normal legislative process, and unsuffering of laws inconsistent with it. The duty of the judiciary is to interpret and apply the laws of Canada and each of the provinces, and it is thus our duty to ensure that the constitutional law prevails.

The nature of s. 35(1) itself suggests that it be construed in a purposive way. When the purposes of the affirmation of aboriginal rights are considered, it is clear that a generous, liberal interpretation of the words in the constitutional provision is demanded. When the Court of Appeal below was confronted with the submission that s. 35 has no effect on aboriginal or treaty rights and that it is merely a preamble to the parts of the *Constitution Act, 1982*, which deal with aboriginal rights, it said the following, at p. 322:

[TRADUCTION] ... le contexte de l'année 1982 nous fournit assurément une indication suffisante qu'il ne s'agit pas d'une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines.

La méthode qu'il convient d'adopter pour interpréter le par. 35(1) est dérivée des principes généraux d'interprétation constitutionnelle, des principes relatifs aux droits ancestraux et des objets sous-jacents à la disposition constitutionnelle elle-même. Nous allons ici ébaucher le cadre d'une interprétation de l'expression «reconnus et confirmés» qui, selon nous, accorde au caractère constitutionnel de ces mots l'importance qui lui revient.

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, notre Cour affirme ceci au sujet de l'optique dans laquelle il faut aborder l'interprétation d'une constitution, à la p. 745:

La Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement. Elle est, comme le déclare l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la «loi suprême» de notre pays, qui ne peut être modifiée par le processus législatif normal et qui ne tolère aucune loi incompatible avec elle. Il appartient au pouvoir judiciaire d'interpréter et d'appliquer les lois du Canada et de chacune des provinces et il est donc de notre devoir d'assurer que la loi constitutionnelle a préséance.

La nature même du par. 35(1) laisse supposer qu'il y a lieu de l'interpréter en fonction de l'objet qu'il vise. Si on considère les objectifs de la confirmation des droits ancestraux, il est évident qu'une interprétation généreuse et libérale du texte de cette disposition constitutionnelle s'impose. Devant l'argument voulant que l'art. 35 n'ait aucun effet sur les droits ancestraux ou issus de traités et qu'il ne soit qu'un préambule aux parties de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui portent sur les droits des autochtones, la Cour d'appel en l'espèce dit ceci, à la p. 322:

This submission gives no meaning to s. 35. If accepted, it would result in denying its clear statement that existing rights are hereby recognized and affirmed, and would turn that into a mere promise to recognize and affirm those rights sometime in the future . . . . To so construe s. 35(1) would be to ignore its language and the principle that the Constitution should be interpreted in a liberal and remedial way. We cannot accept that that principle applies less strongly to aboriginal rights than to the rights guaranteed by the Charter, particularly having regard to the history and to the approach to interpreting treaties and statutes relating to Indians required by such cases as *Nowegijick v. R.*, [1983] 1 S.C.R. 29 . . . .

In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36, the following principle that should govern the interpretation of Indian treaties and statutes was set out:

... treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians.

In *R. v. Agawa*, *supra*, Blair J.A. stated that the above principle should apply to the interpretation of s. 35(1). He added the following principle to be equally applied, at pp. 215-16:

The second principle was enunciated by the late Associate Chief Justice MacKinnon in *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360. He emphasized the importance of Indian history and traditions as well as the perceived effect of a treaty at the time of its execution. He also cautioned against determining Indian rights "in a vacuum". The honour of the Crown is involved in the interpretation of Indian treaties and, as a consequence, fairness to the Indians is a governing consideration. He said at p. 367:

"The principles to be applied to the interpretation of Indian treaties have been much canvassed over the years. In approaching the terms of a treaty quite apart from the other considerations already noted, the honour of the Crown is always involved and no appearance of 'sharp dealing' should be sanctioned."

This view is reflected in recent judicial decisions which have emphasized the responsibility of Government to protect the rights of Indians arising from the special trust relationship created by history, treaties and legisla-

[TRANSDUCTION] Cet argument ne donne aucun sens à l'art. 35. En le retenant, on se trouverait à nier la déclaration non équivoque de cet article que les droits existants sont reconnus et confirmés et à n'en faire qu'une simple promesse de reconnaître et de confirmer ces droits à une époque future [...] Une telle interprétation du par. 35(1) ferait abstraction à la fois de ses termes et du principe selon lequel la Constitution doit recevoir une interprétation libérale et réparatrice. Nous ne pouvons accepter que ce principe s'applique avec moins de force aux droits ancestraux qu'à ceux garantis par la Charte, compte tenu particulièrement de l'histoire et de la méthode d'interprétation des traités et des lois concernant les Indiens commandée par des arrêts comme *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29 . . .

Dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36, on énonce le principe qui doit régir l'interprétation des traités et des lois concernant les Indiens:

... les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et [...] toute ambiguïté doit profiter aux Indiens.

Dans l'arrêt *R. v. Agawa*, précité, le juge Blair affirme que ce principe devrait s'appliquer à l'interprétation du par. 35(1). Aux pages 215 et 216, il ajoute comme tout aussi applicable le principe suivant:

[TRANSDUCTION] Le second principe a été énoncé par feu le juge en chef adjoint MacKinnon dans l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360. Soulignant l'importance de l'histoire et des traditions indiennes ainsi que ce qu'on croyait être l'effet du traité au moment de sa signature, il a en outre fait une mise en garde contre la détermination des droits des Indiens «dans l'abstrait». L'interprétation de traités avec les Indiens met en cause l'honneur de la Couronne et, par conséquent, l'équité envers les Indiens est un facteur dominant. Il dit, à la p. 367:

«Les principes applicables à l'interprétation de traités visant les Indiens ont fait l'objet de nombreuses discussions au fil des ans. Lorsqu'il s'agit d'interpréter les conditions d'un traité, tout à fait indépendamment des autres considérations déjà évoquées, il y va toujours de l'honneur de la Couronne et aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée.»

Ce point de vue se reflète dans de récentes décisions judiciaires insistant sur la responsabilité qu'a le gouvernement de protéger les droits des Indiens, laquelle responsabilité résulte des rapports fiduciaires spéciaux

tion: see **Guerin v. The Queen**, [1984] 2 S.C.R. 335; 55 N.R. 161; 13 D.L.R. (4th) 321.

In *Guerin*, *supra*, the Musqueam Band surrendered reserve lands to the Crown for lease to a golf club. The terms obtained by the Crown were much less favourable than those approved by the Band at the surrender meeting. This Court found that the Crown owed a fiduciary obligation to the Indians with respect to the lands. 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.

We agree with both the British Columbia Court of Appeal below and the Ontario Court of Appeal that the principles outlined above, derived from *Nowegijick*, *Taylor and Williams* and *Guerin*, should guide the interpretation of s. 35(1). As commentators have noted, s. 35(1) is a solemn commitment that must be given meaningful content (Lyon, *op. cit.*; Pentney, *op. cit.*; Schwartz, "Unstarted Business: Two Approaches to Defining s. 35—'What's in the Box?' and 'What Kind of Box?'" Chapter XXIV, in *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal Peoples, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*; Slaterry, *op. cit.*; and Slaterry, "The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada" (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361).

In response to the appellant's submission that s. 35(1) rights are more securely protected than the rights guaranteed by the *Charter*, it is true that s. 35(1) is not subject to s. 1 of the *Charter*. In our

créés par l'histoire, par des traités et par des textes législatifs: voir **Guerin c. La Reine**, [1984] 2 R.C.S. 335; 55 N.R. 161; 13 D.L.R. (4th) 321.

Dans l'affaire *Guerin*, précitée, la bande indienne Musqueam avait cédé des terres réservées à Sa Majesté pour que celle-ci les loue à un club de golf. Les conditions du bail consenti par Sa Majesté étaient beaucoup moins favorables que celles approuvées par la bande à l'assemblée de la cession. Notre Cour a statué que Sa Majesté a envers les Indiens une obligation de fiduciaire en ce qui concerne leurs terres. La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. À notre avis, l'arrêt *Guerin*, conjugué avec l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, justifie un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1), savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques.

Nous partageons l'avis de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce et de la Cour d'appel de l'Ontario que, dans l'interprétation du par. 35(1), on doit se laisser guider par les principes exposés ci-dessus qui découlent des arrêts *Nowegijick*, *Taylor and Williams* et *Guerin*. Comme les auteurs l'ont souligné, le par. 35(1) constitue un engagement solennel qui doit avoir un sens utile (Lyon, *op. cit.*; Pentney, *op. cit.*; Schwartz, "Unstarted Business: Two Approaches to Defining s. 35—'What's in the Box?' and 'What Kind of Box?'" chapitre XXIV, dans *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal Peoples, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*; Slaterry, *op. cit.*, et Slaterry, "The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada" (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361).

Pour répondre à l'argument de l'appelant que les droits visés au par. 35(1) bénéficient d'une protection plus sûre que ceux garantis par la *Charte*, il est vrai que le par. 35(1) n'est pas assujéti à

opinion, this does not mean that any law or regulation affecting aboriginal rights will automatically be of no force or effect by the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Legislation that affects the exercise of aboriginal rights will nonetheless be valid, if it meets the test for justifying an interference with a right recognized and affirmed under s. 35(1).

There is no explicit language in the provision that authorizes this Court or any court to assess the legitimacy of any government legislation that restricts aboriginal rights. Yet, we find that the words "recognition and affirmation" incorporate the fiduciary relationship referred to earlier and so import some restraint on the exercise of sovereign power. Rights that are recognized and affirmed are not absolute. Federal legislative powers continue, including, of course, the right to legislate with respect to Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. These powers must, however, now be read together with s. 35(1). In other words, federal power must be reconciled with federal duty and the best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights. Such scrutiny is in keeping with the liberal interpretive principle enunciated in *Nowegijick, supra*, and the concept of holding the Crown to a high standard of honourable dealing with respect to the aboriginal peoples of Canada as suggested by *Guerin v. The Queen, supra*.

We refer to Professor Slattery's "Understanding Aboriginal Rights", *op. cit.*, with respect to the task of envisioning a s. 35(1) justificatory process. Professor Slattery, at p. 782, points out that a justificatory process is required as a compromise between a "patchwork" characterization of aboriginal rights whereby past regulations would be read into a definition of the rights, and a characterization that would guarantee aboriginal rights in their original form unrestricted by subsequent regulation. We agree with him that these

l'article premier de la *Charte*. Cela ne veut pas dire, selon nous, que toute loi ou tout règlement portant atteinte aux droits ancestraux des autochtones sera automatiquement inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Un texte législatif qui touche l'exercice de droits ancestraux sera néanmoins valide s'il satisfait au critère applicable pour justifier une atteinte à un droit reconnu et confirmé au sens du par. 35(1).

Le paragraphe en question ne contient aucune disposition explicite autorisant notre Cour ou n'importe quel autre tribunal à apprécier la légitimité d'une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux. Nous estimons pourtant que l'expression «reconnaissance et confirmation» comporte les rapports de fiduciaire déjà mentionnés et implique ainsi une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain. Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus. Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris évidemment le droit de légiférer relativement aux Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, ces pouvoirs doivent maintenant être rapprochés du par. 35(1). En d'autres termes, le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux. Une telle vérification est conforme au principe d'interprétation libérale énoncé dans l'arrêt *Nowegijick*, précité, et avec l'idée que la Couronne doit être tenue au respect d'une norme élevée — celle d'agir honorablement—dans ses rapports avec les peuples autochtones du Canada, comme le laisse entendre l'arrêt *Guerin c. La Reine*, précité.

Nous nous référons à «Understanding Aboriginal Rights», *op. cit.*, du professeur Slattery pour ce qui est d'envisager un processus de justification au par. 35(1). Le professeur Slattery souligne, à la p. 782, qu'un processus de justification s'impose à titre de compromis entre une caractérisation «composite» des droits ancestraux qui ferait entrer dans la définition de ceux-ci les règlements antérieurs et une caractérisation qui garantirait les droits ancestraux sous leur forme initiale sans aucune restriction apportée par des règlements ultérieurs. Nous

two extreme positions must be rejected in favour of a justificatory scheme.

Section 35(1) suggests that while regulation affecting aboriginal rights is not precluded, such regulation must be enacted according to a valid objective. Our history has shown, unfortunately all too well, that Canada's aboriginal peoples are justified in worrying about government objectives that may be superficially neutral but which constitute *de facto* threats to the existence of aboriginal rights and interests. By giving aboriginal rights constitutional status and priority, Parliament and the provinces have sanctioned challenges to social and economic policy objectives embodied in legislation to the extent that aboriginal rights are affected. Implicit in this constitutional scheme is the obligation of the legislature to satisfy the test of justification. The way in which a legislative objective is to be attained must uphold the honour of the Crown and must be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation.

The constitutional recognition afforded by the provision therefore gives a measure of control over government conduct and a strong check on legislative power. While it does not promise immunity from government regulation in a society that, in the twentieth century, is increasingly more complex, interdependent and sophisticated, and where exhaustible resources need protection and management, it does hold the Crown to a substantive promise. The government is required to bear the burden of justifying any legislation that has some negative effect on any aboriginal right protected under s. 35(1).

In these reasons, we will outline the appropriate analysis under s. 35(1) in the context of a regula-

sommes d'accord avec lui pour dire que ces deux positions extrêmes doivent être rejetées au profit d'un système de justification.

a Il semble se dégager du par. 35(1) que, si la réglementation des droits ancestraux n'est pas exclue, une telle réglementation doit être adoptée conformément à un objectif régulier. Notre histoire démontre, trop bien malheureusement, que b les peuples autochtones du Canada ont raison de s'inquiéter au sujet d'objectifs gouvernementaux qui, bien que neutres en apparence, menacent en réalité l'existence de certains de leurs droits et intérêts. En accordant aux droits ancestraux le c statut et la priorité propres aux droits constitutionnels, le Parlement et les provinces ont sanctionné les contestations d'objectifs de principe socio-économiques énoncés dans des textes législatifs, dans d la mesure où ceux-ci portent atteinte à des droits ancestraux. Ce régime constitutionnel comporte implicitement une obligation de la part du législateur de satisfaire au critère de la justification. La façon de réaliser un objectif législatif doit préserver l'honneur de Sa Majesté et doit être conforme e aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a f un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit.

La reconnaissance constitutionnelle exprimée g dans la disposition en cause permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement et de limiter fortement le pouvoir du législateur. Bien qu'elle ne constitue pas une promesse d'immunité contre la réglementation h gouvernementale dans une société qui, au XX<sup>e</sup> siècle, devient de plus en plus complexe et interdépendante et où il est nécessaire de protéger et de gérer les ressources épuisables, cette reconnaissance i représente un engagement important de la part de la Couronne. Le gouvernement se voit imposer l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

j Dans les présents motifs, nous entendons exposer l'analyse appropriée aux fins du par. 35(1)

tion made pursuant to the *Fisheries Act*. We wish to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1). Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case.

### *Section 35(1) and the Regulation of the Fisheries*

Taking the above framework as guidance, we propose to set out the test for *prima facie* interference with an existing aboriginal right and for the justification of such an interference. With respect to the question of the regulation of the fisheries, the existence of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, renders the authority of *R. v. Derriksan*, *supra*, inapplicable. In that case, Laskin C.J., for this Court, found that there was nothing to prevent the *Fisheries Act* and the Regulations from subjecting the alleged aboriginal right to fish in a particular area to the controls thereby imposed. As the Court of Appeal in the case at bar noted, the *Derriksan* line of cases established that, before April 17, 1982, the aboriginal right to fish was subject to regulation by legislation and subject to extinguishment. The new constitutional status of that right enshrined in s. 35(1) suggests that a different approach must be taken in deciding whether regulation of the fisheries might be out of keeping with constitutional protection.

The first question to be asked is whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right. If it does have such an effect, it represents a *prima facie* infringement of s. 35(1). Parliament is not expected to act in a manner contrary to the rights and interests of aboriginals, and, indeed, may be barred from doing so by the second stage of s. 35(1) analysis. The inquiry with respect to interference begins with a reference to the characteristics or incidents of the right at stake. Our earlier observations

dans le contexte d'un règlement pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas. Étant donné la généralité du texte de la disposition constitutionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas.

### *Le paragraphe 35(1) et la réglementation des pêcheries*

Nous servant du cadre que nous venons de décrire, nous nous proposons d'énoncer le critère applicable pour déterminer s'il y a atteinte à première vue à un droit ancestral existant, d'une part, et pour justifier cette atteinte, d'autre part. En ce qui a trait à la question de la réglementation des pêcheries, l'existence du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* fait en sorte que l'arrêt *R. v. Derriksan*, précité, ne s'applique pas. Dans cette affaire, le juge en chef Laskin a statué, au nom de notre Cour, que rien n'empêchait la *Loi sur les pêcheries* et ses règlements d'application d'assujettir aux contrôles y prévus le droit ancestral, qu'on revendiquait, de pêcher dans une zone déterminée. Comme le fait remarquer la Cour d'appel en l'espèce, il ressort du courant de jurisprudence établi par l'arrêt *Derriksan* qu'avant le 17 avril 1982, le droit de pêche ancestral était soumis à une réglementation par voie législative et était susceptible d'extinction. Or, le nouveau statut constitutionnel de ce droit consacré au par. 35(1) laisse entendre qu'on doit procéder différemment en décidant si la réglementation des pêcheries pourrait être incompatible avec la protection constitutionnelle.

La première question à poser est de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant. Dans l'affirmative, elle constitue une violation à première vue du par. 35(1). Le Parlement n'est pas censé agir d'une manière contraire aux droits et aux intérêts des autochtones et, en réalité, il peut être empêché de le faire par la seconde étape de l'analyse fondée sur le par. 35(1). L'analyse portant sur l'atteinte commence par un examen des caractéristiques ou des attributs du droit en question. Nos observa-

regarding the scope of the aboriginal right to fish are relevant here. Fishing rights are not traditional property rights. They are rights held by a collective and are in keeping with the culture and existence of that group. Courts must be careful, then, to avoid the application of traditional common law concepts of property as they develop their understanding of what the reasons for judgment in *Guerin*, *supra*, at p. 382, referred to as the "*sui generis*" nature of aboriginal rights. (See also Little Bear, "A Concept of Native Title," [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.)

While it is impossible to give an easy definition of fishing rights, it is possible, and, indeed, crucial, to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake. For example, it would be artificial to try to create a hard distinction between the right to fish and the particular manner in which that right is exercised.

To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), certain questions must be asked. 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? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation. In relation to the facts of this appeal, the regulation would be found to be a *prima facie* interference if it were found to be an adverse restriction on the Musqueam exercise of their right to fish for food. We wish to note here that the issue does not merely require looking at whether the fish catch has been reduced below that needed for the reasonable food and ceremonial needs of the Musqueam Indians. Rather the test involves asking whether either the purpose or the effect of the restriction on net length unnecessarily infringes the interests protected by the fishing right. If, for example, the Musqueam were forced to spend undue time and money per fish caught or if the net length reduction resulted in a hardship to

tions précédentes concernant la portée du droit de pêche ancestral sont pertinentes à ce propos. Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. Les tribunaux doivent donc prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la common law en tentant de saisir ce qu'on appelle, dans les motifs de jugement de l'affaire *Guerin*, précitée, à la p. 382, la nature «*sui generis*» des droits ancestraux. (Voir aussi Little Bear, «A Concept of Native Title,» [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.)

S'il est impossible de donner une définition simple des droits de pêche, il est possible et même crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause. Il serait artificiel, par exemple, de tenter d'établir une distinction nette entre le droit de pêche et la manière précise dont ce droit est exercé.

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue. En ce qui concerne les faits du présent pourvoi, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu'il impose une restriction néfaste à l'exercice par les Musqueams de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. Nous tenons à souligner ici que la question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables des Musqueams. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par

the Musqueam in catching fish, then the first branch of the s. 35(1) analysis would be met.

If a *prima facie* interference is found, the analysis moves to the issue of justification. This is the test that addresses the question of what constitutes legitimate regulation of a constitutional aboriginal right. The justification analysis would proceed as follows. First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. An objective aimed at preserving s. 35(1) rights by conserving and managing a natural resource, for example, would be valid. Also valid would be objectives purporting to prevent the exercise of s. 35(1) rights that would cause harm to the general populace or to aboriginal peoples themselves, or other objectives found to be compelling and substantial.

The Court of Appeal below held, at p. 331, that regulations could be valid if reasonably justified as "necessary for the proper management and conservation of the resource or in the public interest". (Emphasis added.) We find the "public interest" justification to be so vague as to provide no meaningful guidance and so broad as to be unworkable as a test for the justification of a limitation on constitutional rights.

The justification of conservation and resource management, on the other hand, is surely uncontroversial. In *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, the applicability of the B.C. *Wildlife Act*, S.B.C. 1966, c. 55, to the appellant members

le droit de pêche. Si, par exemple, les Musqueams se voyaient astreints à des pertes injustifiables de temps et d'argent par poisson pris ou si la restriction quant à la longueur des filets faisait en sorte qu'il serait difficile aux Musqueams de prendre du poisson, cela suffirait pour satisfaire aux exigences du premier volet de l'analyse fondée sur le par. 35(1).

Si on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue, l'analyse porte ensuite sur la question de la justification. C'est là le critère qui touche la question de savoir ce qui constitue une réglementation légitime d'un droit ancestral garanti par la Constitution. L'analyse de la justification se déroulerait comme suit. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. L'objectif de préserver, par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle par exemple, des droits visés au par. 35(1) serait régulier. Seraient également réguliers des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes, ou d'autres objectifs jugés impérieux et réels.

La Cour d'appel en l'espèce a décidé, à la p. 331, qu'une réglementation pourrait être valide si elle était raisonnablement justifiée comme [TRANSDUCTION] «nécessaire pour la gestion et la conservation judicieuses des ressources ou dans l'intérêt public». (Nous soulignons.) Nous considérons que la justification fondée sur «l'intérêt public» est si vague qu'elle ne fournit aucune ligne directrice utile et si générale qu'elle est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée.

Par contre, la justification de la conservation et de la gestion des ressources ne constitue sûrement pas un sujet de controverse. Dans l'affaire *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, notre Cour s'est penchée sur la question de l'applicabilité de la

of the Penticton Indian Band was considered by this Court. In discussing that Act, the following was said about the objective of conservation (at p. 112):

Game conservation laws have as their policy the maintenance of wildlife resources. It might be argued that without some conservation measures the ability of Indians or others to hunt for food would become a moot issue in consequence of the destruction of the resource. The presumption is for the validity of a legislative enactment and in this case the presumption has to mean that in the absence of evidence to the contrary the measures taken by the British Columbia Legislature were taken to maintain an effective resource in the Province for its citizens and not to oppose the interests of conservationists and Indians in such a way as to favour the claims of the former.

While the "presumption" of validity is now outdated in view of the constitutional status of the aboriginal rights at stake, it is clear that the value of conservation purposes for government legislation and action has long been recognized. Further, the conservation and management of our resources is consistent with aboriginal beliefs and practices, and, indeed, with the enhancement of aboriginal rights.

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue. Here, we refer back to the guiding interpretive principle derived from *Taylor and Williams* and *Guerin, supra*. That is, the honour of the Crown is at stake in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified.

The problem that arises in assessing the legislation in light of its objective and the responsibility of the Crown is that the pursuit of conservation in a heavily used modern fishery inevitably blurs with the efficient allocation and management of this scarce and valued resource. The nature of the constitutional protection afforded by s. 35(1) in this context demands that there be a link between

*Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1966, ch. 55, aux appelants membres de la bande indienne Penticton. En analysant cette loi, on affirme au sujet de l'objectif de conservation (à la p. 112):

Les lois sur la conservation de la faune ont pour but la protection du gibier. On peut soutenir que sans mesure de protection, l'anéantissement de la faune rendrait théorique la question du droit des Indiens ou d'autres personnes de chasser pour se nourrir. Il faut présumer que le texte législatif en cause est valide. En l'espèce, cela signifie qu'en l'absence d'une preuve à l'effet contraire, il faut aussi présumer que les mesures adoptées par la Législature de la Colombie-Britannique ont pour but la protection efficace de la faune de la province, pour ses habitants, et ne visent pas à opposer les intérêts des écologistes à ceux des Indiens en favorisant les revendications des premiers.

Bien que la «présomption» de validité soit maintenant désuète étant donné le statut constitutionnel des droits ancestraux en cause, il est évident que l'importance des objectifs de conservation est reconnue depuis longtemps en matière de législation et d'action gouvernementales. De plus, la conservation et la gestion de nos ressources sont compatibles avec les croyances et les pratiques des autochtones et, en fait, avec la mise en valeur des droits de ces derniers.

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification. Ici, nous nous référons au principe directeur d'interprétation qui découle des arrêts *Taylor and Williams* et *Guerin*, précités. C'est-à-dire, l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable.

Le problème qui se pose en évaluant la mesure législative en fonction de son objectif et de la responsabilité de la Couronne, est que les efforts de conservation dans une industrie de la pêche moderne fortement exploitée se heurtent inévitablement à la répartition et à la gestion efficaces d'une ressource à la fois peu abondante et très précieuse. La nature de la protection constitutionnelle

the question of justification and the allocation of priorities in the fishery. The constitutional recognition and affirmation of aboriginal rights may give rise to conflict with the interests of others given the limited nature of the resource. There is a clear need for guidelines that will resolve the allocation-  
a problems that arise regarding the fisheries. We refer to the reasons of Dickson J., as he then was, in *Jack v. The Queen, supra*, for such guidelines.

In *Jack*, the appellants' defence to a charge of fishing for salmon in certain rivers during a prohibited period was based on the alleged constitutional incapacity of Parliament to legislate such as to deny the Indians their right to fish for food. They argued that art. 13 of the *British Columbia Terms of Union* imposed a constitutional limitation on the federal power to regulate. While we recognize that the finding that such a limitation had been imposed was not adopted by the majority of this Court, we point out that this case concerns a different constitutional promise that asks this Court to give a meaningful interpretation to recognition and affirmation. That task requires equally meaningful guidelines responsive to the constitutional priority accorded aboriginal rights. We therefore repeat the following passage from *Jack*, at p. 313:

Conservation is a valid legislative concern. The appellants concede as much. Their concern is in the allocation of the resource after reasonable and necessary conservation measures have been recognized and given effect to. They do not claim the right to pursue the last living salmon until it is caught. Their position, as I understand it, is one which would give effect to an order of priorities of this nature: (i) conservation; (ii) Indian fishing; (iii) non-Indian commercial fishing; or (iv) non-Indian sports fishing; the burden of conservation measures should not fall primarily upon the Indian fishery.

qu'offre le par. 35(1) dans ce contexte commande l'existence d'un lien entre la question de la justification et l'établissement de priorités dans le domaine de la pêche. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux, prévues dans la Constitution, peuvent donner lieu à des conflits avec les intérêts d'autrui étant donné la nature limitée de la ressource. De toute évidence, on a besoin de lignes directrices qui permettront de résoudre les problèmes de répartition des ressources qui surgissent dans le domaine des pêcheries. Pour de telles lignes directrices, nous renvoyons aux motifs du juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'affaire *Jack c. La Reine*, précité.

Dans l'affaire *Jack*, les appelants, accusés d'avoir pêché le saumon pendant une période et en un endroit prohibés, ont invoqué comme moyen de défense la prétendue absence de compétence constitutionnelle du Parlement pour légiférer de manière à priver les Indiens du droit de pêcher pour se nourrir. Ils ont fait valoir que l'art. 13 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* imposait une limite constitutionnelle au pouvoir réglementaire fédéral. Tout en reconnaissant que la conclusion qu'une telle limite avait été imposée n'a pas été adoptée par la majorité dans notre Cour, nous soulignons qu'il s'agit en l'espèce d'une promesse constitutionnelle différente, par suite de laquelle notre Cour est appelée à donner un sens utile aux notions de reconnaissance et de confirmation. C'est là une tâche dont l'accomplissement nécessite des lignes directrices tout aussi utiles qui tiennent compte de la priorité constitutionnelle accordée aux droits ancestraux. En conséquence, nous reprenons le passage suivant de l'arrêt *Jack*, à la p. 313:

La protection des ressources constitue une considération législative valide. Les appelants l'admettent. Ce qui les préoccupe c'est plutôt la répartition des ressources après la détermination et l'application des mesures de protection raisonnables et nécessaires. Ils ne réclament pas le droit de pêcher jusqu'au dernier saumon. Ils préconisent plutôt, me semble-t-il, l'ordre de priorité suivant: (i) la protection de la ressource; (ii) la pêche par les Indiens; (iii) la pêche commerciale par les non-Indiens; ou (iv) la pêche sportive par les non-Indiens; les Indiens ne devraient pas subir en premier lieu le fardeau des mesures de protection.

I agree with the general tenor of this argument .... With respect to whatever salmon are to be caught, then priority ought to be given to the Indian fishermen, subject to the practical difficulties occasioned by international waters and the movement of the fish themselves. But any limitation upon Indian fishing that is established for a valid conservation purpose overrides the protection afforded the Indian fishery by art. 13, just as such conservation measures override other taking of fish.

The constitutional nature of the Musqueam food fishing rights means that any allocation of priorities after valid conservation measures have been implemented must give top priority to Indian food fishing. If the objective pertained to conservation, the conservation plan would be scrutinized to assess priorities. While the detailed allocation of maritime resources is a task that must be left to those having expertise in the area, the Indians' food requirements must be met first when that allocation is established. The significance of giving the aboriginal right to fish for food top priority can be described as follows. If, in a given year, conservation needs required a reduction in the number of fish to be caught such that the number equalled the number required for food by the Indians, then all the fish available after conservation would go to the Indians according to the constitutional nature of their fishing right. If, more realistically, there were still fish after the Indian food requirements were met, then the brunt of conservation measures would be borne by the practices of sport fishing and commercial fishing.

The decision of the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, addresses the constitutionality of the Nova Scotia Miqmaq Indians' right to fish in the waters of Indian Brook and the Afton River, and does so in a way that accords with our understanding of the constitutional nature of aboriginal rights and the link between allocation and justification required for government regulation of the exercise of the

J'accepte cet argument dans ses grandes lignes [...] En ce qui concerne la pêche du saumon, les pêcheurs indiens doivent avoir priorité, sous réserve des difficultés pratiques relatives aux eaux internationales et aux déplacements du poisson. Mais toute restriction à la pêche par les Indiens établie conformément à un objectif valide de protection des ressources l'emporte sur la protection de la pêche par les Indiens prévue à l'art. 13, au même titre que ces mesures de protection l'emportent sur les autres genres de pêche.

La nature constitutionnelle du droit des Musqueams de pêcher à des fins de subsistance fait en sorte que, dans l'établissement des priorités suite à la mise en œuvre de mesures de conservation valides, il faut accorder la priorité absolue à la pêche par les Indiens à des fins de subsistance. Si l'objectif visé se rapportait à la conservation des ressources, le plan de conservation serait examiné en vue de déterminer les priorités. Bien que la répartition détaillée de ressources maritimes soit une tâche devant être confiée aux experts dans le domaine, on doit satisfaire d'abord aux besoins alimentaires des Indiens en procédant à cette répartition. L'importance d'accorder la priorité absolue au droit ancestral de pêcher pour se nourrir peut s'expliquer ainsi. Si, au cours d'une année donnée, il s'avérait nécessaire pour les besoins de la conservation de réduire le nombre de prises de poisson et que ce nombre soit égal à celui requis par les Indiens pour leur alimentation, alors il résulterait de la nature constitutionnelle de leur droit de pêche que c'est aux Indiens que reviendrait la totalité des poissons pouvant être pris suite aux mesures de conservation. Si, d'une manière plus réaliste, il restait encore du poisson après que les besoins alimentaires des Indiens eurent été satisfaits, ce seraient alors les pêcheurs sportifs et les pêcheurs commerciaux qui feraient les frais de ces mesures de conservation.

Dans l'arrêt *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse se penche sur la constitutionnalité du droit des Indiens Miqmacs de la Nouvelle-Écosse de pêcher dans les eaux du ruisseau Indian et de la rivière Afton et elle le fait d'une manière conforme à notre compréhension de la nature constitutionnelle des droits ancestraux et du lien entre la répartition et la justification qui est requis pour que le gouverne-

rights. Clarke C.J.N.S., for a unanimous court, found that the Nova Scotia *Fishery Regulations* enacted pursuant to the federal *Fisheries Act* were in part inconsistent with the constitutional rights of the appellant Micmac Indians. Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, provided the appellants with the right to a top priority allocation of any surplus of the fisheries resource which might exist after the needs of conservation had been taken into account. With respect to the issue of the Indians' priority to a food fishery, Clarke C.J.N.S. noted that the official policy of the federal government recognizes that priority. He added the following, at p. 339:

I have no hesitation in concluding that factual as well as legislative and policy recognition must be given to the existence of an Indian food fishery in the waters of Indian Brook, adjacent to the Eskasoni Reserve, and the waters of the Afton River after the needs of conservation have been taken into account . . .

To afford user groups such as sports fishermen (anglers) a priority to fish over the legitimate food needs of the appellants and their families is simply not appropriate action on the part of the federal government. It is inconsistent with the fact that the appellants have for many years, and continue to possess an aboriginal right to fish for food. The appellants have, to employ the words of their counsel, a "right to share in the available resource". This constitutional entitlement is second only to conservation measures that may be undertaken by federal legislation.

Further, Clarke C.J.N.S. found that s. 35(1) provided the constitutional recognition of the aboriginal priority with respect to the fishery, and that the regulations, in failing to guarantee that priority, were in violation of the constitutional provision. He said the following, at pp. 340-41:

Though it is crucial to appreciate that the rights afforded to the appellants by s. 35(1) are not absolute, the impugned regulatory scheme fails to recognize that this section provides the appellants with a priority of allocation and access to any surplus of the fisheries resource once the needs of conservation have been taken into account. Section 35(1), as applied to these appeals, provides the appellants with an entitlement to fish in the waters in issue to satisfy their food needs, where a

ment puisse réglementer l'exercice de ces droits. Le juge en chef Clarke a décidé, au nom d'une cour unanime, que les *Fishery Regulations* de la Nouvelle-Écosse pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries* fédérale étaient incompatibles en partie avec les droits constitutionnels des Micmacs appelants. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* conférait aux appelants le droit d'obtenir la priorité absolue sur tout surplus de poisson pouvant exister après la prise en considération des besoins en matière de conservation. Quant à la question de la priorité du droit des Indiens de pêcher pour se nourrir, le juge en chef Clarke fait remarquer que le gouvernement fédéral reconnaît officiellement cette priorité. Il ajoute, à la p. 339:

[TRADUCTION] Je conclus sans hésitation que l'existence du droit des Indiens, sous réserve des exigences de la conservation, de pêcher à des fins de subsistance dans les eaux du ruisseau Indian, adjacentes à la réserve Eskasoni, et dans les eaux de la rivière Afton, doit être reconnue aussi bien dans les faits que sur les plans de la législation et des politiques . . .

Il ne convient simplement pas que le gouvernement fédéral accorde à des groupes d'usagers tels que les pêcheurs sportifs (les pêcheurs à la ligne) une priorité en matière de pêche qui l'emporte sur les besoins alimentaires légitimes des appelants et de leurs familles. Cela est inconciliable avec le fait que les appelants jouissent depuis bien des années d'un droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance. Les appelants, pour reprendre la formule de leur avocat, ont «droit à une part de la ressource disponible». Ce droit constitutionnel ne cède le pas qu'aux mesures de conservation pouvant être prévues dans des lois fédérales.

Le juge en chef Clarke a conclu en outre que le par. 35(1) énonçait la reconnaissance constitutionnelle de la priorité des autochtones en matière de pêche et que le règlement, du fait qu'il ne garantissait pas cette priorité, violait cette disposition constitutionnelle. Il dit, aux pp. 340 et 341:

[TRADUCTION] Quoiqu'il importe au plus haut degré de comprendre que les droits conférés aux appelants par le par. 35(1) ne sont pas absolus, le règlement contesté pêche par l'omission de reconnaître que ce paragraphe accorde aux appelants la priorité dans la répartition de tout surplus de poisson ainsi que l'accès en priorité à ce surplus après qu'ont été pris en considération les besoins en matière de conservation. Appliqué aux présents appels, le paragraphe 35(1) accorde aux appelants le

surplus exists. To the extent that the regulatory scheme fails to recognize this, it is inconsistent with the Constitution. Section 52 mandates a finding that such regulations are of no force and effect.

In light of this approach, the argument that the cases of *R. v. Hare and Debassige*, *supra*, and *R. v. Eninew*, *R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.), stand for the proposition that s. 35(1) provides no basis for restricting the power to regulate must be rejected, as was done by the Court of Appeal below. In *Hare and Debassige*, which addressed the issue of whether the *Ontario Fishery Regulations*, C.R.C. 1978, c. 849, applied to members of an Indian Band entitled to the benefit of the Manitoulin Island Treaty which granted certain rights with respect to taking fish, Thorson J.A. emphasized the need for priority to be given to measures directed to the management and conservation of fish stocks with the following observation (at p. 17):

Since 1867 and subject to the limitations thereon imposed by the Constitution, which of course now includes s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, the constitutional authority and responsibility to make laws in relation to the fisheries has rested with Parliament. Central to Parliament's responsibility has been, and continues to be, the need to provide for the proper management and conservation of our fish stocks, and the need to ensure that they are not depleted or imperilled by deleterious practices or methods of fishing.

The prohibitions found in ss. 12 and 20 of the Ontario regulations clearly serve this purpose. Accordingly, it need not be ignored by our courts that while these prohibitions place limits on the rights of all persons, they are there to serve the larger interest which all persons share in the proper management and conservation of these important resources.

In *Eninew*, Hall J.A. found, at p. 368, that "the treaty rights can be limited by such regulations as are reasonable". As we have pointed out, management and conservation of resources is indeed an important and valid legislative objective. Yet, the fact that the objective is of a "reasonable" nature cannot suffice as constitutional recognition and affirmation of aboriginal rights. Rather, the regu-

droit de pêcher dans les eaux en cause pour répondre à leurs besoins alimentaires lorsqu'il existe un surplus. Dans la mesure où le règlement ne reconnaît pas cela, il est incompatible avec la Constitution. L'article 52 requiert qu'un tel règlement soit déclaré inopérant.

Compte tenu de ce point de vue, l'argument voulant que les arrêts *R. v. Hare and Debassige*, précité, et *R. v. Eninew*, *R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.), établissent que le par. 35(1) ne justifie aucunement la restriction du pouvoir réglementaire doit être rejeté, comme l'a fait la Cour d'appel en l'espèce. Dans l'arrêt *Hare and Debassige*, où l'on aborde la question de savoir si le *Règlement de pêche de l'Ontario*, C.R.C. 1978, ch. 879, s'applique aux membres d'une bande indienne visée par le traité de l'île Manitoulin, qui est attributif de certains droits relatifs à la prise de poissons, le juge Thorson souligne la nécessité de donner la priorité aux mesures de gestion et de conservation des stocks de poisson en faisant remarquer (à la p. 17):

[TRADUCTION] Depuis 1867 et sous réserve des restrictions imposées par la Constitution qui, bien entendu, comprend maintenant l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le pouvoir et la responsabilité constitutionnels de légiférer en matière de pêcheries reviennent au Parlement. La nécessité d'assurer la saine gestion et conservation de nos stocks de poisson ainsi que la nécessité de veiller à ce qu'ils ne soient réduits et que leur existence ne soit pas compromise par des pratiques ou des méthodes de pêche délétères, ont constitué, et constituent encore, des aspects fondamentaux de la responsabilité du Parlement à cet égard.

Les interdictions énoncées aux art. 12 et 20 du règlement ontarien servent manifestement cette fin. Par conséquent, il est loisible à nos tribunaux de tenir compte du fait que, si ces interdictions imposent des restrictions aux droits de tous, leur raison d'être est de servir l'intérêt plus général qu'a tout le monde à ce qu'il y ait une saine gestion et conservation de ces ressources importantes.

Dans l'arrêt *Eninew*, le juge Hall de la Cour d'appel conclut, à la p. 368, que [TRADUCTION] «les droits issus de traités peuvent être limités par une réglementation raisonnable». Comme nous l'avons déjà fait remarquer, la gestion et la conservation de ressources constituent vraiment un objectif législatif important et régulier. Pourtant, le fait que cet objectif soit «raisonnable» ne saurait suffire

lations enforced pursuant to a conservation or management objective may be scrutinized according to the justificatory standard outlined above.

We acknowledge the fact that the justificatory standard to be met may place a heavy burden on the Crown. However, government policy with respect to the British Columbia fishery, regardless of s. 35(1), already dictates that, in allocating the right to take fish, Indian food fishing is to be given priority over the interests of other user groups. The constitutional entitlement embodied in s. 35(1) requires the Crown to ensure that its regulations are in keeping with that allocation of priority. The objective of this requirement is not to undermine Parliament's ability and responsibility with respect to creating and administering overall conservation and management plans regarding the salmon fishery. The objective is rather to guarantee that those plans treat aboriginal peoples in a way ensuring that their rights are taken seriously.

Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. 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. The aboriginal peoples, with their history of conservation-consciousness and interdependence with natural resources, would surely be expected, at the least, to be informed regarding the determination of an appropriate scheme for the regulation of the fisheries.

We would not wish to set out an exhaustive list of the factors to be considered in the assessment of justification. Suffice it to say that recognition and affirmation requires sensitivity to and respect for the rights of aboriginal peoples on behalf of the government, courts and indeed all Canadians.

comme reconnaissance et confirmation constitutionnelles de droits ancestraux. Au contraire, les règlements appliqués conformément à un objectif de conservation ou de gestion peuvent être examinés selon la norme de justification énoncée plus haut.

Nous reconnaissons que la norme de justification à respecter est susceptible d'imposer un lourd fardeau à Sa Majesté. Toutefois, la politique gouvernementale relativement à la pêche en Colombie-Britannique commande déjà, et ce, indépendamment du par. 35(1), que, dans l'attribution du droit de prendre du poisson, le droit des Indiens de pêcher à des fins d'alimentation ait la priorité sur les intérêts d'autres groupes d'utilisateurs. Le droit constitutionnel énoncé au par. 35(1) exige que Sa Majesté assure que Ses règlements respectent cette attribution de priorité. Cette exigence ne vise pas à miner la capacité et la responsabilité du Parlement de créer et d'administrer des plans globaux de conservation et de gestion concernant la pêche au saumon. L'objectif est plutôt de garantir que ces plans réservent aux peuples autochtones un traitement qui assure que leurs droits sont pris au sérieux.

Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche.

Nous ne nous proposons pas de présenter une énumération exhaustive des facteurs à considérer dans l'appréciation de la justification. Qu'il suffise de souligner que la reconnaissance et la confirmation exigent que le gouvernement, les tribunaux et même l'ensemble des Canadiens soient conscients des droits des peuples autochtones et qu'ils les respectent.

Application to this Case—Is the Net Length Restriction Valid?

The Court of Appeal below found that there was not sufficient evidence in this case to proceed with an analysis of s. 35(1) with respect to the right to fish for food. In reviewing the competing expert evidence, and recognizing that fish stock management is an uncertain science, it decided that the issues at stake in this appeal were not well adapted to being resolved at the appellate court level.

Before the trial, defence counsel advised the Crown of the intended aboriginal rights defence and that the defence would take the position that the Crown was required to prove, as part of its case, that the net length restriction was justifiable as a necessary and reasonable conservation measure. The trial judge found s. 35(1) to be inapplicable to the appellant's defence, based on his finding that no aboriginal right had been established. He therefore found it inappropriate to make findings of fact with respect to either an infringement of the aboriginal right to fish or the justification of such an infringement. He did, however, find that the evidence called by the appellant "[c]asts some doubt as to whether the restriction was necessary as a conservation measure. More particularly, it suggests that there were more appropriate measures that could have been taken if necessary; measures that would not impose such a hardship on the Indians fishing for food. That case was not fully met by the Crown."

According to the Court of Appeal, the findings of fact were insufficient to lead to an acquittal. There was no more evidence before this Court. We also would order a re-trial which would allow findings of fact according to the tests set out in these reasons.

The appellant would bear the burden of showing that the net length restriction constituted a *prima facie* infringement of the collective aboriginal right

Application à la présente affaire—La limitation de la longueur des filets est-elle valide?

La Cour d'appel a conclu en l'espèce à l'absence d'éléments de preuve suffisants pour permettre de procéder à une analyse du par. 35(1) dans le contexte du droit de pêcher à des fins de subsistance. Après avoir examiné les témoignages contradictoires des experts et reconnaissant que la gestion des stocks de poisson est une science approximative, on a jugé que les questions en litige se prêtaient mal à une décision d'une cour d'appel.

Avant le procès, l'avocat de la défense a prévenu le ministère public de son intention d'invoquer les droits ancestraux comme moyen de défense et lui a fait savoir que la position de la défense serait qu'il incombait au ministère public de prouver que la restriction imposée quant à la longueur des filets était justifiable à titre de mesure de conservation nécessaire et raisonnable. Le juge de première instance a décidé que le par. 35(1) était inapplicable au moyen de défense soulevé par l'appellant, vu sa conclusion qu'on n'avait pas établi l'existence d'un droit ancestral. Il a en conséquence décidé qu'il ne convenait pas de tirer des conclusions de fait relativement à une atteinte possible au droit de pêche ancestral ou à la justification d'une telle atteinte. Il a toutefois estimé que la preuve produite par l'appellant [TRADUCTION] «[l]aisse planer des doutes quant à savoir si la restriction s'imposait à titre de mesure de conservation. Plus particulièrement, elle laisse entendre qu'il existait des mesures plus appropriées qui auraient pu être prises au besoin, des mesures qui seraient moins rigoureuses pour les Indiens qui pêchent à des fins de subsistance. C'est là une preuve qui n'a pas été pleinement réfutée par le ministère public.»

D'après la Cour d'appel, les conclusions de fait étaient insuffisantes pour justifier un acquittement. Il n'y avait pas plus d'éléments de preuve devant notre Cour. Nous sommes également d'avis d'ordonner un nouveau procès qui permettrait de tirer des conclusions de fait conformément aux critères énoncés dans les présents motifs.

Il incomberait à l'appellant de démontrer que la restriction imposée quant à la longueur des filets constitue une atteinte à première vue au droit

to fish for food. If an infringement were found, the onus would shift to the Crown which would have to demonstrate that the regulation is justifiable. To that end, the Crown would have to show that there is no underlying unconstitutional objective such as shifting more of the resource to a user group that ranks below the Musqueam. Further, it would have to show that the regulation sought to be imposed is required to accomplish the needed limitation. In trying to show that the restriction is necessary in the circumstances of the Fraser River fishery, the Crown could use facts pertaining to fishing by other Fraser River Indians.

In conclusion, we would dismiss the appeal and the cross-appeal and affirm the Court of Appeal's setting aside of the conviction. We would accordingly affirm the order for a new trial on the questions of infringement and whether any infringement is nonetheless consistent with s. 35(1), in accordance with the interpretation set out here.

For the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

**Question** Is the net length restriction contained in the Musqueam Indian Band Indian Food Fishing Licence dated March 30, 1984, issued pursuant to the *British Columbia Fishery (General) Regulations* and the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

**Answer** This question will have to be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.

*Appeal and cross-appeal dismissed. The constitutional question should be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.*

*Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

ancestral collectif de pêcher à des fins de subsistance. Si on concluait à l'existence d'une atteinte, le fardeau de la preuve passerait au ministère public qui devrait alors démontrer que le règlement est justifiable. Pour ce faire, il lui faudrait prouver l'absence de tout objectif inconstitutionnel sous-jacent, comme celui d'attribuer une part plus importante de la ressource en question à un groupe d'utilisateurs qui prend rang après les Musqueams. Il lui faudrait en outre démontrer que le règlement qu'on cherchait à imposer était nécessaire pour réaliser la restriction requise. En tentant d'établir que cette restriction s'imposait dans les circonstances de la pêche sur le fleuve Fraser, le ministère public pourrait se servir de faits relatifs à la pêche par d'autres Indiens du fleuve Fraser.

En conclusion, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident et de confirmer l'annulation de la déclaration de culpabilité, prononcée par la Cour d'appel. En conséquence, nous sommes d'avis de confirmer l'ordonnance de nouveau procès quant à la question de l'atteinte et à celle de savoir si une atteinte est néanmoins compatible avec le par. 35(1), conformément à l'interprétation exposée dans les présents motifs.

Pour les motifs que nous venons d'exposer, la question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

**Question** La limite de la longueur des filets contenue dans le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande des Musqueams, délivré le 30 mars 1984 conformément au *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* et à la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, est-elle incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

**Réponse** Cette question devra être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

*Pourvoi et pourvoi incident rejetés. La question constitutionnelle doit être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.*

*Procureurs de l'appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Braidwood, MacKenzie, Brewer & Greyell, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations: Pape & Salter, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the B.C. Wildlife Federation, the Steelhead Society of British Columbia, the Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, the Pacific Gillnetters' Association, the Gulf Trollers' Association, the Pacific Trollers' Association, the Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, the Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, the Pacific Coast Vessel Owners' Guild, the Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, the Co-op Fishermen's Guild, Deep Sea Trawlers' Association of B.C.: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Fisheries Council of British Columbia: Mawhinney & Kellough, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the United Fishermen and Allied Workers' Union: Rankin & Company, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Deputy Attorney General, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of the Attorney General for Alberta, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.*

*Procureurs de l'intimée: Braidwood, MacKenzie, Brewer & Greyell, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations: Pape & Salter, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants la B.C. Wildlife Federation, la Steelhead Society of British Columbia, la Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, la Pacific Gillnetters Association, la Gulf Trollers' Association, la Pacific Trollers' Association, la Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, la Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, la Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, la Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, la Co-op Fishermen's Guild et la Deep Sea Trawlers' Association of B.C.: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia: Mawhinney & Kellough, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés: Rankin & Company, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le sous-procureur général, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.*

TAB 21

**Rio Tinto Alcan Inc. and British Columbia  
Hydro and Power Authority** *Appellants*

*v.*

**Carrier Sekani Tribal Council** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney  
General of Ontario, Attorney General  
of British Columbia, Attorney General  
of Alberta, British Columbia Utilities  
Commission, Mikisew Cree First Nation,  
Moosomin First Nation, Nunavut Tunngavik  
Inc., Nlaka’pamux Nation Tribal Council,  
Okanagan Nation Alliance, Upper Nicola  
Indian Band, Lakes Division of the  
Secwepemc Nation, Assembly of First Nations,  
Standing Buffalo Dakota First Nation, First  
Nations Summit, Duncan’s First Nation,  
Horse Lake First Nation, Independent Power  
Producers Association of British Columbia,  
Enbridge Pipelines Inc. and TransCanada  
Keystone Pipeline GP Ltd.** *Interveners*

**INDEXED AS: RIO TINTO ALCAN INC. v. CARRIER  
SEKANI TRIBAL COUNCIL**

**2010 SCC 43**

File No.: 33132.

2010: May 21; 2010: October 28.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Honour of the Crown — Ab-  
original peoples — Aboriginal rights — Right to consul-  
tation — British Columbia authorized project altering  
timing and flow of water in area claimed by First Nations*

**Rio Tinto Alcan Inc. et British Columbia  
Hydro and Power Authority** *Appelantes*

*c.*

**Conseil tribal Carrier Sekani** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, procureur  
général de l’Ontario, procureur général  
de la Colombie-Britannique, procureur  
général de l’Alberta, British Columbia  
Utilities Commission, Première nation crie  
Mikisew, Première nation de Moosomin,  
Nunavut Tunngavik Inc., Conseil tribal de  
la nation Nlaka’pamux, Alliance des nations  
de l’Okanagan, Bande indienne d’Upper  
Nicola, Division des Grands lacs de la nation  
Secwepemc, Assemblée des Premières  
Nations, Première nation Standing Buffalo  
Dakota, Sommet des Premières nations,  
Première nation Duncan’s, Première nation  
de Horse Lake, Independent Power Producers  
Association of British Columbia, Enbridge  
Pipelines Inc. et TransCanada Keystone  
Pipeline GP Ltd.** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : RIO TINTO ALCAN INC. c. CONSEIL  
TRIBAL CARRIER SEKANI**

**2010 CSC 43**

N° du greffe : 33132.

2010 : 21 mai; 2010 : 28 octobre.

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 DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Droit constitutionnel — Honneur de la Couronne —  
Peuples autochtones — Droits ancestraux — Droit à la  
consultation — La Colombie-Britannique a autorisé la  
construction d’un ouvrage modifiant le débit d’un cours*

*without consulting affected First Nations — Thereafter, provincial hydro and power authority sought British Columbia Utilities Commission's approval of agreement to purchase power generated by project from private producer — Duty to consult arises when Crown knows of potential Aboriginal claim or right and contemplates conduct that may adversely affect it — Whether Commission reasonably declined to consider adequacy of consultation in context of assessing whether agreement is in public interest — Whether duty to consult arose — What constitutes "adverse effect" — Constitution Act, 1982, s. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, c. 473, s. 71.*

*Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — British Columbia authorized project altering timing and flow of water in area claimed by First Nations without consulting affected First Nations — Thereafter, provincial hydro and power authority sought British Columbia Utilities Commission's approval of agreement to purchase power generated by project from private producer — Commission empowered to decide questions of law and to determine whether agreement is in public interest — Whether Commission had jurisdiction to discharge Crown's constitutional obligation to consult — Whether Commission had jurisdiction to consider adequacy of consultation — If so, whether it was required to consider adequacy of consultation in determining whether agreement is in public interest — Constitution Act, 1982, s. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, c. 473, s. 71.*

In the 1950s, the government of British Columbia authorized the building of a dam and reservoir which altered the amount and timing of water flows in the Nechako River. The First Nations claim the Nechako Valley as their ancestral homeland, and the right to fish in the Nechako River, but, pursuant to the practice at the time, they were not consulted about the dam project.

Since 1961, excess power generated by the dam has been sold by Alcan to BC Hydro under Energy Purchase Agreements ("EPAs") which commit Alcan to supplying and BC Hydro to purchasing excess electricity. The government of British Columbia sought the

*d'eau dans un territoire revendiqué par des Autochtones sans consulter au préalable les Premières nations touchées — La société d'État provinciale d'hydroélectricité a ensuite demandé à la British Columbia Utilities Commission d'approuver un contrat d'achat intervenu avec un producteur d'électricité privé — L'obligation de consulter naît lorsque la Couronne a connaissance de l'existence éventuelle d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet défavorable sur cette revendication ou ce droit — La Commission a-t-elle agi raisonnablement en refusant de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation alors qu'elle était appelée à déterminer si le contrat servait l'intérêt public? — L'obligation de consulter a-t-elle pris naissance? — Que faut-il entendre par « effet défavorable »? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 71.*

*Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — La Colombie-Britannique a autorisé la construction d'un ouvrage modifiant le débit d'un cours d'eau dans un territoire revendiqué par des Autochtones sans consulter au préalable les Premières nations touchées — La société d'État provinciale d'hydroélectricité a ensuite demandé à la British Columbia Utilities Commission d'approuver un contrat d'achat intervenu avec un producteur d'électricité privé — La Commission avait le pouvoir de trancher des questions de droit et de décider si un contrat était dans l'intérêt public — Avait-elle compétence pour s'acquitter de l'obligation de la Couronne de consulter? — Avait-elle le pouvoir de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation? — Dans l'affirmative, lui incombait-il de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation pour décider si le contrat servait l'intérêt public? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 71.*

Dans les années 1950, le gouvernement de la Colombie-Britannique a autorisé la construction d'un barrage et d'un réservoir qui ont modifié les débits d'eau dans la rivière Nechako. Les Premières nations prétendent que la vallée de la Nechako fait partie de leurs terres ancestrales et elles revendiquent le droit de pêcher dans la rivière Nechako, mais comme ce n'était pas l'usage à l'époque, elles n'ont pas été consultées relativement au barrage projeté.

Depuis 1961, Alcan vend les surplus d'électricité du barrage à BC Hydro au moyen de contrats d'achat d'électricité (« CAÉ ») dans lesquels elle s'engage à vendre l'électricité excédentaire, et BC Hydro à l'acheter. Le gouvernement de la Colombie-Britannique a demandé

Commission's approval of the 2007 EPA. The First Nations asserted that the 2007 EPA should be subject to consultation under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

The Commission accepted that it had the power to consider the adequacy of consultation with Aboriginal groups, but found that the consultation issue could not arise because the 2007 EPA would not adversely affect any Aboriginal interest. The British Columbia Court of Appeal reversed the Commission's orders and remitted the case to the Commission for evidence and argument on whether a duty to consult the First Nations exists and, if so, whether it had been met. Alcan and BC Hydro appealed.

*Held:* The appeal should be allowed and the decision of the British Columbia Utilities Commission approving the 2007 EPA should be confirmed.

The Commission did not act unreasonably in approving the 2007 EPA. Governments have a duty to consult with Aboriginal groups when making decisions which may adversely impact lands and resources to which Aboriginal peoples lay claim. The duty to consult is grounded in the honour of the Crown and is a corollary of the Crown's obligation to achieve the just settlement of Aboriginal claims through the treaty process. While the treaty claims process is ongoing, there is an implied duty to consult with Aboriginal claimants on matters that may adversely affect their treaty and Aboriginal rights, and to accommodate those interests in the spirit of reconciliation. The duty has both a legal and a constitutional character, and is prospective, fastening on rights yet to be proven. The nature of the duty and the remedy for its breach vary with the situation.

The duty to consult 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. This test can be broken down into three elements. First, the Crown must have real or constructive knowledge of a potential Aboriginal claim or right. While the existence of a potential claim is essential, proof that the claim will succeed is not. Second, there must be Crown conduct or a Crown decision. In accordance with the generous, purposive approach that must be brought to the duty to consult, the required decision or conduct is not confined to government exercise of statutory powers or to decisions or conduct which have an immediate impact

à la Commission d'approuver le CAÉ de 2007. Les Premières nations ont fait valoir que ce dernier devait faire l'objet d'une consultation suivant l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La Commission a reconnu avoir le pouvoir d'examiner le caractère adéquat de la consultation des groupes autochtones, mais elle a conclu que la question de la consultation ne pouvait se poser étant donné que le CAÉ de 2007 n'allait pas avoir d'effet préjudiciable sur quelque intérêt autochtone. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé ses ordonnances et lui a renvoyé l'affaire pour qu'elle entende preuve et arguments sur la question de savoir s'il existait ou non une obligation de consulter les Premières nations et, dans l'affirmative, si elle avait été respectée. Alcan et BC Hydro ont interjeté appel.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli, et la décision de la British Columbia Utilities Commission approuvant le CAÉ de 2007 est confirmée.

La Commission n'a pas agi de manière déraisonnable en approuvant le CAÉ de 2007. Un gouvernement a l'obligation de consulter les peuples autochtones avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les terres et les ressources revendiquées par eux. L'obligation de consulter s'origine de l'honneur de la Couronne et c'est un corollaire de celle d'arriver à un règlement équitable des revendications autochtones au terme du processus de négociation de traités. Lorsque ce processus est en cours, la Couronne a l'obligation tacite de consulter les demandeurs autochtones sur ce qui est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs droits issus de traités et leurs droits ancestraux, et de trouver des mesures d'accommodement dans un esprit de conciliation. L'obligation revêt un caractère à la fois juridique et constitutionnel. Elle est de nature prospective et prend appui sur des droits dont l'existence reste à prouver. La nature de l'obligation et le recours pour manquement à celle-ci varient en fonction de la situation.

L'obligation de consulter prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci. Cette condition comporte trois éléments. Premièrement, la Couronne doit avoir connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral. L'existence possible d'une revendication est essentielle, mais il n'est pas nécessaire de prouver que la revendication connaîtra une issue favorable. Deuxièmement, il doit y avoir une mesure ou une décision de la Couronne. Conformément à l'approche généreuse et téléologique que commande l'obligation de

on lands and resources. The duty to consult extends to “strategic, higher level decisions” that may have an impact on Aboriginal claims and rights. Third, there must be a 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, speculative impacts, and adverse effects on a First Nation’s future negotiating position will not suffice. Moreover, the duty to consult is confined to the adverse impacts flowing from the current government conduct or decision, not to larger adverse impacts of the project of which it is a part. 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 is not consultation, but negotiation about compensation.

Tribunals are confined to the powers conferred on them by their constituent legislation, and the role of particular tribunals in relation to consultation depends on the duties and powers the legislature has conferred on them. The legislature may choose to delegate the duty to consult to a tribunal, and it may empower the tribunal to determine whether adequate consultation has taken place.

The power to engage in consultation itself, as distinct from the jurisdiction to determine whether a duty to consult exists, cannot be inferred from the mere power to consider questions of law. Consultation itself is not a question of law; it is a distinct, often complex, constitutional process and, in certain circumstances, a right involving facts, law, policy, and compromise. The tribunal seeking to engage in consultation must be expressly or impliedly empowered to do so and its enabling statute must give it the necessary remedial powers.

The duty to consult is a constitutional duty invoking the honour of the Crown. It must be met. If the tribunal structure set up by the legislature is incapable of dealing with a decision’s potential adverse impacts on Aboriginal interests, then the Aboriginal peoples affected must seek appropriate remedies in the courts. These remedies have proven time-consuming and expensive, are often ineffective, and serve the interest of no one.

consulter, cette mesure ou cette décision ne s’entend pas uniquement de l’exercice d’un pouvoir conféré par la loi ni seulement d’une décision ou d’un acte qui a un effet immédiat sur des terres et des ressources. L’obligation de consulter naît aussi d’une « décision stratégique prise en haut lieu » qui est susceptible d’avoir un effet sur des revendications autochtones et des droits ancestraux. Troisièmement, il doit être possible que la mesure de la Couronne ait un effet sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Le demandeur doit établir un lien de causalité entre la mesure ou la décision envisagée par le gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Un acte fautif antérieur, une simple répercussion hypothétique et un effet préjudiciable sur la position de négociation ultérieure d’une Première nation ne suffisent pas. Aussi, l’obligation de consulter ne vise que les effets préjudiciables de la mesure ou de la décision actuelle du gouvernement, à l’exclusion des effets préjudiciables globaux du projet dont elle fait partie. Lorsque la ressource est transformée depuis longtemps et que la mesure ou la décision actuelle du gouvernement n’a plus aucune incidence sur elle, il n’y a pas lieu de consulter, mais de négocier une indemnisation.

Un tribunal administratif doit s’en tenir à l’exercice des pouvoirs que lui confère sa loi habilitante, et son rôle en ce qui a trait à la consultation tient à ses obligations et à ses attributions légales. Le législateur peut décider de déléguer à un tribunal administratif l’obligation de la Couronne de consulter, et il peut lui conférer le pouvoir de décider si une consultation adéquate a eu lieu.

Le pouvoir de consulter, qui est distinct du pouvoir de déterminer s’il existe une obligation de consulter, ne peut être inféré du simple pouvoir d’examiner des questions de droit. La consultation comme telle n’est pas une question de droit. Il s’agit d’un processus constitutionnel distinct, souvent complexe, et dans certaines circonstances, d’un droit mettant en jeu faits, droit, politique et compromis. Le tribunal administratif désireux d’entreprendre une consultation doit y être expressément ou tacitement autorisé, et sa loi habilitante doit lui conférer le pouvoir de réparation nécessaire.

L’obligation de consulter est une obligation constitutionnelle qui fait intervenir l’honneur de la Couronne. Elle doit être respectée. Si le régime administratif mis en place par le législateur ne peut remédier aux éventuels effets préjudiciables d’une décision sur des intérêts autochtones, les Premières nations touchées doivent alors s’adresser à une cour de justice pour obtenir la réparation voulue. L’expérience enseigne que la voie judiciaire est longue, coûteuse et souvent vaine et qu’elle ne sert l’intérêt de personne.

In this case, the Commission had the power to consider whether adequate consultation had taken place. The *Utilities Commission Act* empowered it to decide questions of law in the course of determining whether an EPA is in the public interest, which implied a power to decide constitutional issues properly before it. At the time, it also required the Commission to consider “any other factor that the commission considers relevant to the public interest”, including the adequacy of consultation. This conclusion is not altered by the *Administrative Tribunals Act*, which provides that a tribunal does not have jurisdiction over any “constitutional question”, since the application for reconsideration does not fall within the narrow statutory definition of that term.

The Legislature did not delegate the Crown’s duty to consult to the Commission. The Commission’s power to consider questions of law and matters relevant to the public interest does not empower it to engage in consultation because consultation is a distinct constitutional process, not a question of law.

The Commission correctly accepted that it had the power to consider the adequacy of consultation with Aboriginal groups, and reasonably concluded that the consultation issue could not arise because the 2007 EPA would not adversely affect any Aboriginal interest. In this case, the Crown had knowledge of a potential Aboriginal claim or right and BC Hydro’s proposal to enter into an agreement to purchase electricity from Alcan is clearly proposed Crown conduct. However, the 2007 EPA would have neither physical impacts on the Nechako River or the fishery nor organizational, policy or managerial impacts that might adversely affect the claims or rights of the First Nations. The failure to consult on the initial project was an underlying infringement, and was not sufficient to trigger a duty to consult. Charged with the duty to act in accordance with the honour of Crown, BC Hydro’s representatives will nevertheless be required to take into account and consult as necessary with affected Aboriginal groups insofar as any decisions taken in the future have the potential to adversely affect them.

#### Cases Cited

**Followed:** *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; **referred to:** *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC

En l’espèce, la Commission avait le pouvoir de déterminer si une consultation adéquate avait eu lieu. La *Utilities Commission Act* l’investissait du pouvoir de trancher des questions de droit aux fins de déterminer si un CAÉ servait l’intérêt public, ce qui emportait celui de trancher une question constitutionnelle dont elle était régulièrement saisie. Au moment considéré, elle exigeait également de la Commission qu’elle tienne compte de « tout autre élément jugé pertinent eu égard à l’intérêt public », dont le caractère adéquat de la consultation. L’*Administrative Tribunals Act* ne modifie pas cette conclusion même si elle prévoit qu’un tribunal administratif n’a pas compétence à l’égard d’une « question constitutionnelle », car la demande de révision échappe à la définition restrictive de ce terme.

Le législateur n’a pas délégué à la Commission l’obligation de la Couronne de consulter. Le pouvoir de la Commission d’examiner les questions de droit et tout élément pertinent pour ce qui concerne l’intérêt public ne l’autorise pas à entreprendre la consultation, car celle-ci est un processus constitutionnel distinct, et non une question de droit.

La Commission a reconnu à juste titre avoir le pouvoir d’examiner le caractère adéquat de la consultation des groupes autochtones et elle a raisonnablement conclu que la question de la consultation ne pouvait se poser étant donné que le CAÉ de 2007 n’allait pas avoir d’effet préjudiciable sur quelque intérêt autochtone. Dans la présente affaire, la Couronne avait connaissance de l’existence possible d’une revendication autochtone ou d’un droit ancestral, et le projet de BC Hydro de conclure avec Alcan un contrat d’achat d’électricité constituait clairement une mesure projetée par la Couronne. Cependant, le CAÉ de 2007 n’allait pas avoir d’impact physique sur la rivière Nechako ou sur le poisson, ni entraîner de changements organisationnels, politiques ou de gestion susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur les revendications ou les droits des Premières nations. L’omission de consulter relativement au projet initial constituait une atteinte sous-jacente et ne suffisait pas pour faire naître l’obligation de consulter. Vu leur obligation d’agir conformément à l’honneur de la Couronne, les représentants de BC Hydro devront néanmoins tenir compte des groupes autochtones touchés et les consulter au besoin lorsqu’une décision ultérieure sera susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur eux.

#### Jurisprudence

**Arrêt suivi :** *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; **arrêts mentionnés :** *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation*

74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74; *Wii'litswx v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315; *Klahoose First Nation v. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110; *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, [2007] 1 C.N.L.R. 1, aff'd 2008 FCA 20, 35 C.E.L.R. (3d) 1; *An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re*, 2009 CarswellBC 3637; *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203; *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

#### Statutes and Regulations Cited

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 1, 44(1), 58.  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(12).  
*Constitution Act, 1982*, ss. 24, 35, 52.  
*Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, c. 68, s. 8.  
*Utilities Commission Act*, R.S.B.C. 1996, c. 473, ss. 2(4), 71, 79, 101(1), 105.

#### Authors Cited

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich Publishing, 2009.  
 Slattery, Brian. "Aboriginal Rights and the Honour of the Crown" (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433.  
 Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2010, release 4).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Huddart and Bauman J.J.A.), 2009 BCCA 67, 89 B.C.L.R. (4th) 298, 266 B.C.A.C. 228, 449 W.A.C. 228, [2009] 2 C.N.L.R. 58, [2009] 4 W.W.R. 381, 76 R.P.R. (4th) 159, [2009] B.C.J. No. 259 (QL), 2009 CarswellBC 340, allowing an appeal from a decision of the British Columbia Utilities Commission, 2008 CarswellBC 1232, and remitting the consultation issue to the Commission. Appeal allowed; decision

*de projet*), 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Huu-Ay-Aht First Nation c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74; *Wii'litswx c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315; *Klahoose First Nation c. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110; *Première nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354 (CanLII), conf. par 2008 CAF 20 (CanLII); *An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re*, 2009 CarswellBC 3637; *R. c. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203; *R. c. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

#### Lois et règlements cités

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 1, 44(1), 58.  
*Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 68, art. 8.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(12).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 24, 35, 52.  
*Utilities Commission Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 2(4), 71, 79, 101(1), 105.

#### Doctrine citée

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon : Purich Publishing, 2009.  
 Slattery, Brian. « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433.  
 Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2010, release 4).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Huddart et Bauman), 2009 BCCA 67, 89 B.C.L.R. (4th) 298, 266 B.C.A.C. 228, 449 W.A.C. 228, [2009] 2 C.N.L.R. 58, [2009] 4 W.W.R. 381, 76 R.P.R. (4th) 159, [2009] B.C.J. No. 259 (QL), 2009 CarswellBC 340, accueillant l'appel d'une décision de la British Columbia Utilities Commission, 2008 CarswellBC 1232, et renvoyant à la Commission la question de la consultation. Pourvoi accueilli; décision de la

of the British Columbia Utilities Commission approving 2007 EPA confirmed.

*Daniel A. Webster, Q.C., David W. Bursey and Ryan D. W. Dalziel*, for the appellant Rio Tinto Alcan Inc.

*Chris W. Sanderson, Q.C., Keith B. Bergner and Laura Bevan*, for the appellant the British Columbia Hydro and Power Authority.

*Gregory J. McDade, Q.C., and Maegen M. Giltrow*, for the respondent.

*Mitchell R. Taylor, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Malliha Wilson and Tamara D. Barclay*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Paul E. Yearwood*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Stephanie C. Latimer*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Gordon A. Fulton, Q.C.*, for the intervener the British Columbia Utilities Commission.

Written submissions only by *Robert C. Freedman and Rosanne M. Kyle*, for the intervener the Mikisew Cree First Nation.

Written submissions only by *Jeffrey R. W. Rath and Nathalie Whyte*, for the intervener the Moosomin First Nation.

*Richard Spaulding*, for the intervener Nunavut Tunngavik Inc.

Written submissions only by *Timothy Howard and Bruce Stadfeld*, for the interveners the Nlaka'pamux Nation Tribal Council, the Okanagan Nation Alliance and the Upper Nicola Indian Band.

*Robert J. M. Janes*, for the intervener the Lakes Division of the Secwepemc Nation.

British Columbia Utilities Commission approuvant le CAÉ de 2007 confirmée.

*Daniel A. Webster, c.r., David W. Bursey et Ryan D. W. Dalziel*, pour l'appelante Rio Tinto Alcan Inc.

*Chris W. Sanderson, c.r., Keith B. Bergner et Laura Bevan*, pour l'appelante British Columbia Hydro and Power Authority.

*Gregory J. McDade, c.r., et Maegen M. Giltrow*, pour l'intimé.

*Mitchell R. Taylor, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Malliha Wilson et Tamara D. Barclay*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Paul E. Yearwood*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Stephanie C. Latimer*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Gordon A. Fulton, c.r.*, pour l'intervenante British Columbia Utilities Commission.

Argumentation écrite seulement par *Robert C. Freedman et Rosanne M. Kyle*, pour l'intervenante la Première nation crie Mikisew.

Argumentation écrite seulement par *Jeffrey R. W. Rath et Nathalie Whyte*, pour l'intervenante la Première nation de Moosomin.

*Richard Spaulding*, pour l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc.

Argumentation écrite seulement par *Timothy Howard et Bruce Stadfeld*, pour les intervenants le Conseil tribal de la nation Nlaka'pamux, l'Alliance des nations de l'Okanagan et la Bande indienne d'Upper Nicola.

*Robert J. M. Janes*, pour l'intervenante la Division des Grands lacs de la nation Secwepemc.

*Peter W. Hutchins and David Kalmakoff*, for the interveners the Assembly of First Nations.

Written submissions only by *Mervin C. Phillips*, for the interveners the Standing Buffalo Dakota First Nation.

*Arthur C. Pape and Richard B. Salter*, for the interveners the First Nations Summit.

*Jay Nelson*, for the interveners the Duncan's First Nation and the Horse Lake First Nation.

*Roy W. Millen*, for the interveners the Independent Power Producers Association of British Columbia.

Written submissions only by *Harry C. G. Underwood*, for the interveners Enbridge Pipelines Inc.

Written submissions only by *C. Kemm Yates, Q.C.*, for the interveners the TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — In the 1950s, the government of British Columbia authorized the building of the Kenney Dam in Northwest British Columbia for the production of hydro power for the smelting of aluminum. The dam and reservoir altered the water flows to the Nechako River, which the Carrier Sekani Tribal Council (“CSTC”) First Nations have since time immemorial used for fishing and sustenance. This was done without consulting with the CSTC First Nations. Now, the government of British Columbia seeks approval of a contract for the sale of excess power from the dam to British Columbia Hydro and Power Authority (“BC Hydro”), a Crown corporation. The question is whether the British Columbia Utilities Commission (the “Commission”) is required to consider the issue of consultation with the CSTC First Nations in determining whether the sale is in the public interest.

*Peter W. Hutchins et David Kalmakoff*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Argumentation écrite seulement par *Mervin C. Phillips*, pour l'intervenante la Première nation Standing Buffalo Dakota.

*Arthur C. Pape et Richard B. Salter*, pour l'intervenant le Sommet des Premières nations.

*Jay Nelson*, pour les intervenantes la Première nation Duncan's et la Première nation de Horse Lake.

*Roy W. Millen*, pour l'intervenante Independent Power Producers Association of British Columbia.

Argumentation écrite seulement par *Harry C. G. Underwood*, pour l'intervenante Enbridge Pipelines Inc.

Argumentation écrite seulement par *C. Kemm Yates, c.r.*, pour l'intervenante TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Dans les années 1950, le gouvernement de la Colombie-Britannique a autorisé la construction du barrage Kenney dans le nord-ouest de la province en vue de la production d'électricité destinée à l'alimentation d'une aluminerie. Le barrage et le réservoir ont modifié les débits d'eau dans la rivière Nechako, dont les Premières nations du Conseil tribal Carrier Sekani (« CTCS ») tirent leur subsistance (notamment grâce à la pêche) depuis des temps immémoriaux. Ces Premières nations n'ont pas été consultées avant la construction du complexe. Le gouvernement de la Colombie-Britannique demande aujourd'hui l'approbation d'un contrat de vente des surplus d'électricité produits par le barrage à une société d'État, British Columbia Hydro and Power Authority (« BC Hydro »). La Cour doit déterminer si la British Columbia Utilities Commission (la « Commission ») est tenue de se pencher sur la question de la consultation des Premières nations du CTCS pour déterminer si la vente sert l'intérêt public.

[2] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, this Court affirmed that governments have a duty to consult with Aboriginal groups when making decisions which may adversely impact lands and resources to which Aboriginal peoples lay claim. In the intervening years, government-Aboriginal consultation has become an important part of the resource development process in British Columbia especially; much of the land and resources there are subject to land claims negotiations. This case raises the issues of what triggers a duty to consult, and the place of government tribunals in consultation and the review of consultation. I would allow the appeal, while affirming the duty of BC Hydro to consult the CSTC First Nations on future developments that may adversely affect their claims and rights.

## I. Background

### A. *The Facts*

[3] In the 1950s, Alcan (now Rio Tinto Alcan) dammed the Nechako River in northwestern British Columbia for the purposes of power development in connection with aluminum production. The project was one of huge magnitude. It diverted water from the Nechako River into the Nechako Reservoir, where a powerhouse was installed for the production of electricity. After passing through the turbines of the powerhouse, the water flowed to the Kemano River and on to the Pacific Ocean to the west. The dam affected the amount and timing of water flows into the Nechako River to the east, impacting fisheries on lands now claimed by the CSTC First Nations. Alcan effected these water diversions under Final Water Licence No. 102324 which gives Alcan use of the water on a permanent basis.

[4] Alcan, the Province of British Columbia, and Canada entered into a Settlement Agreement in

[2] Dans l'arrêt *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, la Cour affirme qu'un gouvernement a l'obligation de consulter les peuples autochtones avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les terres et les ressources revendiquées par eux. Depuis lors, la consultation des Autochtones par le gouvernement constitue un volet important du processus d'exploitation des ressources, spécialement en Colombie-Britannique où beaucoup de terres et de ressources font l'objet de revendications territoriales. Le pourvoi soulève les questions suivantes : d'où naît l'obligation de consulter et quel rôle joue un tribunal administratif dans la consultation et le contrôle de celle-ci? Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, tout en confirmant l'obligation de BC Hydro de consulter les Premières nations du CTCS sur les activités d'exploitation ultérieures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur leurs revendications et leurs droits.

## I. Contexte

### A. *Les faits*

[3] Dans les années 1950, Alcan (aujourd'hui Rio Tinto Alcan) a construit un barrage sur la rivière Nechako dans le nord-ouest de la Colombie-Britannique afin de produire de l'électricité destinée à la fabrication d'aluminium. Il s'agissait de travaux colossaux. L'eau de la rivière Nechako a été détournée dans le réservoir du même nom, où une centrale a été construite pour y produire de l'électricité. Après être passée dans les turbines de la centrale, l'eau se déversait ensuite dans la rivière Kemano, puis dans l'océan Pacifique à l'ouest. Le barrage a eu une incidence sur le débit de la rivière Nechako à l'est, ce qui a eu des répercussions sur les stocks de poissons dans les terres aujourd'hui revendiquées par les Premières nations du CTCS. Alcan a effectué ces dérivations d'eau conformément au permis d'exploitation hydraulique permanent n° 102324, qui lui accorde un droit perpétuel d'utilisation de l'eau.

[4] En 1987, Alcan, la province de la Colombie-Britannique et le Canada ont convenu de lâchers

1987 on the release of waters in order to protect fish stocks. Canada was involved because fisheries, whether seacoast-based or inland, fall within federal jurisdiction under s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867*. The 1987 agreement directs the release of additional flows in July and August to protect migrating salmon. In addition, a protocol has been entered into between the Haisla Nation and Alcan which regulates water flows to protect eulachon spawning grounds.

[5] The electricity generated by the project has been used over the years primarily for aluminum smelting. Since 1961, however, Alcan has sold its excess power to BC Hydro, a Crown Corporation, for use in the local area and later for transmission to neighbouring communities. The Energy Purchase Agreement (“EPA”) entered into in 2007, which is the subject of this appeal is the latest in a series of power sales from Alcan to BC Hydro. It commits Alcan to supplying and BC Hydro to purchasing excess electricity from the Kemano site until 2034. The 2007 EPA establishes a Joint Operating Committee to advise the parties on the administration of the EPA and the operation of the reservoir.

[6] The CSTC First Nations claim the Nechako Valley as their ancestral homeland, and the right to fish in the Nechako River. As was the practice at the time, they were not consulted about the diversion of the river effected by the 1950s dam project. They assert, however, that the 2007 EPA for the power generated by the project should be subject to consultation. This, they say, is their constitutional right under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, as defined in *Haida Nation*.

#### B. *The Commission Proceedings*

[7] The 2007 EPA was subject to review before the Commission. It was charged with determining whether the sale of electricity was in the public interest under s. 71 of the *Utilities Commission*

d’eau pour protéger les stocks de poissons. Le Canada était partie à l’accord, car les pêches, des côtes de la mer ou de l’intérieur, relèvent de la compétence fédérale suivant le par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’accord de 1987 prévoit des lâchers supplémentaires en juillet et en août afin de protéger le saumon anadrome. De plus, un protocole est intervenu entre la nation Haisla et Alcan pour régulariser les débits d’eau et protéger les frayères d’eulachons.

[5] Au fil des ans, l’électricité générée par la centrale a principalement servi à alimenter une aluminerie. Toutefois, depuis 1961, Alcan vend ses surplus d’électricité à une société d’État, BC Hydro. Ces surplus ont d’abord été consommés localement, puis acheminés vers des collectivités avoisinantes. Le contrat d’achat d’électricité (le « CAÉ ») conclu en 2007, qui fait l’objet du pourvoi, est le plus récent intervenu entre Alcan et BC Hydro. Alcan s’y engage à vendre l’électricité excédentaire produite par la centrale de Kemano, et BC Hydro à l’acheter, jusqu’en 2034. Le CAÉ de 2007 crée un comité conjoint d’exploitation appelé à conseiller les parties sur l’administration du contrat et l’exploitation du réservoir.

[6] Les Premières nations du CTCS prétendent que la vallée de la Nechako fait partie de leurs terres ancestrales et elles revendiquent le droit de pêcher dans la rivière Nechako. Comme ce n’était pas l’usage à l’époque, elles n’ont pas été consultées au sujet du détournement de la rivière occasionné par la construction du barrage dans les années 1950. Elles font toutefois valoir que le CAÉ de 2007 conclu relativement à l’énergie produite par ce barrage devrait faire l’objet d’une consultation. Selon elles, il s’agit d’un droit constitutionnel découlant de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, au sens où l’entend la Cour dans l’arrêt *Nation Haïda*.

#### B. *Les procédures de la Commission*

[7] Le CAÉ de 2007 a été soumis à l’examen de la Commission, laquelle devait, en application de l’art. 71 de la *Utilities Commission Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 473, déterminer si la vente d’électricité

*Act*, R.S.B.C. 1996, c. 473. The Commission had the power to declare a contract for the sale of electricity unenforceable if it found that it was not in the public interest having regard to the quantity of energy to be supplied, the availability of supplies, the price and availability of any other form of energy, the price of the energy supplied to a public utility company, and “any other factor that the commission considers relevant to the public interest”.

[8] The Commission began its work by holding two procedural conferences to determine, among other things, the “scope” of its hearing. “Scoping” is the process by which the Commission determines what “information it considers necessary to determine whether the contract is in the public interest” pursuant to s. 71(1)(b) of the *Utilities Commission Act*. The question of the role of First Nations in the proceedings arose at this stage. The CSTC was not party to the proceedings but the Haisla Nation was. The Haisla people submitted that the Province and BC Hydro “ha[d] failed to act on their legal obligation” to them, but refrained from asking the Commission “to assess the adequacy [of consultation] and accommodation afforded . . . on the 2007 EPA”: *Re: British Columbia Hydro & Power Authority Filing of Electricity Purchase Agreement with Alcan Inc. as an Energy Supply Contract Pursuant to Section 71*, British Columbia Utilities Commission, October 10, 2007 (the “Scoping Order”), unreported. The Commission’s Scoping Order therefore addressed the consultation issue as follows:

Evidence relevant to First Nations consultation may be relevant for the same purpose that the Commission often considers evidence of consultation with other stakeholders. Generally, insufficient evidence of consultation, including with First Nations is not determinative of matters before the Commission.

[9] On October 29, 2007, the CSTC requested late intervenor status on the issue of consultation on the basis that the Commission’s decision

était dans l’intérêt public. La Commission avait le pouvoir de déclarer inapplicable le contrat de vente d’électricité qui, selon elle, n’était pas dans l’intérêt public compte tenu de la quantité d’énergie fournie, de la disponibilité de l’approvisionnement, du prix et de la disponibilité de toute autre forme d’énergie, du prix de l’énergie fournie à une entreprise de services publics et de [TRADUCTION] « tout autre élément jugé pertinent eu égard à l’intérêt public ».

[8] La Commission a entrepris ses travaux par la tenue de deux conférences de nature procédurale pour déterminer notamment le « cadre » de l’audience. Le « cadrage » est le processus par lequel la Commission détermine [TRADUCTION] « les données qu’elle estime nécessaires pour décider si le contrat est ou non dans l’intérêt public » en application de l’al. 71(1)b) de la *Utilities Commission Act*. C’est à cette étape qu’a été soulevée la question de la participation des Premières nations à l’audience. Le CTCS n’était pas partie à la procédure, contrairement à la Nation Haisla, qui soutenait que la province et BC Hydro [TRADUCTION] « avaient manqué à leur obligation légale envers elle », mais qui ne demandait pas à la Commission « de se prononcer sur le caractère adéquat [de la consultation] et des mesures d’accommodement prises [. . .] relativement au CAÉ de 2007 » : *Re : British Columbia Hydro & Power Authority Filing of Electricity Purchase Agreement with Alcan Inc. as an Energy Supply Contract Pursuant to Section 71*, British Columbia Utilities Commission, 10 octobre 2007 (l’« ordonnance sur le cadre de l’audience »), inédite. Dans son ordonnance, la Commission se prononce donc comme suit sur la question de la consultation :

[TRADUCTION] Les éléments de preuve se rapportant à la consultation des Premières nations peuvent être pertinents, et ce, pour les mêmes raisons que la Commission examine souvent la preuve de la consultation d’autres intéressés. De manière générale, une preuve de consultation insuffisante, notamment des Premières nations, n’est pas déterminante eu égard aux questions dont est saisie la Commission.

[9] Le 29 octobre 2007, le CTCS a tardivement demandé d’être constitué partie intervenante sur la question de la consultation au motif que la décision

might negatively impact Aboriginal rights and title which were the subject of its ongoing land claims. At the opening of the oral hearing on November 19, 2007, the CSTC applied for reconsideration of the Scoping Order and, in written submissions of November 20, 2007, it asked the Commission to include in the hearing's scope the issues of whether the duty to consult had been met, whether the proposed power sale under the 2007 EPA could constitute an infringement of Aboriginal rights and title in and of itself, and the related issue of the environmental impact of the 2007 EPA on the rights of the CSTC First Nations.

[10] The Commission established a two-stage process to consider the CSTC's application for reconsideration of the Scoping Order: an initial screening phase to determine whether there was a reasonable evidentiary basis for reconsideration, and a second phase to receive arguments on whether the rescoping application should be granted. At the first stage, the CSTC filed evidence, called witnesses and cross-examined the witnesses of BC Hydro and Alcan. The Commission confined the proceedings to the question of whether the 2007 EPA would adversely affect potential CSTC First Nations' interests by causing changes in water flows into the Nechako River or changes in water levels of the Nechako Reservoir.

[11] On November 29, 2007, the Commission issued a preliminary decision on the Phase I process called "Impacts on Water Flows". It concluded that the "responsibility for operation of the Nechako Reservoir remains with Alcan under the 2007 EPA", and that the EPA would not affect water levels in the Nechako River stating, "the 2007 EPA sets the priority of generation produced but does not set the priority for water". With or without the 2007 EPA, "Alcan operates the Nechako Reservoir to optimize power generation".

[12] As to fisheries, the Commission stated that "the priority of releases from the Nechako Reservoir [under the 1987 Settlement Agreement]

de la Commission risquait d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux et le titre aborigène qu'il revendiquait alors. Le 19 novembre 2007, au début de l'audience, le CTCS a demandé la révision de l'ordonnance qui en définissait le cadre et, dans son argumentation écrite du 20 novembre 2007, il a demandé qu'à l'audience, la Commission examine en outre les questions de savoir si l'obligation de consultation avait été respectée et si la vente d'électricité projetée dans le CAÉ de 2007 pouvait en soi être préjudiciable aux droits ancestraux et au titre aborigène, ainsi que la question connexe des répercussions environnementales du CAÉ de 2007 sur les droits des Premières nations du CTCS.

[10] La Commission a établi un processus comportant deux étapes pour statuer sur la demande de révision. Elle devait d'abord déterminer si un fondement probatoire raisonnable justifiait la révision de l'ordonnance, puis entendre les arguments des parties sur la question de savoir s'il y avait lieu d'accueillir la demande de recadrage. À la première étape, le CTCS a produit des éléments de preuve, présenté des témoins et contre-interrogé ceux de BC Hydro et d'Alcan. La Commission s'en est tenue à la question de savoir si, en raison de la modification du débit de la rivière Nechako ou du niveau du réservoir Nechako qui en résulterait, le CAÉ de 2007 aurait un effet préjudiciable sur les droits éventuels des Premières nations du CTCS.

[11] Le 29 novembre 2007, la Commission a rendu à la première étape une décision préliminaire intitulée [TRADUCTION] « Impact sur le débit d'eau ». Elle y conclut que [TRADUCTION] « suivant le CAÉ de 2007, l'exploitation du réservoir Nechako continue d'incomber à Alcan » et que le contrat ne changera rien aux niveaux de la rivière Nechako, affirmant que [TRADUCTION] « le CAÉ de 2007 accorde la priorité à la production d'électricité, et non à l'eau ». Avec ou sans le CAÉ de 2007, [TRADUCTION] « Alcan exploite le réservoir Nechako dans le but d'optimiser la production d'électricité ».

[12] Au chapitre de la pêche, la Commission a estimé que [TRADUCTION] « les lâchers d'eau effectués à partir du réservoir Nechako [conformément

is first to fish flows and second to power service”. While the timing of water releases from the Nechako Reservoir for power generation purposes may change as a result of the 2007 EPA, that change “will have no impact on the releases into the Nechako river system”. This is because water releases for power generation flow not into the Nechako River system to the east, with which the CSTC First Nations are concerned, but into the Kemano River to the west. Nor, the Commission found, would the 2007 EPA bring about a change in control over water flows and water levels, or alter the management structure of the reservoir.

[13] The Commission then embarked on Phase II of the rescoping hearing and invited the parties to make written submissions on the reconsideration application — specifically, on whether it would be a jurisdictional error not to revise the Scoping Order to encompass consultation issues on these facts. The parties did so.

[14] On December 17, 2007, the Commission dismissed the CSTC’s application for reconsideration of the scoping order on grounds that the 2007 EPA would not introduce new adverse effects to the interests of the First Nations: *Re British Columbia Hydro & Power Authority*, 2008 CarswellBC 1232 (B.C.U.C.) (the “Reconsideration Decision”). For the purposes of the motion, the Commission assumed the historic infringement of Aboriginal rights, Aboriginal title, and a failure by the government to consult. Referring to *Haida Nation*, it concluded that “more than just an underlying infringement” was required. The CSTC had to demonstrate that the 2007 EPA would “adversely affect” the Aboriginal interests of its member First Nations. Applying this test to its findings of fact, it stated that “a section 71 review does not approve, transfer or change control of licenses or authorization and therefore where there are no new physical impacts acceptance of a section 71 filing [without consultation] would not be a jurisdictional error”. The Commission therefore concluded that its decision on the 2007 EPA would have no adverse effects on the CSTC First Nations’ interests. The duty to consult was therefore not triggered, and no jurisdictional

à l’accord de 1987] visent en priorité le passage des poissons, puis la production d’électricité ». Bien que le calendrier des lâchers d’eau destinés à la production d’électricité puisse changer en raison du CAÉ de 2007, à son avis, cela [TRADUCTION] « n’aura aucun impact sur les apports dans le réseau hydrographique de la Nechako », car ces lâchers d’eau ne sont pas effectués dans la rivière Nechako à l’est — objet de la préoccupation des Premières nations du CTCS —, mais dans la rivière Kemano à l’ouest. La Commission a aussi conclu que le CAÉ de 2007 ne modifiera ni la gestion des débits et des niveaux d’eau, ni la structure de gestion du réservoir.

[13] À la deuxième étape, la Commission a invité les parties à présenter des observations écrites sur la demande de révision — plus précisément, sur la question de savoir si le refus de recadrer l’audience pour que les questions liées à la consultation y soient aussi abordées constituerait une erreur de compétence à la lumière de ces faits. Les parties ont répondu à l’invitation.

[14] Le 17 décembre 2007, la Commission a rejeté la demande du CTCS au motif que le CAÉ de 2007 ne créerait pas de nouveaux effets défavorables sur les intérêts des Premières nations en cause : *Re British Columbia Hydro & Power Authority*, 2008 CarswellBC 1232 (B.C.U.C.) (la « décision sur la demande de révision »). Pour statuer, elle a tenu pour avérés l’atteinte historique aux droits ancestraux et au titre aborigène et le manquement du gouvernement à son obligation de consulter. S’appuyant sur l’arrêt *Nation Haïda*, elle a conclu qu’il fallait [TRADUCTION] « davantage qu’une atteinte sous-jacente ». Le CTCS devait démontrer que le CAÉ de 2007 aurait un « effet préjudiciable » sur les droits ancestraux des Premières nations qui en faisaient partie. Après avoir appliqué ce critère à ses conclusions de fait, elle a statué que l’[TRADUCTION] « examen visé à l’article 71 n’a pas pour effet d’approuver ou de transférer une licence ou une autorisation ou d’en modifier le titulaire, de sorte qu’en l’absence de nouveaux impacts physiques, faire droit [sans consultation] à une demande présentée sous le régime de l’article 71 ne constituerait pas une erreur de compétence ». La Commission a donc estimé que sa décision

error was committed in failing to include consultation with the First Nations in the Scoping Order beyond the general consultation extended to all stakeholders.

[15] The Commission went on to conclude that the 2007 EPA was in the public interest and should be accepted. It stated:

In the circumstances of this review, evidence regarding consultation with respect to the historical, continuing infringement can reasonably be expected to be of no assistance for the same reasons there is no jurisdictional error, that is, the limited scope of the section 71 review, and there are no new physical impacts.

[16] In essence, the Commission took the view that the 2007 EPA would have no physical impact on the existing water levels in the Nechako River and hence it would not change the current management of its fishery. The Commission further found that its decision would not involve any transfer or change in the project's licences or operations. Consequently, the Commission concluded that its decision would have no adverse impact on the pending claims or rights of the CSTC First Nations such that there was no need to rescope the hearing to permit further argument on the duty to consult.

C. *The Judgment of the Court of Appeal, 2009 BCCA 67, 89 B.C.L.R. (4th) 298 (Donald, Huddart and Bauman J.J.A.)*

[17] The CSTC appealed the Reconsideration Decision and the approval of the 2007 EPA to the British Columbia Court of Appeal. The Court, *per* Donald J.A., reversed the Commission's orders and remitted the case back to the Commission for "evidence and argument on whether a duty to consult and, if necessary, accommodate the [CSTC First Nations] exists and, if so, whether the duty has been met in respect of the filing of the 2007 EPA" (para. 69).

concernant le CAÉ de 2007 n'aurait pas d'effet préjudiciable sur les intérêts des Premières nations du CTCS. L'obligation de consulter n'avait donc pas pris naissance, et la Commission n'a pas commis d'erreur de compétence en refusant d'inclure dans le cadre de l'audience la consultation des Premières nations, en sus de la consultation générale de tous les intéressés.

[15] La Commission a ensuite conclu que le CAÉ de 2007 était dans l'intérêt public et devait être approuvé :

[TRADUCTION] Dans les circonstances du présent examen, on peut raisonnablement tenir pour inutile la preuve relative à la consultation sur l'atteinte historique et continue pour les mêmes raisons qu'il n'y a pas d'erreur de compétence, soit la portée limitée de l'examen visé à l'article 71 et l'absence de nouveaux impacts physiques.

[16] Essentiellement, la Commission a opiné que le CAÉ de 2007 n'aurait pas d'impact physique sur les niveaux d'eau existants de la rivière Nechako, de sorte qu'il ne modifierait pas la gestion des stocks de poissons. Elle a aussi estimé que sa décision ne nécessiterait ni cession ni modification des licences ou des activités d'exploitation. Elle est donc arrivée à la conclusion que sa décision n'aurait aucun effet préjudiciable sur les revendications ou les droits des Premières nations du CTCS, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de recadrer l'audience pour permettre que soit débattue plus avant la question de l'obligation de consulter.

C. *Le jugement de la Cour d'appel, 2009 BCCA 67, 89 B.C.L.R. (4th) 298 (les juges Donald, Huddart et Bauman)*

[17] Le CTCS a contesté devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique la décision sur la demande de révision et l'approbation du CAÉ de 2007. Au nom de la Cour d'appel, le juge Donald a annulé les ordonnances et renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle entende [TRADUCTION] « preuve et arguments sur la question de savoir s'il existe ou non une obligation de consulter [les Premières nations du CTCS] et, au besoin, d'arriver à un accord avec elles et, dans l'affirmative, sur la question de savoir si l'obligation a été respectée relativement au dépôt du CAÉ de 2007 » (par. 69).

[18] The Court of Appeal found that the Commission had jurisdiction to consider the issue of consultation. The Commission had the power to decide questions of law, and hence constitutional issues relating to the duty to consult.

[19] The Court of Appeal went on to hold that the Commission acted prematurely by rejecting the application for reconsideration. Donald J.A., writing for the Court, stated:

... the Commission wrongly decided something as a preliminary matter which properly belonged in a hearing of the merits. The logic flaw was in predicting that consultation could have produced no useful outcome. Put another way, the Commission required a demonstration that the [CSTC] would win the point as a precondition for a hearing into the very same point.

I do not say that the Commission would be bound to find a duty to consult here. The fault in the Commission's decision is in not entertaining the issue of consultation within the scope of a full hearing when the circumstances demanded an inquiry. [paras. 61-62]

[20] The Court of Appeal held that the honour of the Crown obliged the Commission to decide the consultation issue, and that "the tribunal with the power to approve the plan must accept the responsibility to assess the adequacy of consultation" (para. 53). Unlike the Commission, the Court of Appeal did not consider whether the 2007 EPA was capable of having an adverse impact on a pending claim or right of the CSTC First Nations. The Court of Appeal did not criticize the Commission's adverse impacts finding. Rather, it appears to have concluded that despite these findings, the Commission was obliged to consider whether consultation could be "useful". In finding that the Commission should have considered the consultation issue, the Court of Appeal appears to have taken a broader view than did the Commission as to when a duty to consult may arise.

[21] The Court of Appeal suggested that a failure to consider consultation risked the approval of a contract in breach of the Crown's constitutional

[18] La Cour d'appel conclut que la Commission avait compétence pour se pencher sur la question de la consultation. La Commission pouvait trancher des questions de droit et, par conséquent, toute question constitutionnelle liée à l'obligation de consulter.

[19] La Cour d'appel opine ensuite que la Commission a prématurément rejeté la demande de révision. Le juge Donald dit ce qui suit au nom de la juridiction d'appel :

[TRADUCTION] ... la Commission a tranché une question tenue erronément pour préliminaire alors qu'il s'agissait d'une question de fond. La faille logique a consisté à présumer l'inutilité de la consultation. Autrement dit, la Commission a exigé comme condition préalable à l'examen des prétentions que [le CTCS] en démontre d'abord la justesse.

Je ne dis pas que la Commission serait tenue de conclure à l'existence d'une obligation de consulter en l'espèce. L'erreur de la Commission est de ne pas avoir considéré la question de la consultation dans le cadre d'une audience en bonne et due forme alors que les circonstances exigeaient un examen. [par. 61-62]

[20] La Cour d'appel conclut que l'honneur de la Couronne obligeait la Commission à trancher la question de la consultation et que [TRADUCTION] « le tribunal administratif doté du pouvoir d'approuver le projet doit accepter l'obligation de se prononcer sur le caractère adéquat de la consultation » (par. 53). Contrairement à la Commission, la Cour d'appel ne se demande pas si le CAÉ de 2007 était susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur quelque revendication ou droit des Premières nations du CTCS. Elle ne reproche pas à la Commission sa conclusion sur l'effet préjudiciable. Elle semble plutôt estimer que, malgré cette conclusion, la Commission était tenue de déterminer si la consultation pouvait être « utile ». En statuant que la Commission aurait dû examiner la question de la consultation, la Cour d'appel paraît interpréter plus largement que la Commission les conditions auxquelles il y a obligation de consulter.

[21] La Cour d'appel laisse entendre que l'omission de considérer la question de la consultation risquait d'entraîner l'approbation d'un contrat

duty. Donald J.A. asked, “How can a contract formed by a Crown agent in breach of a constitutional duty be in the public interest? The existence of such a duty and the allegation of the breach must form part and parcel of the public interest inquiry” (para. 42).

[22] Alcan and BC Hydro appeal to this Court. They argue that the Court of Appeal took too wide a view of the Crown’s duty to consult and of the role of tribunals in deciding consultation issues. In view of the Commission’s task under its constituent statute and the evidence before it, Alcan and BC Hydro submit that the Commission correctly concluded that it had no duty to consider the consultation issue raised by the CSTC, since, however much participation was accorded, there was no possibility of finding a duty to consult with respect to the 2007 EPA.

[23] The CSTC argues that the Court of Appeal correctly held that the Commission erred in refusing to rescope its proceeding to allow submissions on the consultation issue. It does not pursue earlier procedural arguments in this Court.

## II. The Legislative Framework

### A. *Legislation Regarding the Public Interest Determination*

[24] The 2007 EPA was subject to review before the Commission under the authority of s. 71 of the *Utilities Commission Act* to determine whether it was in the public interest. Prior to May 2008, this determination was to be based on the quantity of energy to be supplied; the availability of supplies; the price and availability of any other form of energy; the price of the energy supplied to a public utility company; and “any other factor that the commission considers relevant to the public interest”:

au mépris de l’obligation constitutionnelle de la Couronne. Le juge Donald pose la question suivante : [TRADUCTION] « Comment un contrat conclu par un mandataire de la Couronne dans le non-respect d’une obligation constitutionnelle peut-il être dans l’intérêt public? L’existence d’une telle obligation et l’allégation de non-respect doivent faire partie intégrante de l’examen relatif à l’intérêt public » (par. 42).

[22] Alcan et BC Hydro interjettent appel devant notre Cour. Elles soutiennent que la Cour d’appel a interprété trop largement l’obligation de la Couronne de consulter et le pouvoir du tribunal administratif de trancher les questions touchant à la consultation. Vu le mandat incombant à la Commission suivant sa loi constitutive et la preuve dont elle disposait, Alcan et BC Hydro prétendent que la Commission a conclu à juste titre qu’elle n’était pas tenue d’examiner la question de la consultation soulevée par le CTCS, car peu importe l’importance du droit de participation reconnu, il était impossible de conclure à l’existence d’une obligation de consulter relativement au CAÉ de 2007.

[23] Le CTCS avance que la Cour d’appel a eu raison de conclure que la Commission avait refusé à tort de redéfinir le cadre de l’audience de manière à permettre la présentation d’observations sur la question de la consultation. Il ne fait plus valoir les arguments procéduraux invoqués devant les tribunaux inférieurs.

## II. Le cadre législatif

### A. *Dispositions législatives régissant la décision relative à l’intérêt public*

[24] L’article 71 de la *Utilities Commission Act* prévoyait que la Commission devait examiner le CAÉ de 2007 pour déterminer si son approbation était dans l’intérêt public. Avant le mois de mai 2008, la décision devait tenir compte de la quantité d’énergie fournie, de la disponibilité de l’approvisionnement, du prix et de la disponibilité de toute autre forme d’énergie, du prix de l’énergie fournie à une entreprise de services publics et de [TRADUCTION] « tout autre élément jugé pertinent

*Utilities Commission Act*, s. 71(2)(a) to (e). Effective May 2008, these considerations were expanded to include “the government’s energy objectives” and its long-term resource plans: s. 71(2.1)(a) and (b). The public interest clause, however, was narrowed to considerations of the interests of potential British Columbia public utility customers: s. 71(2.1)(d).

*B. Legislation on the Commission’s Remedial Powers*

[25] Based on the above considerations, the Commission may issue an order approving the proposed contract under s. 71(2.4) of the *Utilities Commission Act* if it is found to be in the public interest. If it is not found to be in the public interest, the Commission can issue an order declaring the contract unenforceable, either wholly or in part, or “make any other order it considers advisable in the circumstances”: s. 71(2) and (3).

*C. Legislation on the Commission’s Jurisdiction and Appeals*

[26] Section 79 of the *Utilities Commission Act* states that all findings of fact made by the Commission within its jurisdiction are “binding and conclusive”. This is supplemented by s. 105 which grants the Commission “exclusive jurisdiction in all cases and for all matters in which jurisdiction is conferred on it by this or any other Act”. An appeal, however, lies from a decision or order of the Commission to the Court of Appeal with leave: s. 101(1).

[27] Together, ss. 79 and 105 of the *Utilities Commission Act* constitute a “privative clause” as defined in s. 1 of the *British Columbia Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45. Under s. 58 of the *Administrative Tribunals Act*, this privative clause attracts a “patently unreasonable” standard of judicial review to “a finding of fact or law or

eu égard à l’intérêt public » : al. 71(2)a) à e) de la *Utilities Commission Act*. À compter de mai 2008, se sont ajoutées les considérations suivantes : les [TRADUCTION] « objectifs énergétiques du gouvernement » et son plan à long terme en matière de ressources : al. 71(2.1)a) et b). Or, la disposition portant sur l’intérêt public a vu sa portée ramenée à la prise en compte des intérêts des clients éventuels d’une entreprise de services publics de la Colombie-Britannique : al. 71(2.1)d).

*B. Dispositions législatives régissant le pouvoir de réparation de la Commission*

[25] Au vu des considérations susmentionnées, la Commission peut, si elle juge qu’il est dans l’intérêt public de le faire, rendre une ordonnance approuvant le contrat projeté en application du par. 71(2.4) de la *Utilities Commission Act*. Si elle arrive à la conclusion contraire concernant l’intérêt public, elle peut, par voie d’ordonnance, déclarer le contrat inapplicable, en totalité ou en partie, ou [TRADUCTION] « rendre toute autre ordonnance qu’elle juge indiquée dans les circonstances » : par. 71(2) et (3).

*C. Dispositions législatives régissant la compétence de la Commission et le droit d’appel*

[26] L’article 79 de la *Utilities Commission Act* dispose que les conclusions de fait tirées par la Commission dans les limites de sa compétence sont [TRADUCTION] « opposables et définitives ». L’article 105 confère en outre à la Commission le [TRADUCTION] « pouvoir exclusif de statuer dans toute affaire et sur toute question relevant de sa compétence suivant la présente loi ou un autre texte législatif ». Ses décisions et ordonnances peuvent cependant être contestées devant la Cour d’appel, sur autorisation : par. 101(1).

[27] Ensemble, les art. 79 et 105 de la *Utilities Commission Act* constituent une [TRADUCTION] « disposition d’inattaquabilité » au sens de l’article premier de l’*Administrative Tribunals Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 2004, ch. 45. Suivant l’art. 58 de l’*Administrative Tribunals Act*, cette disposition d’inattaquabilité assujettit à la norme de

an exercise of discretion by the tribunal in respect of a matter over which it has exclusive jurisdiction under a privative clause”; a standard of correctness is to be applied in the review of “all [other] matters”.

[28] The jurisdiction of the commission is also arguably affected by s. 44(1) of the *Administrative Tribunals Act* which applies to the Commission by virtue of s. 2(4) of the *Utilities Commission Act*. Section 44(1) of the *Administrative Tribunals Act* states that “[t]he tribunal does not have jurisdiction over constitutional questions”. A “constitutional question” is defined in s. 1 of the *Administrative Tribunals Act* by s. 8 of the *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, c. 68. Section 8(2) says:

8. . . .

(2) If in a cause, matter or other proceeding

- (a) the constitutional validity or constitutional applicability of any law is challenged, or
- (b) an application is made for a constitutional remedy,

the law must not be held to be invalid or inapplicable and the remedy must not be granted until after notice of the challenge or application has been served on the Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia in accordance with this section.

A “constitutional remedy” is defined as “a remedy under section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* other than a remedy consisting of the exclusion of evidence or consequential on such exclusion”: *Constitutional Question Act*, s. 8(1).

D. *Section 35 of the Constitution Act, 1982*

[29] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* reads:

contrôle de la décision « manifestement déraisonnable » [TRADUCTION] « la conclusion de fait ou de droit ou l'exercice du pouvoir discrétionnaire relatifs à une question sur laquelle le tribunal a compétence exclusive du fait de l'existence d'une disposition d'inattaquabilité ». La norme de contrôle de la décision correcte vaut pour [TRADUCTION] « toute [autre] question ».

[28] On peut aussi soutenir que le par. 44(1) de l'*Administrative Tribunals Act* a une incidence sur la compétence de la Commission en ce qu'il s'applique à celle-ci suivant le par. 2(4) de la *Utilities Commission Act*. Le paragraphe 44(1) de l'*Administrative Tribunals Act* dispose qu'[TRADUCTION] « [u]n tribunal administratif n'a pas compétence pour trancher une question constitutionnelle ». L'article premier de l'*Administrative Tribunals Act* délimite cette matière par renvoi à l'art. 8 de la *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 68. Voici le texte du par. 8(2) de cette loi :

[TRADUCTION]

8. . . .

(2) Lorsque dans une instance, y compris un dossier ou une affaire,

- a) la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi est contestée ou
- b) une réparation constitutionnelle est demandée,

la loi ne doit pas être tenue pour invalide ou inapplicable, et la réparation ne doit pas être accordée sans qu'un avis de la contestation ou de la demande n'ait été signifié au procureur général du Canada et au procureur général de la Colombie-Britannique.

La [TRADUCTION] « réparation constitutionnelle » est définie comme étant « la réparation visée au par. 24(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, hormis celle consistant à écarter un élément de preuve ou découlant d'une telle mesure » : *Constitutional Question Act*, par. 8(1).

D. *L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982*

[29] Voici le libellé de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(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.

(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.

### III. The Issues

[30] The main issues that must be resolved are: (1) whether the Commission had jurisdiction to consider consultation; and (2) if so, whether the Commission’s refusal to rescope the inquiry to consider consultation should be set aside. In order to resolve these issues, it is necessary to consider when a duty to consult arises and the role of tribunals in relation to the duty to consult. These reasons will therefore consider:

1. When a duty to consult arises;
2. The role of tribunals in consultation;
3. The Commission’s jurisdiction to consider consultation;
4. The Commission’s Reconsideration Decision;
5. The Commission’s conclusion that approval of the 2007 EPA was in the public interest.

### IV. Analysis

#### A. *When Does the Duty to Consult Arise?*

[31] The Court in *Haida Nation* answered this question as follows: the duty to consult arises “when

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s’entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.

(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.

(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.

### III. Les questions en litige

[30] Les principales questions à trancher sont les suivantes : (1) la Commission avait-elle compétence pour se prononcer sur la consultation et (2), dans l’affirmative, le refus de la Commission de redéfinir le cadre de l’audience pour que la question de la consultation soit abordée devrait-il être annulé? Il faut dès lors déterminer les conditions auxquelles il y a obligation de consulter et examiner le rôle du tribunal administratif à l’égard de cette obligation. J’examinerai donc successivement ce qui suit :

1. les conditions auxquelles il y a obligation de consulter;
2. le rôle du tribunal administratif à l’égard de la consultation;
3. le pouvoir de la Commission de se prononcer sur la consultation;
4. la décision de la Commission sur la demande de révision;
5. la conclusion de la Commission portant que l’approbation du CAÉ de 2007 servait l’intérêt public.

### IV. Analyse

#### A. *À quelles conditions y a-t-il obligation de consulter?*

[31] Dans l’arrêt *Nation Haïda*, notre Cour établit que l’obligation de consulter prend naissance

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” (para. 35). This test can be broken down into three elements: (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. I will discuss each of these elements in greater detail. First, some general comments on the source and nature of the duty to consult are in order.

[32] The duty to consult is grounded in the honour of the Crown. It is a corollary of the Crown’s obligation to achieve the just settlement of Aboriginal claims through the treaty process. While the treaty claims process is ongoing, there is an implied duty to consult with the Aboriginal claimants on matters that may adversely affect their treaty and Aboriginal rights, and to accommodate those interests in the spirit of reconciliation: *Haida Nation*, at para. 20. As stated in *Haida Nation*, at para. 25:

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.

[33] The duty to consult described in *Haida Nation* derives from the need to protect Aboriginal interests while land and resource claims are ongoing or when the proposed action may impinge on an Aboriginal right. Absent this duty, Aboriginal groups seeking to protect their interests pending a

« 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 » (par. 35). Ce critère comporte trois volets : (1) la connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l’existence possible d’une revendication autochtone ou d’un droit ancestral, (2) la mesure envisagée de la Couronne et (3) la possibilité que cette mesure ait un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. J’examinerai chacun de ces volets plus en détail. D’abord, quelques remarques générales sont de mise concernant la source et la nature de l’obligation de consulter.

[32] L’obligation de consulter s’origine de l’honneur de la Couronne. Elle est un corollaire de celle d’arriver à un règlement équitable des revendications autochtones au terme du processus de négociation de traités. Lorsque les négociations sont en cours, la Couronne a l’obligation tacite de consulter les demandeurs autochtones sur ce qui est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur leurs droits issus de traités et leurs droits ancestraux, et de trouver des mesures d’accommodement dans un esprit de conciliation : *Nation Haïda*, par. 20. Comme le dit la Cour au par. 25 de cet arrêt :

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.

[33] L’obligation de consulter dont il est fait état dans l’arrêt *Nation Haïda* découle de la nécessité de protéger les intérêts autochtones lorsque des terres ou des ressources font l’objet de revendications ou que la mesure projetée peut empiéter sur un droit ancestral. Sans le respect de cette

final settlement would need to commence litigation and seek interlocutory injunctions to halt the threatening activity. These remedies have proven time-consuming, expensive, and are often ineffective. Moreover, with a few exceptions, many Aboriginal groups have limited success in obtaining injunctions to halt development or activities on the land in order to protect contested Aboriginal or treaty rights.

[34] Grounded in the honour of the Crown, the duty has both a legal and a constitutional character: *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6. The duty seeks to provide protection to Aboriginal and treaty rights while furthering the goals of reconciliation between Aboriginal peoples and the Crown. Rather than pitting Aboriginal peoples against the Crown in the litigation process, the duty recognizes that both must work together to reconcile their interests. It also accommodates the reality that often Aboriginal peoples are involved in exploiting the resource. Shutting down development by court injunction may serve the interest of no one. The honour of the Crown is therefore best reflected by a requirement for consultation with a view to reconciliation.

[35] *Haida Nation* sets the framework for dialogue prior to the final resolution of claims by requiring the Crown to take contested or established Aboriginal rights into account *before* making a decision that may have an adverse impact on them: J. Woodward, *Native Law*, vol. 1 (loose-leaf), at p. 5-35. The duty is *prospective*, fastening on rights yet to be proven.

[36] The nature of the duty varies with the situation. The richness of the required consultation increases with the strength of the *prima facie* Aboriginal claim and the seriousness of the impact on the underlying Aboriginal or treaty right: *Haida Nation*, at paras. 43-45, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment*

obligation, un groupe autochtone désireux de protéger ses intérêts jusqu'au règlement d'une revendication devrait s'adresser au tribunal pour obtenir une injonction interlocutoire ordonnant la cessation de l'activité préjudiciable. L'expérience enseigne qu'il s'agit d'une démarche longue, coûteuse et souvent vaine. De plus, sauf quelques exceptions, les groupes autochtones réussissent rarement à obtenir une injonction pour mettre fin à la mise en valeur des terres ou aux activités qui y sont exercées et ainsi protéger des droits ancestraux ou issus de traités qui sont contestés.

[34] Fondée sur l'honneur de la Couronne, l'obligation revêt un caractère à la fois juridique et constitutionnel : *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6. Elle vise la protection des droits ancestraux et issus de traités, ainsi que la réalisation de l'objectif de conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux de la Couronne. Elle reconnaît que les deux parties doivent collaborer pour concilier leurs intérêts au lieu de s'opposer dans un litige. Elle tient aussi compte du fait que les peuples autochtones participent souvent à l'exploitation des ressources. Empêcher la mise en valeur par voie d'injonction risque de ne servir l'intérêt de personne. L'honneur de la Couronne est donc davantage compatible avec une obligation de consulter axée sur la conciliation des intérêts respectifs des parties.

[35] L'arrêt *Nation Haïda* jette les bases du dialogue préalable au règlement définitif des revendications en obligeant la Couronne à tenir compte des droits ancestraux contestés ou établis *avant* de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits : J. Woodward, *Native Law*, vol. 1 (feuilles mobiles), p. 5-35. Il s'agit d'une obligation de nature *prospective* prenant appui sur des droits dont l'existence reste à prouver.

[36] La nature de l'obligation varie en fonction de la situation. La consultation exigée est plus approfondie lorsque la revendication autochtone paraît de prime abord fondée et que l'effet sur le droit ancestral ou issu de traité sous-jacent est grave : *Nation Haïda*, par. 43-45, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur*

*Director*), 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 32.

[37] The remedy for a breach of the duty to consult also varies with the situation. The Crown's failure to consult can lead to a number of remedies ranging from injunctive relief against the threatening activity altogether, to damages, to an order to carry out the consultation prior to proceeding further with the proposed government conduct: *Haida Nation*, at paras. 13-14.

[38] The duty to consult embodies what Brian Slattery has described as a "generative" constitutional order which sees "section 35 as serving a dynamic and not simply static function" ("Aboriginal Rights and the Honour of the Crown" (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, at p. 440). This dynamicism was articulated in *Haida Nation* as follows, at para. 32:

... 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*.

As the post-*Haida Nation* case law confirms, consultation is "[c]oncerned with an ethic of ongoing relationships" and seeks to further an ongoing process of reconciliation by articulating a preference for remedies "that promote ongoing negotiations": D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), at p. 21.

[39] Against this background, I now turn to the three elements that give rise to a duty to consult.

(1) Knowledge by the Crown of a Potential Claim or Right

[40] To trigger the duty to consult, the Crown must have real or constructive knowledge of a

*d'évaluation de projet*), 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 32.

[37] Le recours pour manquement à l'obligation de consulter varie également en fonction de la situation. L'omission de la Couronne de consulter les intéressés peut donner lieu à un certain nombre de mesures allant de l'injonction visant l'activité préjudiciable, à l'indemnisation, voire à l'ordonnance enjoignant au gouvernement de consulter avant d'aller de l'avant avec son projet : *Nation Haida*, par. 13-14.

[38] L'obligation de consulter s'inscrit dans ce que Brian Slattery qualifie d'ordre constitutionnel [TRADUCTION] « génératif » où « l'article 35 a une fonction dynamique et non purement statique » (« Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, p. 440). Ce dynamisme a été formulé comme suit dans l'arrêt *Nation Haida* (par. 32) :

... 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*.

Comme le confirme la jurisprudence postérieure à cet arrêt, la consultation [TRADUCTION] « s'attache au maintien de relations constantes » et à l'établissement d'un processus permanent de conciliation en ce qu'elle privilégie les mesures « qui favorisent la continuité des négociations » : D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), p. 21.

[39] Sur cette toile de fond, j'examine maintenant les trois éléments qui font naître l'obligation de consulter.

(1) Connaissance par la Couronne de l'existence possible d'une revendication ou d'un droit

[40] Pour qu'elle ait l'obligation de consulter, la Couronne doit avoir connaissance, concrètement

claim to the resource or land to which it attaches: *Haida Nation*, at para. 35. The threshold, informed by the need to maintain the honour of the Crown, is not high. Actual knowledge arises when a claim has been filed in court or advanced in the context of negotiations, or when a treaty right may be impacted: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, para. 34. Constructive knowledge arises when lands are known or reasonably suspected to have been traditionally occupied by an Aboriginal community or an impact on rights may reasonably be anticipated. While the existence of a potential claim is essential, proof that the claim will succeed is not. What is required is a credible claim. Tenuous claims, for which a strong *prima facie* case is absent, may attract a mere duty of notice. As stated in *Haida Nation*, at para. 37:

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.

[41] The claim or right must be one which actually exists and stands to be affected by the proposed government action. This flows from the fact that the purpose of consultation is to protect unproven or established rights from irreversible harm as the settlement negotiations proceed: Newman, at p. 30, citing *Haida Nation*, at paras. 27 and 33.

## (2) Crown Conduct or Decision

[42] Second, for a duty to consult to arise, there must be Crown conduct or a Crown decision that

ou par imputation, d'une revendication visant la ressource ou la terre qui s'y rattache : *Nation Haïda*, par. 35. La norme de preuve applicable, eu égard à la nécessité de préserver l'honneur de la Couronne, n'est pas stricte. Il y a connaissance réelle lorsqu'une revendication a été formulée dans une instance judiciaire ou lors de négociations, ou lorsqu'un droit issu de traité peut être touché : *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 34. Il y a connaissance par imputation lorsque l'on sait ou que l'on soupçonne raisonnablement que les terres ont été traditionnellement occupées par une collectivité autochtone ou que l'on peut raisonnablement prévoir qu'il y aura une incidence sur des droits. L'existence possible d'une revendication est essentielle, mais il n'est pas nécessaire de prouver que la revendication connaîtra une issue favorable. La revendication doit seulement être crédible. La revendication à l'assise fragile, dont le fondement ne paraît pas plausible à première vue, peut ne faire naître qu'une obligation d'informer. Comme l'affirme notre Cour dans l'arrêt *Nation Haïda* (par. 37) :

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.

[41] Il faut que la revendication ou le droit existe réellement et risque d'être compromis par la mesure gouvernementale, car l'objectif de la consultation est de protéger un droit, établi ou non, d'un préjudice irréparable, pendant les négociations en vue d'un règlement : Newman, p. 30, citant *Nation Haïda*, par. 27 et 33.

## (2) Mesure ou décision de la Couronne

[42] Deuxièmement, pour que naisse l'obligation de consulter, la mesure ou la décision de la

engages a potential Aboriginal right. What is required is conduct that may adversely impact on the claim or right in question.

[43] This raises the question of what government action engages the duty to consult. It has been held that such action is not confined to government exercise of statutory powers: *Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74, at paras. 94 and 104; *Wii'litswx v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315, at paras. 11-15. This accords with the generous, purposive approach that must be brought to the duty to consult.

[44] Further, government action is not confined to decisions or conduct which have an immediate impact on lands and resources. A potential for adverse impact suffices. Thus, the duty to consult extends to “strategic, higher level decisions” that may have an impact on Aboriginal claims and rights (Woodward, at p. 5-41 (emphasis omitted)). Examples include the transfer of tree licences which would have permitted the cutting of old-growth forest (*Haida Nation*); the approval of a multi-year forest management plan for a large geographic area (*Klahoose First Nation v. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110); the establishment of a review process for a major gas pipeline (*Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, [2007] 1 C.N.L.R. 1, aff'd 2008 FCA 20, 35 C.E.L.R. (3d) 1); and the conduct of a comprehensive inquiry to determine a province's infrastructure and capacity needs for electricity transmission (*An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re*, 2009 CarswellBC 3637 (B.C.U.C.)). We leave for another day the question of whether government conduct includes legislative action: see *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203, at paras. 37-40.

Couronne doit mettre en jeu un droit ancestral éventuel. La mesure doit être susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur la revendication ou le droit en question.

[43] Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir quelle mesure oblige le gouvernement à consulter. Il a été établi que cette mesure ne s'entend pas uniquement de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi : *Huu-Ay-Aht First Nation c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74, par. 94 et 104; *Wii'litswx c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315, par. 11-15. Cette conclusion s'inscrit dans l'approche généreuse et téléologique que commande l'obligation de consulter.

[44] En outre, une mesure gouvernementale ne s'entend pas uniquement d'une décision ou d'un acte qui a un effet immédiat sur des terres et des ressources. Un simple risque d'effet préjudiciable suffit. Ainsi, l'obligation de consulter naît aussi d'une [TRADUCTION] « décision stratégique prise en haut lieu » qui est susceptible d'avoir un effet sur des revendications autochtones et des droits ancestraux (Woodward, p. 5-41 (italiques omis)). Mentionnons quelques exemples : la cession de concessions de ferme forestière qui auraient permis l'abattage d'arbres dans de vieilles forêts (*Nation Haïda*), l'approbation d'un plan pluriannuel de gestion forestière visant un vaste secteur géographique (*Khaloose First Nation c. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110), la création d'un processus d'examen relativement à un gazoduc important (*Première nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354 (CanLII), conf. par 2008 CAF 20 (CanLII)), et l'examen approfondi des besoins d'infrastructure et de capacité de transport d'électricité d'une province (*An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re*, 2009 CarswellBC 3637 (B.C.U.C.)). La question de savoir si une mesure gouvernementale s'entend aussi d'une mesure législative devra être tranchée dans une affaire ultérieure : voir *R. c. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203, par. 37-40.

(3) Adverse Effect of the Proposed Crown Conduct on an Aboriginal Claim or Right

[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.

[46] Again, a generous, purposive approach to this element is in order, given that the doctrine's purpose, as stated by Newman, is "to recognize that actions affecting unproven Aboriginal title or rights or treaty rights can have irreversible effects that are not in keeping with the honour of the Crown" (p. 30, citing *Haida Nation*, at paras. 27 and 33). Mere speculative impacts, however, will not suffice. As stated in *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, at para. 44, there must be an "appreciable adverse effect on the First Nations' ability to exercise their aboriginal right". The adverse effect must be on the future exercise of the right itself; an adverse effect on a First Nation's future negotiating position does not suffice.

[47] Adverse impacts extend to any effect that may prejudice a pending Aboriginal claim or right. Often the adverse effects are physical in nature. However, as discussed in connection with what constitutes Crown conduct, high-level management decisions or structural changes to the resource's management may also adversely affect Aboriginal claims or rights even if these decisions have no "immediate impact on lands and resources": Woodward, at p. 5-41. This is because such structural changes to the resources management may set the stage for further decisions that will have a *direct* adverse impact on land and resources. For example,

(3) Effet préjudiciable de la mesure projetée par la Couronne sur une revendication autochtone ou un droit ancestral

[45] Le troisième élément requis pour qu'il y ait obligation de consulter est la possibilité que la mesure de la Couronne ait un effet sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Le demandeur doit établir un lien de causalité entre la mesure ou la décision envisagée par le gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Un acte fautif commis dans le passé, telle l'omission de consulter, ne suffit pas.

[46] Une approche généreuse et téléologique est aussi de mise à l'égard de ce troisième élément puisque, comme le dit Newman, l'objectif poursuivi est [TRADUCTION] « de reconnaître que les actes touchant un titre aborigène ou un droit ancestral non encore établi, ou des droits issus de traités, peuvent avoir des répercussions irréversibles qui sont incompatibles avec l'honneur de la Couronne » (p. 30, citant l'arrêt *Nation Haida*, par. 27 et 33). Cependant, de simples répercussions hypothétiques ne suffisent pas. Comme il appert de l'arrêt *R. c. Douglas*, [2007] BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, au par. 44, il doit y avoir un [TRADUCTION] « effet préjudiciable important sur la possibilité qu'une Première nation puisse exercer son droit ancestral ». Le préjudice doit toucher l'exercice futur du droit lui-même, et non seulement la position de négociation ultérieure de la Première nation.

[47] L'effet préjudiciable comprend toute répercussion risquant de compromettre une revendication autochtone ou un droit ancestral. Il est souvent de nature physique. Cependant, comme on l'a vu relativement à ce qui constitue une mesure de la Couronne, la décision prise en haut lieu ou la modification structurelle apportée à la gestion de la ressource risque aussi d'avoir un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral, et ce, même si elle n'a pas d'[TRADUCTION] « effet immédiat sur les terres et les ressources » : Woodward, p. 5-41. La raison en est qu'une telle modification structurelle de la

a contract that transfers power over a resource from the Crown to a private party may remove or reduce the Crown's power to ensure that the resource is developed in a way that respects Aboriginal interests in accordance with the honour of the Crown. The Aboriginal people would thus effectively lose or find diminished their constitutional right to have their interests considered in development decisions. This is an adverse impact: see *Haida Nation*, at paras. 72-73.

[48] An underlying or continuing breach, while remediable in other ways, is not an adverse impact for the purposes of determining whether a particular government decision gives rise to a duty to consult. The duty to consult is designed to prevent damage to Aboriginal claims and rights while claim negotiations are underway: *Haida Nation*, at para. 33. The duty arises when the Crown has *knowledge*, real or constructive, of the potential or actual existence of the Aboriginal right or title “and contemplates conduct that might adversely affect it”: *Haida Nation*, at para. 35 (emphasis added). This test was confirmed by the Court in *Mikisew Cree* in the context of treaty rights, at paras. 33-34.

[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. 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

gestion de la ressource peut ouvrir la voie à d'autres décisions ayant un effet préjudiciable *direct* sur les terres et les ressources. Par exemple, le contrat par lequel la Couronne cède à une partie privée la maîtrise d'une ressource risque de supprimer ou de réduire le pouvoir de la Couronne de faire en sorte que la ressource soit exploitée dans le respect des intérêts autochtones, conformément à l'honneur de la Couronne. Les Autochtones seraient alors dépouillés en tout ou en partie de leur droit constitutionnel de voir leurs intérêts pris en considération dans les décisions de mise en valeur, ce qui constitue un effet préjudiciable : voir l'arrêt *Nation Haïda*, par. 72-73.

[48] Une atteinte sous-jacente ou continue, même si elle ouvre droit à d'autres recours, ne constitue pas un effet préjudiciable lorsqu'il s'agit de déterminer si une décision gouvernementale particulière emporte l'obligation de consulter. La raison d'être de cette obligation est d'empêcher que les revendications autochtones et les droits ancestraux ne soient compromis pendant les négociations auxquelles ils donnent lieu : *Nation Haïda*, par. 33. L'obligation naît lorsque la Couronne a *connaissance*, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle ou réelle du droit ou titre ancestral revendiqué et qu'elle « envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci » : *Nation Haïda*, par. 35 (je souligne). Ce critère est repris par notre Cour relativement à des droits issus de traités dans l'arrêt *Première nation crie Mikisew*, par. 33-34.

[49] Il faut déterminer si une revendication ou un droit est susceptible d'être compromis par la mesure ou la décision *actuelle* du gouvernement. L'atteinte antérieure et continue, y compris l'omission de consulter, ne fait naître l'obligation de consulter que si la décision actuelle risque d'avoir un nouvel effet défavorable sur une revendication actuelle ou un droit existant. Il peut néanmoins y avoir recours pour une atteinte antérieure et continue, y compris l'omission de consulter. Comme le signale la Cour dans l'arrêt *Nation Haïda*, le non-respect de l'obligation de consulter peut donner droit à diverses réparations, dont l'indemnisation. Pour que naisse une nouvelle obligation de

Crown action must put current claims and rights in jeopardy.

[50] Nor does the definition of what constitutes an adverse effect extend to adverse impacts on the negotiating position of an Aboriginal group. The duty to consult, grounded in the need to protect Aboriginal rights and to preserve the future use of the resources claimed by Aboriginal peoples while balancing countervailing Crown interests, no doubt may have the ulterior effect of delaying ongoing development. The duty may thus serve not only as a tool to settle interim resource issues but also, and incidentally, as a tool to achieve longer term compensatory goals. Thus conceived, the duty to consult may be seen as a necessary element in the overall scheme of satisfying the Crown's constitutional duties to Canada's First Nations. However, cut off from its roots in the need to preserve Aboriginal interests, its purpose would be reduced to giving one side in the negotiation process an advantage over the other.

(4) An Alternative Theory of Consultation

[51] As we have seen, the duty to consult arises when: (1) the Crown has knowledge, actual or constructive, of potential aboriginal claims or rights; (2) the Crown proposes conduct or a decision; and (3) that conduct or decision may have an adverse impact on the Aboriginal claims or rights. This requires demonstration of a causal connection between the proposed Crown conduct and a potential adverse impact on an Aboriginal claim or right.

[52] The respondent's submissions are based on a broader view of the duty to consult. It argues that even if the 2007 EPA will have no impact on the Nechako River water levels, the Nechako fisheries

consulter — ce dont il est question en l'espèce —, une mesure envisagée par la Couronne doit mettre en péril une revendication actuelle ou un droit existant.

[50] L'effet préjudiciable ne s'entend pas non plus d'une répercussion négative sur la position de négociation d'un groupe autochtone. L'obligation de consulter, que justifie la nécessité de protéger les droits ancestraux et de préserver l'utilisation ultérieure des ressources revendiquées par les peuples autochtones, compte tenu des intérêts opposés de la Couronne, peut assurément retarder au final la mise en valeur entreprise. Elle peut donc servir non seulement à régler provisoirement une question relative aux ressources, mais aussi, accessoirement, à atteindre un objectif d'indemnisation à long terme. Vue sous cet angle, l'obligation de consulter peut être considérée comme un maillon essentiel du dispositif global permettant à la Couronne de s'acquitter de ses obligations constitutionnelles envers les Premières nations du Canada. Toutefois, dissociée de sa raison d'être qu'est la nécessité de préserver les intérêts autochtones, l'obligation de consulter viserait seulement à favoriser une partie par rapport à une autre dans le processus de négociation.

(4) Interprétation nouvelle de l'obligation de consulter

[51] Rappelons que l'obligation de consulter prend naissance lorsque (1) la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral, (2) qu'elle envisage une mesure ou une décision et (3) que cette mesure ou cette décision est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur la revendication autochtone ou le droit ancestral. Il faut donc établir un lien de causalité entre la mesure projetée par la Couronne et l'effet préjudiciable possible sur une revendication autochtone ou un droit ancestral.

[52] L'intimé fonde ses prétentions sur une interprétation plus large de l'obligation de consulter. Il prétend que même si le CAÉ de 2007 n'aura aucun impact sur les niveaux d'eau de la rivière

or the management of the contested resource, the duty to consult may be triggered because the 2007 EPA is part of a larger hydro-electric project which continues to impact its rights. The effect of this proposition is that if the Crown proposes an action, however limited, that relates to a project that impacts Aboriginal claims or rights, a fresh duty to consult arises. The current government action or decision, however inconsequential, becomes the hook that secures and reels in the constitutional duty to consult on the entire resource.

[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.

[54] 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.

Nechako, ses stocks de poissons ou la gestion de la ressource visée par le litige, il peut y avoir obligation de consulter, car le CAÉ de 2007 fait partie d'un projet hydroélectrique qui continue d'avoir des répercussions sur ses droits. Dès lors, si la Couronne projette quelque mesure — aussi modeste soit-elle — se rapportant à un projet qui touche une revendication autochtone ou un droit ancestral, une nouvelle obligation de consulter voit le jour. La mesure ou la décision gouvernementale en cause, qu'elle ait peu de conséquences, voire aucune, devient le fondement de l'obligation constitutionnelle de consulter relativement à la totalité de la ressource.

[53] Je ne peux adhérer à cette interprétation de l'obligation de consulter. L'arrêt *Nation Haïda* écarte une interprétation aussi large. La Cour y fait reposer l'obligation de consulter sur la nécessité de préserver les droits ancestraux allégués jusqu'au règlement des revendications. L'objet de la consultation se limite donc aux seuls 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.

[54] La thèse d'une obligation de consulter plus étendue s'appuie sur un principe en matière de preuve — celui du fruit de l'arbre empoisonné — selon lequel la Couronne ne saurait aujourd'hui tirer avantage de ses fautes d'hier. L'intimé prétend donc que l'omission de consulter les Premières nations du CTCS au sujet du projet initial de barrage et de dérivation d'eau empêche toute poursuite de l'exploitation de cette ressource tant qu'il n'y a pas eu consultation sur l'ensemble de la ressource et de sa gestion. Or, comme le fait observer la Cour dans l'arrêt *Nation Haïda*, l'absence de consultation ouvre droit à diverses réparations, y compris l'indemnisation. L'ordonnance de consulter n'est indiquée que lorsque la mesure projetée par la Couronne, qu'elle soit immédiate ou prospective, est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits établis ou revendiqués. Sinon, d'autres réparations peuvent être plus indiquées.

### B. *The Role of Tribunals in Consultation*

[55] The duty on a tribunal to consider consultation and the scope of that inquiry depends on the mandate conferred by the legislation that creates the tribunal. Tribunals are confined to the powers conferred on them by their constituent legislation: *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765. It follows that the role of particular tribunals in relation to consultation depends on the duties and powers the legislature has conferred on it.

[56] The legislature may choose to delegate to a tribunal the Crown's duty to consult. As noted in *Haida Nation*, it is open to governments to set up regulatory schemes to address the procedural requirements of consultation at different stages of the decision-making process with respect to a resource.

[57] Alternatively, the legislature may choose to confine a tribunal's power to determinations of whether adequate consultation has taken place, as a condition of its statutory decision-making process. In this case, the tribunal is not itself engaged in the consultation. Rather, it is reviewing whether the Crown has discharged its duty to consult with a given First Nation about potential adverse impacts on their Aboriginal interest relevant to the decision at hand.

[58] Tribunals considering resource issues touching on Aboriginal interests may have neither of these duties, one of these duties, or both depending on what responsibilities the legislature has conferred on them. Both the powers of the tribunal to consider questions of law and the remedial powers granted it by the legislature are relevant considerations in determining the contours of that tribunal's jurisdiction: *Conway*. As such, they are also relevant to determining whether a particular tribunal has a duty to consult, a duty to consider consultation, or no duty at all.

[59] The decisions below and the arguments before us at times appear to merge the different

### B. *Le rôle du tribunal administratif dans la consultation*

[55] L'obligation du tribunal administratif de se pencher sur la consultation et sur la portée de celle-ci dépend de la mission que lui confie sa loi constitutive. Un tribunal administratif doit s'en tenir à l'exercice des pouvoirs que lui confère sa loi habilitante : *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765. Il s'ensuit que le rôle d'un tribunal administratif en ce qui a trait à la consultation tient à ses obligations et à ses attributions légales.

[56] Le législateur peut décider de lui déléguer l'obligation de la Couronne de consulter. Comme le signale la Cour dans l'arrêt *Nation Haida*, il est loisible aux gouvernements de mettre en place des régimes de réglementation fixant les exigences procédurales de la consultation aux différentes étapes du processus décisionnel relatif à une ressource.

[57] Sinon, il peut lui confier le seul pouvoir de décider si une consultation adéquate a eu lieu, l'exercice de ce pouvoir faisant dès lors partie de son processus décisionnel. En pareil cas, le tribunal administratif ne participe pas à la consultation. Il s'assure plutôt que la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter une Première nation en particulier sur un éventuel effet préjudiciable de la décision en cause sur ses droits ancestraux.

[58] Le tribunal administratif appelé à examiner une question ayant trait à une ressource et ayant une incidence sur des intérêts autochtones peut n'avoir ni l'une ni l'autre de ces obligations, n'avoir que l'une d'elles ou avoir les deux, selon les attributions que lui confère le législateur. Tant son pouvoir légal d'examiner une question de droit que celui d'accorder réparation sont pertinents pour circonscrire sa compétence : *Conway*. Ils sont donc aussi pertinents pour déterminer si un tribunal administratif particulier est tenu d'effectuer une consultation ou de se pencher sur la consultation, ou s'il n'a aucune obligation en la matière.

[59] Les décisions des tribunaux inférieurs et les prétentions formulées devant notre Cour paraissent

duties of consultation and its review. In particular, it is suggested that every tribunal with jurisdiction to consider questions of law has a constitutional duty to consider whether adequate consultation has taken place and, if not, to itself fulfill the requirement regardless of whether its constituent statute so provides. The reasoning seems to be that this power flows automatically from the power of the tribunal to consider legal and hence constitutional questions. Lack of consultation amounts to a constitutional vice that vitiates the tribunal's jurisdiction and, in the case before us, makes it inconsistent with the public interest. In order to perform its duty, it must rectify the vice by itself engaging in the missing consultation.

[60] This argument cannot be accepted, in my view. A tribunal has only those powers that are expressly or implicitly conferred on it by statute. In order for a tribunal to have the power to enter into interim resource consultations with a First Nation, pending the final settlement of claims, the tribunal must be expressly or impliedly authorized to do so. The power to engage in consultation itself, as distinct from the jurisdiction to determine whether a duty to consult exists, cannot be inferred from the mere power to consider questions of law. Consultation itself is not a question of law; it is a distinct and often complex constitutional process and, in certain circumstances, a right involving facts, law, policy, and compromise. The tribunal seeking to engage in consultation itself must therefore possess remedial powers necessary to do what it is asked to do in connection with the consultation. The remedial powers of a tribunal will depend on that tribunal's enabling statute, and will require discerning the legislative intent: *Conway*, at para. 82.

[61] A tribunal that has the power to consider the adequacy of consultation, but does not itself have the power to enter into consultations, should provide whatever relief it considers appropriate in the circumstances, in accordance with the remedial powers expressly or impliedly conferred upon it by

parfois amalgamer les différentes obligations en ce qui concerne la consultation et le contrôle de leur exécution. On prétend plus particulièrement que tout tribunal administratif compétent pour examiner une question de droit a l'obligation constitutionnelle de s'assurer qu'il y a eu consultation adéquate et, s'il n'y en a pas eu, de consulter lui-même les intéressés, que sa loi constitutive le prévoit ou non. Le raisonnement veut que ce pouvoir découle automatiquement du pouvoir du tribunal administratif d'examiner des questions de droit et, par conséquent, des questions constitutionnelles. L'absence de consultation équivaldrait à un vice constitutionnel qui annulerait la compétence du tribunal administratif et qui, en l'espèce, la rendrait contraire à l'intérêt public. Pour s'acquitter de son obligation, le tribunal administratif devrait remédier au vice en effectuant lui-même la consultation.

[60] À mon avis, on ne peut faire droit à cette thèse. Un tribunal administratif n'a que les pouvoirs qui lui sont expressément ou implicitement conférés par la loi. Pour qu'il puisse consulter une Première nation au sujet d'une ressource avant le règlement définitif de revendications, il doit y être expressément ou implicitement autorisé. Le pouvoir de consulter, qui est distinct du pouvoir de déterminer s'il existe une obligation de consulter, ne peut être inféré du simple pouvoir d'examiner une question de droit. La consultation comme telle n'est pas une question de droit. Il s'agit d'un processus constitutionnel distinct, souvent complexe, et dans certaines circonstances, d'un droit mettant en jeu faits, droit, politique et compromis. Par conséquent, le tribunal administratif désireux d'effectuer lui-même la consultation doit avoir le pouvoir de réparation nécessaire pour faire ce à quoi on l'exhorte relativement à la consultation. Le pouvoir de réparation d'un tribunal administratif tient à sa loi habilitante et à l'intention du législateur : *Conway*, par. 82.

[61] Le tribunal administratif doté du pouvoir de se prononcer sur le caractère adéquat de la consultation, mais non du pouvoir d'effectuer celle-ci, doit accorder la réparation qu'il juge indiquée dans les circonstances, conformément aux pouvoirs de réparation qui lui sont expressément ou implicitement

statute. The goal is to protect Aboriginal rights and interests and to promote the reconciliation of interests called for in *Haida Nation*.

[62] The fact that administrative tribunals are confined to the powers conferred on them by the legislature, and must confine their analysis and orders to the ambit of the questions before them on a particular application, admittedly raises the concern that governments may effectively avoid their duty to consult by limiting a tribunal's statutory mandate. The fear is that if a tribunal is denied the power to consider consultation issues, or if the power to rule on consultation is split between tribunals so as to prevent any one from effectively dealing with consultation arising from particular government actions, the government might effectively be able to avoid its duty to consult.

[63] As the B.C. Court of Appeal rightly found, the duty to consult with Aboriginal groups, triggered when government decisions have the potential to adversely affect Aboriginal interests, is a constitutional duty invoking the honour of the Crown. It must be met. If the tribunal structure set up by the legislature is incapable of dealing with a decision's potential adverse impacts on Aboriginal interests, then the Aboriginal peoples affected must seek appropriate remedies in the courts: *Haida Nation*, at para. 51.

[64] Before leaving the role of tribunals in relation to consultation, it may be useful to review the standard of review that courts should apply in addressing the decisions of tribunals. The starting point is *Haida Nation*, at para. 61:

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. . . . 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

conférés par sa loi habilitante. L'objectif est de protéger les droits et les intérêts des Autochtones et de favoriser la conciliation d'intérêts que préconise notre Cour dans l'arrêt *Nation Haïda*.

[62] Qu'un tribunal administratif doive s'en tenir à l'exercice de ses pouvoirs légaux et ne faire porter son analyse et ses décisions que sur les questions particulières dont il est saisi comporte certes le risque qu'un gouvernement se soustraie de fait à l'obligation de consulter en limitant le mandat d'un tribunal administratif. On peut craindre en effet qu'en privant un tribunal administratif du pouvoir d'examiner les questions relatives à la consultation ou en répartissant le pouvoir de statuer en la matière entre plusieurs tribunaux administratifs de manière qu'aucun d'eux ne puisse se pencher sur l'obligation de consulter que font naître certaines mesures gouvernementales, le gouvernement se soustraie de fait à cette obligation.

[63] Comme le conclut à juste titre la Cour d'appel, l'obligation de consulter les peuples autochtones, qui naît lorsque le gouvernement prend une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs intérêts, est une obligation constitutionnelle qui fait intervenir l'honneur de la Couronne et qui doit être respectée. Si le régime administratif mis en place par le législateur ne peut remédier aux éventuels effets préjudiciables d'une décision sur des intérêts autochtones, les Premières nations touchées doivent alors s'adresser à une cour de justice pour obtenir la réparation voulue : *Nation Haïda*, par. 51.

[64] Avant de passer au volet suivant de l'analyse, il me paraît indiqué de préciser quelle norme de contrôle s'applique à la décision du tribunal administratif. Prenons comme point de départ le par. 61 de l'arrêt *Nation Haïda* :

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. [ . . . ] En l'absence d'erreur sur des questions de droit, il est possible que le tribunal

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 . . . .

[65] It is therefore clear that some deference is appropriate on matters of mixed fact and law, invoking the standard of reasonableness. This, of course, does not displace the need to take express legislative intention into account in determining the appropriate standard of review on particular issues: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339. It follows that it is necessary in this case to consider the provisions of the *Administrative Tribunals Act* and the *Utilities Commission Act* in determining the appropriate standard of review, as will be discussed more fully below.

### C. *The Commission's Jurisdiction to Consider Consultation*

[66] Having considered the law governing when a duty to consult arises and the role of tribunals in relation to the duty to consult, I return to the questions at issue on appeal.

[67] The first question is whether consideration of the duty to consult was within the mandate of the Commission. This being an issue of jurisdiction, the standard of review at common law is correctness. The relevant statutes, discussed earlier, do not displace that standard. I therefore agree with the Court of Appeal that the Commission did not err in concluding that it had the power to consider the issue of consultation.

[68] As discussed above, issues of consultation between the Crown and Aboriginal groups arise from s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. They therefore have a constitutional dimension. The question is whether the Commission possessed the power to

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 . . . .

[65] Il est donc clair qu'une certaine déférence s'impose à l'égard d'une décision sur une question mixte de fait et de droit, d'où l'application de la norme de la raisonabilité. Ce qui n'écarte évidemment pas la nécessité de tenir compte de l'intention expresse du législateur pour déterminer la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer dans un cas donné : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339. Il faut donc, en l'espèce, considérer les dispositions de l'*Administrative Tribunals Act* et de la *Utilities Commission Act* pour arrêter la bonne norme de contrôle, ce dont il est question plus en détail ci-après.

### C. *Le pouvoir de la Commission de se pencher sur la consultation*

[66] Après examen du droit régissant l'existence de l'obligation de consulter et le rôle du tribunal administratif relativement à celle-ci, je reviens sur les questions en litige dans le pourvoi.

[67] D'abord, l'examen de l'obligation de consulter relevait-elle du mandat de la Commission? S'agissant d'une question de compétence, la norme de contrôle est, en common law, celle de la décision correcte. Les lois applicables considérées précédemment n'écartent pas cette norme. Je conviens donc avec la Cour d'appel que la Commission n'a pas eu tort de conclure qu'elle avait le pouvoir de se pencher sur la question de la consultation.

[68] Rappelons que la consultation des peuples autochtones par la Couronne découle de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de sorte qu'elle revêt une dimension constitutionnelle. Il faut déterminer si la Commission avait le pouvoir d'en faire

consider such an issue. As discussed, above, tribunals are confined to the powers conferred on them by the legislature: *Conway*. We must therefore ask whether the *Utilities Commission Act* conferred on the Commission the power to consider the issue of consultation, grounded as it is in the Constitution.

[69] It is common ground that the *Utilities Commission Act* empowers the Commission to decide questions of law in the course of determining whether the 2007 EPA is in the public interest. The power 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 (*Conway*, at para. 81; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585, at para. 39). “[S]pecialized tribunals with both the expertise and authority to decide questions of law are in the best position to hear and decide constitutional questions related to their statutory mandates”: *Conway*, at para. 6.

[70] Beyond its general power to consider questions of law, the factors the Commission is required to consider under s. 71 of the *Utilities Commission Act*, while focused mainly on economic issues, are broad enough to include the issue of Crown consultation with Aboriginal groups. At the time, s. 71(2)(e) required the Commission to consider “any other factor that the commission considers relevant to the public interest”. The constitutional dimension of the duty to consult gives rise to a special public interest, surpassing the dominantly economic focus of the consultation under the *Utilities Commission Act*. As Donald J.A. asked, “How can a contract formed by a Crown agent in breach of a constitutional duty be in the public interest?” (para. 42).

[71] This conclusion is not altered by the *Administrative Tribunals Act*, which provides that a tribunal does not have jurisdiction over

un objet de son examen. Je le répète, un tribunal administratif doit s'en tenir à l'exercice des pouvoirs conférés par le législateur : arrêt *Conway*. Nous devons donc nous demander si la *Utilities Commission Act* reconnaissait à la Commission le pouvoir d'examiner la question de la consultation du fait de l'assise constitutionnelle de celle-ci.

[69] Il est reconnu que la *Utilities Commission Act* investit la Commission du pouvoir de trancher des questions de droit aux fins de déterminer si le CAÉ de 2007 sert l'intérêt public. 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 (*Conway*, par. 81; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585, par. 39). « [U]n tribunal spécialisé jouissant à la fois de l'expertise et du pouvoir requis pour trancher une question de droit est le mieux placé pour trancher une question constitutionnelle se rapportant à son mandat légal » : *Conway*, par. 6.

[70] Outre les questions de droit qu'elle a le pouvoir général d'examiner, les éléments dont la Commission doit tenir compte suivant l'art. 71 de la *Utilities Commission Act*, bien qu'ils soient surtout axés sur l'économie, sont suffisamment généraux pour englober la consultation des Autochtones par la Couronne. L'alinéa 71(2)e) exigeait aussi de la Commission qu'elle tienne compte de [TRADUCTION] « tout autre élément jugé pertinent eu égard à l'intérêt public ». L'aspect constitutionnel de l'obligation de consulter fait naître un intérêt public spécial qui écarte la prédominance de l'angle économique dans la consultation prévue par la *Utilities Commission Act*. Comme le demande le juge Donald de la Cour d'appel, [TRADUCTION] « Comment un contrat conclu par un mandataire de la Couronne dans le non-respect d'une obligation constitutionnelle peut-il être dans l'intérêt public? » (par. 42).

[71] L'*Administrative Tribunals Act* de la Colombie-Britannique ne modifie pas cette conclusion même si elle prévoit qu'un tribunal administratif

constitutional matters. Section 2(4) of the *Utilities Commission Act* makes certain sections of the *Administrative Tribunals Act* applicable to the Commission. This includes s. 44(1) which provides that “[t]he tribunal does not have jurisdiction over constitutional questions.” However, “constitutional question” is defined narrowly in s. 1 of the *Administrative Tribunals Act* as “any question that requires notice to be given under section 8 of the *Constitutional Question Act*”. Notice is required only for challenges to the constitutional validity or constitutional applicability of any law, or are application for a constitutional remedy.

[72] The application to the Commission by the CSTC for a rescoping order to address consultation issues does not fall within this definition. It is not a challenge to the constitutional validity or applicability of a law, nor a claim for a constitutional remedy under s. 24 of the *Charter* or s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In broad terms, consultation under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* is a constitutional question: *Paul*, para. 38. However, the provisions of the *Administrative Tribunals Act* and the *Constitutional Question Act* do not indicate a clear intention on the part of the legislature to exclude from the Commission’s jurisdiction the duty to consider whether the Crown has discharged its duty to consult with holders of relevant Aboriginal interests. It follows that, in applying the test articulated in *Paul* and *Conway*, the Commission has the constitutional jurisdiction to consider the adequacy of Crown consultation in relation to matters properly before it.

[73] For these reasons, I conclude that the Commission had the power to consider whether adequate consultation with concerned Aboriginal peoples had taken place.

[74] While the *Utilities Commission Act* conferred on the Commission the power to consider whether adequate consultation had taken place,

n’a pas compétence en matière constitutionnelle. Le paragraphe 2(4) de la *Utilities Commission Act* assujettit la Commission à certaines dispositions de l’*Administrative Tribunals Act*, dont le par. 44(1), qui dispose qu’[TRADUCTION] « [u]n tribunal administratif n’a pas compétence pour trancher une question constitutionnelle. » Or, le terme [TRADUCTION] « question constitutionnelle » est défini de manière stricte à l’article premier comme s’entendant de « toute question exigeant qu’un avis soit donnée en application de l’article 8 de la *Constitutional Question Act* ». L’avis n’est requis que lorsque la validité ou l’applicabilité constitutionnelle d’une loi est contestée ou qu’une réparation constitutionnelle est demandée.

[72] L’objet de la demande présentée à la Commission par le CTCS pour que le cadre de l’audience soit redéfini de manière à englober la question de la consultation ne correspond pas à cette définition. Il n’y avait ni contestation de la validité ou de l’applicabilité constitutionnelle d’une loi, ni demande de réparation fondée sur l’art. 24 de la *Charte* ou l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. De manière générale, la consultation visée à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* correspond à une question constitutionnelle : *Paul*, par. 38. Toutefois, l’intention du législateur de soustraire à la compétence de la Commission la question de savoir si la Couronne s’est acquittée de son obligation de consulter les titulaires des droits ancestraux en cause ne ressort ni de l’*Administrative Tribunals Act* ni de la *Constitutional Question Act*. Dès lors, suivant le critère dégagé dans les arrêts *Paul* et *Conway*, la Commission a compétence constitutionnelle pour se pencher sur le caractère adéquat de la consultation effectuée par la Couronne relativement aux questions dont elle est régulièrement saisie.

[73] C’est pourquoi j’estime que la Commission avait le pouvoir de déterminer si les peuples autochtones touchés avaient été convenablement consultés.

[74] Même si la *Utilities Commission Act* confère à la Commission le pouvoir de déterminer si une consultation adéquate a eu lieu, elle ne va pas jusqu’à

its language did not extend to empowering the Commission to engage in consultations in order to discharge the Crown's constitutional obligation to consult. As discussed above, legislatures may delegate the Crown's duty to consult to tribunals. However, the Legislature did not do so in the case of the Commission. Consultation 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. The Commission's power to consider questions of law and matters relevant to the public interest does not empower it to itself engage in consultation with Aboriginal groups.

[75] As the Court of Appeal rightly found, the duty to consult with Aboriginal groups, triggered when government decisions have the potential to adversely affect Aboriginal interests, is a constitutional duty invoking the honour of the Crown. It must be met. If the tribunal structure set up by the Legislature is incapable of dealing with a decision's potential adverse impacts on Aboriginal interests, then the Aboriginal peoples affected must seek appropriate remedies in the courts: *Haida Nation*, at para. 51.

#### D. *The Commission's Reconsideration Decision*

[76] The Commission correctly accepted that it had the power to consider the adequacy of consultation with Aboriginal groups. The reason it decided it would not consider this issue was not for want of power, but because it concluded that the consultation issue could not arise, given its finding that the 2007 EPA would not adversely affect any Aboriginal interest.

[77] As reviewed earlier in these reasons, the Commission held a hearing into the issue of whether the main hearing should be rescoped to permit exploration of the consultation issue. The evidence at this hearing was directed to the issue

l'autoriser à entreprendre elle-même la consultation et à s'acquitter de l'obligation constitutionnelle de la Couronne. Je rappelle que le législateur peut déléguer à un tribunal administratif l'obligation de la Couronne de consulter. Toutefois, en l'espèce, il ne l'a pas fait vis-à-vis de la Commission. La consultation ne constitue pas comme telle une question de droit, mais une démarche constitutionnelle distincte exigeant le pouvoir de transiger et d'accomplir tout ce qui est nécessaire pour concilier les intérêts divergents de la Couronne et des Autochtones. Le pouvoir de la Commission d'examiner les questions de droit et tout élément pertinent pour ce qui concerne l'intérêt public ne l'autorise pas à entreprendre elle-même la consultation des groupes autochtones.

[75] Comme le conclut à juste titre la Cour d'appel, l'obligation de consulter les peuples autochtones, qui naît lorsque le gouvernement prend une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs intérêts, est une obligation constitutionnelle qui fait intervenir l'honneur de la Couronne et qui doit être respectée. Lorsque le régime administratif mis en place par le législateur ne peut remédier aux éventuels effets préjudiciables d'une décision sur des intérêts autochtones, les Premières nations touchées doivent s'adresser à une cour de justice pour obtenir la réparation voulue : *Nation Haïda*, par. 51.

#### D. *La décision de la Commission sur la demande de révision*

[76] La Commission a reconnu à juste titre avoir le pouvoir d'examiner le caractère adéquat de la consultation des groupes autochtones. Elle a décidé de ne pas se pencher sur la question non pas parce qu'elle n'en avait pas le pouvoir, mais parce qu'elle estimait que la question ne pouvait se poser étant donné sa conclusion que le CAÉ de 2007 n'aurait pas d'effet préjudiciable sur quelque intérêt autochtone.

[77] Comme nous l'avons vu, la Commission a tenu une audience sur la question de savoir s'il fallait recadrer l'audience principale de manière à permettre l'examen de la question de la consultation. La preuve alors produite portait sur l'effet

of whether approval of the 2007 EPA would have any adverse impact on the interests of the CSTC First Nations. The Commission considered both the impact of the 2007 EPA on river levels (physical impact) and on the management and control of the resource. The Commission concluded that the 2007 EPA would not have any adverse physical impact on the Nechako River and its fishery. It also concluded that the 2007 EPA did not “transfer or change control of licenses or authorization”, negating adverse impacts from management or control changes. The Commission held that an underlying infringement (i.e. failure to consult on the initial project) was not sufficient to trigger a duty to consult. It therefore dismissed the application for reconsideration and declined to rescope the hearing to include consultation issues.

[78] The determination that rescoping was not required because the 2007 EPA could not affect Aboriginal interests is a mixed question of fact and law. As directed by *Haida Nation*, the standard of review applicable to this type of decision is normally reasonableness (understood in the sense that any conclusion resting on incorrect legal principles of law would not be reasonable). However, the provisions of the relevant statutes, discussed earlier, must be considered. The *Utilities Commission Act* provides that the Commission’s findings of fact are “binding and conclusive”, attracting a patently unreasonable standard under the *Administrative Tribunals Act*. Questions of law must be correctly decided. The question before us is a question of mixed fact and law. It falls between the legislated standards and thus attracts the common law standard of “reasonableness” as set out in *Haida Nation* and *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[79] A duty to consult arises, as set out above, 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

préjudiciable éventuel de l’approbation du CAÉ de 2007 sur les intérêts des Premières nations du CTCS. La Commission a examiné l’effet du CAÉ de 2007 tant sur les niveaux d’eau (impact physique) que sur la gestion de la ressource et sa maîtrise. Elle a conclu que le CAÉ de 2007 n’aurait aucun impact physique négatif sur la rivière Nechako et ses ressources halieutiques. Elle a aussi estimé que le CAÉ de 2007 n’entraînerait [TRADUCTION] « ni transfert ni modification des licences ou des autorisations », écartant du coup tout effet préjudiciable causé par une modification touchant à la gestion ou à la maîtrise. Selon elle, une atteinte sous-jacente (soit l’omission de consulter relativement au projet initial) ne suffisait pas pour faire naître une obligation de consulter. Elle a donc rejeté la demande de révision et refusé de recadrer l’audience de manière que celle-ci porte aussi sur la consultation.

[78] La décision selon laquelle le recadrage n’était pas nécessaire parce que le CAÉ de 2007 ne pouvait avoir d’incidence sur des intérêts autochtones porte sur une question mixte de fait et de droit. Suivant l’arrêt *Nation Haïda*, la norme de contrôle applicable à ce genre de décision est habituellement celle de la raisonnable (au sens où toute conclusion fondée sur un principe de droit erroné n’est pas raisonnable). Cependant, il faut tenir compte des dispositions des lois applicables examinées précédemment. La *Utilities Commission Act* prévoit que les conclusions de fait de la Commission sont [TRADUCTION] « opposables et définitives », ce qui appelle la norme de la décision manifestement déraisonnable suivant l’*Administrative Tribunals Act*. La décision portant sur une question de droit doit être correcte. Or, la question dont nous sommes saisis est une question mixte de fait et de droit. Elle appelle une norme se situant entre celles établies par la loi, à savoir la norme de la raisonnable, issue de la common law et consacrée par les arrêts *Nation Haïda* et *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

[79] Rappelons que l’obligation de consulter prend naissance lorsque les éléments suivants sont réunis : a) connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l’existence possible d’une revendication autochtone ou d’un droit ancestral, b) mesure

adversely affect the Aboriginal claim or right. If, in applying the test set out in *Haida Nation*, it is arguable that a duty to consult could arise, the Commission would have been wrong to dismiss the rescoping order.

[80] The first element of the duty to consult — Crown knowledge of a potential Aboriginal claim or right — need not detain us. The CSTC First Nations' claims were well-known to the Crown; indeed, it was lodged in the Province's formal claims resolution process.

[81] Nor need the second element — proposed Crown conduct or decision — detain us. BC Hydro's proposal to enter into an agreement to purchase electricity from Alcan is clearly proposed Crown conduct. BC Hydro is a Crown corporation. It acts in place of the Crown. No one seriously argues that the 2007 EPA does not represent a proposed action of the Province of British Columbia.

[82] The third element — adverse impact on an Aboriginal claim or right caused by the Crown conduct — presents greater difficulty. The Commission, referring to *Haida Nation*, took the view that to meet the adverse impact requirement, "more than just an underlying infringement" was required. In other words, it must be shown that the 2007 EPA could "adversely affect" a current Aboriginal interest. The Court of Appeal rejected, or must be taken to have rejected, the Commission's view of the matter.

[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

projetée par la Couronne et c) risque que celle-ci ait un effet préjudiciable sur la revendication ou le droit. Si, au regard du critère établi dans l'arrêt *Nation Haïda*, on peut soutenir qu'une obligation de consulter pouvait exister, la Commission a eu tort de rejeter la demande de recadrage de l'audience.

[80] Il n'y a pas lieu de s'arrêter au premier élément — la connaissance par la Couronne de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral. Les revendications des Premières nations du CTCS étaient bien connues de la Couronne et avaient en fait été formulées dans le cadre du processus formel mis sur pied par la province pour le règlement des revendications autochtones.

[81] Il n'y a pas lieu non plus de s'attarder au deuxième élément — la mesure ou la décision projetée par la Couronne. Le projet de BC Hydro de conclure avec Alcan un contrat d'achat d'électricité constitue clairement une mesure projetée par la Couronne. BC Hydro est une société d'État qui agit au nom de la Couronne. Nul ne prétend sérieusement que le CAÉ de 2007 n'équivaut pas à une mesure projetée par la province de la Colombie-Britannique.

[82] Le troisième élément — l'effet préjudiciable de la mesure de la Couronne sur une revendication autochtone ou un droit ancestral — présente une plus grande difficulté. S'appuyant sur l'arrêt *Nation Haïda*, la Commission a estimé que pour satisfaire à l'exigence de l'effet préjudiciable, il fallait [TRADUCTION] « davantage qu'une atteinte sous-jacente ». En d'autres termes, il fallait démontrer que le CAÉ de 2007 était susceptible d'avoir un « effet préjudiciable » sur un intérêt autochtone actuel. La Cour d'appel rejette le point de vue de la Commission sur ce point, ou c'est du moins ce qu'il faut retenir de sa décision.

[83] À mon sens, la Commission a eu raison de conclure qu'une atteinte sous-jacente ne constitue pas comme telle un effet préjudiciable faisant naître une obligation de consulter. Nous l'avons vu, il appert de l'arrêt *Nation Haïda* que le fondement constitutionnel de la consultation réside dans le risque qu'un projet autorisé par l'État ait

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. The Commission applied the correct legal test.

[84] It was argued that the Crown breached the rights of the CSTC when it allowed the Kenney Dam and electricity production powerhouse with their attendant impacts on the Nechako River to be built in the 1950s and that this breach is ongoing and shows no sign of ceasing in the foreseeable future. But the issue before the Commission was whether a fresh duty to consult could arise *with respect to the Crown decision before the Commission*. The question was whether the 2007 EPA could *adversely* impact the claim or rights advanced by the CSTC First Nations in the ongoing claims process. The issue of ongoing and continuing breach was not before the Commission, given its limited mandate, and is therefore not before this Court.

[85] What then is the potential impact of the 2007 EPA on the claims of the CSTC First Nations? The Commission held there could be none. The question is whether this conclusion was reasonable based on the evidence before the Commission on the rescoping inquiry.

[86] The Commission considered two types of potential impacts. The first type of impact was the

un effet préjudiciable sur des intérêts autochtones. La consultation porte principalement sur la façon dont la ressource doit être exploitée pour qu'un préjudice irréparable ne soit pas infligé aux intérêts autochtones existants. Les deux parties doivent se rencontrer de bonne foi, dans un climat de mesure compatible avec l'honneur de la Couronne, pour discuter de mise en valeur dans une optique de conciliation des intérêts divergents. Or, un tel échange est impossible lorsque la ressource est transformée depuis longtemps et que la mesure ou la décision actuelle du gouvernement n'a plus aucune incidence sur elle. Il ne s'agit plus dès lors de consulter sur l'exploitation ultérieure de la ressource, mais plutôt de négocier une indemnisation pour sa transformation intervenue sans consultation adéquate préalable. La Commission a appliqué le bon critère juridique.

[84] Le CTCS fait valoir que la Couronne a porté atteinte à ses droits lorsque, dans les années 1950, elle a autorisé la construction du barrage Kenney et de la centrale électrique, qui a eu des répercussions sur la rivière Nechako, et que cette atteinte est continue et que rien ne permet de croire qu'elle cessera dans un avenir prévisible. Cependant, la question que devait trancher la Commission était celle de savoir si une nouvelle obligation de consulter pouvait prendre naissance à l'égard de la *décision de la Couronne dont était saisie la Commission*. Il lui fallait déterminer si le CAÉ de 2007 pouvait avoir un effet *préjudiciable* sur les droits revendiqués par les Premières nations du CTCS dans le cadre du processus de règlement en cours. Étant donné les limites de son mandat, la Commission n'était pas saisie de la question de l'atteinte continue et se poursuivant toujours, en sorte que notre Cour ne l'est pas non plus.

[85] Quel est donc l'impact possible du CAÉ de 2007 sur les revendications des Premières nations du CTCS? La Commission a conclu qu'il ne pouvait y en avoir. La question est donc celle de savoir si la conclusion était raisonnable au vu de la preuve offerte à l'appui de la demande de recadrage.

[86] La Commission a considéré deux types d'effet possible. Le premier était l'impact physique du

physical impact of the 2007 EPA on the Nechako River and thus on the fishery. The Commission conducted a detailed review of the evidence on the impact the 2007 EPA could have on the river's water levels and concluded it would have none. This was because the levels of water on the river were entirely governed by the water licence and the 1987 agreement between the Province, Canada, and Alcan. The Commission rejected the argument that not approving the 2007 EPA could potentially raise water levels in the Nechako River, to the benefit of the fishery, on the basis of uncontradicted evidence that if Alcan could not sell its excess electricity to BC Hydro it would sell it elsewhere. The Commission concluded that with or without the 2007 EPA, "Alcan operates the Nechako Reservoir to optimize power generation". Finally, the Commission concluded that changes in the timing of water releases for power generation have no effect on water levels in the Nechako River because water releases for power generation flow into the Kemano River to the west, rather than the Nechako River to the east.

[87] The Commission also considered whether the 2007 EPA might bring about organizational, policy, or managerial changes that might adversely affect the claims or rights of the CSTC First Nations. As discussed above, a duty to consult may arise not only with respect to specific physical impacts, but with respect to high-level managerial or policy decisions that may potentially affect the future exploitation of a resource to the detriment of Aboriginal claimants. It noted that a "section 71 review does not approve, transfer or change control of licenses or authorization". Approval of the 2007 EPA would not effect management changes, ruling out any attendant adverse impact. This, plus the absence of physical impact, led the Commission to conclude that the 2007 EPA had no potential to adversely impact on Aboriginal interests.

CAÉ de 2007 sur la rivière Nechako et, par conséquent, sur le poisson. La Commission a examiné minutieusement les éléments de preuve sur les effets que le CAÉ de 2007 pouvait avoir sur les niveaux d'eau de la rivière et elle a conclu qu'il n'y en aurait pas. En fait, les niveaux d'eau de la rivière relevaient entièrement du permis d'exploitation hydraulique et de l'accord de 1987 intervenu entre la province, le Canada et Alcan. La Commission a rejeté l'argument voulant que l'omission d'approuver le CAÉ de 2007 puisse entraîner une augmentation des niveaux d'eau de la rivière Nechako, et favoriser ainsi la pêche, eu égard à la preuve non contredite selon laquelle si Alcan ne pouvait vendre ses surplus d'électricité à BC Hydro, elle trouverait un autre preneur. Elle a conclu qu'avec ou sans le CAÉ de 2007, [TRADUCTION] « Alcan exploite le réservoir Nechako dans le but d'optimiser la production d'énergie ». Enfin, la Commission a conclu que la modification du calendrier des lâchers d'eau destinés à la production d'électricité n'avait aucun impact sur les niveaux d'eau de la rivière Nechako puisque l'eau était déversée dans la rivière Kemano à l'ouest, et non dans la Nechako à l'est.

[87] La Commission s'est aussi penchée sur la question de savoir si le CAÉ de 2007 pouvait entraîner des changements organisationnels, politiques ou de gestion susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les revendications ou les droits des Premières nations du CTCS. Je le répète, il peut y avoir obligation de consulter à l'égard non seulement d'impacts physiques particuliers, mais aussi de décisions de gestion ou politiques qui sont prises en haut lieu et qui peuvent avoir une incidence sur l'exploitation future de la ressource au détriment des demandeurs autochtones. La Commission fait remarquer que l'[TRADUCTION] « examen visé à l'art. 71 n'a pas pour effet d'approuver ou de transférer une licence ou une autorisation ou d'en modifier le titulaire ». L'approbation du CAÉ de 2007 n'allait pas entraîner de changements de gestion, ce qui écartait tout effet préjudiciable concomitant. Ces éléments, joints à l'absence d'impact physique, ont amené la Commission à conclure que le CAÉ de 2007 ne risquait pas d'avoir un effet préjudiciable sur des intérêts autochtones.

[88] It is necessary, however, to delve further. The 2007 EPA calls for the creation of a Joint Operating Committee, with representatives of Alcan and BC Hydro (s. 4.13). The duties of the committee are to provide advice to the parties regarding the administration of the 2007 EPA and to perform other functions that may be specified or that the parties may direct (s. 4.14). The 2007 EPA also provides that the parties will jointly develop, maintain, and update a reservoir operating model based on Alcan's existing operating model and "using input data acceptable to both Parties, acting reasonably" (s. 4.17).

[89] The question is whether these clauses amount to an authorization of organizational changes that have the potential to adversely impact on Aboriginal interests. Clearly the Commission did not think so. But our task is to examine that conclusion and ask whether this view of the Commission was reasonable, bearing in mind the generous approach that should be taken to the duty to consult, grounded in the honour of the Crown.

[90] Assuming that the creation of the Joint Operating Committee and the ongoing reservoir operation plan can be viewed as organizational changes effected by the 2007 EPA, the question is whether they have the potential to adversely impact the claims or rights of the CSTC First Nations. In cases where adverse impact giving rise to a duty to consult has been found as a consequence of organizational or power-structure changes, it has generally been on the basis that the operational decision at stake may affect the Crown's future ability to deal honourably with Aboriginal interests. Thus, in *Haida Nation*, the Crown proposed to enter into a long-term timber sale contract with Weyerhaeuser. By entering into the contract, the Crown would have reduced its power to control logging of trees, some of them old growth forest, and hence its ability to exercise decision making over the forest consistent with the honour of the Crown. The resource would have been harvested without the consultation discharge that the honour of the Crown required. The Haida people would have been robbed of their

[88] Il est toutefois nécessaire de pousser quelque peu l'analyse. Le CAÉ de 2007 prévoit la création d'un comité conjoint d'exploitation formé de représentants d'Alcan et de BC Hydro (clause 4.13). Le comité a pour fonction de conseiller les parties sur l'administration du CAÉ de 2007 et d'accomplir d'autres tâches qui sont précisées ou que lui assignent les parties (clause 4.14). Le CAÉ de 2007 prévoit aussi que, conjointement, les parties élaborent, appliquent et actualisent un modèle d'exploitation du réservoir inspiré de celui d'Alcan et [TRADUCTION] « utilisant des données jugées acceptables par les deux parties, qui sont tenues de se montrer raisonnables » (clause 4.17).

[89] La question est celle de savoir si ces clauses équivalent à autoriser des modifications d'ordre organisationnel qui sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur des intérêts autochtones. La Commission ne le croit manifestement pas. Or, il nous faut examiner cette conclusion et nous demander si elle est raisonnable eu égard à l'approche généreuse qui s'impose relativement à l'obligation de consulter, laquelle a pour assise l'honneur de la Couronne.

[90] À supposer que la création du comité conjoint et du modèle d'exploitation du réservoir existant puissent être considérés comme des modifications d'ordre organisationnel apportées par le CAÉ de 2007, la question est celle de savoir si ces dernières sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les revendications ou les droits des Premières nations du CTCS. Lorsqu'il est établi que l'effet préjudiciable faisant naître l'obligation de consulter résulte d'une modification de l'organisation, notamment celle du pouvoir, c'est généralement parce que la décision opérationnelle en cause risque dès lors d'empêcher la Couronne d'agir honorablement à l'égard des intérêts autochtones. Ainsi, dans l'affaire *Nation Haïda*, la Couronne projetait la conclusion avec Weyerhaeuser d'un contrat à long terme de vente de bois d'œuvre. En concluant le contrat, la Couronne réduisait sa maîtrise de l'exploitation forestière, notamment dans certaines vieilles forêts, et, partant, sa faculté d'exercer son pouvoir décisionnel en la matière de façon conforme à l'honneur de la Couronne. La ressource aurait été

constitutional entitlement. A more telling adverse impact on Aboriginal interests is difficult to conceive.

[91] By contrast, in this case, the Crown remains present on the Joint Operating Committee and as a participant in the reservoir operating model. Charged with the duty to act in accordance with the honour of Crown, BC Hydro's representatives would be required to take into account and consult as necessary with affected Aboriginal groups insofar as any decisions taken in the future have the potential to adversely affect them. The CSTC First Nations' right to Crown consultation on any decisions that would adversely affect their claims or rights would be maintained. I add that the honour of the Crown would require BC Hydro to give the CSTC First Nations notice of any decisions under the 2007 EPA that have the potential to adversely affect their claims or rights.

[92] This ongoing right to consultation on future changes capable of adversely impacting Aboriginal rights does not undermine the validity of the Commission's decision on the narrow issue before it: whether approval of the 2007 EPA could have an adverse impact on claims or rights of the CSTC First Nations. The Commission correctly answered that question in the negative. The uncontradicted evidence established that Alcan would continue to produce electricity at the same rates *regardless of whether the 2007 EPA is approved or not*, and that Alcan will sell its power elsewhere if BC Hydro does not buy it, as is their entitlement under Final Water Licence No. 102324 and the 1987 Agreement on waterflows. Moreover, although the Commission did not advert to it, BC Hydro, as a participant on the Joint Operating Committee and the reservoir management team, must in the future consult with the CSTC First Nations on any decisions that may adversely impact their claims or rights. On this evidence, it was not unreasonable for the Commission to conclude that the 2007 EPA will not adversely affect the claims and rights

exploitée sans que la Couronne ne se soit acquittée au préalable de l'obligation de consulter que commande l'honneur de la Couronne. Le peuple Haïda aurait été dépouillé de son droit constitutionnel. Difficile de concevoir un effet préjudiciable plus manifeste sur un intérêt autochtone.

[91] En l'espèce, par contre, la Couronne demeure un membre du comité conjoint d'exploitation et un participant en ce qui concerne le modèle d'exploitation du réservoir. Comme ils ont l'obligation d'agir conformément à l'honneur de la Couronne, les représentants de BC Hydro devront tenir compte des groupes autochtones touchés et les consulter au besoin lorsqu'une décision ultérieure sera susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur eux. Le droit des Premières nations du CTCS d'être consultées sur toute décision susceptible de compromettre leurs revendications ou leurs droits est préservé. J'ajoute que l'honneur de la Couronne oblige BC Hydro à les informer de toute décision prise en application du CAÉ de 2007 qui est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs revendications ou leurs droits.

[92] Ce droit permanent qu'ont les Premières nations du CTCS d'être consultées pour toute modification ultérieure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs droits ancestraux ne remet pas en cause le bien-fondé de la décision rendue par la Commission relativement à la seule question dont elle était saisie : l'approbation du CAÉ de 2007 pouvait-elle avoir un effet préjudiciable sur leurs revendications ou leurs droits? La Commission a eu raison de répondre par la négative. La preuve non contredite établissait qu'Alcan continuerait de produire la même quantité d'électricité, *que le CAÉ de 2007 soit approuvé ou non*, et qu'elle trouverait un autre acheteur si BC Hydro déclinait l'offre, comme l'y autorisaient le permis d'exploitation hydraulique permanent n° 102324 et l'accord de 1987 sur les niveaux d'eau. De plus, bien que la Commission n'en fasse pas mention, BC Hydro, en tant que membre du comité conjoint d'exploitation et de l'équipe de gestion du réservoir, doit dorénavant consulter les Premières nations du CTCS sur toute décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs revendications ou leurs droits. À la

currently under negotiation of the CSTC First Nations.

[93] I conclude that the Commission took a correct view of the law on the duty to consult and hence on the question before it on the application for reconsideration. It correctly identified the main issue before it as whether the 2007 EPA had the potential to adversely affect the claims and rights of the CSTC First Nations. It then examined the evidence on this question. It looked at the organizational implications of the 2007 EPA and at the physical changes it might bring about. It concluded that these did not have the potential to adversely impact the claims or rights of the CSTC First Nations. It has not been established that the Commission acted unreasonably in arriving at these conclusions.

E. *The Commission's Decision That Approval of the 2007 EPA Was in the Public Interest*

[94] The attack on the Commission's decision to approve the 2007 EPA was confined to the Commission's failure to consider the issue of adequate consultation over the affected interests of the CSTC First Nations. The conclusion that the Commission did not err in rejecting the application to consider this matter removes this objection. It follows that the argument that the Commission acted unreasonably in approving the 2007 EPA fails.

V. Disposition

[95] I would allow the appeal and confirm the decision of the British Columbia Utilities Commission approving the 2007 EPA. Each party will bear their costs.

*Appeal allowed; British Columbia Utilities Commission's approval of 2007 Energy Purchase Agreement confirmed.*

lumière de cette preuve, il n'est pas déraisonnable que la Commission conclue que le CAÉ de 2007 n'aura pas d'effet préjudiciable sur les revendications et les droits de ces Premières nations qui faisaient alors l'objet de négociations.

[93] J'arrive à la conclusion que la Commission a bien interprété le droit en ce qui concerne l'obligation de consulter et, par conséquent, la question qu'elle était appelée à trancher pour statuer sur la demande de révision. Elle a bien cerné la question principale dont elle était saisie, à savoir si le CAÉ de 2007 pouvait avoir un effet préjudiciable sur les revendications et les droits des Premières nations du CTCS. Elle a ensuite examiné la preuve pertinente. Elle a considéré les répercussions organisationnelles du CAÉ de 2007 et les changements physiques qui pouvaient en résulter. Elle a conclu que ces modifications ne risquaient pas de compromettre les revendications ou les droits en cause. Il n'a pas été établi qu'elle a agi de manière déraisonnable en tirant ces conclusions.

E. *La décision de la Commission portant que l'approbation du CAÉ de 2007 était dans l'intérêt public*

[94] Le seul motif de contestation de la décision d'approuver le CAÉ de 2007 était l'omission de la Commission d'examiner la question du caractère adéquat de la consultation portant sur les intérêts en cause des Premières nations du CTCS. La conclusion que la Commission n'a pas eu tort de rejeter la demande d'examen de cette question écarte ce motif de contestation. Ainsi, la thèse selon laquelle la Commission a agi de manière déraisonnable en approuvant le CAÉ de 2007 ne saurait être retenue.

V. Dispositif

[95] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer la décision de la Commission approuvant le CAÉ de 2007. Chacune des parties paie ses propres frais de justice.

*Pourvoi accueilli; décision de la British Columbia Utilities Commission approuvant le contrat d'achat d'électricité de 2007 confirmée.*

*Solicitors for the appellant Rio Tinto Alcan Inc.: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Solicitors for the appellant the British Columbia Hydro and Power Authority: Lawson Lundell, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Utilities Commission: Boughton Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Mikisew Cree First Nation and the Lakes Division of the Secwepemc Nation: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Moosomin First Nation: Rath & Company, Priddis, Alberta.*

*Solicitor for the intervener Nunavut Tunngavik Inc.: Richard Spaulding, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Nlaka'pamux Nation Tribal Council, the Okanagan Nation Alliance and the Upper Nicola Indian Band: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Hutchins Légal inc., Montréal.*

*Procureurs de l'appelante Rio Tinto Alcan Inc. : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Procureurs de l'appelante British Columbia Hydro and Power Authority: Lawson Lundell, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*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 Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Utilities Commission : Boughton Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes la Première nation crie Mikisew et la Division des Grands lacs de la nation Secwepemc : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation de Moosomin : Rath & Company, Priddis, Alberta.*

*Procureur de l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc. : Richard Spaulding, Ottawa.*

*Procureurs des intervenants le Conseil tribal de la nation Nlaka'pamux, l'Alliance des nations de l'Okanagan et la Bande indienne d'Upper Nicola : Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Hutchins Légal inc., Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Standing Buffalo Dakota First Nation: Phillips & Co., Regina.*

*Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Pape Salter Teillet, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Duncan's First Nation and the Horse Lake First Nation: Woodward & Company, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Independent Power Producers Association of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Enbridge Pipelines Inc.: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation Standing Buffalo Dakota : Phillips & Co., Regina.*

*Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières nations : Pape Salter Teillet, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes la Première nation Duncan's et la Première nation de Horse Lake : Woodward & Company, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante Independent Power Producers Association of British Columbia : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Enbridge Pipelines Inc. : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd. : Blake, Cassels & Graydon, Calgary.*

TAB 22

Federal Court



Cour fédérale

Date: 20120210

Docket: T-1946-10

Citation: 2012 FC 204

Ottawa, Ontario, February 10, 2012

**PRESENT:** The Honourable Madam Justice Mactavish

**BETWEEN:**

**SAMBAA K'E DENE BAND and  
NAHANNI BUTTE DENE BAND**

**Applicants**

**and**

**JOHN DUNCAN, MINISTER OF  
INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN  
DEVELOPMENT, GOVERNMENT OF THE  
NORTHWEST TERRITORIES, and  
ACHO DENE KOE FIRST NATION**

**Respondents**

**REASONS FOR JUDGMENT AND JUDGMENT**

[1] The Sambaa K'e Dene Band ["SKDB"], the Nahanni Butte Dene Band ["NBDB"] and the Acho Dene Koe First Nation ["ADKFN"] have overlapping claims to land in the south-western corner of the Northwest Territories ["NWT"].

[2] The SKDB and NBDB seek judicial review of a decision of the Minister of Indian Affairs and Northern Development [“Canada” or “the Minister”] postponing consultations with them until such time as an agreement in principle is reached with the ADKFN in relation to the ongoing comprehensive land claims negotiations between Canada and the ADKFN. The SKDB and the NBDB have also named the Government of the Northwest Territories [“GNWT”] and the ADKFN as respondents in this application.

[3] The SKDB and NBDB say that by delaying consultation with them until after an agreement in principle is entered into between Canada and the ADKFN, Canada has failed to comply with its legal and constitutional duty to consult with and properly accommodate the SKDB and the NBDB

[4] For the reasons that follow, I have concluded that Canada had a duty to consult with the SKDB and the NBDB in a timely and meaningful fashion, and that it has breached that duty. As a consequence, the application for judicial review will be granted.

### **The Relationship between the SKDB, NBDB and ADKFN**

[5] The members of the SKDB, NBDB and ADKFN are Aboriginal peoples within the meaning of section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c. 11, and all are parties to Treaty 11, which was signed on June 27, 1921.

[6] Treaty 11 purported to surrender vast tracts of Aboriginal lands to the Crown. These lands are described generally in the Report of the Commissioner accompanying the Treaty as being “north of the 60<sup>th</sup> parallel, along the Mackenzie river and the Arctic ocean”.

[7] In exchange for this surrender, the Crown made a number of commitments to the Aboriginal peoples. In particular, the Crown undertook to set aside a specific quantum of reserve lands.

According to the Report of the Commissioner, when the Aboriginal peoples expressed the concern that they would be confined to the reserves, they were assured that the reserve lands were to be “of their own choosing, for their own use”, and that they would be free to come and go at will.

However, the promised reserves were never established.

[8] Treaty 11 further provided for the preservation of the right of the Aboriginal peoples to trap, hunt and fish within the Treaty boundaries. The parties agree that the SKDB and NBDB continue to enjoy these Treaty rights. There is, however, a disagreement between the First Nations and Canada as to whether Treaty 11 extinguished Aboriginal title to the lands in question, and as to the effect of the Treaty on other Aboriginal rights such as governance.

[9] The SKDB, NBDB and ADKFN all continue to assert Aboriginal title over their respective traditional lands, whereas Canada’s position is that Treaty 11 extinguished the First Nations’ Aboriginal title.

[10] The SKDB, NBDB and ADKFN each have traditional lands in the south-western corner of the NWT, a region known as “the Dehcho” (previously known as the “Deh Cho”). However, two-thirds of the lands claimed by the ADKFN as their traditional lands are located in the Yukon and British Columbia, whereas the majority of the lands claimed by the SKDB and the NBDB are located in the NWT.

[11] There is also a dispute between the ADKFN on the one hand, and the SKDB and the NBDB on the other, as to the boundaries of each of their traditional lands, and whether each First Nation enjoyed exclusive use of these lands.

### **The Comprehensive Land Claims Process**

[12] Once Canada agrees to negotiate a comprehensive land claim asserted by an Aboriginal people, the process begins with the parties signing a “framework agreement” which delineates the process to be followed in the negotiations.

[13] Assuming that the initial negotiations reveal sufficient common ground, the parties will then sign an “agreement in principle” outlining the essential points of agreement. An agreement in principle is not legally binding, and terms in an agreement in principle can be the subject of further negotiation.

[14] Once agreement is reached on all of the outstanding issues, a final agreement is prepared, which may include agreements with respect to matters such as land ownership, financial benefits, governance issues and land overlaps. Should the final agreement be ratified by all of the parties, it becomes constitutionally protected, and is recognized as a Treaty under section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

## **The Dehcho Process**

[15] The Dehcho First Nations filed a comprehensive land claim which was accepted for negotiation by Canada in 1998. The SKDB, NBDB and ADKFN were all part of this process.

[16] In or about 1999, Canada entered into comprehensive land claims settlement negotiations with the Dehcho Tribal Council, in accordance with the provisions of the “Deh Cho Framework Agreement”. These negotiations are ongoing, and are known as the “Dehcho Process”. The Dehcho Process relates only to lands in the NWT.

[17] Because the ADKFN claimed that two-thirds of its traditional territory was outside of the NWT, it had originally requested that Canada establish a separate comprehensive land claims process to cover lands claimed by it in the NWT, Yukon and British Columbia. In a March, 1999, response, Canada advised the ADKFN that it was not willing to undertake community-by-community negotiations. Consequently, while the ADKFN initially participated in the Dehcho Process, it did, however, reiterate its concerns from time to time with respect to the inability of the Dehcho Process to resolve all of its outstanding issues.

[18] Amongst other things, the Deh Cho Framework Agreement provided that the Dehcho Process negotiations would not be confidential. It also identified the reaching of an agreement with respect to the use, management and conservation of land, water and other resources as one of its objectives.

[19] The Deh Cho Framework Agreement further committed the parties to “explore options and identify processes for addressing transboundary issues in respect of the Dehcho territory located outside the Northwest Territories”.

[20] The Dehcho Process is coordinated by the Dehcho First Nations [“DFN”], through the Dehcho Tribal Council. The SKDB, NBDB and ADKFN are all part of the Dehcho Tribal Council, along with other First Nations in the Dehcho region. However, each retained its status as an independent First Nation, with its own Aboriginal and Treaty rights within its respective traditional use area.

[21] The Dehcho Process negotiations are ongoing, and no agreement in principle has as yet been reached.

[22] In addition to the longstanding boundary disputes between the SKDB and the ADKFN, and between the ADKFN and the NBDB, there have also been disagreements between the three First Nations with respect to oil and gas development in the region. The ADKFN has been more interested in pursuing the development of oil and gas resources than have the SKDB and the NBDB. Indeed, the SKDB is on record as having stated that it would prefer to wait until the outstanding land claims have been resolved before pursuing the development of oil and gas reserves.

[23] While the SKDB and the NBDB have sought to have portions of the lands subject to overlapping claims designated as Protected Areas within the Dehcho process, ADKFN has sought to open up this land for oil and gas exploration.

[24] A proposal by Canada in 1999 to mediate the boundary disputes between the First Nations did not proceed. Two years later, as part of the Dehcho Process, the Dehcho First Nations passed a motion requiring that there be boundary agreements between the SKDB, the NBDB and the ADKFN.

[25] While the land claims themselves remain outstanding, a number of agreements have been reached through the Dehcho Process. These include an “Interim Measures Agreement” entered into in 2001 between the Dehcho First Nations, Canada and the GNWT. Amongst other things, this Agreement clarified the role of the Dehcho First Nations in resource management decisions while negotiations are in progress. The Agreement also provides guidance to stakeholders until a final agreement is in place.

[26] The Dehcho Land Use Planning Committee [“DCLUPC”] was also established in 2001. Canada is a member of this Committee, which regulates conservation, development and utilization of the land, waters and other resources in the region.

[27] The DCLUPC developed maps for land use planning purposes, which attempted to show the boundaries between the traditional lands of the SKDB, the NBDB and the ADKFN. Correspondence was exchanged during this process, in which the SKDB and the NBDB identified each of their respective primary and traditional land use areas.

[28] An Interim Resource Development Agreement was entered into in October of 2003, which was designed to encourage oil and gas development in the Dehcho region in a way that allowed the Dehcho First Nations to benefit directly from resource development in advance of a final agreement.

[29] In 2005 and 2006, the SKDB, NBDB and ADKFN were in correspondence with the DCLUPC with respect to the boundaries between the lands of the SKDB, the ADKFN and the NBDB, for land use zoning purposes. In addition to recording the areas of disagreement between the First Nations, the correspondence from the SKDB and the NBDB also identified primary land use areas which fell squarely within the Settlement Area now being asserted by the ADKFN.

[30] In 2006, some of the primary land use areas claimed by the SKDB and the NBDB were accepted by the DCLUPC. This was reflected in the final draft Dehcho Land Use Planning zoning map, which was subsequently approved by the Dehcho First Nations.

### **The ADKFN Land Claims Process**

[31] While Canada was initially unwilling to undertake community-by-community negotiations in relation to the land claims of individual First Nations within the Northwest Territories, this position appears to have changed sometime in 2007 or 2008, when Canada and the GNWT agreed to enter into community-based land claims discussions directly with the ADKFN. As was noted earlier, the ADKFN had felt for some time that its interests were not being adequately represented through the Dehcho Process, in part because of its extensive claims to lands outside the NWT.

[32] On July 14, 2008, the ADKFN signed its own framework agreement with Canada and the GNWT [“the ADKFN Framework Agreement”] in an effort to achieve its own comprehensive land claims agreement. The recitals to the ADKFN Framework Agreement provide that the parties to the Agreement intend to negotiate a comprehensive land claim to define and provide clarity to certain asserted lands, resources and governance rights of the ADKFN *within the NWT*.

[33] The ADKFN Framework Agreement outlines the objectives and timetables for the parties’ negotiations, the subject matters of those negotiations, and the approvals process for an eventual agreement in principle and final agreement.

[34] One of the issues identified in the ADKFN Framework Agreement as a “matter for negotiation” is the issue of “settlement area, land selection and tenure of Settlement Lands”. Section 12 of the ADKFN Framework Agreement provides that “[p]rior to concluding the Phase I Final Agreement, the Parties will finalize the Settlement Area taking into account any agreement concluded to resolve any overlap issues [in the NWT] between the Acho Dene Koe First Nation and any Aboriginal group”.

[35] Section 4.3 of the ADKFN Framework Agreement further provides that “Canada and the GNWT will offer and the Acho Dene Koe First Nation will accept a settlement offer based on their proportionate share of the offer made to the Dehcho First Nations through the Dehcho Process”.

[36] The ADKFN Framework Agreement relates to lands described as “the ADKFN Asserted Territory” which are identified on a map appended to the Agreement. Although lands in the Yukon

and British Columbia are identified as ADKFN traditional territory on this map, the ADKFN Framework Agreement makes it clear that it is only the lands claimed by the ADKFN in the NWT that are the subject of the negotiations under the Agreement. These lands include areas claimed as primary use areas by the SKDB and the NBDB – lands which had been accepted as their primary use areas by the DCLUPC (of which Canada was a member) in 2006.

[37] Section 8 of the ADKFN Framework Agreement stipulates that negotiations under the Agreement are to be confidential. The ADKFN has, however, released the contents of the agreement to the public.

[38] Canada did not notify or consult with the SKDB and the NBDB prior to entering into the ADKFN Framework Agreement.

### **The Overlap Negotiations**

[39] Canada has long been aware of the overlapping claims to land in the Dehcho region of the NWT. Canada's policy has been that overlap issues should be resolved internally between the affected First Nations, wherever possible.

[40] To this end, Canada has encouraged the Dehcho First Nations, including the SKDB, NBDB and ADKFN, to resolve their boundary and overlap issues between themselves. The SKDB and the NBDB agree that this would be the most desirable way of resolving overlap issues.

[41] In an effort to assist the First Nations in resolving their overlap issues, Canada provided funding for negotiations between the three First Nations. Between 2008 and 2011, the SKDB and the NBDB were provided with \$435,000 by Canada to support them in resolving the boundary issues. This money was used by the SKDB and NBDB to conduct research, to compile relevant documents, to hold community meetings, and to prepare for and attend meetings with the ADKFN.

[42] In July of 2008, Canada appointed Mr. Bob Overvold to act as the Minister's Special Representative, to explore options for resolving overlapping interests in the Dehcho region generally. Although part of Mr. Overvold's mandate required him to engage in discussions with Aboriginal groups regarding their interests in overlap areas, he had no mandate to engage in consultation on issues arising from the land claims negotiations processes.

[43] An information sheet provided to the SKDB and NBDB by Mr. Overvold outlines Canada's approach to First Nation overlap issues, stating that overlap issues "should be dealt with early and throughout the negotiation process".

[44] Mr. Overvold was invited to one meeting by the SKDB and NBDB. He also assembled information regarding the overlap concerns of the various First Nations and prepared a report and recommendations for the Minister. Amongst other things, his report questioned Canada's current policy regarding consultation in relation to overlap issues, suggesting that Canada may want to "look for opportunities to begin overlap discussions, if not necessarily consultation, earlier".

[45] A number of meetings were held between the three First Nations, but by June of 2010, the negotiations had broken down. Particular points of contention arose from the groups' divergent views as to the issues and different visions for the process to follow in resolving them.

[46] By way of example, the ADKFN wanted a peace treaty, whereas the SKDB and the NBDB wanted an overlap and boundary agreement. The SKDB and the NBDB insisted on a meeting with elders and harvesters in order to establish historical and contemporary land use, while the ADKFN objected to such an approach. The ADKFN wanted to negotiate a comprehensive land claims treaty jointly with the SKDB and NBDB, whereas the SKDB and NBDB preferred to remain part of the Dehcho process.

[47] After the breakdown of the overlap negotiations, the SKDB and NBDB then contacted Mr. Overvold, explaining the situation to him, and advising that the SKDB and NBDB expected direct consultations with Canada to commence.

#### **Notice Provided to Canada of the SKDB and NBDB's Concerns**

[48] In July of 2008, the SKDB notified Canada that a portion of the land identified as the ADKFN's asserted territory in the ADKFN Framework Agreement was the SKDB's "primary land use area". The SKDB advised Canada that "any proposed development or assignment of lands within this area requires consultation with and approval of the [SKDB]".

[49] The NBDB also wrote to Canada that same month, advising that the map appended to the ADKFN Framework Agreement indicating the ADKFN's asserted territory included a portion of

the NBDB's traditional territory. The NBDB also advised Canada that any proposed development or assignment of this area required consultation with and approval of the NBDB.

[50] The SKDB and the NBDB also provided Canada with substantial documentation supporting their claims to the lands in question, including a map showing the extent of the overlapping claims, land use data, archaeological reports, traditional place names maps, and traditional use studies.

[51] Peter Redvers was the Negotiation Facilitator for the joint SKDB/NBDB negotiation team. In November of 2009, Mr. Redvers came into possession of a brochure prepared by Canada entitled "Acho Dene Koe First Nation and Fort Liard Métis Community-based Land, Resource and Governance Negotiations, Agreement-in-Principle Negotiations and the Land Selection Process".

[52] Under the heading "Federal Offer", the document stated that the ADKFN "would be able to select a total of 6,474 square kilometres of land within the NWT, for which it would own both the surface and sub-surface rights" [the "ADKFN Land Quantum"].

[53] According to Mr. Redvers' affidavit, the SKDB and the NBDB have calculated that there are only 6,064 square kilometres of land in the south-west corner of the NWT that are outside of the SKDB and NBDB primary land use areas. Moreover, the surface and sub-surface rights to some of this land is currently in the hands of third parties. As a result, there is not enough land available to satisfy the ADKFN Land Quantum without infringing on the SKDB and NBDB's primary land use areas, thus infringing their Aboriginal and Treaty rights.

[54] In November of 2009, counsel to the SKDB and the NBDB wrote to the Honourable Chuck Strahl, the then-Minister of Indian and Northern Affairs, formally advising him that the SKDB and the NBDB were of the view that the ADKFN Framework Agreement contemplated an “inevitable infringement” of their Treaty 11 and Aboriginal rights. As a consequence, the SKDB and NBDB were seeking immediate formal, direct and deep consultations with Canada.

[55] Canada responded to the SKDB and NBDB by way of letter dated December 21, 2009 from Pamela McCurry, the Senior Assistant Deputy Minister for Policy and Strategic Direction. The letter stated that the settlement area for the ADKFN would not be finalized until the final agreement phase. Ms. McCurry further stated that “the Government of Canada feels that it would be premature to enter into consultation *until the outcome of these overlap discussions* [with the ADKFN] *is known*” [my emphasis].

[56] In March of 2010, the SKDB and NBDB obtained a copy of a map that had been prepared by Canada which indicated the ADKFN’s asserted territory, which territory was now being called the “ADK Settlement Area”. The SKDB and the NBDB immediately contacted Canada, advising that the description in the map was “inaccurate and misleading and also prejudices current [boundary] negotiations”.

[57] According to the SKDB and NBDB, the ADKFN effectively terminated the overlap negotiations in a letter dated June 24, 2010, wherein ADKFN Chief Kotchea asserted that, based on the ADKFN’s Traditional Use Study, the “ADK [is] the sole owner and user of lands that you [SKDB and NBDB] assert you have interests in”.

[58] On May 21, 2011, the SKDB and NBDB wrote to the Minister himself, affirming their longstanding concern that negotiations carried out under the ADKFN Framework Agreement would inevitably lead to an infringement of their rights. They observed that Canada's response to date had been to refer them to direct negotiations with the ADKFN in order to resolve the overlap and boundary issues. The SKDB and NBDB advised the Minister of the difficulties that they had encountered in these discussions, noting that the overlap negotiations did not relieve Canada of its duty to consult with them.

[59] The SKDB and the NBDB advised the Minister that they had been told that the ADKFN and Canada were close to reaching an agreement in principle which was to include a draft settlement map encompassing primary traditional lands of the SKDB and NBDB. Given their belief that this agreement would have a direct impact on their Aboriginal and Treaty rights, the SKDB and the NBDB renewed their request for the establishment of "a direct and formal consultation process between Canada and the SKDB-NBDB in the immediate future".

[60] Receiving no response to their request for consultation, apart from a verbal confirmation of the receipt of their letter, the SKDB and NBDB renewed their efforts to be consulted. Counsel for the SKDB and NBDB wrote to Minister Duncan personally on August 30, 2011, stating that his letter "serve[d] as a final request of the SKDB and NBDB for Canada to fulfill its duty to consult and engage in immediate, meaningful and substantive consultations with the SKDB and the NBDB as to the potential infringements of the Treaty rights and the Aboriginal rights of the SKDB and NBDB concerning the ADKFN overlap".

[61] Counsel further asked Canada to commit that it would not enter into any further agreements with the ADKFN until such time as consultations with the SKDB and NBDB were concluded, as any future agreement between Canada and the ADKFN “may eliminate consultation options and thereby prejudice the SKDB and the NBDB”.

### **The Decision under Review**

[62] In a letter dated October 25, 2010, Minister Duncan responded to the SKDB and NBDB’s May 21, 2010 correspondence. The Minister stated:

I can assure you that the [SKDB] and the [NBDB] will be consulted. In order for such consultations to be meaningful and productive, however, they usually occur after the signing of an agreement-in-principle and no agreement-in-principle with the [ADKFN] has yet been signed.

[63] The Minister went on to explain that:

This is done for a number of reasons. First, the parameters of the draft agreement-in-principle are still under negotiations and are undefined. Second, defining the geographic scope of the settlement areas or of settlement lands is not required at the agreement-in-principle stage. This process will be done during final agreement negotiations. Third, the confidentiality of our negotiation processes prevents the sharing of draft agreements-in-principle. They become public documents upon signature by the parties.

[64] The Minister observed that agreements in principle are not legally binding, and that Canada would therefore be able to consider and address, “where warranted”, the claims and interests of other Aboriginal groups expressed through consultations occurring at that time. The Minister also noted that provisions are included in agreements in principle and final agreements that are intended

to ensure that the Aboriginal and Treaty rights of other Aboriginal peoples are not affected by the agreements.

[65] The Minister concluded his letter by encouraging the SKDB and NBDB to continue to try to resolve the overlap issues through negotiations with the ADKFN, characterizing this as “the best way forward”.

[66] It is this decision that underlies this application for judicial review.

### **The SKDB and NBDB’s Application for Judicial Review**

[67] The SKDB and the NBDB say that by delaying consultation with them until after an agreement in principle is entered into by Canada and the ADKFN, Canada has failed to comply with its legal and constitutional duty to consult with and properly accommodate the SKDB and NBDB.

[68] The applicants seek the following remedies:

1. A declaration that Canada owes the SKDB and NBDB a legal and constitutional duty to adequately consult with them in a timely manner as to the subjects of the land claim with ADKFN that would affect or potentially affect the Aboriginal and Treaty rights of the SKDB and NBDB, including the determination of lands and resources forming the settlement area or settlement lands of the ADKFN’s land claim, the use of such lands and resources, and the regulation or management of such lands and resources;

2. A declaration that the Minister's decision to postpone consultation until after an AIP is signed with the ADKFN does not meet, fulfill or discharge the legal and constitutional duty of Canada as described above;
3. An order setting aside the Minister's decision postponing the initiation and engagement in substantive consultations with the SKDB and NBDB;
4. An order directing the Minister to promptly initiate and engage in deep, meaningful and adequate consultation with the SKDB and NBDB with the intention of developing workable accommodation measures to address their concerns about the determination of lands and resources forming the settlement area or settlement lands of the ADKFN's land claim, and the regulation or management of such lands and resources, in such a manner consistent with the reasons for judgment of this Court and subject to the following terms:
  - a. The terms of consultation are as determined by agreement between the Minister and the SKDB and NBDB, and in the event of failure to agree to such terms of consultation, either party can apply to this Court to establish them; and

- b. Any of the parties is at liberty to reapply to this Court for such further additional relief as is required to advance and conclude the consultations;
5. An order prohibiting the Minister from negotiating further any term or condition under the ADKFN Framework Agreement that would reasonably affect the SKDB or the NBDB and from engaging in interim land withdrawals pursuant to such negotiations, pending conclusion of adequate consultation with the SKDB and NBDB; and
6. Its costs of this application on a solicitor-client basis.

### **The Issues**

[69] Certain matters are not in dispute in this case. In particular, Canada concedes that:

1. The SKDB and NBDB enjoy the right to hunt, trap and fish throughout much of the area covered by Treaty 11;
2. The SKDB and NBDB have Treaty rights in relation to lands within the ADKFN Asserted Territory;
3. Canada is considering changes to the Treaty regime;
4. The SKDB and NBDB also claim to have Aboriginal rights to title to the land itself that are independent of their Treaty rights;
5. Canada has a duty to consult with, and if necessary, accommodate the SKDB and NBDB; and
6. Canada's duty to consult with the SKDB and NBDB has been triggered by the negotiation of the ADKFN Framework Agreement.

[70] While there is no issue with respect to the existence of the duty to consult, what is in dispute in this case is the timing, scope and content of that duty.

[71] The first question to be addressed is the standard of review to be applied to the Minister's decision with respect to the timing, scope and content of its consultations with the SKDB and NBDB.

### **Standard of Review**

[72] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 at paras. 61-63 [*Haida Nation*], the Supreme Court of Canada established the standard of review to be applied to Crown decisions relating to the duty to consult.

[73] *Haida Nation* teaches that on questions of law, the decision-maker must generally be correct, whereas a reviewing Court may owe a degree of deference to the decision-maker on questions of fact or mixed fact and law: above at para. 61.

[74] As noted in the preceding section of these reasons, the Crown concedes that it has a duty to consult with the SKDB and NBDB in this case. Insofar as the Minister's determination of the extent of that duty is concerned, the Supreme Court stated in *Haida Nation* that the "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": above at para. 61.

[75] The Court further noted that “[t]he 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”. The Court recognized that “[a]bsent 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 cases, “the standard of review is likely to be reasonableness”: all quotes from *Haida Nation*, above at para. 61.

[76] Where “the issue is one of pure law, and can be isolated from the issues of fact, the standard is correctness”. However, where the factual and legal issues are inextricably entwined, the standard will likely be reasonableness: *Haida Nation*, above at para. 61.

[77] Insofar as the consultation *process* is concerned, the Supreme Court held in *Haida Nation* that “the process itself would likely fall to be examined on a standard of reasonableness”. Moreover, “[p]erfect satisfaction” is not required. According to the Supreme Court, “[t]he government is required to make reasonable efforts to inform and consult”. As long as “every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice”: all quotes from *Haida Nation* above at para. 62.

[78] Finally, the Supreme Court stated in *Haida Nation* that “[s]hould the government misconceive the seriousness of the claim or impact of the infringement, this question of law would likely be judged by correctness”. However, if 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 should not be on the outcome, but rather on the process of consultation and accommodation: both quotes from *Haida Nation*, above at para. 63.

[79] It should be noted that *Haida Nation* was decided before the Supreme Court’s decision in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. However, in *Ahousaht Indian Band v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2008 FCA 212, 297 D.L.R. (4th) 722 at para. 34, the Federal Court of Appeal confirmed that *Dunsmuir* did not change the applicable standard of review in relation to decisions regarding the duty to consult. See also *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 74.

### **The Source and Function of the Duty to Consult and Accommodate**

[80] In order to put the issues raised by this application into context, it is helpful to start by considering the law relating to the source and function of the duty to consult and accommodate.

[81] As the Supreme Court of Canada observed in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388 at para. 1, the management of the relationships between Canada’s Aboriginal and non-Aboriginal peoples “takes place in the shadow of a long history of grievances and misunderstanding”. The Court noted that 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”: at para. 1.

[82] It was in this context that the Supreme Court stated that “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”: *Mikisew*, above at para. 1.

[83] The duty to consult and, if indicated, to accommodate, is grounded in the honour of the Crown. In order to act honourably, the Crown cannot “cavalierly run roughshod over Aboriginal interests where claims affecting these interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation and proof”: *Haida Nation*, above at para. 27. Instead, the Crown must respect these potential, but as yet unproven, interests.

[84] While *Haida Nation* involved Aboriginal rights rather than Treaty rights, subsequent jurisprudence has confirmed that the same principles apply in treaty cases: see, for example, *Mikisew*, above at para. 34, and *Ka'a'Gee Tu First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 763, 315 F.T.R. 178 at para. 96.

[85] The duty to consult has both a legal and a constitutional character: *Rio Tinto*, above at para. 34, and *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483 at para. 6. It is, moreover, “a corollary of the Crown's obligation to achieve the just settlement of Aboriginal claims through the treaty process”: *Rio Tinto*, above at para. 32, citing *Haida Nation* at para. 20.

[86] As the Supreme Court observed in *Rio Tinto*, “[w]hile the treaty claims process is ongoing, there is an implied duty to consult with the Aboriginal claimants on matters that may adversely affect their Treaty and Aboriginal rights, and to accommodate those interests in the spirit of

reconciliation”: *Rio Tinto*, above at para. 32, citing *Haida Nation* at para. 20. The duty to consult requires that the Crown take contested or established Aboriginal rights into account *before* making a decision that may have an adverse impact on them: *Rio Tinto*, above at para. 35.

[87] The Supreme Court explained that the duty to consult “derives from the need to protect Aboriginal interests while land and resource claims are ongoing or when the proposed action may impinge on an Aboriginal right”: *Rio Tinto*, above at para. 33. In the absence of such a duty, Aboriginal groups would have to commence litigation and seek injunctive relief in order to stop the threatening activity, a process that has often met with obstacles.

[88] The duty to consult is primarily a procedural right: *Mikisew*, above at para. 33. It is not based on the common law duty of fairness, however. Rather, it is a duty based on “a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution”: *Haida Nation*, above at para. 32.

[89] While primarily procedural in nature, the duty to consult also has a substantive dimension. The duty “is not fulfilled simply by providing a process within which to exchange and discuss information”: *Wii'litswx v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315 at para. 178. Rather, consultation must be meaningful and conducted in good faith “with the intention of substantially addressing the concerns of the Aboriginal peoples whose lands are at issue”: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, [1997] S.C.J. No. 108 at para. 168; see also Arthur Pape, “The Duty to Consult and Accommodate: A Judicial Innovation

Intended to Promote Reconciliation” in *Aboriginal Law since Delgamuukw*, ed. Maria Morellato (Aurora, ON: Cartwright Group Ltd., 2009) at 317.

[90] As long as the consultation is meaningful, there is no obligation on the Crown to reach an 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”: *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550 at para. 2.

[91] However, “where there is a strong Aboriginal claim that may be significantly and adversely affected by the proposed Crown action, meaningful consultation may require the Crown to modify its proposed course to avoid or minimize infringement of Aboriginal interests pending their final resolution”: *Wii’litwx*, above at para. 178. See also *Haida Nation*, above at paras. 41-42, 45-50; *Taku River*, above at para. 29; *Mikisew*, above at para. 54.

[92] With this understanding of the source and function of the duty to consult and accommodate, I turn next to consider when it is that the duty to consult will arise.

### **When Does the Duty to Consult and Accommodate Arise?**

[93] Canada is required to consult with its Aboriginal peoples where it “has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it”: see *Haida Nation*, above at para. 35.

[94] The knowledge threshold that must be met to trigger the duty to consult and accommodate is not high: see *Mikisew*, above at para. 55. Indeed, knowledge of a credible but unproven claim is sufficient to trigger the duty: *Haida Nation*, above at para. 37. The Crown will always have knowledge of Treaty rights, as a Treaty party: *Mikisew*, above at para. 34.

[95] Although it is essential that the Aboriginal people establish the existence of a potential claim, proof that the claim will succeed is not required: see *Rio Tinto*, above at para. 40.

[96] While the threshold for triggering a duty to consult is relatively low, the content of the duty to consult will vary with the circumstances. One relevant consideration is the strength of the claim. A weak claim may only require the giving of notice whereas a stronger claim may attract more onerous obligations on the part of the Crown: see *Haida Nation*, above at para. 37. The content of the duty to consult in the circumstances of this case will be discussed in greater detail later in these reasons.

**a) *The Nature of the Claims in Question and the Crown's Knowledge of the Claims***

[97] The SKDB and NBDB claim to have both Aboriginal and Treaty rights in relation to the lands claimed by them. As the Supreme Court of Canada noted in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, [1996] S.C.J. No. 39, Aboriginal and Treaty rights “differ in both origin and structure”. Aboriginal rights “flow from the customs and traditions of the native peoples” and “embody the right of native people to continue living as their forefathers lived”. In contrast, Treaty rights “are those contained in official agreements between the Crown and the native peoples”: all quotes from para. 76.

[98] There is no issue in this case as to the existence of the SKDB and NBDB's Treaty rights. As was noted earlier, the Crown accepts that the SKDB and NBDB have ongoing rights under Treaty 11 to hunt, fish and trap within the lands claimed by the ADKFN as its exclusive territory.

[99] Canada also does not dispute that it has knowledge sufficient to trigger a duty to consult with the SKDB and NBDB in relation to these Treaty rights. Canada maintains, however, that this consultation should not occur until *after* Canada has reached an agreement in principle with the ADKFN.

[100] Canada does not concede that the SKDB and NBDB have Aboriginal rights to the land itself. While Canada disputes the well-foundedness of these claims, it clearly has knowledge of them by virtue of its participation in land claims negotiations with SKDB and NBDB in Dehcho Process.

[101] I am therefore satisfied that the Crown has sufficient knowledge to trigger a duty of consult in relation to both the Treaty rights and the Aboriginal claims (including rights to the land) asserted by the SKDB and NBDB.

**b)      *The Government Action that may Affect the Asserted Rights***

[102] In order for the duty to consult to be triggered, there must also be a Crown decision or proposed government action that may affect the rights in question: *Rio Tinto*, above at paras. 41 and 45. It is not necessary that this decision or proposed action have an *immediate* impact on the lands or resources in question. A potential adverse impact will suffice. As a consequence, the duty to consult extends to “‘strategic, higher-level decisions’ that may have an impact on Aboriginal claims and rights”: *Rio Tinto*, above at para. 44.

[103] Canada concedes that the conclusion of the ADKFN Framework Agreement and the commencement of negotiations with the ADKFN with respect to its comprehensive land claim may ultimately affect the SKDB and NBDB’s Treaty rights. However, it says that any agreement in principle it may enter into with the ADKFN will have no impact on any potential or existing Aboriginal or Treaty rights of either the SKDB or the NBDB. As a consequence, the “seriousness of the impact” part of the *Haida Nation* test points to the low end of the consultation spectrum at this stage in the process.

[104] Given Canada’s concession that its actions may affect the asserted rights of the SKDB and NBDB, I am satisfied that this part of the *Haida Nation* test has been satisfied. I will address Canada’s arguments as to the content of the duty it owes to the SKDB and NBDB and when consultation should take place further on in these reasons.

**c)      *The Adverse Effect of the Proposed Crown Conduct on the Aboriginal Claim or Right***

[105] The third element that is required to give rise to the duty to consult is the potential effect of the proposed Crown conduct on the Aboriginal claim or Treaty right.

[106] As the Supreme Court of Canada observed at paragraph 45 of *Rio Tinto*, above, what must be established this stage of the analysis is “the *possibility* that the Crown conduct may affect the Aboriginal claim or right” [my emphasis]. A 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”.

[107] The Court went on in *Rio Tinto* to observe that “a generous, purposive approach to this element is in order, given that the doctrine’s purpose ... is ‘to recognize that actions affecting unproven Aboriginal title or rights or Treaty rights can have irreversible effects that are not in keeping with the honour of the Crown’ ...”: above at para. 46, citing Dwight G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (Saskatoon: Purich Publishing, 2009) at 30.

[108] Mere speculative impact is not enough. There must an “appreciable adverse effect on the First Nations' ability to exercise their Aboriginal right” and the adverse effect “must be on the future exercise of the right itself; an adverse effect on a First Nation's future negotiating position does not suffice”: *Rio Tinto*, above at para. 46.

[109] Adverse impacts can extend to any effect that may prejudice a pending Aboriginal claim or right. Moreover, “high-level management decisions or structural changes to the resource's

management may also adversely affect Aboriginal claims or rights even if these decisions have no ‘immediate impact on the lands and resources’”. The reason for this is that “such structural changes may set the stage for further decisions that will have a *direct* adverse impact on land and resources”: all quotes from *Rio Tinto*, above at para. 47 [emphasis in the original].

[110] Canada accepts that the conclusion of the ADKFN Framework Agreement and the commencement of comprehensive land claim negotiations with the ADKFN may ultimately affect the SKDB and NBDB’s Treaty rights, although it submits that the seriousness of that impact is speculative at this stage.

[111] As will be explained below, I am not persuaded that the seriousness of that impact is speculative in light of decisions that have already been made by Canada in the context of its negotiations with the ADKFN - decisions that were made without any consultation with the SKDB and NBDB.

[112] The seriousness of the potential impact on the rights of the SKDB and NBDB is a matter that may be addressed in determining the content of the consultation required at this stage of the process. However, Canada’s concession regarding the potential impact that the ADKFN Framework Agreement and the negotiations with the ADKFN may ultimately have on the SKDB and NBDB’s Treaty rights is sufficient to satisfy the third element of the *Haida Nation* test and to give rise to the duty to consult on the Crown.

**What is the Scope of the Duty to Consult at this Stage in the Process?**

[113] The Supreme Court held in *Haida Nation*, above at para. 39, that the scope of the duty to consult 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.

[114] That is, the degree of impact on the rights asserted will dictate the degree of consultation that is required in a specific case: *Mikisew*, above at paras. 34, 55 and 62-3. The more serious the potential impact on asserted Aboriginal or Treaty rights, the deeper the level of consultation that will be required.

[115] The level of consultation required will vary from case to case, depending upon what is required by the honour of the Crown in a given set of circumstances: *Haida Nation*, above at para. 43. See also *Rio Tinto*, above at para. 36; *Taku River*, above at para. 32; *Tsuu T'ina Nation v. Alberta (Minister of Environment)*, [2010] 2 C.N.L.R. 316, [2010] A.J. No. 479 (Q.L.) (Alta. C.A.) at para. 71, and *Ahousaht*, above at para. 39.

[116] Where, for example, the claims are weak, the Aboriginal right is limited, or the potential for infringement is minor, the only duty on the Crown may be to give notice, to disclose information, and to discuss any issues raised in response to the notice: *Haida Nation*, above at para. 43.

[117] In contrast, where a strong *prima facie* case for the claim has been established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-

compensable damage is high, “deep consultation” aimed at finding a satisfactory interim solution, may be required: *Haida Nation*, above at para. 44.

[118] While the precise requirements of the consultative process will vary with the circumstances, the consultation required in relation to claims lying at the stronger end of the spectrum may demand the opportunity for the claimants to make submissions, to participate in the decision-making process, and to receive written reasons which demonstrate that their concerns were considered and which reveal the impact those concerns had on the decision: *Haida Nation*, above at para. 44.

[119] Other cases may fall between these two ends of the spectrum. Each case has to be examined individually in order to ascertain the content of the duty to consult in a particular set of circumstances. Moreover, the situation may have to be re-evaluated from time to time, as the level of consultation required may change as the process goes on and new information comes to light: *Haida Nation*, above at para. 45.

[120] I will first examine the strength of the Aboriginal and Treaty claims asserted by the SKDB and NBDB, and will then consider the seriousness of the potential infringement of those claims, in order to assess the scope and content of the duty to consult owed by Canada to the SKDB and NBDB at the pre-agreement in principle stage.

***a) The Prima Facie Strength of the Asserted Claims or Rights***

[121] There is no issue in this case as to the strength of the SKDB and NBDB's claim to Treaty rights. The Crown accepts that the SKDB and NBDB have ongoing rights under Treaty 11 to hunt, fish and trap within the lands claimed by the ADKFN as its exclusive territory.

[122] Insofar as the SKDB and NBDB's claims to Aboriginal title are concerned, Canada does not concede that they have Aboriginal rights in relation to the land itself. However, it does not appear from the record before me that Canada has as yet carried out any meaningful evaluation of the strength of the SKDB and NBDB's claims to Aboriginal rights with respect to the lands in issue. Consequently, there is no factual assessment of the strength of the applicants' Aboriginal rights to which the Court owes deference.

[123] Relying on the decision of the British Columbia Supreme Court in *Cook v. Canada (Minister of Aboriginal Relations and Reconciliation)*, 2007 BCSC 1722, 80 B.C.L.R. (4th) 138, Canada submits instead that the record before the Court is insufficient to allow for an assessment of the strength of the SKDB and NBDB's asserted Aboriginal rights or title at this stage of the process.

[124] Canada also contends that because the SKDB and NBDB's Treaty rights have been established, it is not necessary for the Court to assess the strength of the SKDB and NBDB's asserted Aboriginal rights. Rather, Canada submits that in order to determine the content of the Crown's duty to consult, the Court's focus should be on the degree to which the conduct contemplated by the Crown would adversely affect the rights of the SKDB and NBDB to hunt, fish and trap over the disputed lands.

[125] However, the nature and extent of the duty to consult is proportional to the nature and extent of the interest potentially affected. The duty is greater “where a foundational right is being extinguished than where regulations touch on rights that are admittedly subject to regulation”: see *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203 at para. 35.

[126] An Aboriginal claim to land is clearly a “foundational right”. Indeed, the “most central interest” of Canada’s Aboriginal peoples is their interest in their lands: see *Nunavik Inuit v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [1999] 1 F.C. 38, [1998] F.C.J. No. 1114 (QL) at para. 103, citing *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, [1997] S.C.J. No. 108 (QL).

[127] As a consequence, the SKDB and NBDB’s claims to Aboriginal rights in the land may have a bearing on the scope and content of the Crown’s duty to consult in this case. It is therefore necessary to consider the evidence regarding the strength of the SKDB and NBDB’s claims to Aboriginal rights before turning to consider the seriousness of the potential adverse effect upon the rights claimed.

[128] A court’s assessment of the duty to consult and accommodate prior to proof of an Aboriginal right does not amount to a prior determination of the Aboriginal claim on its merits; rather, courts are able to “differentiat[e] between tenuous claims, claims possessing a strong *prima facie* case, and established claims”, even in the absence of a complete ethno-historical evidentiary record: *Haida Nation*, above at paras. 37 and 66.

[129] Indeed, in *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103 at para. 47, Justice Binnie confirmed that an application for judicial review was an appropriate procedure through which to assess the scope and adequacy of consultation. In both *Haida Nation* and *Little Salmon*, lower courts assessed the *prima facie* strength of Aboriginal claims based upon affidavit evidence.

[130] In the *Cook* case relied upon by the Crown, the Court was faced with conflicting affidavits, and the applicants were unable to articulate a precise infringement of their interests. Contrary to what the Minister suggests, the Court in *Cook* did not decline to assess the strength of the claims, concluding instead that on the basis of the evidentiary record before it, the applicants had established only a “credible claim”: see para. 151.

[131] The SKDB and the NBDB assert that in entering into Treaty 11, they did not surrender their Aboriginal rights with respect to the disputed lands, whereas I understand the Crown to argue that these Aboriginal rights were extinguished by the Treaty. The Crown acknowledges, however, that it never fulfilled a significant component of Treaty 11, namely its obligation to set aside reserve lands for the benefit of the First Nations.

[132] The legal consequences of the Crown’s failure to fulfill a fundamental commitment in the Treaty in relation to the SKDB and NBDB’s asserted Aboriginal title remain to be determined on a more complete record through the land claims process. However, it is appropriate for the purposes of this application to consider these underlying circumstances as material factors in assessing the

strength of the applicants' asserted Aboriginal claims: see *Ka'a'Gee Tu First Nation*, above at para. 105.

[133] Moreover, Canada has, since 1998, been involved in negotiations with the SKDB and NBDB regarding their claims to Aboriginal title through the Dehcho process. While not a determinative factor, the Crown's participation in the land claims process is a factor that may inform the Court in assessing the strength of the SKDB and NBDB's asserted claims: see *Ka'a'Gee Tu First Nation*, above at para. 104.

[134] Through the Dehcho process, the SKDB and NBDB have provided Canada with considerable evidence in support of their historical claims to the lands in the overlap area, including, amongst other things, traditional use studies, traditional place name maps, and reports of archaeological studies. I do not understand the ADKFN to have provided Canada with similar evidence as of yet. We do know that as of March 15, 2010, the ADKFN had not yet completed their traditional land use study. In any event, there is little evidence regarding the strength of the ADKFN's competing claims in the record before me.

[135] The SKDB and NBDB also rely on a statement made during the cross-examination of Janet Pound, a Chief Land Negotiator at the Department of Indian Affairs and Northern Development, as an admission regarding the strength of their Aboriginal claims. Counsel to the SKDB and NBDB asked Ms. Pound: "Now, is it agreed that Canada accepts the claims of Sambaa K'E and Nahanni Butte regarding overlap, that they are substantial claims and they are with merit?" to which Ms. Pound responded "I think so".

[136] In fairness, regard must be had to the entirety of Ms. Pound's answer. She went on to state: "I think any time the Aboriginal groups are asserting something, they are their assertions, right? We have got to respect their assertions. We don't always – everything you do in agreements doesn't necessarily always match with that they are asserting, but obviously we're respecting the assertions that are made." I agree with Canada that when Ms. Pound's answer is read in its entirety, it is not an admission that the SKDB and NBDB's Aboriginal claims are meritorious.

[137] While it is not easy to quantify the strength of the SKDB and NBDB's claims to Aboriginal title at this stage of the process, I am nevertheless satisfied that the claims raise a reasonably strong *prima facie* case. This finding is based upon a review of the record, the nature of the asserted claims, the language of Treaty 11, the Crown's breach of one of its fundamental obligations under Treaty 11, the paucity of evidence with respect to the strength of the ADKFN's claims to the disputed territory, and the Crown's commitment to the comprehensive land claims process.

[138] I note that my conclusion in this regard with respect to the potential significance of the Crown's breach of its obligations under Treaty 11 is consistent with the finding of this Court in relation to the Aboriginal rights asserted in another Treaty 11 case: see *Ka'a'Gee Tu First Nation*, above at para. 107.

[139] The fact that the SKDB and NBDB have established a reasonably strong *prima facie* case based upon their asserted Aboriginal rights to the land in question serves to elevate the content of

the Crown's duty to consult from what would otherwise have been the case had the duty been based exclusively on the SKDB and NBDB's claims to Treaty rights to hunt, fish and trap.

[140] With this understanding of the strength of the SKDB and NBDB's Aboriginal and Treaty claims, I will next consider the seriousness of the potential infringement that the ADKFN negotiations and an eventual agreement in principle may have for these claims.

***b) The Seriousness of the Potential Infringement of the Asserted Aboriginal and Treaty Rights***

[141] There is no dispute that the negotiation of the ADKFN Framework Agreement has triggered a duty on the part of Canada to consult with the SKDB and NBDB. The issue is the extent and depth of the consultations that are required at this stage of the process.

[142] Canada submits that we cannot know at this stage of the process what impact its negotiations with the ADKFN will have for the SKDB and NBDB, with the result that it is impossible to assess the seriousness of the potential infringement of the SKDB and NBDB's asserted Aboriginal and Treaty rights. The result of this is that Canada's duty to consult with the SKDB and NBDB at this point is at the lower end of the consultation spectrum and is limited to notice, disclosure or discussion.

[143] Canada points out that an agreement in principle is not a binding "decision". It does not grant any rights to the signatories, nor does it take away rights from other non-signatory First Nations. According to Canada, an agreement in principle is "merely an interim negotiating position subject to change".

[144] Consequently, Canada says that it would be premature for it to engage in deep consultation with the SKDB and NBDB at this stage of the process. Because it will not be possible to know the particulars of the contemplated Crown conduct and the seriousness of any impact on the rights of the SKDB and NBDB until such time as Canada has entered into an agreement in principle with the ADKFN, consultation with the SKDB and NBDB should not take place until then.

[145] I note, however, that Canada's position as to when consultation with the SKDB and NBDB should occur has not been consistent, and that previous representations made by Canada in this regard do not appear to have been respected.

[146] It will be recalled that in her December 21, 2009 letter to counsel for the SKDB and NBDB, the Senior Assistant Deputy Minister for Policy and Strategic Direction advised the SKDB and NBDB it would be premature for Canada to enter into consultations with them *until the outcome of the overlap discussions between the ADKFN and the SKDB and NBDB was known*. It would have been entirely reasonable for the SKDB and NBDB to understand this statement to mean that Canada would consult with them once the outcome of the overlap negotiations was known.

[147] By June of 2010, Canada was aware that the overlap discussions had failed. It did not, however, initiate any form of consultation with the SKDB and NBDB at that time. Instead, Canada's position as to when consultation with the SKDB and NBDB should take place seemed to change after the overlap negotiations broke down. This change in position is reflected in the

Minister's October 25, 2010 letter, which advised the SKDB and NBDB that consultation would now not occur until *after* Canada reached an agreement in principle with the ADKFN.

[148] Canada's position at the hearing of this application was generally consistent with the position taken by the Minister in his October 25, 2010 letter: that is, that consultation should take place after the signing of an agreement in principle with the ADKFN. However, counsel for Canada also stated that "the decision to send [the Final Agreement] to Parliament is where the duty to consult arises".

[149] Given that the decision under review commits to consultations taking place after the signing of an agreement in principle between Canada and the ADKFN, and that most of Canada's submissions focused on the conclusion of an agreement in principle with the ADKFN as being the point at which it was required to consult with the SKDB and NBDB, I will take that to be its real position.

[150] As an agreement in principle merely represents an interim negotiating position which is subject to change, Canada says that the SKDB and NBDB's argument that positions will become entrenched once an agreement in principle is concluded is without merit. In support of this contention, Canada relies on several pre-*Haida Nation* decisions, including *Paul v. Canada*, 2002 FCT 615, 219 F.T.R. 275 at para. 108, and *Pacific Fishermen's Defence Alliance v. Canada*, [1988] 1 F.C. 498, [1987] F.C.J. No. 1146 at paras. 8 and 13.

[151] Canada further submits that to consult in this context would be meaningless: citing *Cook*, above at paras. 175-77. According to Canada, it would be unproductive and premature for it to engage in further consultation with the SKDB and NBDB prior to an agreement in principle having been reached with the ADKFN because the extent of any impact on the SKDB and NBDB's rights would be speculative: *Tsuu T'ina*, above at para. 85.

[152] By way of example, Canada says that the process for negotiating land selection will not begin until *after* an agreement in principle is concluded. It is thus impossible to know the particulars of contemplated Crown conduct, or to assess its impact on third party rights prior to concluding the agreement in principle with the ADKFN: *Kruger Inc. c. Première Nation des Betsiamites*, 2006 QCCA 569, 149 A.C.W.S. (3d) 864 at paras. 12-13.

[153] Canada also points out that land claims treaties typically contain non-derogation clauses that protect the rights of other Aboriginal groups in a settlement area, and that any final agreement entered into with the ADKFN will contain such a provision. As a consequence, even a final agreement between the ADKFN and Canada would have no immediate impact on the Aboriginal and Treaty rights of either the SKDB or the NBDB.

[154] In support of this contention, Canada relies on the decision of the British Columbia Supreme Court in *Cook*, above, which, like this case, involved overlapping land claims by several First Nations. The Court concluded that deep consultation and accommodation with the petitioners in that case was not required by Canada until after a final agreement was signed between it and the third-party First Nation.

[155] In coming to this conclusion, the Court in *Cook* relied heavily on the presence of the non-derogation clause in the final agreement, stating that:

186 ... I do not find there is persuasive evidence that the [Final Agreement] causes irreparable harm to the petitioners, and, more importantly, I am satisfied that there is time for the petitioners, British Columbia and Canada to engage in consultation before the [Final Agreement] is implemented [...] In that consultation process, the petitioners will be able identify, with the clarity that they have so far been unable to articulate, any infringement on their title and rights claims. It is not for this Court, on the type of conflicting evidence tendered here, to draw those conclusions for them. The other factor of importance is that the non-derogation clause confirms that [Final Agreement] does not affect the Aboriginal rights or title of any other Aboriginal group.

[156] Canada also relies on *Benoanie v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1993] 2 C.N.L.R. 97 (T.D.); *Tsehaht First Nation v. Huu-ay-aht First Nation*, 2007 BCSC 1141, 160 A.C.W.S. (3d) 341 at para. 25; *Paul*, above; and *Tremblay v. Pessamit First Nation*, 2008 QCCS 1536, [2008] 4 C.N.L.R. 240), to the same effect.

[157] Moreover, Canada points out that Aboriginal rights either exist or they do not exist. They are not created by agreements, treaties or the law, and have constitutional protection under section 35 of the *Constitution Act, 1982*. As a consequence, Aboriginal rights cannot be extinguished by government action: *Tremblay*, above at paras. 59-60.

[158] As a result, Canada submits that the duty to consult owed by it to the SKDB and NBDB during the pre-agreement in principle phase is at the low end of the spectrum, and should be limited to notice, disclosure or discussion: *Haida Nation*, above at para. 43; *Mikisew*, above at para. 64.

[159] I would start my analysis by observing that what *Haida Nation* actually says is required at the lower end of the consultation spectrum “may be to give notice, disclose information, *and discuss any issues raised in response to the notice*”: at para. 43 [my emphasis].

[160] Citing T. Isaac and A. Knox, “The Crown's Duty to Consult Aboriginal People” (2003), 41 Alta. L. Rev. 49 at 61, the Court goes on in *Haida Nation* to observe that “‘consultation’ in its least technical definition *is talking together for mutual understanding*”: at para. 43 [my emphasis].

[161] Similarly, in *Mikisew*, where the Crown’s duty to consult was found to lie at the lower end of the spectrum, it was nevertheless required to “engage directly” with the Mikisew. This “engagement” required the Crown 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”: above at para. 64.

[162] Canada concedes that it has not, as yet, had *any* direct discussions with the SKDB and NBDB with respect to their concerns, notwithstanding the two First Nations’ repeated requests for consultation. As will be explained later in these reasons, I am satisfied that Canada has not satisfied the duty on it to consult with the SKDB and NBDB, even if that duty were only at the lower end of the spectrum.

[163] Moreover, and in any event, I am satisfied that the particular facts of this case are such that Canada has a present obligation to consult somewhat more deeply with the SKDB and NBDB.

[164] I would start by noting that the duty to consult extends to strategic, higher level decisions that may have an impact on Aboriginal claims and rights, even if that impact on the disputed lands or resources may not be immediate: *Rio Tinto*, above at para. 44.

[165] If it is to be meaningful, consultation cannot be postponed until the last and final point in a series of decisions. Once important preliminary decisions have been made there may well be “a clear momentum” to move forward with a particular course of action: see *Squamish Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2004 BCSC 1320, 34 B.C.L.R. (4th) 280 at para. 75. Such a momentum may develop even if the preliminary decisions are not legally binding on the parties.

[166] Indeed, the case law shows that the non-binding nature of preliminary decisions does not necessarily mean that there can be no duty to consult. For example, in *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, 303 F.T.R. 106, negotiations leading to a non-binding Cooperation Plan nonetheless triggered a duty to consult that fell at the high end of the consultation spectrum.

[167] Justice Phelan described the Cooperation Plan as “a complex agreement for a specified course of action, a road map, which intended to *do* something. It intended to set up the blue print

from which all ensuing regulatory and environmental review processes would flow. It is an essential feature of the construction of [the project in issue]”: *Dene Tha' First Nation*, above at para. 100.

Justice Phelan further noted that “the Cooperation Plan, although not written in mandatory language, functioned as a blueprint for the entire project”: above at para. 107.

[168] Justice Phelan concluded that the Cooperation Plan was “a form of ‘strategic planning’”: at para. 108. By itself it conferred no rights, but it set up the means by which a whole process would be managed and was a process through which the rights of the Aboriginal peoples would be affected. As a consequence, Justice Phelan was satisfied that the Cooperation Plan established a process by which the rights of the Dene Tha’ would be affected: above at para. 108.

[169] I recognize that for the duty to consult to be engaged, there must be an appreciable adverse effect on the First Nations’ ability to exercise their Aboriginal or Treaty rights, and that merely speculative impacts will not suffice. I further recognize that the adverse effect must be on the future exercise of the rights themselves, and that an adverse effect on a First Nation’s future negotiating position will not suffice: *Rio Tinto*, above at para. 46.

[170] In this case, however, decisions have already been made by Canada, without consultation with either the SKDB or the NBDB, which will likely have a significant impact on each of their Treaty rights and Aboriginal claims.

[171] One of these is the decision to limit the ADKFN's land claim to territory within the NWT. This decision is highly significant, considering that two-thirds of the ADKFN's asserted traditional territory lies outside of the NWT.

[172] Similarly, the March, 2009, offer made by Canada to the ADKFN, will, in all likelihood, have a negative effect on the SKDB and NBDB's own land claims. This offer would allow the ADKFN to select a total of 6,474 square kilometres of land within the NWT in satisfaction of its land claim.

[173] Canada's offer has been accepted by the ADKFN as a basis for the negotiation of an agreement in principle, which agreement will address the issue of land quantum. Given the dynamics of the negotiating process, it is hard to imagine that the agreement in principle will be less generous to the ADKFN than Canada's initial offer.

[174] There are, however, only 6,064 square kilometres of land in the south-west corner of the NWT that are outside of the SKDB and NBDB primary land use areas and are available to satisfy the ADKFN's claims. As a result, the acceptance by the ADKFN of Canada's offer will inevitably result in an encroachment on the SKDB and NBDB's claimed territory.

[175] This problem is compounded by the fact that the surface and sub-surface rights to some of the available land is currently in the hands of third parties. As a result, there is simply not enough land available in the NWT to satisfy the ADKFN's claims and Canada's offer without encroaching

on the primary land use areas claimed by the SKDB and NBDB, and thus infringing their Aboriginal and Treaty rights. This impact is not speculative.

[176] Moreover, Canada and the ADKFN have also already agreed, as part of the ADKFN Framework Agreement, not to create a new regulatory and land management regime for the lands in issue, but rather to adopt the regime currently operating under the *Mackenzie Valley Resource Management Act*. The SKDB and NBDB assert that the *MVRMA* resource management regime is inconsistent with the land management process advanced through the Dehcho process, namely collective co-management through a single management authority.

[177] While the adverse impact of the adoption by the ADKFN of the *MVRMA* resource management regime in relation to lands potentially falling within the SKDB and NBDB's primary land use areas may not be immediately felt by the SKDB and NBDB, courts have held that the potential for infringement need not be immediate: *Rio Tinto*, above at paras. 44, 47 and 54. The potential infringement of asserted Aboriginal governance rights resulting from the application of the *MVRMA* to the disputed lands is prospective, but nevertheless serious.

[178] Finally, the March, 2009, offer made by Canada to the ADKFN has also had immediate consequences for the SKDB and NBDB as it resulted in Canada proportionately reducing the offer that it made to the Dehcho First Nations, including the SKDB and NBDB.

[179] This clear potential for infringement distinguishes this case from the *Cook* case relied upon by the Crown. In that case, there was an absence of any obvious infringement: see *Cook*, above at para. 179.

[180] Moreover, *Cook* did not involve a situation in which overlap negotiations had broken down; none had yet been attempted: see paras. 115-18. The Court thus found that even if the applicant First Nations were later able to identify an infringement of their claims, several possibilities for accommodation remained available: at paras. 190-91.

[181] Even in these circumstances, the Court nonetheless acknowledged that the Crown had a duty to consult with the Aboriginal applicants at the agreement in principle stage, although it found that, in light of the absence of any infringement, the duty at that stage lay at the low end of the spectrum: *Cook*, above at paras. 179, 192.

[182] In contrast, the contemplated Crown action here potentially puts current claims by and the rights of the SKDB and NBDB in jeopardy: *Rio Tinto*, above at para. 49. Moreover, the threat to the rights of the SKDB and NBDB is real, and not merely hypothetical, surmised or imagined: see *Pacific Fishermen's Defence Alliance*, above at para. 8.

[183] I acknowledge that a non-derogation clause in a final agreement between Canada and the ADKFN will offer the SKDB and NBDB some measure of protection. Nevertheless, the prospect of reconciliation between the Crown and the SKDB and NBDB will inevitably be undermined if

meaningful discussions with Canada only start after it has reached an agreement in principle with the ADKFN. Indeed, counsel for the Crown himself acknowledged this reality at the hearing.

[184] Relying on the decision in *Cook*, Canada also argues that if it were required to enter into consultation with the SKDB and NBDB at this point in the process, it would then have to “ping-pong” back and forth between the SKDB and NBDB on the one hand, and the ADKFN on the other. When I suggested to counsel that this would have to occur in any negotiations taking place *after* the conclusion of an agreement in principle with the ADKFN, counsel agreed that this was indeed that case. He noted, however, that Canada would be able to enter into negotiations with the SKDB and NBDB “armed with an agreement in principle”. This is, of course, precisely what the SKDB and NBDB are concerned about.

[185] While it is clear from *Rio Tinto* that an adverse effect on a First Nation’s future negotiating position will not be sufficient, by itself, to affect the duty to consult, the inevitable impact that the conclusion of an agreement in principle between Canada and the ADKFN will have on ongoing negotiations within the Dehcho Process is just one of many circumstances at play in this case.

[186] Moreover, the law is clear that “[t]he Crown cannot run roughshod over one group’s potential and claimed Aboriginal rights in favour of reaching a treaty with another”: see *Cook*, above at para 162; *Haida Nation*, above at para. 27.

[187] Canada insists that “there is nothing lost by waiting until after the AIP to engage in further consultation with the applicants”: see Canada’s memorandum of fact and law at para 89. I do not

agree. Proceeding with negotiations with the ADKFN and excluding the applicants from any direct discussions despite their repeated entreaties to be consulted does little to promote reconciliation between Canada and the SKDB and NBDB, and may very well have the opposite effect.

[188] The undermining of the reconciliation process is further compounded in this case by Canada having “moved the goalposts” in relation to the consultation process. While initially representing to the SKDB and NBDB that consultation would take place after the outcome of the overlap discussions was known, no such consultation in fact took place. When the SKDB and NBDB quite reasonably pushed for consultation after the breakdown of the overlap negotiations, they were once again put off, with the Minister now informing them that consultation would only occur after the conclusion of an agreement in principle between Canada and the ADKFN. With respect, this shifting position does nothing to promote the process of reconciliation and could only serve to further alienate the SKDB and NBDB.

[189] Canada also argues that it cannot engage directly with the SKDB and NBDB until such time as it has an agreement in principle with the ADKFN as it cannot know what to discuss with the SKDB and NBDB. This of course begs the question of how it is that Canada can engage directly with the ADKFN, if it has not entered into an agreement in principle with the SKDB and NBDB?

[190] It was argued in *Haida Nation* that the Crown could not know that rights exist before Aboriginal claims are resolved, and thus it could have no duty to consult with or accommodate First Nations. While recognizing that this difficulty should not be minimized, the Supreme Court nevertheless held that “it will 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”: above at para. 36.

[191] In order to facilitate this determination, the Supreme Court held that claimants should clearly outline their claims, “focussing on the scope and nature of the Aboriginal rights they assert and on the alleged infringements”: *Haida Nation*, above at para. 36.

[192] While these comments were made in a slightly different context, the same point may be made here.

[193] The SKDB and NBDB have provided Canada with a great deal of historical and other material supporting their respective claims and have clearly articulated these claims. Indeed, Canada has not suggested that it does not understand the nature or scope of the claims being asserted by the SKDB and NBDB. This further distinguishes this case from the *Cook* case relied upon by the Crown, where one of the reasons cited by the Court for finding that consultation could be deferred in that case until after the signing of an agreement in principle with another First Nation was the inability of the petitioner First Nations to clearly articulate any infringement on their title and rights claims: *Cook*, above at para. 186.

[194] Perhaps because of the fact that the negotiations between the ADKFN and the Crown are confidential, little information has been provided to the Court as to the strength of the ADKFN’s claims. However, it appears from the material filed in relation to this application that the SKDB and

NBDB have provided Canada with substantial information regarding their own claims. There is thus ample basis for discussion.

[195] Canada has also argued that because the ADKFN process is confidential, it cannot consult with the SKDB and NBDB at this stage in the process. I do not accept this argument.

[196] While the ADKFN Framework Agreement contemplates that the agreement in principle will be made public, Canada has clearly stated that the process for negotiating land selection will not begin until *after* an agreement in principle is concluded. Those negotiations between the ADKFN and Canada will themselves be confidential.

[197] To the extent that Canada's concern is the confidentiality of its negotiations with the ADKFN, I asked Crown counsel how Canada would be in any better position to consult with the SKDB and NBDB with respect to land selection issues *after* the conclusion of an agreement in principle with the ADKFN, given that the post-agreement in principle negotiations with the ADKFN would still be confidential. Counsel was unable to provide a satisfactory answer, other than to say "that's a bit of a difficult one".

### **Canada has not Discharged its Duty to Consult**

[198] Perfect satisfaction of the duty to consult is not required. As long as the Crown "makes reasonable efforts to inform and consult the First Nations which might be affected by the Minister's intended course of action, this will normally suffice to discharge the duty": *Ahousaht*, above at para. 38.

[199] In all cases, the fundamental question is what is necessary 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*, above at para. 45.

[200] The honour of the Crown also mandates that it balance societal and Aboriginal interests in making decisions that may affect Aboriginal claims: *Haida Nation*, above at para. 45.

[201] Canada says that it has provided the SKDB and NBDB with notice of the ADKFN land claims process and subjects for negotiation. It has appointed a Ministerial Special Representative and supported negotiations between the First Nations with respect to overlap issues in an attempt to minimize the impact on the SKDB and NBDB's rights. It has also received information from the SKDB and NBDB in support of their claims, and has promised to engage in deeper consultation prior to land selection by the ADKFN in the post-agreement in principle phase of its negotiations with the ADKFN, and to include a non-derogation clause in an ADKFN Final Agreement.

[202] However, Ms. Pound acknowledged in her cross-examination that Canada has not, as yet, "formally engaged with [the SKDB and NBDB] on consultation". Indeed, Canada concedes that it has not, to this point, engaged in *any* direct discussions with the SKDB and NBDB with respect to their concerns. This lack of consultation is also reflected in the Ministerial letter that underlies this application for judicial review, which assures the SKDB and NBDB that consultation will occur in the future, but not until an agreement in principle is signed with the ADKFN.

[203] At the same time, Canada asserts that it has demonstrated an ongoing intention to address the SKDB and NBDB's concerns through meaningful consultation after signing an agreement in principle with the ADKFN, thereby discharging its pre-agreement in principle duty to consult.

[204] I agree with Canada that it was both reasonable and appropriate for it to encourage the ADKFN, the SKDB and the NBDB to endeavour to resolve their competing claims between themselves, and to facilitate those discussions. Indeed, encouraging overlapping claims to be worked out on a consensual basis is respectful of the First Nations involved. However, the fostering of overlap negotiations cannot, in my view, serve as a substitute for direct consultations by Canada with the affected First Nations.

[205] Different levels of consultation may be required at different stages of the process: see *Cook* above at para. 197. The particular circumstances of this case, including the strength of the applicants' Aboriginal claims and their acknowledged Treaty rights, the actions proposed by Canada and the potential impact of those actions on the claims and rights of the SKDB and NBDB, the decisions already made in relation to the ADKFN's claims, and the representation made by Canada as to when consultation with the SKDB and NBDB would take place, are such that the honour of the Crown requires that it engage directly with the SKDB and NBDB prior to concluding an agreement in principle with the ADKFN.

## Conclusion

[206] For the reasons given, I am satisfied that the Minister's decision to delay consultation with the SKDB and NBDB until after the conclusion of an agreement in principle with the ADKFN was not reasonable, and the process followed was incompatible with the honour of the Crown: see *Mikisew*, above at para. 59.

[207] While deeper consultation will be required after the conclusion of an agreement in principle with the ADKFN, Canada has a duty to consult with the SKDB and NBDB at this stage of the process by engaging in immediate and substantive discussions directly with them with respect to the potential infringements of their Aboriginal and Treaty rights in relation to lands subject to overlapping claims by the ADKFN.

## Remedy

[208] Although the Government of the NWT and the ADKFN have been named as respondents in this application, the decision under review in this case is an October 25, 2010 decision by the Minister of Indian Affairs and Northern Development postponing consultation with the SKDB and NBDB until after the conclusion of an agreement in principle between Canada and the ADKFN. Consequently, the remedy provided by the Court should be addressed solely to Canada. This is consistent with the relief requested in the SKDB and NBDB's Notice of Application.

[209] For the reasons given, this Court declares that Canada has breached its duty to consult with the SKDB and NBDB, with the result that the Minister's October 25, 2010 decision to postpone consultation with the SKDB and NBDB is set aside.

[210] Canada has a legal and constitutional duty to engage in immediate and substantive discussions directly with the SKDB and NBDB with respect to the subjects of the land claim with ADKFN that would affect or potentially affect the asserted Aboriginal and Treaty rights of the SKDB and NBDB, including the determination of lands and resources forming the settlement area or settlement lands of ADKFN's land claim, the use of such lands and resources, and the regulation or management of such lands and resources.

[211] Canada shall not enter into an agreement in principle with the ADKFN in relation to its pending land claim until such time as the consultations with the SKDB and NBDB referred to in the previous paragraph have been carried out.

[212] This Court further declares that upon the conclusion of an agreement in principle with the ADKFN, Canada will have a duty to engage in deep, meaningful and adequate consultation with the SKDB and NBDB in order to develop workable accommodation measures to address their concerns with respect to the determination of lands and resources forming the settlement area or settlement lands of ADKFN's land claim, and the regulation or management of such lands and resources. This process is to be conducted with the aim of reconciling outstanding differences between the parties, in a manner that is consistent with the honour of the Crown and the principles articulated by the Supreme Court of Canada in *Haida Nation* and *Taku River*.

[213] The SKDB and NBDB are entitled to their costs of this matter. I am not persuaded that the circumstances of this case justify an award of solicitor and client costs. As agreed by the parties, the SKDB and NBDB's costs are fixed in the amount of \$15,000.

## **JUDGMENT**

### **THIS COURT DECLARES, ORDERS AND ADJUDGES that:**

1. Canada has breached its duty to consult with the SKDB and NBDB;
2. This application for judicial review is allowed and the October 25, 2010 decision by the Minister of Indian Affairs and Northern Development postponing consultation with the SKDB and NBDB until after the conclusion of an agreement in principle between Canada and the ADKFN is set aside;
3. Canada shall engage in immediate and substantive discussions directly with the SKDB and NBDB with respect to the subjects of the land claim with ADKFN that would affect or potentially affect the asserted Aboriginal and Treaty rights of the SKDB and NBDB, including the determination of lands and resources forming the settlement area or settlement lands of ADKFN's land claim, the use of such lands and resources, and the regulation or management of such lands and resources;
4. Canada is prohibited from entering into an agreement in principle with the ADKFN in relation to its pending land claim until such time as the consultations with the SKDB and NBDB referred to in the paragraph 3 of this Order have been carried out;
5. Upon the conclusion of an agreement in principle with the ADKFN, Canada shall engage in deep, meaningful and adequate consultation with the SKDB and NBDB in order to develop workable accommodation measures to address their concerns about the determination of lands and resources forming the settlement area or settlement lands of

ADKFN's land claim, and the regulation or management of such lands and resources.

This process is to be conducted with the aim of reconciling outstanding differences between the parties, in a manner that is consistent with the honour of the Crown and the principles articulated by the Supreme Court of Canada in *Haida Nation* and *Taku River*; and

6. The SKDB and NBDB shall have their costs of this matter, fixed in the amount of \$15,000.

“Anne Mactavish”

---

Judge

**FEDERAL COURT**  
**SOLICITORS OF RECORD**

**DOCKET:** T-1946-10

**STYLE OF CAUSE:** SAMBAA K'E DENE BAND ET AL v.  
JOHN DUNCAN ET AL

**PLACE OF HEARING:** Calgary, Alberta

**DATE OF HEARING:** November 22, 2011

**REASONS FOR JUDGMENT  
AND JUDGMENT:** MACTAVISH J.

**DATED:** February 10, 2012

**APPEARANCES:**

John R. Lojek FOR THE APPLICANTS

Andrew Fox FOR THE RESPONDENT  
Donna Keats (THE MINISTER OF INDIAN AFFAIRS  
AND NORTHERN DEVELOPMENT)

Karen Lajoie FOR THE RESPONDENT  
(THE GOVERNMENT OF THE  
NORTHWEST TERRITORIES)

**SOLICITORS OF RECORD:**

JOHN R. LOJEK FOR THE APPLICANTS  
Barrister & Solicitor  
Calgary, Alberta

MYLES J. KIRVAN FOR THE RESPONDENT  
Deputy Attorney General of Canada (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS  
AND NORTHERN DEVELOPMENT)

GOVERNMENT OF THE NORTHWEST FOR THE RESPONDENT  
TERRITORIES (THE GOVERNMENT OF THE  
Department of Justice NORTHWEST TERRITORIES)

TAB 23

# IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: *Squamish Nation v. British Columbia  
(Community, Sport and Cultural  
Development)*,  
2014 BCSC 991

Date: 20140604  
Docket: S133374  
Registry: Vancouver

Between:

**Squamish Nation as represented by Chief Gibby Jacob  
on his own behalf and on behalf of the members of the Squamish Indian Band  
and Lil'wat Nation as represented by Chief Lucinda Phillips on her own behalf  
and on behalf of the members of the Mount Currie Indian Band**  
Petitioners

And

**Her Majesty the Queen in Right of British Columbia, as represented by the  
Minister of Community, Sport and Cultural Development,  
The Honourable William Bennett and The Resort Municipality of Whistler**  
Respondents

Before: The Honourable Mr. Justice Greuell

## Reasons for Judgment

Counsel for the Petitioners:

G.J. McDade, Q.C.  
P.J. Millerd

Counsel for the Respondents,  
British Columbia (Community, Sport and  
Cultural Development), and  
The Honourable William Bennett:

G.R. Thompson  
A.K. Cousins

Counsel for the Respondent,  
The Resort Municipality of Whistler:

R. Harding

Place and Date of Trial/Hearing:

Vancouver, B.C.  
November 18 - 22, 2013, and  
January 27 - 29, 2014

Place and Date of Judgment:

Vancouver, B.C.  
June 4, 2014

[1] The Squamish and Lil'wat Nations (the "Nations") have brought this petition to challenge the decision of the Minister of Community, Sport and Cultural Development (the "Minister") made pursuant to s. 11 of the *Resort Municipality of Whistler Act*, R.S.B.C. 1996, c. 407 ("*RMOW Act*"), to approve the Resort Municipality of Whistler's ("Whistler" or "RMOW") 2011 Official Community Plan ("OCP").

[2] The Nations argue that the Province did not fulfill its duty to consult with them regarding potential adverse impacts that the OCP may have on land which is subject to Aboriginal title claims. The particular concern of the Nations focuses on those portions of the OCP that restrict Whistler's accommodation capacity, which the Nations say could adversely affect their economic interests in their traditional territory.

[3] This petition raises three issues. First, whether the honour of the Crown required the Province to engage in consultation before the Minister approved the 2011 OCP. Second, if there was a duty to consult, what scope of consultation was required. Third, whether the Province's consultation process fulfilled the duty to consult.

[4] I will first describe the Petitioners and the Respondents, the legislative context in which they operate and the background of negotiations and agreements they are parties to. I will then outline the consultation process that took place leading up to the approval of the OCP before turning to my analysis of the legal issues.

[5] For the reasons which follow I have concluded the Minister incorrectly assessed the nature and scope of the consultation duty arising under these circumstances and that the consultation which occurred between the Minister and the Nations was not adequate to maintain the honour of the Crown.

**The Petitioners**

[6] The Squamish and Lil'wat are both bands within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. It is not disputed the Squamish and Lil'wat people are both "aboriginal peoples" within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[7] The Nations assert shared Aboriginal title over the area within the boundaries of Whistler. In 2001, the Nations entered into a formal protocol in which they recognized they shared a joint claim to title and agreed to work together on issues of concern relating to their asserted claim.

[8] The Nations have entered into various agreements with the Province and Whistler which deal with the interests of both parties. I will review these agreements later in this decision.

**The Province and Whistler**

**Relevant Legislation**

***RMOW Act***

[9] Whistler is one of the few local governments in British Columbia which is required to have its OCP approved by the Minister. Sections 9 to 11 of the *RMOW Act* provide:

**9** (1) The minister must, by regulation, enact an official community plan for the municipality.

(2) An official community plan under subsection (1) has the same effect as if it were adopted by council under Division 2 of Part 26 of the *Local Government Act* and may be amended in accordance with the provisions of that Division or by a regulation made by the minister.

**10** (1) Without limiting sections 1 to 9, the minister may make regulations as follows:

...

(e) enacting or amending an official community plan under section 9, and

...

**11** (1) An official community plan does not take effect until it is approved in writing by the minister.

...

***Local Government Act, R.S.B.C. 1996, c. 323 (“LG Act”)***

[10] An OCP is described in s. 875(1) of the *LG Act* as “a statement of objectives and policies to guide decisions on planning and land use management, within the area covered by the plan, respecting the purposes of local government.”

[11] The effect of an OCP is set out in s. 884 of the *LG Act*:

**884** (1) An official community plan does not commit or authorize a municipality, regional district or improvement district to proceed with any project that is specified in the plan.

(2) All bylaws enacted or works undertaken by a council, board or greater board, or by the trustees of an improvement district, after the adoption of

(a) an official community plan, or

(b) an official community plan under section 711 of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, or an official settlement plan under section 809 of that Act before the repeal of those sections became effective,

must be consistent with the relevant plan.

[Emphasis added.]

[12] Although the Province can order a municipality to change or amend an OCP to address a provincial interest pursuant to s. 874 of the *LG Act*, the Province acknowledged in its argument that this authority would likely be utilized only under “extraordinary circumstances”.

[13] Section 879 of the *LG Act* creates a statutory mandate for the local government to engage in public consultation, including consultation with First Nations:

**879** (1) During the development of an official community plan, or the repeal or amendment of an official community plan, the proposing local government must provide one or more opportunities it considers appropriate for consultation with persons, organizations and authorities it considers will be affected.

(2) For the purposes of subsection (1), the local government must

(a) consider whether the opportunities for consultation with one or more of the persons, organizations and authorities should be early and ongoing, and

(b) specifically consider whether consultation is required with

- (i) the board of the regional district in which the area covered by the plan is located, in the case of a municipal official community plan,
  - (ii) the board of any regional district that is adjacent to the area covered by the plan,
  - (iii) the council of any municipality that is adjacent to the area covered by the plan,
  - (iv) first nations,
  - (v) school district boards, greater boards and improvement district boards, and
  - (vi) the Provincial and federal governments and their agencies.
- [Emphasis added.]

(3) Consultation under this section is in addition to the public hearing required under section 882 (3) (d).

[14] Section 895(1) of the *LG Act* reads:

**895** (1) A local government that has adopted an official community plan bylaw or a zoning bylaw must, by bylaw, define procedures under which an owner of land may apply for an amendment to the plan or bylaw or for the issue of a permit under this Part.

[15] Section 903 provides that a local government may by bylaw, amongst other things, regulate the location, use and density of lands, buildings and other structures within its boundaries.

### **Background**

[16] Whistler was created by statute in 1975 to facilitate the growth of a destination mountain resort community in the southern portion of the Squamish-Lillooet Regional District ("SLRD").

[17] The current boundaries of Whistler encompass over 60,000 acres of land, the vast majority of which is undeveloped Crown land. The Whistler Land Use Map includes an Urban Development Containment Area and a large area of Crown land, which includes the Whistler/Blackcomb Controlled Recreation Area.

[18] The population of the SLRD has been growing rapidly since Whistler was created, nearly doubling from 16,000 to 35,000 residents from 1976 to 2006. The population is projected to double again in the next 30 years. About a third of this

population live in Whistler, although on peak holiday weekends Whistler attracts up to 45,000 people.

[19] Bed units are used by Whistler as a measure of development which is “intended to reflect servicing and facility requirements for one person. Different accommodation types and sizes are allocated a specified number of bed units based on the gross floor area of the unit ...” (2011 OCP definition).

### **The 1993 OCP**

[20] The immediately preceding OCP for Whistler was enacted in 1993 (“1993 OCP”). That plan had been amended many times prior to Whistler commencing the process to draft the new OCP which is the subject of this litigation.

[21] The 1993 OCP, as amended, limited the development of accommodation to “development areas” and established criteria for bylaw amendments increasing bed unit capacity. There was little or no reference to First Nations territorial claims or interests (or indeed any reference to either First Nation) in the 1993 OCP.

[22] The 1993 OCP contained these provisions concerning growth, bed units and residential accommodation:

#### **4.1 RESIDENTIAL AND COMMERCIAL ACCOMMODATION**

##### **BACKGROUND**

*There is concern in Whistler with the changes that will occur as the community grows from its current capacity of approximately 30,000 bed units to the current committed size of approximately 52,600 under current OCP and zoning designations. At present, there appears to be little need to further increase the ultimate size of Whistler, as the community already has considerable remaining approved capacity for all forms of development. It is imperative to make good use of the “breathing room” afforded over the short term to comprehensively address questions about the long-range future of Whistler. Because there is already significant capacity for additional development, the Municipality will be very careful about considering additional approvals. The Comprehensive Development Strategy describes how the Municipality will use the results from the extensive monitoring system and community consultation to determine what kinds and amounts, if any, of additional development capacity should be approved.*

...

4.13 EVALUATING PROPOSALS FOR OCP AND ZONING AMENDMENTS  
(Bylaw 1938, 2010)

**BACKGROUND**

*The approach to considering development proposals is based entirely on the growth management strategy and policies contained in the Comprehensive Development Plan.*

*Proposed amendments to the OCP or Zoning Bylaw, especially those which would significantly increase the accommodation capacity within the existing Municipal boundaries, will only be approved under very special circumstances, and must comply with the criteria under this section. These criteria have been prepared to ensure that the goals and objectives of the Official Community Plan and the Comprehensive Development Plan are satisfied. Proposed OCP amendments or rezonings that are of a minor or technical nature must conform with this Part, but it is assumed that the evaluations can be brief and quickly conducted.*

...

4.13.2 Proposed OCP amendments or rezonings that increase the bed-unit capacity of the Municipality will only be considered if the development:

- a) provides clear and substantial benefits to the community and the resort;
- b) is supported by the community, in the opinion of Council;
- c) will not cause unacceptable impacts on the community, resort, or environment; and
- d) meets all applicable criteria set out in the Official Community Plan.

The Municipality will annually review its growth management policies and determine what kinds and amounts of additional development, if any, are appropriate, necessary, or regarded as likely to yield benefits to the community and the resort. If this annual review identifies kinds of development that should be considered, the Municipality will consider amending the Official Community Plan.

4.13.3 All proposed developments must meet the following mandatory conditions:

- a) The project must be capable of being served by Municipal water, sewer and fire protection services, or by an alternate means satisfactory to the Municipality.
- b) The project must be accessible via the local road system.
- c) The project must comply with all applicable policies of the OCP.

...

[Emphasis added.]

[23] I turn now to describe some of the negotiations and agreements in place between Whistler, the Province and the Nations.

**Other Agreements and Negotiations between the Parties**

**Shared Legacies Agreement**

[24] On November 22, 2002 the Nations, the Vancouver 2010 Bid Corporation and the Province entered into the agreement Partners Creating Shared Legacies from the 2010 Olympic and Paralympic Winter Games (the “Shared Legacies Agreement”).

[25] The preamble states:

On March 22, 2001, the Squamish and Lil’wat Nations (the Nations) signed an historic Protocol Agreement to work together on issues of concern within their shared territories and identified three major common objectives - to respect the Nations’ historic and current presence in the region, to protect the Nations’ Aboriginal rights and title, and to take advantage of economic opportunities, including the proposed hosting of the 2010 Olympic Winter Games in areas of Vancouver and of Whistler.

...

Fourteen of the 20 Olympic and Paralympic events are scheduled to take place in the Nations’ shared territories, nine Olympic events and all five Paralympic events.

The Nations were invited to participate and have been welcomed by member partners of the Vancouver 2010 Bid Corporation. The Nations have representation on the Board of Directors, on the Executive Committee and all relevant work groups. The Bid Corporation, and the federal and provincial governments have assisted the Nations in establishing an Aboriginal Secretariat to ensure that the Nations’ interests are accommodated in the Bid process.

...

Recognizing that the Games would take place in their shared territories, the Nations have welcomed the opportunity to create new partnerships, to help plan and host a successful Games, and to share in the legacies and benefits of the Games.

...

**LANDS FOR ECONOMIC DEVELOPMENT**

- The Province has agreed to provide 300 acres of fee simple land (the lands) for the Nations to pursue economic development opportunities within their shared territories.
- The lands can be selected as several parcels in different areas or as one continuous parcel.

- The lands, and all surface resources related to the lands, will be transferred to the Nations, or an entity set up by the Nations, at no costs to the Nations or the entity.
- The exact location and use of these lands will be determined by the Nations jointly with the Province after consultation with the Nations' communities and after review of a feasibility study.

[Emphasis added.]

[26] The parties also agreed the Province would contribute funds to provide skill training; to initiate a “Naming and Recognition Project” to provide “recognition and a sense of pride to the Nations in their territories”; and to contribute to the construction of a First Nations “Cultural Centre” within Whistler.

[27] The Province also agreed to provide the Nations with shared ownership of a society which was to own, manage and operate a number of new athletic facilities to be built for the 2010 Olympics and to provide housing and economic opportunities to the Nations by providing significant contract opportunities.

### **Legacy Land Agreement (“LLA”)**

[28] The LLA, dated May 23, 2007 was a further agreement between both Nations and Whistler to resolve issues that arose from the 300 acres granted to the Nations (the “Legacy Lands”) by the Shared Legacies Agreement. The agreement followed Letters of Mutual Understanding signed between the Province and the Nations and Whistler and the Nations which concerned the transfer and development of the Legacy Lands.

[29] The LLA reflected a series of agreements reached on issues arising under the two Letters of Mutual Understanding concerning the development of the Legacy Lands, including “development rights for the Legacy Lands, the reallocation of Bed Units to the Nations and support by the Nations for a municipal boundary extension by Whistler”. The parties agreed to “continue to work collaboratively to support their respective goals and objectives in connection with the 2010 Olympic and Paralympic Winter Games and related shared legacies”.

[30] The LLA provided that both Whistler and the Nations “respects the lawful jurisdiction of the others.”

[31] Part 2 of the LLA covered “Land Use Development by the Nations” and included the following “Guiding Principles”:

- 2.1 In relation to the land use decision making process expressly addressed in this Part, the following principles apply:
- (a) land use decisions in Whistler will be guided by Whistler 2020 and consistent with the Official Community Plan;
  - (b) Whistler’s Council and any officers when making land use decisions will consider the Squamish Nation’s Xay Temixw Land Use Plan and Lil’Wat Nation’s land use plan as approved by their respective Councils, as those plans may be amended by their Councils from time to time;
  - (c) land use decisions in Whistler will be made in compliance with the *Community Charter, Local Government Act*, other applicable provincial and Whistler enactments, land use covenants granted in favour of Whistler and Whistler’s other planning policies, guidelines and standards;
  - (d) the land use decision making authority of Whistler Council’s approving officer, or any other Whistler officers making discretionary land use decisions cannot be fettered;
  - (e) the Nations’ Councils’ discretionary decision making cannot be fettered;
  - (f) Whistler and the Nations will work collaboratively to support the tourism economy;

...

[Emphasis added.]

[32] Section 2.10 contained specific reference to “Bed Units”:

In recognition of the Bed Units allocated to the Nations or their nominees by the Province and Whistler, Whistler will, subject to section 2.1 and 2.7, consider rezoning applications made by the Nations or their nominees, as applicable, in accordance with Whistler’s Policy for Residential Bed Units and Growth Management adopted by Whistler’s Council on August 2, 2005. As of the reference date of this Agreement, Whistler will allocate approximately 224 Bed Units from the existing inventory of undeveloped Bed Units available from the Cressey and Holburn developments as Bed Units that are available for future development by the Nations or their nominees, and allocate 228 Bed Units previously surrendered to the Province as

Bed Units that are available for future development by the Nations or their nominees.

[Emphasis added.]

[33] The LLA contained these further provisions concerning Whistler's bylaws and future development:

**Whistler's Bylaws**

- 2.13 Land and improvements held by the Nations in Whistler and any development by the Nations in Whistler will be subject to all lawful Whistler bylaws and orders despite any rule of law, court decision or enactment to the contrary that would exempt the Nations because of their aboriginal status.

**Future Development**

- 2.14 Whistler will, from time to time, consider in accordance with section 2.1 the securing of Bed Units for the Legacy Land, other than the Alpine North Lands, within the then existing Bed Unit cap.

[Emphasis added.]

[34] In Part 4, "Land Transfers from Province to Whistler", the parties stated:

- 4.1 The parties acknowledge that this Agreement is not intended to be an agreement in respect of consultation or accommodation for aboriginal rights and title, and nothing in this Agreement will be construed as consultation or accommodation for any future specific project, action or decision that would otherwise require or create a duty for consultation or accommodation of the Nations' aboriginal rights or title, pursuant to or under the constitution or the laws of Canada.

**Agreement on Land Use Planning - The Squamish Nation ("SLUP")**

[35] The SLUP was entered into between the Squamish Nation and the Province (Minister of Agriculture and Lands) on July 26, 2007, reflecting negotiations between the parties concerning land use planning within the Sea to Sky Land and Resource Management Plan area ("LRMP"), which included portions of the claimed traditional territory of the Squamish Nation.

[36] In the SLUP the parties recognise the position of the other regarding their respective claims to title: that the Squamish Nation asserts it holds Aboriginal title, rights and other interests to its traditional territory and claims "inherent sovereignty, jurisdiction and collective rights" over its "lands, waters and resources" and "intends

to manage lands and resources in accordance with its laws, policies, customs and traditions” and that the Province asserts the lands, waters and resources within the Sea to Sky Management Plan area are Crown lands subject to the sovereignty of the Crown.

[37] The positions of the parties regarding title to the lands are set out in the SLUP “to ensure that neither Party is taken to have admitted or acquiesced in the views of the other on these matters, for litigation purposes or otherwise”.

[38] The SLUP defines certain “Wild Spirit Places”, conservancies for the protection of biological diversity, wild land zones for the protection of wildlife habitat, remote wilderness places and their spiritual and cultural importance to the Squamish, special cultural management areas and cultural and village sites.

[39] Clauses 32 and 33 read:

32. The Parties agree to establish a government to government process on the following issues and continue to meet to seek agreement on issues not addressed in this agreement:

- (a) Strategic land use for Payákéntsut (Callaghan) and Kwayatsut (Cheakamus) Wild Spirit Places;
- (b) Land use issues in the areas of the LRMP not covered by this agreement;
- (c) Crown Land development in the Front Country Zone; and
- (d) Other issues as agreed to by the Parties.

33. This Agreement does not consider land use issues within municipal jurisdiction.

[Emphasis added.]

[40] As Clauses 32 and 33 provide, the SLUP does not deal with the portions of the traditional territory of the Squamish Nation that lie within the boundaries of Whistler. Rather, the SLUP establishes a government-to-government process, the Crown Lands Development Process, for reaching agreement on land use issues within the boundaries of Whistler.

[41] As of the date of the hearing of this petition, the parties have not yet come to an agreement regarding Crown land development, a large portion of which falls within Whistler.

[42] The Parties specifically dealt with the duty to consult and accommodate:

34. In consideration of this agreement and its implementation, the Squamish Nation agrees that it has been meaningfully consulted on that portion of the Sea to Sky LRMP covered by this Agreement.

...

38. The Parties agree they will undertake a Crown lands development process, and that this agreement is not to be construed as resolving issues related to transfers, alienations or other changes in use of Crown land for development purposes.

#### **Land Use Planning Agreement - Lil'wat Nation ("LLUP")**

[43] A similar agreement to that entered into with the Squamish Nation was entered into with the Lil'wat Nation on April 11, 2008.

[44] Again the agreement set out the claim each party made to jurisdiction over the lands falling within the territory subject to the LLUP.

[45] The Lil'wat had drafted a land use plan representing their vision for managing the lands within their asserted territorial jurisdiction. That jurisdiction overlapped with the Sea-to-Sky LRMP. The parties agreed to engage in a process of "Government to Government land use discussions with a goal of harmonizing the LLUP and the Sea to Sky LRMP". The agreement identifies a number of site specific spiritual, cultural and ecological important areas and other areas of interest to the Lil'wat, including participation in tourism and recreational opportunities.

[46] The parties agreed to set up a consultation protocol within 12 months of the signing of the LLUP to govern land tenure decisions.

[47] The agreement provided:

...

11.3.2 the protocol will be aimed specifically at decision on tenures for use of land and resources in Lil'wat Territory being

considered by the Integrated Land Management Bureau of the Ministry of Agriculture and Lands;

11.3.3 the goal of the protocol is to establish appropriate levels of engagement and a meaningful role for the Lil'wat Nation in decisions affecting the use of land and resources in Lil'wat Territory, including involvement in a determination of the scope of consultation required and availability of adequate resourcing for a meaningful consultation process;

11.3.4 the Parties will explore specific opportunities to streamline and harmonize the consultation process;

...

11.3.6 the protocol will be consistent with the law on consultation.

11.4 The Parties may hold parallel discussions to explore opportunities for the Lil'wat Nation to participate in new economic opportunities for which the Integrated Land Management Bureau is the tenuring agency.

### **Other Agreements with the Nations**

[48] In addition to the above agreements the Provincial Crown entered into agreements with both Nations in the Sea-to-Sky Highway Agreement (2005), the Forest and Range Agreement (2005) and the Forest Consultation and Revenue Sharing Agreement (2011).

[49] Whistler 2020 is a strategic planning document created in 2006 by Whistler to guide the municipality's growth. A Whistler Council report dated November 2, 2010, which recommended that the Council endorse consultation during the development of the OCP, stated that the "OCP update will create a regulatory framework for the ongoing implementation of Whistler 2020."

[50] The Sea-to-Sky LRMP is a sub-regional land use plan for the approximately 1,091,000 hectares of land stretching to the north of Greater Vancouver and to the east of the Sunshine Coast. LRMPs fall under the jurisdiction of the Province and do not apply to areas administered by municipal governments like Whistler. The LRMP "provides direction for future planning and management of natural resources, and a framework to resolve land use issues." It was approved by the Minister of Agriculture and Lands in April 2008, following a five year process of development and consultation between the Province, First Nations, and the public.

[51] In June 2010 the Squamish Lillooet Regional District adopted bylaw No. 1062, a regional growth strategy (“RGS”), which was accepted by Whistler. The RGS recognized the importance of enhancing relationships with the Squamish and Lil’wat Nations in land use planning and servicing issues. Although the local First Nations are not signatories to the RGS, the document provides that the “strategic direction under RGS recognizes the implications for aboriginal communities and endeavors to set up processes to align Regional District and First Nations’ visions and plans, without prejudice to the treaty negotiations or other negotiations with senior governments, recognizing that we have a common interest in a sustainable future.”

[52] Finally, the Province, through the Ministry of Forests, Lands and Natural Resources Operations, is currently in a formal consultation process with the Squamish and Lil’wat Nations in relation to the proposed extension of the Master Development Agreement for the Whistler and Blackcomb ski resort, a development which falls within Whistler’s boundaries.

[53] I note that several of the agreements referred to above were entered into on a “without prejudice” basis to the parties’ positions as to title of the lands subject to the agreement. I refer to the agreements not for the particular content but only because they are important to the background in this case and demonstrate the Crown and the Nations have, in the past, been involved in various relationships where they have engaged in consultations which have led to an accommodation of their respective interests.

#### **The OCP Consultation between Whistler and the Nations**

[54] Section 879 of the *LG Act*, as set out above, requires municipalities to engage in consultations with various persons, organizations and authorities prior to enacting a new OCP, including First Nations.

[55] In addition, the Ministry encourages local governments to engage directly with First Nations with regard to the latter’s interests in the development of OCPs and to document their engagement efforts and provide a record of such engagement to the

Ministry in cases where the Minister is required by statute to ultimately approve the proposed OCP. The Minister then reviews the proposed bylaw and considers whether there are any potential adverse impacts on asserted Aboriginal rights or title which would give rise to a duty to consult.

[56] I will set out the engagement process that took place between Whistler and the Nations in detail, as the Province ultimately relied on this engagement record in forming its conclusion about the consultation owed to the Nations.

[57] On May 21, 2010 Whistler wrote to both Nations advising them it was “preparing to begin the community process of rewriting our OCP” and informing them that as “a first step we would like to engage with both nations to understand the past historical use of the area as part of the lead in to the document”.

[58] Little appears to have happened at least insofar as consultation with First Nations was concerned until the spring of the following year when Whistler passed a resolution at a special Council meeting on March 17, 2011 which read:

AND WHEREAS Council is seeking further consultation on the draft Plan that it proposes to introduce for First Reading;

AND WHEREAS the Lil'wat Nation and Squamish Nation have general claims and have indicated they claim aboriginal rights and entitlement in respect of areas within the Resort Municipality and therefore are an affected party within the meaning of section 879 of the *Local Government Act*;

NOW THEREFORE Council resolves to direct staff to deliver the draft Plan to the Lil'wat Nation and Squamish Nation for further consultation under section 879 of the *Local Government Act*, and will give each First Nation 45 days to respond to the Resort Municipality, and staff will contact the administrators or Chiefs of the two First Nations directly to follow up prior to the expiry of the 45 days.

[59] The issue of the bed unit limit appears to have been raised at one of the first consultation meetings between the parties on June 10, 2011. Representatives of both Nations expressed concerns the bed unit limit would restrict their ability to develop the Legacy Lands and to take advantage of other opportunities for economic development. Whistler's meeting minutes note that the then mayor stated that there “has always been a cap on development and this will not grow unless

there is something special.” There was a further meeting of June 13, 2011 which, in the main, dealt with sites of significance, a context statement and general cultural issues.

[60] On August 23, 2011 the Nations sent a joint letter to Whistler and the Province:

...The Squamish and Lil'wat Nations have aboriginal rights and title throughout the RMOW boundaries and, in particular, we have a substantial legal and cultural interest in relation to the future of Provincial Crown lands within the RMOW boundaries. Those lands also represent potential economic interests important to our Nations' futures.

We wish to express our concern that your present OCP Draft and Planning Process does not adequately reflect or recognize the significant First Nation interests on those Crown lands.

We respect RMOW's desire to control development through the OCP and PAN policy, but we ask that those policies also respect the legitimate aspirations of our Nations as well as our aboriginal rights and title. As presently contained within your draft OCP and PAN policy, we do not think that First Nation interests have been adequately considered. We are particularly concerned about the extent of provincial Crown land will be impacted by your draft plan.

We note that Squamish and Lil'wat Nations are the owner of lands within RMOW boundaries acquired through accommodation agreements with the Province and can be expected to acquire more in the future. As First Nations, the Squamish and Lil'wat Nations also have aboriginal title that precedes the jurisdiction of RMOW and commands careful consideration. The OCP must reflect the present and potential future First Nation lands, and must reconcile our Nations' cultural and development objectives with those of RMOW within our overlapping boundaries.

We appreciate that you have gone through a significant public process with your community members, and are well advanced in the planning process. We also appreciate your offer to consult with us and to allow us to write a "context statement" in the Introductory chapter.

Unfortunately, we do not believe that this offer resolves the need to address substantive changes in the OCP itself, and to address the issue of First Nation interests in the Crown land areas within your boundaries. We believe a more robust consultation process with us is required, and will require that the OCP be redesigned to accommodate our concerns and allow for a more meaningful partnership between the RMOW and our Nations.

We also expect that the Province will recognize the need to address First Nation interests and their own consultation obligations in respect of the OCP within a Resort Municipality, which will require changes to the OCP. We have not heard from the Province yet. We are prepared to address those changes in a co-operative discussion with yourselves and the Province, but that will

mean that the OCP must remain in draft form until a more comprehensive consultation process can be completed.

[61] Whistler's Council responded by passing a resolution directing its staff to invite the Nations to a workshop to consult on the draft OCP and requested them to make final submissions before October 21, 2011.

[62] Legal counsel for the Nations met with Whistler representatives on October 18, 2011. Notes created of the meeting by a Whistler representative record that the Nations' legal counsel advised Whistler representatives the "current version of the OCP does not reflect the rights of each Nation to develop Crown land within the boundaries of the RMOW." Whistler responded that "rights to develop Crown land within RMOW boundaries are within provincial and federal authority, which trumps municipal jurisdiction. Therefore OCP policies are not relevant to the asserted rights and interests of these Nations in Whistler."

[63] On November 2, 2011 Whistler extended the deadline for the Nations to provide their final submissions on the draft OCP to December 2, 2011 and scheduled a subsequent meeting.

[64] Whistler gave First reading to the draft OCP on November 15, 2011, notwithstanding requests made by the Nations to wait until the result of a scheduled consultation meeting.

[65] A further consultation meeting was held November 17, 2011 between representatives of Whistler, the Nations and their legal counsel. The discussion quite quickly became focused on the Nations' intent that the 2011 OCP include reference to its economic interests, including land use and development, removal of the bed unit limit and Whistler's interest in restricting development. The Nations were not reassured by Whistler's insistence that it could consider individual development applications in the future and could amend the OCP after consideration of applications on a project by project basis. Whistler's minutes of the meeting reflect the then mayor as noting "the challenges presented in the conversations had today,

and saw these as being another form of Provincial downloading, as the Province has failed to address the Nations['] land needs”.

[66] Following the meeting and municipal elections, which occurred in late November 2011, the Nations sent Whistler proposed amendments to the OCP.

[67] The proposed amendments included the following addition:

The Legacy Land Agreement was specific to those particular lands. The aboriginal title of the Lil'wat and Squamish Nations to other Crown lands within RMOW boundaries remains unresolved. The Lil'wat and Squamish Nations seek further economic activities on those Crown lands which must be resolved between the Province and the First Nations before this OCP can be effective.

First Nations have economic as well as environmental and cultural aspirations within RMOW's boundaries. The development that has occurred to date within the RMOW has largely been without the participation of the Squamish and Lil'wat Nations. The historical development limits and bed unit caps have been placed without consultation with the First Nations, and without recognition of their legitimate rights to economic development of their aboriginal title lands. As Crown lands are returned to the First Nations through various processes, it would not be fair to apply to those fixed development limits and bed unit caps in a manner which would preclude fair opportunities for economic development with the First Nations. The Lil'wat and Squamish Nations and RMOW will need to work together to identify a means for priority application of remaining bed units to the First Nations, or to ensure that there will be exemptions for any First Nation-lead development.

The constitutional obligations to First Nations have a greater precedence in law than the OCP, and this OCP should not be read or applied to exclude or restrict such First Nations development.

...

#### **Supporting Tourism and Economic Development**

- Working with Whistler and the Province to further develop relationships and to explore opportunities to work together on economic and tourism related initiatives.
- Planning sustainable First Nation developments on existing and future First Nation private lands within RMOW boundaries.
- Working with Whistler and the Province to create appropriate land use planning tools to address First Nations economic development interests in Whistler.

...

The interests of First Nations to legitimate economic development must be considered in any growth management strategy. RMOW must work with First Nations to determine a strategy to prioritize First Nation access to bed units

or to exempt them from the restrictions herein on Crown land. This OCP should not be read or applied to exclude or restrict such First Nations development.

[68] Representatives of Whistler and the Nations met April 2, 2012 and on July 13, 2012 Whistler sent the Nations a further revised draft OCP. The revisions to the OCP proposed by Whistler were substantial, and, while addressing some of the Nations' concerns, did not address the Nations' specific concern regarding economic development and the bed unit limit.

[69] The proposed revision included the following:

The Sea to Sky Land and Resources Management Plan (LRMP) adopted by the Government of B.C. in 2008 serves as the primary land use planning document for the First Nations and the Province. The Squamish and Lil'wat Nations have each ratified a land use planning agreement with the Province that is included in the Sea to Sky LRMP. This OCP supports the land and resource management plan including the ratified land use planning agreements.

RMOW recognizes the authority of the provincial and federal governments to address unresolved Aboriginal rights and title and their responsibility to the [sic] reach understanding with these First Nations to address their interests. RMOW is prepared to participate in these discussions, where applicable, and to work cooperatively towards solutions that meet the needs of all parties. The provisions of the OCP that protect certain lands from development furthers the opportunities for productive outcomes related to these matters in future.

The OCP strives to continue and build on the effective partnership among the provincial government, First Nations and the RMOW initiated through the Legacy Land Agreement, further developed through the Sea to Sky LRMP and reconfirmed and strengthened by this plan. Consultation with First Nations conducted during the preparation of the plan identified the following specific First Nations interest in relation to matters addressed in the plan ...

[70] Whistler scheduled a public open house to discuss the draft OCP for August 8, 2012 and a revised first reading and second reading of the OCP for August 21, 2012.

[71] Counsel for the Nations objected to the revised draft OCP in a letter to Whistler of July 31, 2012, advising the draft did not address a "key concern" of the Nations, that is "the purported application of the OCP to Crown lands, which are still subject to unresolved aboriginal rights and title, and the unfair impact upon First

Nations of the consequential development freeze. The economic component of aboriginal title is a key issue that my clients desire to see addressed.”

[72] Whistler deferred first and second reading of the OCP and agreed to meet with the Nations on September 10, 2012.

[73] The proposed OCP contained a number of statements recognizing the Nation’s traditional territory fell within the boundaries of Whistler and expressing Whistler’s interest in pursuing and developing the Nations’ cultural, historical and economic interests. The proposed OCP:

- included a separate First Nations context statement in which Whistler acknowledged that Whistler was in the traditional territory of both Nations;
- noted several economic, natural resource and cultural objectives identified by the Nations during the consultation process;
- contained a statement that Whistler would continue to work with the Nations to further their relationship and to explore opportunities to work together on economic and tourism related initiatives; and
- committed Whistler to work with the Nations to integrate First Nations’ history and culture within Whistler and to consider documented heritage and cultural resources for the Nations’ use.

[74] The September 10, 2012 meeting clearly identified the issue the parties were seeking to address. The Nations’ concern was that the OCP applied to Crown lands and that the bed unit limit had the effect of freezing future development on those Crown lands. The Nations questioned Whistler’s right to plan development or non-development on lands that were still subject to discussion between the Crown and First Nations.

[75] Whistler’s position was that the issue of the right of the First Nations to develop Crown lands within its boundaries was a matter to be negotiated between

the First Nations and the Provincial government and that while Whistler could be part of any such future discussions, it was not appropriate to articulate such rights in the OCP of a local government created by the Provincial Crown.

[76] On September 28, 2012 the Nations wrote to Whistler:

...

We understand the difficulty that RMOW faces in its desire to have its planning process encompass large amounts of Crown land, while wanting to defer to the Province the responsibility to address unresolved aboriginal rights and title on those Crown lands.

We believe this is a shared problem. We are willing to work with you to resolve it, and to include the Province in those discussions. We have, however, expressed our firm resolve that RMOW cannot proceed unilaterally and either ignore the problem, or delegate it back to the Province to resolve.

If you believe that it is the Province's sole duty to resolve our concerns, then it would not be appropriate for you to claim to the Province that you are fulfilling consultation with us. If you direct us to the Province for consultation on the OCP, then we believe that will greatly increase the time for the OCP to be approved, and it will require the Province to have the power to make amendments to your OCP. We prefer to work together.

We have expressed our willingness to work with you in amending the OCP to make it neutral to First Nations' rights and title, and not purport to freeze First Nations' economic development opportunities on these Crown lands.

...

[77] On October 9, 2012 the Nations and Whistler met again. Whistler advised the Nations that it had no ability to address the Nations' concern regarding the bed unit limit and that it intended to move forward with the next steps in the OCP approval process.

[78] On October 15, 2012, Whistler wrote to both Nations advising that the Council had directed staff to initiate the bylaw approval process by bringing the draft OCP Bylaw before Council for first and second readings on October 16, 2012. The Nations responded in a letter the same day indicating that in their view, the consultation process had not been completed and requested Whistler to reconsider proceeding with the scheduled readings.

[79] On October 16, 2012 Whistler rescinded the first reading given on November 15, 2011 and gave a revised first reading and second reading to a bylaw containing the new OCP. On November 20, 2012 the OCP bylaw passed third reading.

[80] On December 3, 2012 Whistler provided the Minister with its OCP decision package and its engagement record with the Nations.

[81] The OCP sent to the Minister for approval set a bed unit limit of 61,750. As of 2010 61,217 bed units had been allocated to existing developments or to undeveloped zoned lands. The Nations say that the remaining 533 bed units have already been allocated to developers and are unavailable.

[82] Section 3.3.3.4 of the OCP reads:

*Any land use or development proposal that:*

- *does not conform with [the Whistler Urban Development Containment Area]; or*
- *proposes to raise the bed unit limit; or*
- *does not confirm to the Whistler Land Use Map,*

*should not be favourably considered unless it is a strategic opportunity that demonstrates extraordinary benefits to the resort community and will substantially strengthen Whistler's progress towards achieving its vision. Any such proposals shall be subject to significant community engagement to obtain the views of community members and stakeholders, and this shall be in addition to the statutory public hearing process.*

[Emphasis added.]

### **The Province's Interest in Whistler's OCP**

[83] The Province's interests in Whistler's new OCP were set out in a December 15, 2010 briefing note prepared by Ministry staff for the Deputy Minister entitled "Provincial Interests in Whistler's Future". The briefing note included this statement:

The Province has had a long involvement in supporting the development of Whistler into a premier destination ski resort that generates tax revenue for the Province (see Attachment One). The municipality was created in 1975 under the *RMOW Act* to facilitate and promote the development of a ski resort. The new community has unique features that set it apart from other municipalities including: significant provincial investment, large amounts of crown land, a system for promoting the resort; and the provincial interest is seeing the new community succeed.

Whistler has studied other ski areas in North America that evolved from resort communities into typical residential areas and in doing so lost their attractiveness and competitive edge. In 2009, through a series of meetings with the Ministers and senior provincial officials, the RMOW shared its concerns with the Province about local economic conditions and Whistler's future as a premier, would-class destination resort. Included in its concerns, is making sure growth is managed, consistent with the regional growth strategy, to maintain the natural character of the region. On November 5, 2009, the mayor of Whistler wrote to Ministers Krueger and Bennett requesting that the Province "...articulate the Provincial interests or framework that the RMOW should consider when undertaking the Official Community Plan process." Whistler sees this as important input into an official community plan review process that was officially launched on April 13, 2010 and is now underway.

...

[84] The briefing note then identified several provincial interests in Whistler's future including:

- "Collaborative Planning in the Region" which identifies collaboration with the Squamish Lillooet Regional District to support implementation of the regional growth strategy;
- further develop relations with the First Nations to explore opportunities to work together on economic and tourism related initiatives; and
- consistency between the OCP and the Sea to Sky LRMP.

[85] The briefing note was forwarded to Whistler as part of the process of Whistler developing the OCP.

### **The OCP Consultation between the Province and the Nations**

[86] A draft of the OCP had been sent to the Minister's office on July 24, 2012.

[87] On August 1, 2012 counsel for the Squamish Nation wrote the Minister seeking confirmation he had received the draft and that the draft had been circulated to provincial agencies for review and comment. Counsel pointed out that the Nations had received no notice from the Ministry in respect of reviewing the draft OCP and

sought confirmation “that the Province’s view is that it has delegated the duty of consultation to RMOW.” Counsel advised the Minister:

...

The proposed OCP will purport to regulate a very substantial amount of Crown land which is of significant importance to the Squamish and Lil’wat Nations, and upon which there is unresolved aboriginal rights and title. The proposed OCP would effectively freeze all future development on those lands, rendering Crown land uneconomic to the First Nations for any future use, and determining any land use should the lands be transferred.

The significant implications of this proposed OCP require a direct discussion and consultation between the Provincial Crown and the First Nations themselves. It is not acceptable to ‘delegate’ that duty to a Municipality who has no duty to reconcile their interests with the First Nations, and who has shown no inclination to do so.

The law of consultation requires that the Crown consult at the earliest stage of decision-making. We ask that you do not complete your agency review, and that you provide no comments to RMOW or progress any further with the OCP review until you have met your obligations of consultation and accommodation with the Squamish Nation.

...

[88] The Lil’wat Nation sent a similar letter to the Minister on August 3, 2012.

[89] A representative from the Minister’s office responded on August 16, 2012 advising the Minister had not delegated the Crown’s duty to consult but rather, for local government planning bylaws which required Ministerial approval prior to adoption, the Crown’s approach “is to encourage local governments to dialogue directly with First Nations about their interests and to modify bylaws to address concerns raised by First Nations where there is agreement.”

[90] The Ministry further explained that local governments are required to document their efforts and provide the engagement record to the Ministry as part of the request for statutory approval; that once the Ministry receives the engagement record, it would then review “the effect and content of the proposed bylaw on First Nation rights and title, the level of engagement that occurred, and how concerns from First Nations were considered.” The Ministry also noted that other provincial agencies had “been participating through a referral process and providing their input as well.” The Ministry concluded by confirming that it had received a draft on July 24,

2012 and it was working with other agencies “to determine if there are any conflicts with provincial interests. This process is in addition to the OCP discussions with First Nations.”

[91] The Ministry received the OCP package for approval and the engagement record with the Nations on December 3, 2012.

[92] On January 23, 2013 the Assistant Deputy Minister (“ADM”), wrote both Nations advising the Minister had received the proposed OCP with a request for approval by the Minister. The letter stated:

Given that the purpose of an OCP is to provide a *guiding framework* for local planning and land use decisions, there would appear to be fairly low potential for impacts to aboriginal rights or title claims. Additionally, although an OCP can speak to Crown land within the area covered by the plan, other Crown decisions are required prior to the actual use of Crown land. The OCP does not bind the Crown when making those future land use decisions. Further, the land use designations for Crown land in the new OCP reflect existing zoning and are unchanged from the current OCP. Notwithstanding that our view that the potential impacts of this OCP - by its very nature - are low, we understand the importance of carefully considering our consultation obligations

...

Due to the apparently low potential for this OCP to impact [the Nations'] aboriginal rights and title claims, it is my preliminary view that the Province's consultation obligation falls at the lower end of the spectrum, requiring the Ministry to provide [the Nations] with notice of the request to approve the OCP, an opportunity to comment on the draft OCP, and to consider any responses. If you have new information or perspectives regarding potential impacts of the RMOW OCP on your aboriginal rights and title claims that were not previously shared with RMOW, it is respectfully requested that you provide that information to the Ministry by February 28, 2013.

[Italicized emphasis in original, underline emphasis added.]

[93] The consultation process that then followed between the Province and the Nations may be described as short and unproductive.

[94] On February 22, 2013, not having received submissions from the Nations, the Minister's office wrote the Nations again inviting them “to provide information or perspectives regarding potential impacts on your aboriginal rights claims arising from the OCP by February 28, 2013.” The letter reiterated the Ministry's “preliminary view”

that the bylaw had a low potential to impact the Nations' Aboriginal rights outlining a number of reasons for its conclusion:

- An OCP provides a guiding framework for local planning and land use decisions.
- Although an OCP can speak to Crown land within the area covered by the plan, other Crown decisions are required prior to the actual use of Crown land.
- The OCP does not bind the Crown when making future land use decisions.
- The land use designations for Crown land in the new OCP reflect existing zoning and are unchanged from the current OCP.
- Engagement records provided by RMOW indicate that changes were made to the bylaw to address Lil'wat and Squamish First Nations interests.

[95] The Squamish Nation responded on February 26, 2013 and the Lil'wat Nation on February 27, 2013. The content of both letters is similar. Both expressed the view there had been a "lack of meaningful consultation" or that the consultation process had been "seriously flawed", that the bed unit limit proposed by Whistler represented a development freeze on Crown land within the boundaries of Whistler and represented a breach of the SLUP and LLUP agreements in which the Province agreed to establish a government to government process to identify development which could occur on Crown lands within Whistler's boundaries.

[96] The letters from the Nations expressed surprise at the Province's suggestion that Whistler had forwarded to the Province an "extensive engagement record". The Nations asked for a copy of the record so that they could review it for inaccuracies and have an opportunity to respond. The Squamish Nation set out its view of Whistler's efforts as follows:

- We met with Whistler in June 2011, but at that point RMOW offered only to allow the First Nations to write a "context statement", but not to make substantive changes.
- We met with RMOW on November 17, 2011. We were assured by the (outgoing) Mayor and his staff that they recognized that consultation had not been adequate and that the new Council post-election would consult with us, and would be willing to make amendments.

- We wrote to the new Mayor on December 6, 2011 to request that promised further consultation, and to discuss amendments to address our aboriginal title issues.
- Despite our request for a meeting, no further meeting was forthcoming between December 2011 and July 2012.
- In February 2012, we forwarded potential amendments to the OCP designed to address our aboriginal rights and title issues. We received no response to that draft.
- On July 17, 2012, we became aware that RMOW was moving forward with a new draft of the OCP. There had been no consultation with us about that draft. Although there were some minor changes made, purportedly to address our concerns, the key recommendations that relate to aboriginal rights and title issues were rejected (which Whistler later advised was because these were matters the Province would deal with us on). RMOW had not met with us in preparing their new draft, and clearly was not interested in hearing our concerns.
- We wrote to RMOW on July 31, 2012 to note there had been no consultation on the new draft, or with the now Mayor and Council (we also wrote to the Province on the following day).
- The first consultation meeting took place with the new Mayor and staff to discuss our concerns on September 10, 2012. It was at that meeting that RMOW advised us that the Province would have to be "at the table" to address our issues, and told us they had "no authority" to consider or respond to our concerns in respect to unextinguished aboriginal rights and title on Crown lands (even though their plan claimed the jurisdiction to freeze development on those lands).
- We wrote again to the Mayor on September 28, 2012 offering to work with them to find ways to amend the OCP to make it neutral to First Nations rights and title.
- No changes were made. RMOW did not accept our invitation to work with them.
- On October 9, 2012, the Mayor and some staff held a final teleconference with us, where the Mayor advised that we should be "frank with one another", and [declared] that RMOW would not make further changes, and was not interested in further dialogue. In their view, it was the obligation of the Provincial government to resolve our concerns, and she directed us to take those up with you.

[Emphasis in original.]

[97] Both Nations disagreed with the Crown's assessment that the proposed OCP had a low potential impact on their aboriginal title claims. Both asserted there were "very real and practical limitations on the economic potential of First Nation lands". The Lil'wat were of the view the proposed OCP appears "to be having a very real

impact on the scale and scope of any potential accommodation available to [the Nations] in the context of the Whistler Blackcomb Master Development Agreement consultation”.

[98] The letters reiterated that both Nations had been seeking consultation with the Province since their letter to the Ministry August 1, 2012. The Nations requested a meeting with the Ministry in order to commence a consultation process.

[99] The Ministry responded to the Nations on March 27, 2013 repeating its view that the potential impact on the Nations s. 35 rights was low. The Minister made the following points:

- 1) OCPs have “no legal effect whatsoever in terms of directing the Province in its decision-making regarding Crown land” and the “fact that this OCP has no direct impact on any decision of the Province with respect to the use or disposition of Crown land means that it will not adversely affect the exercise of Section 35 rights”;
- 2) a bed unit cap policy had been in place since 1982 and was consistent with the previous OCP;
- 3) most of the Crown lands within the RMOW’s boundaries are identified as being in “non-urban use area” of the 2011 OCP and the potential for adverse effects on claimed aboriginal rights was low because such designation ensured the lands remained in their current state;
- 4) the proposed OCP contained “several key and positive concepts and policies that address interests raised by First Nations during the RMOW’s engagement;
- 5) the proposed OCP could be “amended periodically to address changing circumstances and new opportunities. The letter pointed out that if “a First Nation were to acquire or purchase Crown land at

some future date in fee simple, they could approach RMOW to discuss potential uses for that land. The municipality would be under a legal obligation to consider any such proposals brought forward by a First Nation. Lands transferred under a future treaty would be outside any OCP constraints by virtue of First Nations' legal jurisdiction over them"; and

- 6) the Province has the legal authority to require changes to an OCP to address "a significant Provincial interest", although such authority would "likely be utilized only under extraordinary circumstances and as a last resort".

[100] On March 28, 2013 representatives of the Ministry and the Lil'wat held a conference call to discuss the March 27th letter. The Lil'wat sought an assurance the Minister would not make a decision without first sitting down with the Chiefs of the Nations. Meeting minutes recorded by a Ministry representative noted that the ADM said he would "like [the] Nations[]" perspectives" to assist the Minister in making a decision but stated that "there is a limited window" since "before the writ drops I am bound to bring [the OCP] before [the] Minister to see whether he makes a decision".

[101] During the call the Lil'wat sought to involve a "decision-maker" from the Ministry of Forests, Lands and Natural Resources Operations under the Master Development Agreement. Representatives of the Province advised the Nation that those discussions were not part of the OCP decision making process but was a discrete discussion process.

[102] The ADM agreed to wait until April 9 or 10 for the Lil'wat's response to the March 27 letter.

[103] On April 5, 2013 counsel for the Squamish Nation wrote the Minister's representative advising the March 27 letter did not address the Crown's obligation to consult with the Squamish, particularly having regard to the Crown's obligations contained in the SLUP or the Master Development Agreement. Counsel also

expressed the view the Crown had made an error in law by concluding its obligation to consult was “low” as the proposed OCP would have significant adverse impacts on the Nation’s economic rights by imposing a development freeze.

[104] Counsel also advised that the Squamish had only recently received a copy of the engagement record, needed more time to respond and asked the Minister not to consider “an overly hasty approval without proper process and without consideration of the evidence and submissions the Squamish Nation wishes to make in respect of their title and land aspirations” and objected to the apparent need to make an “urgent decision” based on the election timing as “arbitrary”.

[105] On April 8, 2013 the Lil’wat responded to the ADM’s letter of March 27 and the subsequent conference call. The Lil’wat made a number of points:

- 1) while the Nation accepted the Province was not “legally bound” by statements in a municipal OCP, the Lil’wat’s experience with the Legacy Lands was that the Province had “not effectively protected our aboriginal economic interests within the Legacy Lands”;
- 2) although prior OCPs had contained bed unit limits, consultation on the draft OCP was the Nation’s “first real opportunity to be involved in planning and development decisions for Whistler”, which lay in the “core of the Lil’wat Nation territory where we have strong evidence to assert our aboriginal title”;
- 3) the “concepts and policies” included in the OCP by Whistler as an attempt to address Aboriginal rights, title and interests are “limited to cultural and ecological values that amount to very little change in the overall objectives and strategies of the RMOW,” that these were “easy” solutions which did not address the Nations substantive concerns; and
- 4) the Nation’s concern in acquiring land within Whistler was not an issue for some future date but rather “we are currently engaged in negotiations with the Province regarding the acquisition of Crown Land within the RMOW

for development purposes” through the LLA and accordingly the issue was one of “immediate concern and relevance” to the consultation process.

[106] The two Nations and their legal representatives had a conference call with the ADM and representatives from the Ministry on April 9, 2013. The Nations requested deferral of the meeting for one week. The ADM is recorded in the minutes kept by the Ministry as responding a delay was “[n]ot acceptable” as the Minister needed to have a decision before him “promptly”. The minutes note the ADM “makes reference to timing Re: Elections”.

[107] The Nations expressed surprise that the Province would “go ahead without full consultation” and suggested no harm would come to Whistler if there was a delay in the OCP approval. The Nations sought a joint meeting which got “all players in the room”: the Ministry, the Ministry of Forests, Lands and Natural Resources Operations, Whistler and the Nations to address their economic interest in the development of Crown lands within Whistler and how the bed unit limit would apply to those lands.

[108] While agreeing there would be “some value likely in all [the parties] sitting down to talk” and that that was a “target for the future” the Ministry’s position essentially remained unchanged, that is, that the draft OCP had no impact on the Crown’s ability to negotiate with the First Nations and there was an ability in the future to amend the bed unit limit.

[109] Following the April 9 teleconference the Nations wrote a joint letter to the Minister in which they requested he defer his decision to approve the OCP “until a proper consultation process can be held with us”. The letter stated:

You should also be aware that the Provincial Crown is at an advanced stage of consultation with us in respect of the proposed extension of the term of the Master Development Agreements for the Whistler and Blackcomb Ski Resorts. These resorts and the ski hill areas are an integral part of the Resort Municipality of Whistler, and those consultations are potentially closely connected to the OCP. The effect of the approval of the OCP could be to sterilize any potential option for economic participation in the MDA. Those discussions are scheduled to resolve in June. It would be, in our respective

view, a breach of the honor of the Crown to approve this OCP now, without consideration of the impact on other consultations.

We were only recently advised (on March 29) that the Province has put a deadline of next week for the making of your decision on the OCP. We view that as arbitrary. The only justification we have been given for that deadline - imposed without prior notice - is the upcoming provincial election. While we understand there can be no Ministerial decisions for a 30 day period during the election, your staff was unable to identify any other reason for urgency, or any prejudice to the RMOW from a short delay.

We believe there is a possibility of a fruitful outcome for all parties, if the time for proper consultation and discussion is made available. We ask that you respect our interests and ensure that your approval does not take place in the absence of further discussions.

[110] The ADM wrote both Nations on April 10, 2013 advising the Ministry was referring the draft OCP to the Minister “for decision immediately”.

[111] That letter outlined the Ministry’s response to a number of the positions taken by the Nations:

- Based on a Ministry review of “all of the readily available documentation” on the Nation’s asserted s. 35 Aboriginal rights within the boundaries of the RMOW, the potential for adverse effects on those rights “is low - both now and for the foreseeable future”.
- Based on the above view as well as the “substance and extent of input” provided by the Nations to Whistler during the “OCP engagement process, we have determined that the obligations to consult on the Minister’s decision regarding the OCP bylaw is at the lower end of the *Haida* spectrum...”; that the “process requirements associated with the conclusion of a low potential impact on the Nation’s asserted s. 35 rights are greater than ‘notification’ but not ‘deep’; and that such a view had “shaped the approach that we have pursued with your Nations for the past three months”.
- The constraints in the proposed OCP did not constitute a “substantial impact, whether actual or potential, on your Nations’ ability to exercise s.

35 aboriginal rights”; that the “purported ‘freezing of all economic development potential on Crown lands’” does not “impair the ability of your communities to utilize those lands for traditional uses of the kind considered to be s. 35 rights”.

- The Master Development Agreement consultation with the Ministry of Forests, Lands and Natural Resources Operations was a “separate process” and that the Province “takes the view that the OCP will not affect that process”.

[112] On April 10, 2013 the ADM forwarded a three page Briefing Note to the Minister with a recommendation the draft OCP bylaw be approved. I will quote several extracts:

Bylaw 1983 provides a framework for 5-10 year to implement Whistler’s sustainability plan “*Whistler 2020*” and maintain a focus on a tourism economy. The OCP is a critical document for regulating private land use and development standards in the municipality. The OCP also affirms Whistler’s policy of a 61,000 bed unit development cap with an urban containment boundary to focus growth in the Village and to preclude establishment of new settlement areas. Whistler currently has 53,000 bed units with over 8,000 left to be developed in the future (327 single family lots; 22 duplex units; 524 commercial accommodation; 87 multi-family; and 382 resident restricted units).

The OCP also includes policies to address climate change, economic development, affordable housing and energy efficiency. While the OCP cannot regulate Crown land, the OCP includes general objective statements in support of continuing existing uses on Crown land which include resource development, parks, and back country recreation.

...

**First Nation Engagement:** The RMOW boundary is within the traditional territories of the Squamish and Lil’Wat First Nations (the Nations). The RMOW had several meetings and exchanges about the OCP with the Nations. ...

**Discussion:** Since 1975, the Province and RMOW have worked together to build Whistler into a global destination resort. Of the 13 destination resorts in the Province, Whistler-Blackcomb constitutes approximately 60% of the total ski royalty revenue to the Crown, about \$2 million annually. There was a significant level of collaboration with the province during the development of the OCP. ...

... A preliminary assessment by Ministry staff and counsel from Legal Services Branch indicated that the bylaw’s potential to negatively impact First

Nations s 35 aboriginal rights was so low therefore the Province's consultation duty was also at the low end of the spectrum. ...

The main concerns expressed by the Nations revolve around perceived development constraints on land they currently hold in fee simple within municipal boundaries and that the RMOW's growth management policies will restrict their ability to derive economic benefit from provincial Crown land that they might secure through future negotiations. The Nations want assurances from the Province and RMOW that they will be able to determine use on lands they may acquire. If the Province were to transfer land in fee simple in the future, it will be up to the three parties (Province, municipality and First Nations) to negotiate and agree on how such lands could be developed at that time.

...

... Ministry staff do not consider this to be a section 35 rights matter and believe the potential for adverse impacts to First Nation aboriginal rights, directly related to the bylaw, is low. ...

...

The Ministry is the last step in the process before Council can adopt the bylaw. In the absence of any major provincial concern the Ministry tries to approve bylaws as soon as possible so as to not hold up the community process and to ensure certainty.

...

[113] On April 11, 2013 the Minister wrote both Nations advising he considered it to be in the "broad public interest" to approve the draft OCP bylaw. In that letter he advised:

...

First, I wish to assure you that I appreciate the interest you have expressed in pursuing economic development opportunities in your respective traditional territories. It is the policy of the Province to enter mutually acceptable arrangements with First Nations for sharing benefits from development activities on Crown lands and to pursue reconciliation and seek a more permanent resolution of the land and governance matters through negotiations under the treaty process. The former Crown lands acquired by you as Olympics-related legacy lands are one example of the Province and First Nations advancing reconciliation. In negotiating those legacy lands agreements the Province, First Nations and Whistler all recognized that the purpose of those lands was to provide economic development opportunities to your communities while recognizing the lands would be under the same local government legal framework as any other fee simple lands within Whistler.

... the Whistler OCP neither changes the land use designations currently placed on Crown lands within the municipality nor in any way constrains the Province's ability to make decisions about future uses of those lands,

including decisions related to the Whistler Blackcomb Master Development Agreement.

... I would agree with you that Whistler is not able to discharge the Provinces' consultation obligations to First Nations ... It is the Province's view that the consultations that have occurred between staff and First Nations representatives over the past months are consistent with our *Haida* obligations given our assessment that the potential degree of impact on your Nation's asserted s 35 aboriginal rights is low.

...

[114] The Minister approved the draft 2011 OCP on April 15, 2013.

[115] Whistler Council formally adopted the OCP on May 7, 2013.

### **Issues**

[116] As stated, this petition raises three issues. First, whether the honour of the Crown required the Province to engage in consultation before the Minister approved the 2011 OCP. Second, if there was a duty to consult, what scope of consultation was required. Third, whether the Province's consultation process fulfilled the duty to consult.

### **Petitioners' Position**

[117] The Petitioners argue that the OCP is a strategic, higher level decision that has the potential to create future adverse impacts on lands and resources subject to Aboriginal rights and title, such as the decisions discussed in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43 at para. 44. Under these circumstances the Petitioners submit that the honour of the crown required deep consultation to fulfill the duty to consult.

[118] The Petitioners submit that the Minister erred in law by relying on the consultation process Whistler engaged in to fulfill the Crown's duty to consult when Whistler actively denied any obligation or ability to address the concerns of the First Nations throughout its process. In addition, the Petitioners say that the Minister brought the consultation process to a hasty end in order to approve the OCP before

the election writ was dropped and in doing so, improperly took an irrelevant consideration into account.

[119] The Petitioners argue that the consultation process engaged in by the Crown would not have been enough to fulfill even a low duty to consult.

[120] The Petitioners take the position that the standard of review regarding the existence, nature and scope of the duty to consult is correctness. They argue that when the Crown misconceives the strength of an Aboriginal group's claim and the impact of the proposed conduct the Crown has proceeded on a decision that is incorrect at law.

### **Province's Position**

[121] The Province concedes that a duty to consult arose when approving the OCP. It maintains that the Minister fulfilled that duty. The Minister assessed the duty to consult as falling on the lower end of the *Haida Nation* spectrum, however, the Province says that it provided a meaningful process of mid-range consultation.

[122] The Province submits it was correct to inform itself through Whistler's engagement record and at no time did it abdicate its ultimate legal responsibility for consultation and accommodation by doing so.

[123] The Province denies that it concluded the consultation process prematurely as a result of the election writ and says consultation was terminated because the process was complete.

[124] The Province accuses the Petitioners of taking an inflexible, hardline position that they ought to be exempt from the provisions of the OCP that had the potential to prevent future development. The Province contends that the First Nations were seeking a particular form of accommodation to which they are not entitled.

[125] Despite the acknowledgement that there was a duty to consult and the submission that a mid-range level of consultation was engaged in, the Province argues that the OCP creates no adverse impact on assertions of Aboriginal title and

rights. The Province further submits that any such adverse impacts could be addressed through future engagement and consultation with Whistler and the Province as and when specific future projects are proposed by the Nations on land held or on land which may in the future be granted to them under the various negotiations or agreements with the Province.

[126] The Province submits that the appropriate standard of review as to whether the Minister correctly assessed the scope of its duty to consult the First Nations is a mixed question of fact and law and should be judged on a standard of reasonableness. Similarly, the Province asks this Court to review whether the consultation process was adequate using a reasonableness standard.

### **Whistler's Position**

[127] Whistler submits that no duty to consult arose in respect of the Minister's decision to approve the OCP. Whistler argues the Petitioners have not identified any specific Aboriginal right that might be adversely effected by the OCP.

[128] Whistler further claims that the OCP will not apply to any Aboriginal title lands that may be granted in the future and that no duty of consultation can arise in relation to lands held by the First Nations in fee simple. It argues that the Petitioners have not shown a causal relationship between the approval of the OCP and any potential adverse impacts and as such any infringement on Aboriginal rights or title is speculative.

[129] Whistler submits the Petitioners exaggerate the effect that the OCP has on development. It argues that the OCP is a policy document that does not itself preclude development and has no regulatory effect. In addition, Whistler says it can amend the OCP to accommodate any future economic development proposal which may be received from the Petitioners. Whistler states that the OCP in fact protects Crown resources and therefore tends to preserve their availability for the Petitioners' purposes at such time as the Petitioners may secure Aboriginal title.

[130] Whistler argues that if the 2011 OCP did create adverse effects on the Petitioners' title claim, the Petitioners are only entitled to consultation by the Minister in respect of the adverse effects of the 2011 OCP as compared with the 1993 OCP that it replaced. It argues that the onus is on the Petitioners to establish that the "net adverse impact" of the 2011 OCP created a consultation duty, and in fact the 2011 OCP contains substantially greater acknowledgement and accommodation of the interests of the Petitioners than the 1993 OCP.

[131] In the alternative, Whistler says that any duty to consult was met by the statutory consultation process they engaged in pursuant to the *LG Act*. It submits that the scope of the Crown's duty to consult in these circumstances is at the low end of the spectrum and the consultation which occurred was more than adequate to discharge any duty.

### **Did the Crown have a Duty to Consult?**

[132] Although the Province concedes that the Minister was under a duty to consult before approving the OCP, I will briefly address this issue given Whistler's contention that no duty arose in the circumstances of this case and the Province's submission the OCP had no adverse impact on the Nations' claims.

[133] The duty to consult with a First Nation arises when (1) the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of an Aboriginal claim or right; (2) the Crown contemplates a decision or conduct that engages the Aboriginal claim or right; and (3) the contemplated Crown decision or conduct may adversely affect the Aboriginal claim or right: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73 at para. 35; *Rio Tinto* at paras. 40-50; *Ehattesaht First Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2014 BCSC 849 at para. 51.

### **Standard of Review**

[134] The standard of review I must use in considering whether there was a duty to consult is correctness: *Haida Nation* at para. 61; *Da'naxda'xwAwaetlala First Nation*

*v. British Columbia (Environment)*, 2011 BCSC 620 at para. 128; *Ehattesaht First Nation* at para. 45.

### **Analysis**

[135] The first element of the three part *Haida Nation* test that triggers a duty of consultation is easily met. It is uncontested that the Crown had knowledge of the Squamish and Lil'wat Nations' claims of Aboriginal title and rights over their respective traditional territories, which include Crown lands located within the boundaries of the Whistler municipality. The Province has participated in multiple negotiations with the Nations based on their Aboriginal title claims in the Whistler area.

[136] It is also clear that the second element of the *Haida Nation* test is met. The *RMOW Act*, s. 11 requires the Minister to approve Whistler's OCP. The Minister's decision to approve the OCP is a Crown decision that engages the Nations' title claims.

[137] I do not accept Whistler's argument that the OCP is simply a policy document rather than a regulatory one, which does not engage the duty to consult. *Haida Nation* does not stand for the proposition that the duty to consult only arises when the Crown contemplates new law or regulation; the judgment and subsequent authorities say the duty to consult is engaged upon when the Crown contemplates conduct or a decision. In *Sambaa K'e Dene Band v. Duncan*, 2012 FC 204, Mactavish J. observed:

[165] If it is to be meaningful, consultation cannot be postponed until the last and final point in a series of decisions. Once important preliminary decisions have been made there may well be "a clear momentum" to move forward with a particular course of action: see *Squamish Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2004 BCSC 1320, 34 B.C.L.R. (4th) 280 at para. 75. Such a momentum may develop even if the preliminary decisions are not legally binding on the parties.

[Emphasis added.]

[138] I also do not accept Whistler's argument that the Nations have an onus to establish the "net adverse impact" of the 2011 OCP as compared to the 1993 OCP triggered a duty to consult. In my view, this submission mischaracterizes the point of law that no duty to consult arises from past wrongs, including previous breaches of the duty to consult: *Rio Tinto* at para. 45. The 2011 OCP was a new plan contemplated by the Province and as such was a current course of conduct capable of triggering the duty to consult.

[139] The 1993 OCP was made long before *Haida Nation* was decided and thus before the legal precepts surrounding the duty to consult were developed. It is unsurprising that the 1993 OCP was made without consulting the Nations and it contains little to no reference to their interests.

[140] Similarly, I am of the view that the Respondents' arguments that the OCP can be amended in the future are not useful. The fact that the Crown may make subsequent decisions or may decide not to proceed with contemplated conduct does not mean there is no duty to consult. If the decision has the potential to adversely affect asserted Aboriginal rights or title the duty arises: *Da'naxda'xw* at paras. 180-181; *Kwikwetlem First Nation v. British Columbia (Utilities Commission)*, 2009 BCCA 68 at paras. 59-60.

[141] If the OCP requires amendment to allow development in the future this fact serves as an answer to Whistler's argument that the OCP does not impose a limitation on development. If the OCP has to be amended before development can proceed then it does in fact have the potential to infringe on land that the Petitioners may acquire title to in the future.

[142] In addition, a request for an amendment or an exception to the OCP would be dealt with by Whistler. The Province acknowledged in argument that it would only become involved in an amendment process under "extraordinary circumstances" and such circumstances have never before arisen.

[143] The approval process of the OCP by the Minister may be the only opportunity the First Nations have for consultation with the Crown on potential infringements on

their s. 35 rights. The Court of Appeal made it clear in *Neskonlith Indian Band v. Salmon Arm*, 2012 BCCA 379 at paras. 68, 70 that the honour of the Crown which gives rise to the duty to consult with First Nations does not apply to municipalities:

...As the third order of government, municipal councils are simply not in a position to, for example, suspend the application of bylaws or the terms of OCPs, grant benefits to First Nations or indeed to consider matters outside their statutory parameters. (See *Westfair Foods Ltd. v. Saanich (District)* (1997) 49 B.C.L.R. (3d) 299 (B.C.C.A.); 511784 B.C. Ltd. v. *Salmon Arm (District)* 2001 BCSC 245, 19 M.P.L.R. (3d) 232 at paras. 49, 56; *Yearsley v. White Rock (City)* 2009 BCSC 719, at paras. 25-6, 28; 0742848 B.C. Ltd. v. *Squamish (District)* 2011 BCSC 747, 84 M.P.L.R. (4th) 1 at paras. 13-8.) *A fortiori*, local governments lack the authority to engage in the nuanced and complex constitutional process involving “facts, law, policy and compromise” referred to in *Rio Tinto*.

...while it is true that First Nations may experience difficulty in seeking appropriate remedies in the courts in cases like this one, it is also true that as creatures of statute, municipalities do not in general have the authority to consult with and if indicated, accommodate First Nations as a specific group in making the day-to-day operational decisions that are the diet of local governments.

[144] The OCP obliges Whistler to make decisions regarding OCP amendments or zoning and development decisions in the best interests of Whistler. The Ministerial approval of the OCP as required under the *RMOW Act* was the point in time when the Crown, in right of the Province, was engaged through its statutory decision making process. Such a decision must maintain the honour of the Crown.

[145] In *Rio Tinto*, McLachlin C.J.C. stated for the Court at para. 45 that “[t]he 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.” While a “potential for adverse impact suffices” (para. 44), “[m]ere speculative impacts” will not (para. 46). Courts must take “a generous, purposive approach to this element” (para. 46).

[146] I do not agree with the Respondents’ argument that any assertion of infringement on Aboriginal title is speculative. Whether OCPs apply to land held pursuant to Aboriginal title is an undecided question of law. As long as there is the potential for the OCP to apply to such lands, there is potential that it will adversely

impact the development uses the Nations can put their land to. In my view, the comments of McLachlin C.J.C. in *Rio Tinto* at para. 47 are applicable:

...high-level management decisions or structural changes to the resource's management may also adversely affect Aboriginal claims or rights even if these decisions have no "immediate impact on lands and resources": Woodward, at p. 5-41. This is because such structural changes to the resources management may set the stage for further decisions that will have a *direct* adverse impact on land and resources...

[Emphasis in original.]

[147] Land use decisions often give rise to a duty to consult: *Haida Nation* at para. 76; *Rio Tinto* at para. 44; *Da'naxda'xw* at para. 142; *Adams Lake Indian Band v. Lieutenant Governor in Council*, 2012 BCCA 333 at para. 70. The reason for this is that land use planning is often a strategic, higher level decision, such as the kind discussed in *Rio Tinto* that might have an impact on Aboriginal rights and title in the future.

[148] Using the generous and purposive approach mandated in *Haida Nation*, I find that the decision to approve the OCP was a land use planning decision that had the potential to infringe the Squamish and Lil'wat Nations' title claims. This is particularly true given that the approval of the OCP took place in the context of several other land use negotiations between the Province and the Nations as described above.

[149] Justice Fisher similarly found in *Da'naxda'xw* at para. 129 that a decision regarding an amendment to the boundaries of a conservancy to allow development of a hydroelectric power project must be considered

in the broader context of the extensive consultation between the Crown and the Da'naxda'xw in the LRMP process and government-to-government negotiations that created the Upper Klinaklini Conservancy in the first place, the Collaborative Agreement, and the on-going negotiations for a government-to-government process for managing conservancies and considering boundary amendments. There is no question that the Crown had a duty to consult with respect to the land use designation and the boundaries of the Upper Klinaklini area. I view the Da'naxda'xw's request to amend the boundary as part of an ongoing process of consultation.

[150] In addition, once the OCP is approved, the Province has virtually no control over future OCP amendments or zoning decisions. This reduced Crown control

makes the duty to consult even more significant. I find the situation in the present case is similar to the example discussed in *Rio Tinto* at para. 47, which McLachlin C.J.C. warned could create an adverse impact:

...For example, a contract that transfers power over a resource from the Crown to a private party may remove or reduce the Crown's power to ensure that the resource is developed in a way that respects Aboriginal interests in accordance with the honour of the Crown. The Aboriginal people would thus effectively lose or find diminished their constitutional right to have their interests considered in development decisions. This is an adverse impact: see *Haida Nation*, at paras. 72-73.

[151] I do not accept the Respondents' argument that because this OCP limits future development, and therefore preserves the status quo, there is no potential adverse impact on Aboriginal rights or title. The purpose of consultation is to listen to and consider the concerns of the First Nations whose rights and title may be adversely impacted by a decision. The Crown cannot avoid the duty to consult by unilaterally deciding that the land should be conserved in its current state.

[152] I adopt the following reasoning of Fisher J. in *Da'naxda'xw*, in which she considered whether the Crown had a duty to consult before deciding against an amendment to the boundaries of a conservancy that effectively precluded a development project that the Da'naxda'xw Nation proposed:

[130] ...I disagree with the government that conduct which contemplates conserving the *status quo* necessarily means that Aboriginal interests will not be adversely affected.

...

[139] I accept that in some circumstances, decisions preserving lands or the *status quo* may not have an adverse impact on Aboriginal claims. [*Tsuu T'ina Nation v. Alberta (Minister of Environment)*, 2010 ABCA 137] is an example of this. However, I do not interpret *Haida Nation* as establishing a duty to consult only for the purpose of preserving land from development. I agree with Mr. Elwood's submission that there was an economic component to the Haida's claim to the lands and forests of their traditional territory, and another aspect of the Crown's conduct in issue was the exclusion of the Haida from the benefits of the forest resource. Proposed conservation measures could have an adverse affect on claimed Aboriginal rights and title, as they may limit future uses of land. The LRMP process and the government-to-government consultations regarding the Upper Klinaklini area clearly demonstrate this. In my opinion, limiting the duty to consult in the manner suggested by the government is inconsistent with the "generous, purposive

approach” to this element of the duty to consult as described in *Rio Tinto* and inconsistent with the goal of achieving reconciliation.

[153] The Petitioners have demonstrated a causal relationship between the approval of the OCP and a potential for adverse impacts on their pending Aboriginal title claims. As Lamer C.J.C. pointed out in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 at para. 166, “lands held pursuant to Aboriginal title have an inescapable economic component” (emphasis in original). The OCP has the potential to restrict the uses to which the Nations can put land they acquire in the future. Such a potential mandates the Province engage in consultation, and if necessary, accommodation.

### **What was the Scope of the Required Consultation?**

[154] The scope of the Crown’s duty to consult is proportionate to (1) the strength of the First Nations’ claim and (2) the seriousness of the potentially adverse effect on the right or title claimed. These two factors determine the content of the consultation required to maintain the honour of the Crown. The varying duties that may arise in different situations were described by McLachlin C.J.C. in *Haida Nation* at paras. 43-45 as falling along a spectrum:

...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...

44 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.

45 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 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.

### **Standard of Review**

[155] In *Haida Nation* McLachlin C.J.C. explained the standard to be applied in reviewing the Crown's assessment of the scope of the duty owed as follows:

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 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.

[156] More recently in *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53 Binnie J. wrote for the majority:

[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?

[157] Courts have differed in their interpretation of the standard of review regarding the scope of the duty to consult. The Petitioners take the position that the standard of review regarding the existence, nature and scope of the duty to consult is correctness, relying on *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247 and *Halalt First Nation v. British Columbia*, 2012 BCCA 472.

[158] In *West Moberly* the Court of Appeal issued three sets of reasons. Chief Justice Finch did not address what standard of review should be used in assessing the scope of the duty to consult, but instead considered whether the consultation process that took place was reasonable (at para. 141). In concurring reasons, Hinkson J.A., as he then was, found 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" (at para. 174).

[159] In dissenting reasons, Garson J.A. stated:

[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.*]

She went on to say that the apparently elevated standard of review articulated in *Beckman* was due to the fact that a modern comprehensive treaty was being interpreted in that case, which was distinguishable from a consultation process

where there was less specificity and it was more difficult to ascertain the “correct” process. She concluded that “the Crown’s determination of the scope and extent of its duty to consult must be assessed on a correctness standard” but that the adequacy of the consultation and the outcome of the process “must be assessed on a reasonableness standard” (at para. 198).

[160] In *Halalt First Nation* Chiasson J.A. simply commented for a unanimous court:

[112] I agree with the judge’s articulation of the standard of review in para. 89:

...the Crown must correctly determine the extent or scope of its duty to consult, and must then engage in consultation that is adequate in the circumstances. The outcome of the consultation process (that is, the accommodation) must fall within the range of reasonable outcomes in the circumstances.

[161] The Province urges this Court to follow cases that accord more deference to the Crown’s determination of the scope of consultation owed. The Province relies on the decision briefly mentioned above, *Klahoose First Nation v. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, as well as *Huu-ay-ah First Nation et al. v. Minister of Forests et al.*, 2005 BCSC 697 and *Dene Tha’ First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354.

[162] In *Klahoose First Nation* at para. 34 Grauer J. found that the extent of the duty to consult was a question of law to be judged on a standard of correctness, although it was capable of becoming a question of mixed fact and law to be judged on a reasonableness standard if the factual underpinnings for the assessment were inextricably woven in.

[163] Similarly, in *Huu-ay-ah First Nation* at para. 95 Dillon J. stated that

the existence or extent of the duty to consult or accommodate is a legal question requiring correctness. Government misconception of the seriousness of the claim or impact of the infringement is a question of law to be judged by correctness. When infused with an assessment of facts, the standard is reasonableness...

[164] In *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)* at paras. 93-94 Phelan J. observed:

[93] It thus follows that as the question as to the existence of a duty to consult and or accommodate is one of law, then the appropriate standard of review is correctness. Often, however, the duty to consult or accommodate is premised on factual findings. When these factual findings can not be extricated from the legal question of consultation, more deference is warranted and the standard should be reasonableness.

[94] These two standards of review dovetail onto the questions of whether there is a duty to consult and if so, what is its scope ...

[165] Although not referenced by the Province, I also note that in *Dene Tha' First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and Mines)*, 2013 BCSC 977 Grauer J. found that the Crown's determination of the scope of its duty to consult was inextricably bound up with its assessment of the underlying question of the impact of the decision, which was the subject of great dispute between the parties who had tendered competing impact/disturbance reports. He considered many of the authorities I have reviewed and concluded as follows:

[105] I have already reviewed how, as discussed in *Haida Nation*, the standard of review of the question of scope and extent of duty can move from correctness towards reasonableness depending on the extent to which the decision inextricably combined questions of fact and law. In *Beckman*, it seems to me, as in the judgment of Finch C.J.B.C. in *West Moberly First Nations*, we have a hint that the real question comes down to the adequacy of the consultation process which will itself, to an extent, determine the correctness of the scope. In other words, if the process did not accomplish a reasonable result, then it was probably carried out pursuant to an incorrect assessment of its proper scope.

...

[108] ...when it comes to the Crown's assessment of the scope and extent of that duty, I conclude that in the circumstances of this case, the "correctness" of the Crown's assessment depends upon the "reasonableness" of that assessment's underpinning. We have a question of mixed law and fact so the standard, in effect, becomes one of reasonableness as noted in the passage from *Haida Nation* quoted above.

[166] *Klahoose First Nation, Huu-ay-ah First Nation, Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, and *Dene Tha' First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and Mines)* were all trial level decisions and, with the exception of *Dene Tha' First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and*

*Mines*), all older than both *West Moberly* and *Halalt First Nation* from the British Columbia Court of Appeal. I consider myself bound by these more recent pronouncements of the law by our appellate court, particularly the unanimous decision of *Halalt First Nation* which determined that the standard of review was correctness. The standard of review I will use in considering the Crown's assessment of the scope of the duty to consult is correctness.

[167] Even had I applied the reasoning used in decisions such as *Dene Tha' First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and Mines)*, I would have concluded that in the circumstances of this case a correctness standard should be used when reviewing the Crown's assessment of the scope of the duty to consult. The assessment by the Minister was not premised on complex factual determinations that were inextricably woven into the decision. I do not agree with the Province's argument that a reasonableness standard is warranted in these circumstances.

[168] I turn now to consider the strength of the Squamish and Lil'wat Nations' claim to Aboriginal title and the seriousness of the potentially adverse effect of the OCP in order to determine the scope of consultation required in this case.

### **The Strength of the First Nations' Title Claim**

[169] On the hearing of a judicial review petition I am not able to make detailed findings regarding the strength of the Squamish and Lil'wat Nations' claim to Aboriginal title. My task in this proceeding is to make a preliminary assessment of the strength of claim: *Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2003 BCSC 1422 at paras. 47-48; *Da'naxda'xw* at para. 153.

[170] The evidence easily establishes that the Squamish and Lil'wat Nations have a strong *prima facie* Aboriginal title claim. The Province concedes as much and submits that the Crown approached the consultation on the basis that the Nations had a good *prima facie* claim to Aboriginal title.

**The Seriousness of the Potentially Adverse Effect**

[171] Despite the Province's submission that it had a duty to consult and that it fulfilled that duty by engaging in a mid-range consultation, the Province argues that the approval of the OCP did not have the potential to create adverse impacts on the Petitioners' claimed title. The Province argues that the OCP allows the Petitioners to engage in non-residential development and that there are various ways in which the bed unit limit in the OCP can be amended in the future. It points out that the OCP bylaw does not (and cannot) authorize any development of Crown lands or the extraction or exploitation of any resources on Crown lands.

[172] The Petitioners argue that the potentially adverse impacts are serious. They say that as a "guiding framework" the OCP is of strategic importance to land use planning. They submit that the restrictions in the OCP remove development potential on lands which may be acquired by the Nations either in fee simple or as treaty settlement lands.

[173] I begin by noting that the Province's positions in this regard are irreconcilable. If the Province assessed that there was no potential for adverse impact on the Nations' claimed title land then it would be under no duty to consult. However, the preponderance of the evidence demonstrates that the Province engaged in consultation with the Nations with the view that there was a low potential for adverse impacts. I will therefore review the Province's consultation efforts on the basis that it assessed the potential for impact as present, but low.

[174] Many of the Province's arguments regarding the potential for adverse effects have already been addressed when discussing whether a duty to consult was triggered. For similar reasons, the fact the OCP may be amended in the future is not, in my view, useful in considering how serious the potential for adverse impact is. When the Crown is deciding whether to approve an OCP, a strategic planning document approved by the Minister and passed as a bylaw, the possibility that it might be amended does not greatly reduce the seriousness of the potential impact.

[175] The fact that this OCP does not restrict every type of development, but only development that requires bed units means that the potential for adverse impacts is less serious than a total prohibition on development.

[176] I also note that the reasoning behind the duty to consult as discussed in *Haida Nation* is founded in a concern for depleting resources or damaging lands that may one day be returned to First Nations following treaty processes. As McLachlin C.J.C. articulated at paras. 27, 33:

...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... 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.

...

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 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.

[177] The OCP approved by the Minister does not authorize the type of serious impact which was discussed in this passage of *Haida Nation*, such as resource depletion. As the Province argues, the OCP tends to preserve the land from development.

[178] However, in *Da'naxda'xw* Fisher J. found that a decision to maintain land conservancy boundaries and therefore preserve the status quo created a serious potentially adverse impact:

[180] The concepts of irreversible or irreparable harm are closely related to the law of injunctions and they do form a backdrop to the overall purpose of the duty to consult, as noted in *Rio Tinto* (at para. 41). While they may be relevant, it is not necessary, in my view, to find irreversible or irreparable harm to conclude that a potentially adverse impact is serious.

[181] I have earlier found that the potential impact of the Minister's decision was not speculative. The Minister's decision means that the amendment

request will not be considered by Cabinet. While the extent of the Da'naxda'xw's lost economic opportunity is by no means certain, the effect of the decision definitively puts an end to the Project and this future use of the land is now foreclosed. The decision has also established a process of consultation about boundary amendments within the confines of the Ministry's own policy, and this may foreclose future consideration in the government-to-government process that has been the subject of on-going negotiations. In this context, I consider the potentially adverse impact to the Da'naxda'xw to be quite serious.

[Emphasis added.]

[179] In my view, the potential impacts of the OCP were not serious, as there was no plan to deplete resources or cause damage to the lands subject to title claims. However, like Fisher J. I find that irreversible or irreparable harm is not necessary to find adverse impact and that restrictions to a First Nation's economic development potential could infringe s. 35 rights in a serious way.

[180] In considering the facts of this case, I find that the potential for impact was moderate, and certainly more than the Province's characterization of "minimal" or "low". The bed unit limit in the OCP places a limitation on the Nations' potential to develop land in an area where developable land is scarce and is strictly defined. Development that creates bed units, such as residential and tourist accommodation, is important in a tourist-based economy like that in the Whistler area. These facts made it all the more important the First Nations be consulted on the use of land subject to territorial claims.

### **Analysis**

[181] Given the strong case the Squamish and Lil'wat Nations have to support their claim for Aboriginal title and the moderate potential for adverse impacts I am of the view that the honour of the Crown required the Province to engage in a mid-range level of consultation. I am further persuaded in this conclusion by considering other situations in which courts have found a mid-range duty of consultation.

[182] In *Dene Tha' First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and Mines)* the Dene Tha' First Nation ("DTFN") sought judicial review of a decision of the Ministry of Energy and Mines to sell 21 parcels of subsurface oil and gas tenures

located in their traditional territory. As a signatory to Treaty 8, the petitioners undoubtedly had a right to be consulted; the only question was whether the consultation that took place was sufficient.

[183] The consultation process in *Dene Tha' First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and Mines)* took place between May 2008 and June 2010 and involved lengthy correspondence exchanges, several meetings, and the exchange of several reports on land use and the potential impact of the proposed action. Ultimately, although 21 parcels were sold, a further 31 parcels were deferred due to concerns raised by the DTFN during the consultation process. Justice Grauer found at para. 43 “those representing the [Ministry of Energy and Mines] were working hard to provide the appropriate information and to take into account and respond to the DTFN's legitimate concerns.” Ultimately the parties reached “a fundamental disagreement” (para. 85): the DTFN rejected the Minister's preliminary assessment conclusions and considered it critical that the Ministry continue the consultation process, but the Ministry proceeded to sell 21 parcels within the DTFN's traditional territory.

[184] At the time of the consultation the Crown said that the potential for infringement on the DTFN's rights was low and therefore the duty to consult in the pre-sale stage was at the lower end of the *Haida Nation* spectrum. However, before the court the Crown submitted that the scope of consultation that took place was at the mid-range of the spectrum:

[117] The Crown submits that although it purported to assess the extent of its duty to consult as being towards the lower end of the spectrum at the pre-tenure stage, in fact the scope of consultation in which it engaged was at the middle level of the spectrum. From my review of the consultation record, I agree. The parties did not merely talk together for mutual understanding, nor did the Crown limit itself to giving notice, disclosing information and discussing issues. The DTFN made extensive and wide-ranging submissions. Each party prepared and exchanged Traditional Use Reports. The DTFN commissioned and submitted its MSES Rate of Disturbance Report. The MEM prepared and disclosed its Preliminary Assessment. A great deal of information, economic, environmental, scientific and speculative, was exchanged. The DTFN was not engaged in the actual decision-making process, but processes were put in place to involve the DTFN in ongoing development decisions that could give rise to potential

adverse impacts on its treaty rights.

...

[124] Taking into account the context in which that assessment was made, I find that the Crown's analysis of the risk of adverse impact was within the range of reasonable outcomes at the pre-tenure stage. Accordingly, I find that, in law, the mid-level depth of the consultation in which the Crown engaged was consistent with its duty in the particular circumstances of this case, as well as with the Consultation Agreement between the parties.

[185] Justice Grauer found that given the scope required, the consultation process the Crown engaged in was reasonable under the circumstances. However, he emphasized several times that this conclusion was based on the fact the consultation process being reviewed was only the initial stage of consultation that would continue on in the future:

[131] Key to my conclusion in this regard is the context to which I have repeatedly referred, of an ongoing process...

...

[135] I have concluded that the process in which the Crown has engaged to date complies with these guidelines in so far as the June 2010 dispositions are concerned. But the appropriate depth of consultation will likely become greater, not lesser, as the process continues, as existing parcels proceed into development and further parcels are sought for disposition ...

[186] In considering *Dene Tha' First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and Mines)* in relation to the case at bar, it is important to note that there will be no further ongoing consultation process between the Crown and the First Nations. Once the Minister has approved the OCP, the Crown involvement has come to an end and no further consultation will take place except in exceptional circumstances.

[187] *Long Plain First Nation v. Canada*, 2012 FC 1474 was an application for judicial review of a decision by Canada to sell land located within the City of Winnipeg known as the Kapyong Barracks after its use by the military was discontinued. This property was also within the territory dealt with under a treaty known as Treaty No. 1, entered into in 1871 between Her Majesty Queen Victoria and certain Aboriginal bands located within that territory. The Applicants were a number of Aboriginal bands who were successors to the Treaty signatories and were interested in purchasing the land. Despite the fact that several bands expressed

interest in purchasing the land as early as 2001, Canada decided to sell the land to a non-agent Crown corporation for the purpose of disposal by that corporation, a corporation which had no duty to consult with the Treaty No. 1 bands.

[188] Canada conceded there was a duty to consult, therefore the only issues were what the scope of that duty was and whether it had been fulfilled. Justice Hughes decided that the duty owed fell in the middle of the *Haida Nation* spectrum:

[72] In the present case, I have found that the Applicants Long Plain, Peguis, Roseau River and Swan Lake have an arguable, but not proven claim in respect of the land occupied by the Kapyong Operational Barracks. I put the scope of the duty to consult at the middle of the range established by the Supreme Court in *Haida Nation*. At the low end of the spectrum, where a claim is weak, that Court in *Haida Nation*, at paragraph 43 wrote that the scope of the duty:

*“...may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice...”*

[73] At the other end of the spectrum, where a strong prima facie case for the claim is established, that Court wrote at paragraph 44 of *Haida Nation*:

*“...the consultation 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 the Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision.”*

[74] In the present case, in putting the duty somewhere in the middle of these two criteria, I find that the scope of Canada's duty lay beyond the minimum of giving notice, disclosure of information and responding to concerns raised, so as to include at least some of the higher duties including a duty to meet with the Applicants, to hear and discuss their concerns, to take those concerns into meaningful consideration and to advise as to the course of action taken and why. I emphasize taking the concerns into meaningful consideration and repeat what the Supreme Court wrote at paragraph 46 of *Haida Nation*

*“Meaningful consultation may oblige the Crown to make changes to its proposed action based on information obtained through consultations.”*

[189] Justice Hughes found that although notice of the sale was given to the Applicants, very little information was provided between 2001 and 2004 and that between 2006 and 2007 Canada simply ignored correspondence from the

Applicants and requests for a meeting. He found that Canada had failed to fulfill the scope of its duty to consult and observed at para. 78 that

[e]ven at the minimum level of duty to consult, Canada did not fulfil its obligations. It did not disclose relevant information that it had. It did not respond in a meaningful way to concerns raised by the Applicants and other bands.

[190] The *Da'naxda'xw* case has already been referenced in these reasons. Briefly, this judicial review was brought by the Da'naxda'xw First Nation of a decision of the Minister of Environment refusing to recommend changes to the boundaries of a land conservancy which was within their traditional territory in order to pursue development of a hydro-electric power project. The government argued that the duty to consult was at the low end of the spectrum because the Da'naxda'xw did not have a strong claim for Aboriginal title and the nature of the impact on the claim was entirely speculative and compensable in any event.

[191] Justice Fisher held that the Crown misconceived the strength of the Da'naxda'xw's claim and the impact of the decision:

[182] Given my conclusions that the Da'naxda'xw's Aboriginal title claim is reasonably credible and the potentially adverse impact of the Minister's decision quite serious, it is my view that the scope of consultation required a meaningful exchange of information with a view to considering a reasonable accommodation, within the mid-range of the spectrum.

...

[197] As I indicated before, the scope of consultation in this case required a meaningful exchange of information within the mid-range of the spectrum. In the particular circumstances here, a meaningful exchange of information required the Minister to consider the Da'naxda'xw's request in the context of the terms of the Collaborative Agreement and the on-going negotiations about a government-to-government process for managing the conservancy and considering boundary amendments, and to provide the Da'naxda'xw with an opportunity to respond to any substantive concerns the Minister may have had. While the Minister was entitled to consider the public interest as described in the government's policy, this required something more than the opportunity for the Da'naxda'xw to make an application within the scope of that policy. It required an opportunity for some dialogue on a government-to-government basis with a view to considering a reasonable accommodation of the Da'naxda'xw's interests in allowing the Project to be assessed in the [environmental review] process.

[198] For all of these reasons, I have concluded that the Crown failed to fulfill its duty to consult. The consultation carried out in respect of the boundary

amendment request was inadequate. Prior to the enactment of Bill 38, despite the efforts of Ministry staff, the Minister did not consider at all the specific concerns of the Da'naxda'xw regarding the boundary of the Upper Klinaklini Conservancy in relation to the Project. Subsequently, the Minister failed to provide the Da'naxda'xw with an opportunity to respond to his concerns about the potential environmental impacts of the Project and failed to consider any form of accommodation.

[192] Balancing the Nations' claim to title, which I agree, based on the evidence before me of village sites, sacred places, and cultural sites, appears to be strong, and the potential for moderate adverse impacts, I am of the view the level of consultation required was at the medium level of the *Haida Nation* spectrum.

[193] In my view, the Minister was incorrect in its assessment that the level of potential adverse impact the OCP could have on the Nations' Aboriginal title was low. It follows that the Minister's assessment that a low level of consultation was required was also incorrect.

[194] However, the Province says that while it assessed the level of consultation owed as low, it actually conducted a mid-range level of consultation. I turn now to consider whether the consultation that took place fell within a reasonable range of what constitutes a medium level of consultation.

### **Was the Consultation Adequate?**

[195] In determining whether the duty to consult was fulfilled, courts must consider whether the Crown met its duty to act honourably and provide a meaningful process of consultation, not whether the Crown and the First Nation reached agreement. As McLachlin C.J.C. instructed in *Haida Nation* at para. 63, the focus is not on the outcome, but on the process of consultation and accommodation. Accordingly I must decide whether the consultation process that took place fulfilled the Crown's duty to provide a meaningful mid-range consultation.

### **Standard of Review**

[196] The parties are in agreement that the standard of review in considering whether the Province's consultation process fulfilled the duty to consult is

reasonableness: *Halalt First Nation* at para. 112. As McLachlin C.J.C. stated in *Haida Nation* at para. 62:

... 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.

### **Analysis**

[197] Although every situation is unique and should be approached flexibly and individually, I note some general parameters from the case law on what a mid-range consultation may consist of. It is more than a duty “to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice” (*Haida Nation* at para. 43). It is less than “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 Nation* at para. 44).

[198] In *Dene Tha’ First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and Mines)* Grauer J. found that the government engaged in a reasonable mid-range consultation by giving the First Nation the opportunity to make “extensive and wide-ranging submissions”, exchanging reports and a “great deal of information, economic, environmental, scientific and speculative”, and setting up processes to involve the First Nation “in ongoing development decisions that could give rise to potential adverse impacts on its treaty rights” (at para. 117).

[199] In *Long Plain First Nation* Hughes J. held that a mid-range consultation required more than the minimum of giving notice, disclosing information and responding to concerns raised. He said the consultation ought to include “at least some of the higher duties including a duty to meet with the Applicants, to hear and

discuss their concerns, to take those concerns into meaningful consideration and to advise as to the course of action taken and why” (para. 74).

[200] In *Da'naxda'xw* at para. 197 Fisher J. found that a mid-range duty to consult

required the Minister to consider the Da'naxda'xw's request in the context of the terms of the Collaborative Agreement and the on-going negotiations about a government-to-government process for managing the conservancy and considering boundary amendments, and to provide the Da'naxda'xw with an opportunity to respond to any substantive concerns the Minister may have had. While the Minister was entitled to consider the public interest as described in the government's policy, this required something more than the opportunity for the Da'naxda'xw to make an application within the scope of that policy. It required an opportunity for some dialogue on a government-to-government basis with a view to considering a reasonable accommodation of the Da'naxda'xw's interests in allowing the Project to be assessed in the [environmental review] process.

[201] In the case at bar, the Squamish and Lil'wat Nations were provided with notice and the opportunity to make submissions to representatives of Whistler during an approximately 18 month consultation process. The Province relied on Whistler's consultation record that it received December 3, 2012 to inform itself of the Nations' concerns. The Province asserts that it was correct to take Whistler's engagement record into consideration and that it did not abdicate legal responsibility for consultation and accommodation.

[202] On January 23, 2013 the Province wrote to the Nations and informed them that the Province's preliminary view was that given the low potential for the draft OCP to impact the Nations' Aboriginal rights and title claims, its consultation obligation fell at the lower end of the spectrum, requiring the Province to provide the Nations with notice of the request to approve the OCP and an opportunity to comment on the draft OCP and to consider any responses. The Province asked the Nations if they had any further concerns that were not reflected in the engagement record with Whistler. The Province submits that the Nations responded by reiterating concerns already reflected in Whistler's consultation record and it therefore concluded that the parties had reached an impasse.

[203] The Petitioners take the position that the duty to consult fell between the cracks of the municipal and provincial governments. From their perspective, they participated with good faith in consultation with Whistler while being told that the municipality had no obligation or ability to consider the concerns they expressed because those were matters for the Province. When the time came to express their concerns to the representatives of the Province who did have the obligation and the ability to consider their concerns, their requests for meetings were denied.

[204] In my view, despite requests by the Nations for further consultation and a meeting with representatives from other ministries who were involved with the development of Crown lands and parties to the various ongoing negotiations, the Province's agenda was solely focused on approval of the OCP before the dropping of the election writ.

[205] During the development of an OCP the *LG Act*, s. 879 requires local governments to consult with, among many other affected persons, organizations and authorities, First Nations who form part of the municipality. This statutorily imposed duty of public consultation is not synonymous with the Crown's constitutional duty to consult with First Nations who have outstanding claims to s. 35 rights or title. The honour of the Crown is not engaged during a local government's public consultation process in developing its OCP.

[206] By virtue of the *RMOW Act*, the Province is required to approve Whistler's OCP. The content of the OCP is ultimately the Minister's responsibility. In deciding whether to approve the OCP the honour of the Crown is engaged and consultation with First Nations who claim s. 35 rights and title is required.

[207] The Crown is entitled to delegate procedural aspects of the consultation process to third parties, such as municipalities, but not its ultimate responsibility for consultation and accommodation: *Haida Nation* at para. 53; *Halalt First Nation* at para. 158. The Minister was acting in accordance with its standard policy in requiring Whistler to produce an engagement record of its correspondence and discussions

with the Nations throughout Whistler's consultation process to inform itself of the issues which had developed between the First Nations and Whistler.

[208] As much as the Minister's office was entitled to review and inform itself from and to a degree rely upon the engagement record, the *Haida Nation* duty to consult ultimately rested with the Province. It is only the Crown in right of the Province who had the ability to provide sufficient remedies to achieve meaningful consultation and accommodation: *Rio Tinto* at paras. 59-60. As the British Columbia Court of Appeal made clear in *Neskonlith Indian Band* at para. 68, local governments lack the authority to engage in a nuanced and complex constitutional process.

[209] In my view the Province failed to ensure that the parties to the consultation understood the differences between the two types of consultation processes required. This confusion led to frustration, particularly on the part of the Nations, as the parties with the responsibility and authority were not at the table until the matter reached the Minister's office in December 2012. The Province was obliged to make the s. 35 consultation process "as transparent as possible" and clearly articulate what roles the municipality and the Province were playing in carrying out the consultation: *Ke-Kin-Is-Uqs v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1505 at para. 147.

[210] Once the Ministry received Whistler's engagement record, I am of the view that the consultation process engaged in by the Province relied almost exclusively on Whistler's engagement record. The Province made little attempt to engage in its own consultation: it held no face to face meetings with representatives of the Nations; it made no attempt to involve any other Ministry with whom the Nations dealt in other ongoing negotiations; and it denied requests for further consultation because of time constraints imposed by the upcoming election.

[211] Although the Province had no obligation to agree with or accept the Nation's position, the position of the Province, from beginning to the end of the short consultation period remained intransigent. While appearing to listen the Crown was, in my view, in fact locked into its position from the beginning and ultimately closed

the door to further discussions, advising the Nations the OCP had to be approved before the election writ dropped, thus foreclosing any further consultation.

[212] As, Binnie J. wrote for the Court in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69 at para. 54:

... 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 ...

[213] The evidence before me establishes, and I find as a matter of fact, that the timing of the election played an instrumental role in the Province's decision to bring the consultation process to a close. In the March 28, 2013 and April 9, 2013 conference calls the Province specifically mentioned the timing of the election as a reason that it wanted to complete the consultation process.

[214] The Crown may not conclude a consultation process in consideration of external timing pressures when there are outstanding issues to be discussed: *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)* at para. 116; *Blaney et al v. British Columbia (The Minister of Agriculture Food and Fisheries) et al*, 2005 BCSC 283 at para. 108. As Jack Woodward says in *Native Law* (looseleaf 2014 - release 1), (Toronto: Carswell, 1994), at 5.2040:

The Crown must give the Aboriginal group a reasonable amount of time to respond to a referral and to engage in consultation. The Crown must be prepared to let consultation run its course; it cannot abort the consultation process because of other time pressures where the Aboriginal group is actively engaged in the consultation process, there remain outstanding issues, and there is value to further discussions.

[Emphasis added, footnotes omitted.]

[215] In the circumstances of this case, I find that the Province did not make reasonable efforts to meet its duty to consult and the consultation that took place was not within a reasonable range to meet a medium duty of consultation.

**Remedy**

[216] I conclude the Minister has failed to fulfill the Crown's duty of consultation with the Squamish and Lil'wat First Nations prior to the Minister's approval of the OCP.

[217] Accordingly I quash the decision of the Minister made April 15, 2013 pursuant to s. 11 of the *RMOW Act* to approve Whistler's OCP.

[218] I declare the Crown in right of the Province of British Columbia owes a duty to consult with and, if necessary, accommodate the Squamish and Lil'wat Nations with respect to the decision whether to approve Whistler's OCP.

[219] I declare the Minister was incorrect in concluding the duty to consult was "low" and declare the appropriate duty to consult is at the mid-range level of consultation.

[220] I declare that the Minister did not make reasonable efforts to discharge its duty of medium level consultation.

[221] The Petitioners are awarded their costs of the application.

"Greyell J."

TAB 24

# IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: *The Squamish Nation et al v. The Minister  
of Sustainable Resource Management et al*,  
2004 BCSC 1320

Date: 20040927  
Docket: L032971  
Registry: Vancouver

Between:

**THE SQUAMISH NATION,  
by the Chiefs and Council of the Squamish Indian Band,  
on their own behalf and on behalf of the members of the  
Squamish Indian Band**

PETITIONERS

And:

**THE MINISTER OF SUSTAINABLE RESOURCE MANAGEMENT,  
on behalf of Her Majesty the Queen in right  
of the Province of British Columbia;  
LAND AND WATER BRITISH COLUMBIA INC. and  
THE ENVIRONMENTAL ASSESSMENT OFFICE and  
GARIBALDI AT SQUAMISH INC.**

RESPONDENTS

Before: The Honourable Madam Justice Koenigsberg

## **Corrected and Amended Oral Reasons for Judgment**

**(Changes and Amendments are Highlighted -  
Additions are bold/underlined  
Deletions are bold/double-underlined in square brackets)**

Counsel for Petitioners

G.J. McDade, Q.C.  
James P. Tate

Counsel for Respondents

P.J. Pearlman, Q.C.

Counsel for Garibaldi at Squamish Inc.

C.D. Johnston

Counsel for GAR 96

H. Shapray, Q.C.

Date and Place of Hearing:

September 27, 2004  
Vancouver, B.C.

## **INTRODUCTION**

The Petitioner, the Squamish Nation, petitions the Court for a declaration that four decisions made by the Respondent government bodies were made in breach of the government's fiduciary and constitutional duties to consult and seek accommodation with the Petitioner's claimed aboriginal rights before granting rights to third parties which may affect the exercise of those aboriginal rights.

## **The Parties and their Interests**

[1] The Squamish Nation claims aboriginal title over the lands at Brohm Ridge which are the subject of this Petition. The Squamish Nation also claims aboriginal rights to use the area for cultural and sacred practices, and for hunting, fishing, trapping, recreational and other traditional uses. The Squamish Nation asserts that the construction and operation of the proposed project will infringe their title, and will infringe their aboriginal rights.

[2] The Minister of Sustainable Resource Management is the Minister responsible for the ***Land Act***, R.S.B.C. 1996, c. 245.

[3] Land and Water British Columbia Inc. ("LWBC") is a Crown corporation which operates as an agent of government to carry out activities such as the disposition of Crown lands, the

issuance of land tenures and the administration and licensing of Crown water resources.

[4] The Environmental Assessment Office is the office of government continued by the ***Environmental Assessment Act***, SBC 2002, c. 43 responsible for the environmental assessment of reviewable projects under that ***Act***.

[5] Garibaldi at Squamish ("GAS") [**is an interested party**] is the current proponent of a proposed four season mountain resort at Brohm Ridge, near Garibaldi Provincial Park. That project is a reviewable project under the ***Environmental Assessment Act***.

[6] Garibaldi Alpen Resorts (1996) Ltd. ("GAR 96") is an interested party.

[7] GAS plans to create a ski, golf and real estate resort on the slopes of Brohm Ridge, resulting in extensive commercial activity on Mount Garibaldi.

### **The Issues**

[8] The Squamish Nation claims the Crown is in breach of its constitutional and fiduciary duties to the Squamish Nation because of failure to consult with the Squamish Nation about its claim to aboriginal title and rights in the Mt. Garibaldi

area prior to making significant decisions which advance the GAS project, and that the Crown is in further breach of administrative duties owed to the Squamish Nation.

### **FACTS**

[9] The Squamish Nation is an Indian Band within the meaning of the ***Indian Act***. The Nation has four reserves in the urban areas of North and West Vancouver, and 18 reserves outside of the metropolitan area, in the Squamish Valley and Howe Sound.

[10] The asserted aboriginal title over Squamish traditional territory includes the lands within the watersheds draining into Burrard Inlet west of Indian Arm, and lands within the watersheds draining into Howe Sound, including the Squamish Valley to the height of land separating the Howe Sound drainage from the Lillooet drainage (the "Traditional Territory").

[11] Within that traditional territory Mount Garibaldi is an area of cultural and sacred significance. In Squamish Nation history, Mount Garibaldi is known as the harbour of the Squamish Nation during the Great Flood, and therefore is the point of origin of the modern Squamish Nation. The Squamish Nation claims it has exclusively occupied and owned the Mount

Garibaldi area under its laws since time immemorial. Mount Garibaldi is regarded with great reverence.

[12] The Squamish people, both traditionally and presently, use the lands along Brohm Ridge for a variety of purposes including hunting, trapping, medicinal and spiritual practices.

[13] The Squamish Nation's claims to title to the Mount Garibaldi area is well documented and purports to demonstrate that Squamish people have used the Brohm Ridge area for at least 4,000 years.

[14] The Squamish Nation has repeatedly asserted aboriginal rights and title to its traditional territory, including Mount Garibaldi and the Brohm Ridge area. It is presently at Stage 3 of the 6-stage Treaty process with both the Provincial and Federal Crowns. The Treaty Commission accepted the Squamish Nation's Statement of Intent on December 16, 1993.

[15] The Squamish Nation has also produced the Xay Temixw Land Use Plan which designates the Brohm Ridge/Mount Garibaldi area as a "Sensitive Area" where special care must be taken to protect the sacred cultural values which exist there. This area is in the heart of the Squamish territory and is not subject to any significant overlap with other 1st Nations.

[16] The Squamish Nation's claim to the Brohm Ridge area was recognized by the original proponent of the project, the expansion of which is at issue in this Petition, who noted in its application for a certificate under the ***Environmental Assessment Act*** that:

"The Squamish Nation's use and occupation of their land has continued uninterrupted since the arrival of the Europeans. Despite the negative impact that the European settlement had on their access to Squamish Nation land and resources, their current relationship to the land is extensive, varied and consistent with the reality of life in the late twentieth century."

[17] The Province of British Columbia (the "Province") conducted its own research in June, 2003 which confirmed the Squamish Nation claims to the Brohm Ridge area and concluded the consultation priority to be "High". The author recognized the soundness of Squamish Nation claims to the area, as well as the cultural and religious significance of the area in her conclusions.

[18] The process for developing a commercial ski resort in British Columbia is set out in the Commercial Alpine Ski Policy ("CASP"). CASP is a formal written policy pursuant to the ***Land Act*** that is intended to clarify the exercise of Crown decision-making for land dispositions for ski hills. The

purpose of the policy is to encourage commercial development of Crown Land for alpine ski facilities.

[19] In recognition of the wide-ranging impact of a commercial ski resort, the provisions of CASP require extensive consultation with the public, at least six provincial agencies, and local government. CASP is silent with respect to consultation with First Nations. However, the Crown states that First Nations are included in the "public".

[20] CASP governs the development process from the initial tendering of proposals right through until the execution of Master Development Agreement. CASP sets out the Ministry's commitment when entering into an Interim Agreement, which pursuant to the policy are intended to provide binding commitments from the Crown.

[21] On or about February 28, 1997, an interim agreement (the "Interim Agreement") was signed between the Province and Garibaldi Alpine Resorts (1987) Ltd. ("GAR87").

[22] The Interim Agreement proposed the development of a ski hill with some housing and a limited 5-hole golf course (the "Ski Hill Project"). The Interim Agreement covered a study area of 6,260 acres in the Brohm Ridge area. The original project was based upon a skier estimate of 12,000/day, and

therefore under the CASP policy, the development of hotels and residences was restricted to 12,000 "bed units".

[23] The Interim Agreement was constituted as a formal, legally enforceable agreement pursuant to the Commercial Alpine Ski Policy and defined "the obligations of the parties if a Project Approval Certificate is issued" (or if not issued). It set out a timeline for completion, and details of the final contract. It was conditional upon receipt of a Project Approval Certificate. The Interim Agreement mandated the Province to work towards final completion, to define the steps and studies necessary, and to meet standards of "reasonable" and "diligent" review.

[24] The Interim Agreement also provided GAR87 with a Licence of Occupation pursuant to section 36 of the ***Land Act***, R.S.B.C. 1979, c. 214 (the "Licence"), that allowed it to enter upon the land at any time to carry out its obligations under the Interim Agreement. The Licence also required consideration of the Licensee's interests prior to the authorization of potentially conflicting uses for the land.

[25] Like the Commercial Alpine Ski Policy, the Interim Agreement and Licence are silent with respect to consultation with First Nations, or the discharge of First Nation

consultation obligations representing a condition upon which any further decision would be made.

[26] The Interim Agreement had a four-year term, expiring on February 28, 2001.

[27] On June 10, 1997, the Interim Agreement was assigned by GAR87 to Garibaldi Alpine Resorts (1996) Ltd. ("GAR 96").

[28] The Garibaldi at Squamish resort project, as originally proposed, was a "reviewable project" within the meaning of the ***Environmental Assessment Act***, R.S.B.C. 1996, c. 119.

Accordingly, the then proponent, GAR 96 applied, in December, 1997 to the Environmental Assessment Office (EAO) for a Project Approval Certificate for the development of an all-season mountain resort at Brohm Ridge, adjacent to the western boundaries of Garibaldi Park. The proponent required the project approval certificate before proceeding with construction of the project.

[29] On December 23, 1997, the Environmental Assessment Office wrote to Chief Joe Mathias of the Squamish Nation notifying the Squamish Nation that the EAO had accepted for review the proponent's application for a Project Approval Certificate, and inviting the Squamish Nation to comment on the

application, and to participate in the environmental review, as a member of the Project Committee.

[30] The EAO consulted with the Squamish Nation in developing the Project Report Specifications, which set the terms of reference for the Project Report which the proponent was required to prepare for review by the Project Committee.

[31] The Project Report Specifications, issued by the EAO in July, 1998 required the proponent to "make its best efforts to identify any potentially adverse impacts of the project on Squamish Nation interests" and to perform a series of studies requested by the Squamish Nation, including:

- historical aboriginal uses of the lands;
- contemporary uses of the lands;
- the potential for restoration of any resources traditionally used by the Squamish Nation;
- the potential impacts on both existing and potential aboriginal uses of the land; and
- archaeological or spiritually significant sites at, or in the vicinity of, the project site.

[32] On November 29, 1999, the EAO issued amended Project Report Specifications identifying additional work and information required from the proponent in order to identify and assess the potential effects of the resort project.

[33] On December 11, 1998, Chief Gibby Jacob informed the EAO that the Squamish Nation intended to participate on the Project Review Committee. He requested funding for their participation. Subsequently, the EAO invited the Squamish Nation to identify their representatives to the Project Committee and advised that it was prepared to discuss how Squamish Nation interests would be identified and addressed in the review, and to discuss arrangements for funding the Squamish Nation's participation. The proponent had not yet submitted its Project Report for review by the Project Committee.

[34] Following the revisions to the Project Report Specifications in late 1999, the environmental review process came to a halt after GAR 96 ran into financial difficulties when its major investor withdrew. GAR 96 sought to arrange financing that would permit it to complete the studies necessary to prepare a Project Report containing the information requested in the original and revised Project Report Specifications. However, it was unable to complete either the environmental assessment review, or Master Plan review processes, before the term of the original Interim Agreement expired in 2001.

[35] Thereafter, GAR 96 made a number of requests to LWBC to extend or reinstate the Interim Agreement.

[36] In or around **[December of 2001] September of 2002**, GAR 96 **[transferred] assigned** its rights in the Ski Hill Project to a new proponent, Garibaldi at Squamish Inc. ("GAS") **[, a company controlled by Luigi Aquilini and Robert J. Gaglardi]**. GAR 96 and GAS are engaged in a lawsuit which contests among other things, GAS' control of the project at issue.

[37] On or about September 19, 2002, the Province entered into a "Modification Agreement" with GAR 96 by which it sought to "reinstate and amend" the Interim Agreement and Licence that had expired the previous year (the "Reinstatement Decision").

[38] Through the Reinstatement Decision and Modification Agreement **and the Change of Control Decision**, the Province awarded rights to develop a Ski Area Master Plan to this new ownership group without going through the procedural requirements of CASP.

[39] On or about September 23, 2002, an Assignment Agreement was executed between GAR 96, GAS and the Province whereby the Province accepted the assignment of the rights of GAR 96 to GAS.

[40] It is acknowledged that the Squamish Nation was not consulted by the Crown with respect to either the Modification Agreement, Reinstatement Decision or Change of Control Decision.

[41] On or about December 30, 2002, GAS wrote to the Crown requesting that the study area of the development be expanded to allow for a ski hill with two separate 18-hole golf courses and a much larger real estate development (the "December 2002 Project"). The expanded study area covered by the December 2002 Project was 12,112 acres, close to double the Ski Hill Project study area. No notice was given to the Squamish Nation with respect to this request for expansion.

[42] On or about December 30, 2002, a new act, the ***Environmental Assessment Act***, S.B.C. 2002, c. 43 (the "new ***EA Act***") came into force. On the same date the EAO issued a transition order (the "Transition Order") pursuant to section 51 of the new Act to provide for the continuance of the environmental assessment of the Ski Hill Project under the new ***EA Act***.

[43] The Transition Order provides, in part, that:

"(1) The application and supporting information provided to date by the Proponent be accepted as an

application under section 16 of the Act, subject to condition 3.

(2) The time limit specified by the *Prescribed Time Limits Regulation* (B.C.REG. 372(02)) for the review of this application will commence from the date that the additional information described in the Project report specifications is accepted by the Executive Director for review, subject to condition 3; and

(3) The additional information described in the Project report specifications must be provided to the Executive Director by December 31, 2003 or the current assessment of the Project is terminated and the Proponent may not proceed with the Project without a new assessment.

Pursuant to section 51(6) of the *Act*, the reason for this order is that the continuance of the assessment of the Project in accordance with this order will ensure a fair, orderly and timely effects of the Project under the *Act*." [emphasis added]

[44] The Transition Order deadline was subsequently extended to June 30, 2004.

[45] The Squamish Nation first learned of the possibility of the revival of and changes to the Interim Agreement, between January and March of 2003.

[46] On March 26, 2003, and April 24, 2003, the Squamish Nation, through counsel, requested relevant documents and notified LWBC that no alterations to the Interim Agreement, in terms of both approval of the share transfer and an expansion of the boundaries, should be approved by LWBC prior to consultation with the Squamish Nation.

[47] LWBC, through counsel, advised that while consultation would be necessary at some point, it did not believe that consultation was necessary prior to the preparation of a Ski Area Master Plan. LWBC also advised that the processes for review and consultation were set out in the Interim Agreement.

[48] The Squamish Nation met with representatives of the EAO on April 25, 2003 to discuss the Garibaldi process, and were advised that the GAS request for an expansion had been denied. The Nation reiterated its concerns about the process and the project and requested that no further changes to the timelines be made.

[49] On May 16, 2003, representatives of the Squamish Nation attended a meeting with representatives of LWBC. LWBC directly advised that the GAS request for expansion had been rejected by the LWBC Board. LWBC further advised that GAS had appealed that rejection to Minister Stan Hagen and that the original deadline for filing the Master Plan of April 25, 2003 had been extended. LWBC indicated that the appeal was not statutory but political. Squamish Nation representatives expressed their opposition to both the extension of the deadline and to any decision being made by the Minister prior to consultation. The Squamish Nation representatives expressed clear opposition to any expansion of project

boundaries and further indicated that to date LWBC had not kept the Squamish Nation informed about the project.

[50] On June 5, 2003, at a further meeting with LWBC, the Squamish Nation were advised that the expansion had been rejected, and provided a letter from LWBC to GAS (dated May 26, 2003) confirming that it was GAS's intention to proceed with the project as described in the Interim Agreement without the expansion. They were advised that a new Master Plan would be submitted, reflecting the original boundaries.

[51] Also on July 30, 2003, LWBC wrote to Chief Campbell confirming that LWBC had advised GAS that the Master Plan needed to be adjusted to reflect the original boundaries in the Interim Agreement. Attached to that letter was a copy of a letter dated July 14, 2003 from LWBC to GAS confirming that GAS had agreed to revise the design of the project so that it would conform to the original boundaries. That letter to GAS was signed by both LWBC and the EAO.

[52] As a result of the July 30, 2003 letter from LWBC to the Squamish Nation, the Squamish learned for the first time that the authorized capacity of the project had been increased from 12,000 bed units to 15,000, but within the existing boundaries.

[53] On September 18, 2003, the Squamish Nation received a letter from LWBC that indicated that LWBC was currently reviewing a request by GAS to significantly expand the boundaries of the project. The letter was dated September 17, 2003.

[54] The Squamish Nation subsequently learned that a letter requesting expanded boundary areas had been sent to LWBC on July 17, 2003 and that a proposal to expand the boundary of the project had been under consideration since that date.

[55] LWBC then wrote to the Squamish Nation on September 22, 2003 advising that "further to our letter of September 17, 2003, we write to inform you that [LWBC] has approved an amendment to the Interim Agreement between the Province and GAS whereby the study area will be altered and expanded over the land upon which GAS is proposing to develop its mountain/ski project."

[56] The Squamish Nation subsequently learned that LWBC had in fact agreed to the expansion on September 17, 2003 (the "Expansion Decision"), *prior to the receipt by the Squamish Nation on September 18, 2003 of the letter indicating that LWBC had received a request for expansion and that request was under consideration.* The September 22, 2003 letter fails to

indicate that the Expansion Decision had been taken on September 17, 2003.

[57] The Squamish Nation took the position that the letters of September 18, 2003 and September 22, 2003 were either designed to give the appearance of consultation when none actually existed, or were an indication that LWBC had not been acting in good faith. The Squamish Nation both directly and through legal counsel requested that if an expansion decision had been taken that it be reversed or that no steps be taken to formalize any amendments to the Interim Agreement pending substantial consultation and accommodation with the Squamish.

[58] The Expansion Decision reflected approval of an expanded proposal by the proponent, including a full 18-hole golf course outside the original boundaries, an equestrian centre, an increase in the number of housing and hotel units from 12,000 to 15,000 units, an increase in the area of housing development outside the original boundaries, and an increase in the carrying capacity of the ski lifts (now the "Real Estate Project").

[59] The change in the project was described by the proponent as a change from a "sleepy 3 or 4 month resort" to "a vibrant four-season resort".

[60] LWBC said the Expansion Decision "will likely lead to the development of an all-season resort with anticipated investment of \$200 million in the first stage." and noted the limitations of the original proposal.

[61] On October 23, 2003 the Squamish Nation filed the within Petition.

[62] On March 26, 2004, the Province, through LWBC, set out a proposal (the "Proposal"), conditional upon the resort project proceeding, which has two elements:

- (a) Provision of 150 acres of Crown land in fee simple for commercial development which would be compatible with the GAS resort project; and
- (b) A Licence of Occupation over an area of approximately 6,000 acres adjacent to the proposed development for non-commercial purposes.

[63] In the March 26, 2004 letter LWBC also set out the benefits which it understood GAS to be proposing for the Real Estate Project which was the subject of the Expansion Decision.

[64] The Proposal was not reached through a consultation process with the Squamish Nation.

[65] Squamish Nation responded to the Province's March 26, 2004 proposal by letter dated April 13, 2004. Chief Jacob noted, *inter alia*, the following with respect to the process that had been followed:

- (a) That LWBC has refused to consult about the Expansion Decision, the Reinstatement Decision and the Change of Control Decision or about Squamish Nation rights, title and cultural interests;
- (b) That because of the refusal to consult, the Proposal was unilateral and could not substitute for proper consultation and accommodation; and
- (c) That a fair consultation process would not start with the decision pre-determined and irreversible.

[66] Chief Jacob also noted the following points in relation to the Proposal:

- (a) That it failed to address or mitigate in any way the severe cultural infringement represented by the Ski Hill Project, Expansion Decision and the Real Estate Project Expansion Decision;

- (b) That the Licence of Occupation granted no new rights, and in fact was itself an infringement of existing Squamish Nation rights and title;
- (c) That a Licence relating to a different area could not mitigate the loss of such a culturally significant site;
- (d) The provision of 150 acres in substitution for the loss of over 7,300 acres was wholly inadequate;
- (e) The restriction that the 150 acres could only be used for commercial development compatible with the GAS project was inappropriate; and
- (f) That the requirement for an agreement with the Province and GAS that the 150 acres not be developed until "substantially all of the GAS development has been completed" was unacceptable, and granted a priority inconsistent with the Crown's constitutional obligations.

[67] Finally, Chief Jacob noted that the Province's reliance upon any offer by GAS was misguided. Chief Jacob understood that any offer which was currently on the table from GAS was subject to the Squamish Nation agreeing to a further project

expansion, beyond that which was the subject of the Expansion Decision. The GAS proposal is not available on the Ski Hill Project or the Real Estate Project and was also not the result of any consultation process.

[68] On April 21, 2004 LWBC responded to the Squamish letter. LWBC repeated its understanding that the "benefits" that GAS had proposed were not tied to any further expansion, and were available on the Real Estate Project, which was the subject of the Expansion Decision.

[69] The Court was advised at these hearings by the proponent GAS that while it seeks acceptance of the project expansion decision to 7,300 acres from the original 6,260 of the Interim Agreement, it will seek during any EA review, as provided for under the new legislation, an amendment or modification and will seek to expand the project to the larger area of 12,112 acres as it does not consider the smaller area to be as economically viable as the 12,112 acre proposal.

#### **LAW**

[70] A useful discussion of the development of the caselaw in the area of the duty of consultation, is found in ***Gitxsan and Other First Nations v. British Columbia (Minister of Forests)*** (2002), 10 B.C.L.R. (4th) 126, 2002, BCSC 1701. The duty of

consultation has been considered in a number of Court of Appeal and Supreme Court of Canada decisions. In summary that duty arises from the fiduciary duty of the Crown to recognize, affirm and protect aboriginal rights however they arise. Crown title is burdened by aboriginal title and rights – and thus there may be two conflicting rights whenever the Crown seeks to grant rights to parties over land claimed as subject to aboriginal rights. The duty to consult and accommodate then arises from those potentially conflicting rights and becomes the means of reconciling those rights. Whether aboriginal title and rights are potentially infringed must be assessed in light of the potential of a Crown granted right in question being inconsistent with the exercise of aboriginal rights including title if such rights should be proven to exist in the area in question.

[71] In ***Delgamuukw v. British Columbia***, [1997] 3 S.C.R. 1010, (1997), at 1112 at para. 168, Chief Justice Lamer made clear the duty to consult and its general scope:

Moreover, the other aspects of aboriginal title suggest that the fiduciary duty may be articulated in a manner different than the idea of priority. This point becomes clear from a comparison between aboriginal title and the aboriginal right to fish for food in ***Sparrow***. First, aboriginal title encompasses within it a right to choose to what ends a piece of land can be put. The aboriginal right to fish for food, by contrast, does not contain within

it the same discretionary component. This aspect of aboriginal title suggests that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples may be satisfied by the involvement of aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands. There is always a duty of consultation. Whether the aboriginal group has been consulted is relevant to determining whether the infringement of aboriginal title is justified, in the same way that the Crown's failure to consult an aboriginal group with respect to the terms by which reserve land is leased may breach its fiduciary duty at common law: *Guerin*. [emphasis added]

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.

[72] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209, (Haida No. 1) at para. 55 Lambert J.A., after quoting from *Delgamuukw* and considering the duty to consult concluded that the obligation to consult and accommodate is a free standing enforceable legal and equitable duty.

[73] The duty to consult is triggered whenever there is the potential for impact of third party interests on claimed

aboriginal lands. In this case – there can be no issue about how or why that duty arises at the earliest stages. The Crown knew of the aboriginal claims and knew before it reinstated the Interim Agreement and approved the Change of Control that the Squamish Nation had defined and confirmed interests in the area and a concern about the negative impact on their interests (which were then and still are the subject of treaty negotiations) of any commercial development specifically including a ski hill development. ***Mikisew Cree Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)***, [2002] 1 C.N.L.R. 169 at 211-213 – a recent decision of the Federal Court Trial Division discusses the importance of consultation at early stages of planning.

[74] The duty of consultation, if it is to be meaningful, cannot be postponed to the last and final point in a series of decisions. Once important preliminary decisions have been made and relied upon by the proponent and others, there is clear momentum to allow a project. This case illustrates the importance of early consultations being an essential part of meaningful consultation. At this point, and for some time, GAS has asserted legally enforceable rights to pursue the expansion agreement even though it is aware that there has been no consultation. There is thus, the clear appearance of

bias in favour of GAS's expansion plans, as GAS has issued a warning of legal proceedings against the Crown should rights they believe they now have not be realized.

[75] The case law establishes that the proper questions to be asked in order to assess whether the duty to consult and its scope will arise in respect of statutory decisions in respect of an activity which causes a potential infringement to aboriginal rights and title are these:

- a) Does the decision purport to grant rights, in enforceable terms, either actual or conditional ones, in relation to lands which would be inconsistent with aboriginal title or rights?;
- b) Does the decision constitute the imposition of obligations or the fettering or restriction of Crown discretion over lands upon which there were duties of consultation?;
- c) Does the decision amount to an important decision with respect to the use of aboriginal title lands (including the identity of the future operator)?; and
- d) Is the decision a statutory decision which is in furtherance of a legislative or administrative scheme that has the potential to infringe aboriginal rights or title?
- (e) Is there strong potential to affect the claimant's rights

[76] In Gitsxan, Tysoe, J. found:

I do not accept the submission that the decision of the Minister to give his consent to Skeena's change in control had no impact on the Petitioners. While it is true that the change in control was neutral in the sense that it did not affect the theoretical tenure of the tree farm and forest licences or any

of the conditions attached to them, the change in control was not neutral from a practical point of view [emphasis added]

[77] Here the practical implications of the change of control decision are dramatic. The original proponent made a comparatively modest proposal for the development of a ski resort. The Squamish Nation although not formally "consulted" was invited to make submissions on the possible accommodation with such a proposal at the time of the environmental assessment stage. It used that opportunity and made submissions. Subsequent to that process, the new controlling shareholders wasted no time in securing an expansion of the project. Further, at this point, GAS forthrightly states it really is mainly interested in the greatly expanded project.

[78] The defendant government has always agreed there was and is a duty to consult the Petitioners about a decision to allow the development of a ski and golf resort to be built on land which is the subject of the aboriginal rights including title claimed by the Squamish Nation.

[79] Initially the government's position was that the duty to consult was not triggered by any of the decisions made in the approval process required of the proponents of the ski development until the plans had been sufficiently refined that an Environmental Assessment process was underway. In the

approval process leading to that assessment review there are several preliminary steps or hurdles for a proponent and decisions to be made by the government agencies as to whether any particular proposal is appropriate to go on to the next stage. After this hearing was underway in May of this year, the government modified its position and acknowledged that its duty to consult may have arisen earlier. It sought an adjournment of the hearing to seek settlement of the issues including trying to arrive at a consent order. Over objections to such an adjournment from the proponent GAS and the Petitioner, I granted the adjournment to an early resumption date, if settlement was not achieved with leave of the parties to return to court for further directions toward settlement.

[80] Settlement was not achieved. Earlier court dates were not available and the hearing resumed on September 10.

[81] In the interim, the government sought consultation with the Squamish Nation in relation to some or all of the impugned decisions - the Squamish Nation resisted such consultation until the ground rules were established to their satisfaction. The issues surrounding the appropriate ground rules for meaningful consultation among these parties now require the Court to set out the principles to be followed.

[82] Broadly speaking, the specific circumstances in this case which are of most relevance in determining the timeliness and scope of the duty to consult are the following:

1. The aboriginal rights at issue include claimed aboriginal title and other significant aboriginal rights relating to the use of the land in question. The strength of all of those rights and their precise nature is not conceded by the Crown, however, that there is a strong case for aboriginal rights in the area, is conceded. Those rights have been formally asserted and have reached Stage 3 in the Treaty process.
2. The Squamish Nation objected since first it became aware of any proposal for commercial development on land it claims. It was notified in December of 1997 of the original proponents proposal on impacts of a relatively modest proposal for a ski hill development by the early proponent, GAR 96. That proposal lapsed. The Squamish Nation agreed to participate in early discussions but never took the position that any commercial development was agreeable.

3. The decisions made thus far, including Reinstating the lapsed agreement, have not granted any rights to land, but have granted rights to be engaged in the long approval process toward the granting of such rights.
4. *Prima facie* a ski and golf resort of any size will have an impact on the exercise of the claimed aboriginal rights.
5. If the Squamish can prove aboriginal title, that is, exclusive rights to use the land - to any significant part of the land covered by the proposed resort - or any land directly adjacent to it - then accommodation of those rights may entitle them to a near veto, if not a veto, having regard to the specific circumstances of this case. The strength of the claim to title and its breadth is the most contested aspect of the claim - but it is agreed that it is possible they may have title to some land somewhere in the proposed impacted area.
6. The area at issue is still primarily wilderness, that is, although modest encroachments are present, if the aboriginal rights claimed were declared and

affirmed today - full exercise would be possible and compensation for their loss would not be necessary. This is an important consideration in informing the scope and duty of consultation as well as the reasonableness of any accommodation.

[83] Thus, in my view, the duty to consult in this case arises at the earliest decision making by the government in an approval process leading to the possible infringement of claimed aboriginal rights. Further, the accommodation which may be required in order to justify any infringement may include requiring the consent of the Squamish Nation to some part of the proposed infringement. Therefore, the consultation process must be full, timely and well documented.

[84] Among other considerations, in relation to meaningful consultation in this case - because the claimed rights have as yet not been substantially infringed and the *prima facie* strength of the aboriginal rights is high and includes title, the importance of the legislative objective of economic development must be evaluated in relation to the proposed development of a ski and golf resort. Then that evaluation must be considered in relation to the potential impact on the uses inherent in the exercise of the asserted rights.

[85] Thus, in this case, specifically, - the need and viability of a ski hill and golf resort of any size in this location is a relevant consideration in determining how and whether the accommodation of aboriginal competing interests is to be achieved.

[86] The need for meaningful consultation as discussed above, at every step of the way in this case, is highlighted by the reasoning in the ***Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*** (2000), 178 D.L.R. (4th) 666 (B.C.C.A.) including the dissent of Southin J.A. That case was dealing with Treaty rights on the part of the First Nation - and already granted rights to Canfor. In order for Canfor's rights to be implemented, they were and are, subject to administrative decisions by a District Manager.

[87] The majority upheld the decision of a chambers judge quashing a decision which granted cutting rights to Canfor. Essentially, the majority found that the failure to consult the Halfway River First Nation resulted in an inability on the part of the Crown to justify any possible infringement. Here, infringement of Squamish Nation rights on the ground has not yet occurred and accommodation has not been explored.

[88] Justification requires consideration of the following questions (said in *Sparrow* not be an exhaustive or exclusive list):

1. Whether the legislative or administrative objective is of sufficient importance to warrant infringement;
2. Whether legislative or administrative conduct infringes the treaty right as little as possible;
3. Whether effects of infringement outweigh the benefits derived from the government action; and
4. Whether adequate meaningful consultation has taken place.

[89] As Huddart J.A. stated in *Halfway* at para. 191:

In summary, so as to fulfill the Crown's fiduciary and constitutional duties to Halfway, the District Manager is required to initiate a process of adequate and meaningful consultation with Halfway to ascertain the nature and scope of the treaty right at issue. Having done so, and having determined the effect of the proposed non-aboriginal use, he then makes a determination as to whether the proposed use is compatible with the treaty right. If it is he must seek to accommodate the uses to each other. It will be that accommodation the court reviews within the contours of a justificatory standard yet to be determined.

[90] This paragraph is quoted by Southin J.A. in dissent to expose a difficulty of no inconsiderable moment. From a principled and practical point of view, how does the economic and social life of the Province carry on on behalf of all British Columbians including aboriginal people while large

parts of the Province are subject to undeclared aboriginal rights. It is salutary to remember that **Halfway** demonstrates complexities and costs in the process where rights have been declared. In that case treaty rights and competing granted rights to Canfor. Southin J.A. pointed out the sense of practical frustration and injustice on both sides of the situation demonstrated by a failure to consult **Halfway**. At para. 234 she said:

If the Crown has so conducted itself that it has committed a breach of its obligations under the Treaty to the respondents and, perhaps, other First Nations who are also Beaver Indians, then it is right that the Crown should answer for that wrong and pay up. The paying up will be done by all the taxpayers of British Columbia. But it is not right that Canfor and all others, who in accordance with the **Statutes of British Columbia** have obtained from the Crown rights to lands in the Peace River and conducted their affairs in the not unreasonable belief that they were exercising legal rights, should find themselves under attack in a proceeding such as this.

Canfor, a substantial corporation, presumably can afford this litigation. But others whose rights may be imperilled may not have Canfor's bank account.

[91] In this case there are undeclared aboriginal rights on the one side and interim and conditional rights to process on the other.

[92] Thus, the need for consultation to take place at the earliest opportunity arises, before parties seeking land

rights from the government have invested such time and money that practical frustration ripens into legally enforceable rights against the Province and ultimately to the detriment of all British Columbians.

[93] The duty to meaningfully consult in this case arises in relation to the earliest decisions because LWBC knew, from discussions with the Squamish Nation in relation to the GAR 96 earliest proposal that significant rights were being asserted by the Squamish Nation which could result in the need for such significant accommodation that proposals by GAR 96 or others might never be able to go forward. At no time could it be said before or after the GAR 96 proposal that the government was unaware of the legitimate need to meaningfully consult with the Squamish Nation.

[94] Thus, I find that there has been a breach of the government's fiduciary duty to the Squamish Nation in failing to consult the Squamish Nation. The result, at least in part, appears to be a loss of trust in the good faith of the decision makers in relation to decisions already made with regard to the Ski Hill proposals and those still to be made. This loss of trust has made any consultation more difficult to make meaningful. The appropriate remedy, in addition to the declaration that such is the case, is that, in relation to all

of the decisions having been made without consultation, consultation must include consideration of the issues as if those decisions had not already been made.

[95] I would add, meaningful consultation consists of two fully engaged parties.

[96] The Squamish Nation is entitled to timely notice of any proposal in relation to which a decision is sought which could affect their aboriginal interests in the land.

[97] All information relevant to their ability to make meaningful submissions must be provided. On the part of the Squamish Nation they must advise of any specific requirements they have in the way of information in the government's control and once it is provided they must be prepared to make timely submissions based on consideration of the provided information and evidence of their claims and impacts of the proposed government action on the exercise of their claimed rights.

[98] Thus, in summary I set out the applicable principles which must guide consultation in this case.

[99] There was and is a fiduciary and constitutional duty to consult before any decision can be final with regard to the following decisions already made:

- Reinstatement Decision
- Change of Control Decision
- Expansion Agreement Decision

[100] The Expansion Decision is sent back for full reconsideration after consultation has taken place with regard to the earlier abovementioned decisions.

[101] **These Reasons for Judgment do not purport to address whether GAR 96 should be heard in relation to its rights or interests, if any, at the consultation hearing to be held with respect to the Reinstatement and Change of Control decisions.**

"M.M. Koenigsberg, J."  
The Honourable Madam Justice M.M. Koenigsberg

TAB 25

Editor's Note: A Corrigendum was issued by the Court on June 2, 2008; the corrections have been made to the text and the Corrigendum is appended to this judgment.

## IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*,  
2007 BCSC 1700

Date: 20071120  
Docket: 90-0913  
Registry: Victoria

Between:

**Roger William, on his own behalf and on behalf of all other members  
of the Xeni Gwet'in First Nations Government and  
on behalf of all other members of the Tsilhqot'in Nation**

Plaintiff

And:

**Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia,  
the Regional Manager of the Cariboo Forest Region and  
The Attorney General of Canada**

Defendants

Before: The Honourable Mr. Justice Vickers

### Reasons for Judgment

Counsel for the Plaintiff

J. Woodward, D. Rosenberg,  
P. Hutchings, P. Rosenberg,  
M. Browne, D. M. Robbins,  
G. S. Campo, H. Mahony,  
M. Couling, S. Nixon, M. Haddock,  
J. Nelson, G. Reed and D. Mildon

Counsel for British Columbia (Forestry)

P. G. Foy, Q.C., T. Leadem, Q.C.,  
G. J. Underwood, K. J. Tyler,  
K. E. Gillese, J. G. Penner,  
E. Christie, S. Lysyk  
and J. Z. Murray

Counsel for The Attorney General of Canada

G. Donegan, Q.C., B. McLaughlin,  
M. P. Doherty, J. Chow,  
C. Cameron, J. Blackhawk  
and I. Jackson

[1137] Consultation involves communication. It has often been said that communication is the art of sending and receiving. Provincial policies either deny Tsilhqot'in title and rights or steer the resolution of such title into a treaty process that is unacceptable to the plaintiff. This has meant that at every stage of land use planning, there were no attempts made to address or accommodate Aboriginal title claims of the Tsilhqot'in people, even though some of the provincial officials considered those claims to be well founded. A statement to the effect that a decision is made "without prejudice" to Aboriginal title and rights does not demonstrate that title and rights have been taken into account, acknowledged or accommodated.

[1138] Tsilhqot'in people also appeared from time to time to have a fixed agenda, namely the promotion of an acknowledgment of their rights and title. It must be borne in mind that it is a significant challenge for Aboriginal groups called upon in the consultation process to provide their perspectives to government representatives. There is a constant need for adequate resources to complete the research required to respond to requests for consultation. Even with adequate resources, there are times when the number and frequency of requests simply cannot be answered in a timely or adequate fashion.

[1139] Consultations with officials from the Ministry of Forests ultimately failed to reach any compromise. This was due largely to the fact that there was no accommodation for the forest management proposals made by Xeni Gwet'in people on behalf of Tsilhqot'in people. Forestry proposals that concerned timber assets in the Claim Area were usually addressed by representatives of Xeni Gwet'in people.

TAB 26

**Roger William, on his own behalf,  
on behalf of all other members of the  
Xeni Gwet'in First Nations Government  
and on behalf of all other members of  
the Tsilhqot'in Nation** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of  
the Province of British Columbia,  
Regional Manager of the Cariboo  
Forest Region and Attorney General  
of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Quebec,  
Attorney General of Manitoba,  
Attorney General for Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta,  
Te'mexw Treaty Association,  
Business Council of British Columbia,  
Council of Forest Industries,  
Coast Forest Products Association,  
Mining Association of British Columbia,  
Association for Mineral Exploration  
British Columbia,  
Assembly of First Nations,  
Gitanyow Hereditary Chiefs of Gwass Hlaam,  
Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque,  
Watakhayetsxw, Luuxhon and  
Wii'litswx, on their own behalf and  
on behalf of all Gitanyow,  
Hul'qumi'num Treaty Group,  
Council of the Haida Nation,  
Office of the Wet'suwet'en Chiefs,  
Indigenous Bar Association in Canada,  
First Nations Summit,  
Tsawout First Nation,  
Tsartlip First Nation,  
Snuneymuxw First Nation,  
Kwakiutl First Nation,  
Coalition of Union of**

**Roger William, en son propre nom, au nom  
de tous les autres membres du gouvernement  
de la Première Nation Xeni Gwet'in et  
au nom de tous les autres membres de la  
Nation Tsilhqot'in** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la  
province de la Colombie-Britannique,  
chef régional de la région de  
Cariboo Forest et procureur général  
du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général du Québec,  
procureur général du Manitoba,  
procureur général de la Saskatchewan,  
procureur général de l'Alberta,  
Association du traité des Te'mexw,  
Business Council of British Columbia,  
Council of Forest Industries,  
Coast Forest Products Association,  
Mining Association of British Columbia,  
Association for Mineral Exploration  
British Columbia,  
Assemblée des Premières Nations,  
chefs héréditaires Gitanyow de Gwass Hlaam,  
Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque,  
Watakhayetsxw, Luuxhon et Wii'litswx,  
en leur nom et au nom de tous les Gitanyow,  
Groupe du traité Hul'qumi'num,  
Conseil de la Nation haïda,  
Bureau des chefs Wet'suwet'en,  
Association du barreau autochtone  
au Canada,  
Sommet des Premières Nations,  
Première Nation Tsawout,  
Première Nation Tsartlip,  
Première Nation Snuneymuxw,  
Première Nation Kwakiutl,  
Coalition de l'Union des chefs**

**British Columbia Indian Chiefs,  
Okanagan Nation Alliance,  
Shuswap Nation Tribal Council  
and their member communities,  
Okanagan, Adams Lake,  
Neskonlith and Splatshin Indian Bands,  
Amnesty International,  
Canadian Friends Service Committee,  
Gitxaala Nation, Chilko Resorts and  
Community Association and Council  
of Canadians** *Interveners*

**INDEXED AS: TSILHQOT'IN NATION v. BRITISH  
COLUMBIA**

**2014 SCC 44**

File No.: 34986.

2013: November 7; 2014: June 26.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,  
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Aboriginal law — Aboriginal title — Land claims — Elements of test for establishing Aboriginal title to land — Rights and limitations conferred by Aboriginal title — Duties owed by Crown before and after Aboriginal title to land established — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether test for Aboriginal title requiring proof of regular and exclusive occupation or evidence of intensive and site-specific occupation — Whether trial judge erred in finding Aboriginal title established — Whether Crown breached procedural duties to consult and accommodate before issuing logging licences — Whether Crown incursions on Aboriginal interest justified under s. 35 Constitution Act, 1982 framework — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.*

*Aboriginal law — Aboriginal title — Land claims — Provincial laws of general application — Constitutional*

**indiens de la Colombie-Britannique,  
l'Alliance des Nations de l'Okanagan,  
le Conseil tribal de la Nation Shuswap  
et leurs communautés membres,  
bandes indiennes d'Okanagan,  
d'Adams Lake, de Neskonlith et de Splatshin,  
Amnistie internationale,  
Secours Quaker canadien,  
Nation Gitxaala, Chilko Resorts and  
Community Association et Conseil  
des Canadiens** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : NATION TSILHQOT'IN c. COLOMBIE-  
BRITANNIQUE**

**2014 CSC 44**

N° du greffe : 34986.

2013 : 7 novembre; 2014 : 26 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Droit des Autochtones — Titre ancestral — Revendications territoriales — Éléments du critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral sur un territoire — Droits et restrictions rattachés au titre ancestral — Obligations de la Couronne avant et après la reconnaissance du titre ancestral — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur des terres — Le critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral exige-t-il la preuve d'une occupation régulière et exclusive ou la preuve d'une occupation intensive d'un site spécifique? — Le juge de première instance a-t-il conclu par erreur à l'existence du titre ancestral? — La Couronne a-t-elle manqué à ses obligations procédurales de consulter et d'accommoder les Autochtones avant de délivrer les permis de coupe de bois? — Les atteintes portées par la Couronne aux intérêts des Autochtones sont-elles justifiées par le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.*

*Droit des Autochtones — Titre ancestral — Revendications territoriales — Lois provinciales d'application*

*constraints on provincial regulation of Aboriginal title land — Division of powers — Doctrine of interjurisdictional immunity — Infringement and justification framework under s. 35 Constitution Act, 1982 — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether provincial laws of general application apply to Aboriginal title land — Whether Forest Act on its face applies to Aboriginal title land — Whether application of Forest Act ousted by operation of Constitution — Whether doctrine of interjurisdictional immunity should be applied to lands held under Aboriginal title — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.*

For centuries the Tsilhqot'in Nation, a semi-nomadic grouping of six bands sharing common culture and history, have lived in a remote valley bounded by rivers and mountains in central British Columbia. It is one of hundreds of indigenous groups in B.C. with unresolved land claims. In 1983, B.C. granted a commercial logging licence on land considered by the Tsilhqot'in to be part of their traditional territory. The band objected and sought a declaration prohibiting commercial logging on the land. Talks with the Province reached an impasse and the original land claim was amended to include a claim for Aboriginal title to the land at issue on behalf of all Tsilhqot'in people. The federal and provincial governments opposed the title claim.

The Supreme Court of British Columbia held that occupation was established for the purpose of proving title by showing regular and exclusive use of sites or territory within the claim area, as well as to a small area outside that area. Applying a narrower test based on site-specific occupation requiring proof that the Aboriginal group's ancestors intensively used a definite tract of land with reasonably defined boundaries at the time of European sovereignty, the British Columbia Court of Appeal held that the Tsilhqot'in claim to title had not been established.

*générale — Contraintes constitutionnelles sur la réglementation, par la province, du territoire visé par le titre ancestral — Partage des compétences — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Atteinte et cadre d'analyse de la justification relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur le territoire — Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles au territoire visé par le titre ancestral? — La Forest Act s'applique-t-elle à première vue au territoire visé par le titre ancestral? — La Constitution a-t-elle pour effet d'écarter l'application de la Forest Act? — La doctrine de l'exclusivité des compétences devrait-elle s'appliquer à des terres grevées du titre ancestral? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.*

Depuis des siècles, la Nation Tsilhqot'in, un regroupement de six bandes semi-nomades ayant une culture et une histoire communes, vit dans une vallée éloignée entourée de rivières et de montagnes dans le centre de la Colombie-Britannique. Ce n'est qu'un groupe autochtone parmi des centaines en Colombie-Britannique dont les revendications territoriales ne sont pas réglées. En 1983, la province a accordé un permis commercial de coupe de bois sur des terres que les Tsilhqot'in considèrent faire partie de leur territoire ancestral. La bande s'y est opposée et a sollicité un jugement déclaratoire interdisant l'exploitation forestière commerciale sur le territoire. La négociation avec la province a mené à une impasse et la revendication territoriale initiale a été modifiée de manière à inclure une revendication du titre ancestral sur le territoire en cause au nom de tous les Tsilhqot'in. Les gouvernements fédéral et provincial ont contesté la revendication du titre.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que l'occupation était établie dans le but de fonder l'existence du titre par la démonstration d'une utilisation régulière et exclusive de certains sites ou du territoire revendiqué ainsi que d'un petit secteur à l'extérieur de ce territoire. Appliquant un critère plus restreint fondé sur l'occupation d'un site spécifique exigeant la preuve qu'au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne, les ancêtres du groupe autochtone utilisaient intensément une parcelle de terrain spécifique dont les limites sont raisonnablement définies, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'existence du titre revendiqué par les Tsilhqot'in n'avait pas été établie.

*Held:* The appeal should be allowed and a declaration of Aboriginal title over the area requested should be granted. A declaration that British Columbia breached its duty to consult owed to the Tsilhqot'in Nation should also be granted.

The trial judge was correct in finding that the Tsilhqot'in had established Aboriginal title to the claim area at issue. The claimant group, here the Tsilhqot'in, bears the onus of establishing Aboriginal title. The task is to identify how pre-sovereignty rights and interests can properly find expression in modern common law terms. Aboriginal title flows from occupation in the sense of regular and exclusive use of land. To ground Aboriginal title "occupation" must be sufficient, continuous (where present occupation is relied on) and exclusive. In determining what constitutes sufficient occupation, which lies at the heart of this appeal, one looks to the Aboriginal culture and practices, and compares them in a culturally sensitive way with what was required at common law to establish title on the basis of occupation. Occupation sufficient to ground Aboriginal title is not confined to specific sites of settlement but extends to tracts of land that were regularly used for hunting, fishing or otherwise exploiting resources and over which the group exercised effective control at the time of assertion of European sovereignty.

In finding that Aboriginal title had been established in this case, the trial judge identified the correct legal test and applied it appropriately to the evidence. While the population was small, he found evidence that the parts of the land to which he found title were regularly used by the Tsilhqot'in, which supports the conclusion of sufficient occupation. The geographic proximity between sites for which evidence of recent occupation was tendered and those for which direct evidence of historic occupation existed also supports an inference of continuous occupation. And from the evidence that prior to the assertion of sovereignty the Tsilhqot'in repelled other people from their land and demanded permission from outsiders who wished to pass over it, he concluded that the Tsilhqot'in treated the land as exclusively theirs. The Province's criticisms of the trial judge's findings on the facts are primarily rooted in the erroneous thesis that only specific, intensively occupied areas can support Aboriginal title. Moreover, it was the trial judge's task to sort out conflicting evidence and make findings of fact.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et la Cour reconnaît l'existence du titre ancestral sur le territoire que vise la revendication. La Cour déclare également que la Colombie-Britannique a manqué à son obligation de consultation envers la Nation Tsilhqot'in.

Le juge de première instance a eu raison de conclure que les Tsilhqot'in avaient établi l'existence du titre ancestral sur le territoire revendiqué en cause. Il incombe au groupe revendicateur, en l'espèce les Tsilhqot'in, d'établir l'existence du titre ancestral. Il faut déterminer la façon dont les droits et intérêts qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté peuvent trouver leur juste expression en common law moderne. Le titre ancestral découle de l'occupation, c'est-à-dire d'une utilisation régulière et exclusive des terres. Pour fonder l'existence du titre ancestral, l'« occupation » doit être suffisante, continue (si l'occupation actuelle est invoquée) et exclusive. Pour déterminer ce qui constitue une occupation suffisante, l'exigence qui se trouve au cœur du présent pourvoi, il faut examiner la culture et les pratiques des Autochtones et les comparer, tout en tenant compte de leurs particularités culturelles, à ce qui était requis en common law pour établir l'existence d'un titre fondé sur l'occupation. L'occupation suffisante pour fonder l'existence d'un titre ancestral ne se limite pas aux lieux spécifiques d'établissement, mais s'étend aux parcelles de terre régulièrement utilisées pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation des ressources et sur lesquelles le groupe exerçait un contrôle effectif au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne.

En concluant que l'existence du titre ancestral avait été établie en l'espèce, le juge de première instance a identifié le bon critère juridique et l'a correctement appliqué à la preuve. Le territoire était peu peuplé, mais il a relevé des éléments de preuve indiquant que les parties du territoire sur lesquelles il a conclu à l'existence du titre étaient régulièrement utilisées par les Tsilhqot'in, ce qui appuyait sa conclusion quant à la possession suffisante. La proximité géographique entre les sites à l'égard desquels une preuve d'occupation récente a été produite et ceux à l'égard desquels il existait une preuve directe d'occupation passée appuyait également l'inférence d'une occupation continue. Au vu de la preuve indiquant que les Tsilhqot'in, avant l'affirmation de la souveraineté, ont repoussé d'autres peuples de leurs terres et ont exigé que les étrangers qui désiraient passer sur leurs terres leur demandent la permission, il a conclu que les Tsilhqot'in considéraient qu'ils possédaient leurs terres en exclusivité. Les critiques de la province à l'endroit des conclusions de fait du juge de première

The presence of conflicting evidence does not demonstrate palpable and overriding error. The Province has not established that the conclusions of the trial judge are unsupported by the evidence or otherwise in error. Nor has it established his conclusions were arbitrary or insufficiently precise. Absent demonstrated error, his findings should not be disturbed.

The nature of Aboriginal title is that it confers on the group that holds it the exclusive right to decide how the land is used and the right to benefit from those uses, subject to the restriction that the uses must be consistent with the group nature of the interest and the enjoyment of the land by future generations. Prior to establishment of title, the Crown is required to consult in good faith with any Aboriginal groups asserting title to the land about proposed uses of the land and, if appropriate, accommodate the interests of such claimant groups. The level of consultation and accommodation required varies with the strength of the Aboriginal group's claim to the land and the seriousness of the potentially adverse effect upon the interest claimed.

Where Aboriginal title has been established, the Crown must not only comply with its procedural duties, but must also justify any incursions on Aboriginal title lands by ensuring that the proposed government action is substantively consistent with the requirements of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This requires demonstrating both a compelling and substantial governmental objective and that the government action is consistent with the fiduciary duty owed by the Crown to the Aboriginal group. This means the government must act in a way that respects the fact that Aboriginal title is a group interest that inheres in present and future generations, and the duty infuses an obligation of proportionality into the justification process: the incursion must be necessary to achieve the government's goal (rational connection); the government must go no further than necessary to achieve it (minimal impairment); and the benefits that may be expected to flow from that goal must not be outweighed by adverse effects on the Aboriginal interest (proportionality of impact). Allegations of infringement or failure to adequately consult can be avoided by obtaining the consent of the interested Aboriginal group. This s. 35

instance reposent principalement sur la thèse erronée voulant que le titre ancestral s'attache uniquement à des secteurs spécifiques occupés intensivement. En outre, il appartenait au juge de première instance de faire la part des éléments de preuve contradictoires et de tirer des conclusions de fait. La présence d'éléments de preuve contradictoires ne démontre pas l'existence d'une erreur manifeste et dominante. La province n'a pas démontré que les conclusions du juge de première instance ne sont pas étayées par la preuve ou qu'elles sont autrement erronées. Elle n'a pas non plus démontré que ses conclusions étaient arbitraires ou manquaient de précision. En l'absence d'une erreur manifeste, ses conclusions ne devraient pas être modifiées.

De par sa nature, le titre ancestral confère au groupe qui le détient le droit exclusif de déterminer l'utilisation qu'il est fait des terres et de bénéficier des avantages que procure cette utilisation, pourvu que les utilisations respectent la nature collective de ce droit et préservent la jouissance des terres pour les générations futures. Avant que l'existence du titre soit établie, la Couronne est tenue de consulter de bonne foi les groupes autochtones qui revendiquent le titre sur des terres au sujet de ses projets d'utilisation des terres et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts de ces groupes. Le niveau de consultation et d'accommodement requis varie en fonction de la solidité de la revendication du groupe autochtone et de la gravité de l'effet préjudiciable éventuel du projet sur l'intérêt revendiqué.

Lorsque l'existence du titre ancestral a été établie, la Couronne doit non seulement se conformer à ses obligations procédurales, mais elle doit aussi justifier toute incursion sur les terres visées par le titre ancestral en s'assurant que la mesure gouvernementale proposée est fondamentalement conforme aux exigences de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle doit à cette fin démontrer l'existence d'un objectif public réel et impérieux, et la compatibilité de la mesure gouvernementale avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone. Le gouvernement doit donc agir d'une manière qui respecte le fait que le titre ancestral est un droit collectif inhérent aux générations actuelles et futures et que l'obligation fiduciaire de la Couronne insuffle une obligation de proportionnalité dans le processus de justification : l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel); le gouvernement ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale); et les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne doivent pas l'emporter sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence).

framework permits a principled reconciliation of Aboriginal rights with the interests of all Canadians.

The alleged breach in this case arises from the issuance by the Province of licences affecting the land in 1983 and onwards, before title was declared. The honour of the Crown required that the Province consult the Tsilhqot'in on uses of the lands and accommodate their interests. The Province did neither and therefore breached its duty owed to the Tsilhqot'in.

While unnecessary for the disposition of the appeal, the issue of whether the *Forest Act* applies to Aboriginal title land is of pressing importance and is therefore addressed. As a starting point, subject to the constitutional constraints of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and the division of powers in the *Constitution Act, 1867*, provincial laws of general application apply to land held under Aboriginal title. As a matter of statutory construction, the *Forest Act* on its face applied to the land in question at the time the licences were issued. The British Columbia legislature clearly intended and proceeded on the basis that lands under claim remain "Crown land" for the purposes of the *Forest Act* at least until Aboriginal title is recognized. Now that title has been established, however, the timber on it no longer falls within the definition of "Crown timber" and the *Forest Act* no longer applies. It remains open to the legislature to amend the Act to cover lands over which Aboriginal title has been established, provided it observes applicable constitutional restraints.

This raises the question of whether provincial forestry legislation that on its face purports to apply to Aboriginal title lands, such as the *Forest Act*, is ousted by the s. 35 framework or by the limits on provincial power under the *Constitution Act, 1867*. Under s. 35, a right will be infringed by legislation if the limitation is unreasonable, imposes undue hardship, or denies the holders of the right their preferred means of exercising the right. General regulatory legislation, such as legislation aimed at managing the forests in a way that deals with pest invasions or prevents forest fires, will often pass this test and

Les allégations d'atteinte aux droits ou de manquement à l'obligation de consulter adéquatement le groupe peuvent être évitées par l'obtention du consentement du groupe autochtone en question. Ce cadre d'analyse relatif à l'art. 35 permet une conciliation rationnelle des droits ancestraux et des intérêts de tous les Canadiens.

En l'espèce, le manquement allégué découle de la délivrance, par la province, de permis de coupe de bois sur les terres à compter de 1983, avant que l'existence du titre soit reconnue. Le principe de l'honneur de la Couronne obligeait la province à consulter les Tsilhqot'in à propos des utilisations des terres et à trouver des accommodements à leurs intérêts. La province n'a fait ni l'un ni l'autre et a donc manqué à son obligation envers les Tsilhqot'in.

La question de l'application de la *Forest Act* aux terres visées par un titre ancestral revêt une grande importance, et bien qu'il ne soit pas nécessaire de la trancher pour les besoins du présent pourvoi, il convient de l'examiner. Comme point de départ, sous réserve des contraintes constitutionnelles qu'imposent l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le partage des compétences prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux terres détenues en vertu d'un titre ancestral. Suivant les règles d'interprétation législative, la *Forest Act* s'appliquait, à première vue, aux terres en question à l'époque où les permis ont été délivrés. Le législateur de la Colombie-Britannique entendait clairement que les terres revendiquées demeurent des « terres publiques » pour les besoins de la *Forest Act*, du moins jusqu'à ce que le titre ancestral soit reconnu; c'est sur quoi la province s'est fondée pour accorder le permis. Cependant, maintenant que l'existence du titre a été établie, la définition de « bois des terres publiques » ne s'applique plus au bois qui se trouve sur ces terres et la *Forest Act* ne s'applique plus à ces terres. Le législateur peut toujours modifier la *Forest Act* afin qu'elle s'applique au territoire sur lequel le titre ancestral a été établi, à la condition de respecter les contraintes constitutionnelles applicables.

Cela soulève la question de savoir si le cadre d'analyse relatif à l'art. 35, ou les limites à la compétence que la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde à la province, écartent les lois provinciales régissant l'exploitation forestière, telle la *Forest Act*, qui sont à première vue censées s'appliquer aux terres visées par un titre ancestral. Aux termes de l'art. 35, une loi portera atteinte à un droit si la restriction est déraisonnable, si elle est indûment rigoureuse ou si elle refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer. Une loi de nature réglementaire de portée générale, par

no infringement will result. However, the issuance of timber licences on Aboriginal title land is a direct transfer of Aboriginal property rights to a third party and will plainly be a meaningful diminution in the Aboriginal group's ownership right amounting to an infringement that must be justified in cases where it is done without Aboriginal consent.

Finally, for purposes of determining the validity of provincial legislative incursions on lands held under Aboriginal title, the framework under s. 35 displaces the doctrine of interjurisdictional immunity. There is no role left for the application of the doctrine of interjurisdictional immunity and the idea that Aboriginal rights are at the core of the federal power over "Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. The doctrine of interjurisdictional immunity is directed to ensuring that the two levels of government are able to operate without interference in their core areas of exclusive jurisdiction. This goal is not implicated in cases such as this. Aboriginal rights are a limit on both federal and provincial jurisdiction. The problem in cases such as this is not competing provincial and federal power, but rather tension between the right of the Aboriginal title holders to use their land as they choose and the province which seeks to regulate it, like all other land in the province. Interjurisdictional immunity — premised on a notion that regulatory environments can be divided into watertight jurisdictional compartments — is often at odds with modern reality. Increasingly, as our society becomes more complex, effective regulation requires cooperation between interlocking federal and provincial schemes. Interjurisdictional immunity may thwart such productive cooperation.

In the result, provincial regulation of general application, including the *Forest Act*, will apply to exercises of Aboriginal rights such as Aboriginal title land, subject to the s. 35 infringement and justification framework. This carefully calibrated test attempts to reconcile general legislation with Aboriginal rights in a sensitive way as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and is fairer and more practical from a policy perspective than the blanket inapplicability imposed by the doctrine of interjurisdictional immunity. The result is a balance that

exemple une loi visant la gestion des forêts en prévenant les infestations de ravageurs ou les feux de forêt, satisfera souvent à ce critère et il n'en résultera aucune atteinte. Toutefois, la délivrance de permis de coupe de bois sur des terres grevées du titre ancestral constitue un transfert direct à des tiers de droits de propriété des Autochtones et entraîne manifestement une diminution significative du droit de propriété du groupe autochtone assimilable à une atteinte qui doit être justifiée dans les cas où les Autochtones n'y ont pas consenti.

Enfin, lorsqu'il s'agit de déterminer la validité d'une atteinte causée par l'application des lois provinciales à des terres visées par un titre ancestral, le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 écarte la doctrine de l'exclusivité des compétences. L'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences et la notion que les droits ancestraux font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral sur les « Indiens » prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne sont alors d'aucune utilité. La doctrine de l'exclusivité des compétences vise à faire en sorte que les deux niveaux de gouvernement soient en mesure de fonctionner sans que l'un empiète sur le contenu essentiel des domaines de compétence exclusive de l'autre. Cet objectif n'est pas en cause dans les affaires telles que celle qui nous occupe. Les droits ancestraux constituent une limite à l'exercice des compétences tant fédérales que provinciales. Le problème dans des cas comme celui-ci ne résulte pas d'une confrontation entre le pouvoir des provinces et celui du gouvernement fédéral mais plutôt d'une tension entre le droit des titulaires du titre ancestral d'utiliser leurs terres comme ils l'entendent et la volonté de la province de réglementer ces terres au même titre que toutes les autres terres dans la province. La doctrine de l'exclusivité des compétences — fondée sur l'idée que les contextes réglementaires peuvent être divisés en compartiments étanches — va souvent à l'encontre de la réalité moderne. Notre société devient plus complexe, et pour être efficace, la réglementation exige de plus en plus la coopération des régimes fédéral et provincial interreliés. La doctrine de l'exclusivité des compétences peut contrecarrer une telle coopération.

En conséquence, la réglementation provinciale d'application générale, notamment la *Forest Act*, s'appliquera à l'exercice des droits ancestraux tels que le titre ancestral sur des terres, sous réserve de l'application du cadre d'analyse relatif à l'art. 35 qui permet de justifier une atteinte. Ce critère soigneusement conçu vise à concilier la loi d'application générale et les droits ancestraux avec la délicatesse qu'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et il est plus équitable et pratique du point de vue de la politique générale que l'inapplicabilité générale

preserves the Aboriginal right while permitting effective regulation of forests by the province. In this case, however, the Province's land use planning and forestry authorizations under the *Forest Act* were inconsistent with its duties owed to the Tsilhqot'in people.

### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; **distinguished:** *R. v. Morris*, 2006 SCC 59, [2006] 2 S.C.R. 915; **referred to:** *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Western Australia v. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 11.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91, 92, 109.  
*Constitution Act, 1982*, Part I, Part II, s. 35.  
*Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157, s. 1 "Crown land", "Crown timber", "private land".  
*Royal Proclamation* (1763) (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 1).

### Authors Cited

*Black's Law Dictionary*, 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, "vested".  
 Hogg, Peter W. "The Constitutional Basis of Aboriginal Rights", in Maria Morellato, ed., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009, 3.  
 McNeil, Kent. "Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?" (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281.

qu'impose la doctrine de l'exclusivité des compétences. Il en résulte un équilibre qui préserve le droit ancestral tout en permettant une réglementation efficace des forêts par la province. En l'espèce toutefois, le projet d'aménagement du territoire prévu par la province et les autorisations d'exploitation forestière qu'elle a accordées en vertu de la *Forest Act* étaient incompatibles avec les obligations qu'elle avait envers le peuple Tsilhqot'in.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Morris*, 2006 CSC 59, [2006] 2 R.C.S. 915; **arrêts mentionnés :** *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Western Australia c. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11.  
*Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157, art. 1 « Crown land » (terres publiques), « Crown timber » (bois des terres publiques), « private land » (terres privées).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 92, 109.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, partie I, partie II, art. 35.  
*Proclamation royale* (1763) (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1).

### Doctrine et autres documents cités

*Black's Law Dictionary*, 9th ed. St. Paul, Minn. : West, 2009, « vested » (dévolu).  
 Hogg, Peter W. « The Constitutional Basis of Aboriginal Rights », in Maria Morellato, ed., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2009, 3.  
 McNeil, Kent. « Aboriginal Title and the Supreme Court : What's Happening? » (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281.

McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2010.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Levine, Tysoe and Groberman JJ.A.), 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, 324 B.C.A.C. 214, 551 W.A.C. 214, [2012] 3 C.N.L.R. 333, [2012] 10 W.W.R. 639, 26 R.P.R. (5th) 67, [2012] B.C.J. No. 1302 (QL), 2012 CarswellBC 1860, upholding the order of Vickers J., 2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112, 65 R.P.R. (4th) 1, [2007] B.C.J. No. 2465 (QL), 2007 CarswellBC 2741. Appeal allowed.

*David M. Rosenberg, Q.C., Jay Nelson, David M. Robbins and Dominique Nouvet*, for the appellant.

*Patrick G. Foy, Q.C., and Kenneth J. Tyler*, for the respondents Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia and the Regional Manager of the Cariboo Forest Region.

*Mark R. Kindrachuk, Q.C., Brian McLaughlin and Jan Brongers*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Alain Gingras and Hubert Noreau-Simpson*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Heather Leonoff, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*P. Mitch McAdam, Q.C., and Sonia Eggerman*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Sandra Folkins*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Robert J. M. Janes and Karey Brooks*, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford : Clarendon Press, 1989.

Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 5th ed. Toronto : Carswell, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Levine, Tysoe et Groberman), 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, 324 B.C.A.C. 214, 551 W.A.C. 214, [2012] 3 C.N.L.R. 333, [2012] 10 W.W.R. 639, 26 R.P.R. (5th) 67, [2012] B.C.J. No. 1302 (QL), 2012 CarswellBC 1860, qui a confirmé l'ordonnance du juge Vickers, 2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112, 65 R.P.R. (4th) 1, [2007] B.C.J. No. 2465 (QL), 2007 CarswellBC 2741. Pourvoi accueilli.

*David M. Rosenberg, c.r., Jay Nelson, David M. Robbins et Dominique Nouvet*, pour l'appellant.

*Patrick G. Foy, c.r., et Kenneth J. Tyler*, pour les intimés Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le chef régional de la région de Cariboo Forest.

*Mark R. Kindrachuk, c.r., Brian McLaughlin et Jan Brongers*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

*Alain Gingras et Hubert Noreau-Simpson*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Heather Leonoff, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*P. Mitch McAdam, c.r., et Sonia Eggerman*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Sandra Folkins*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Robert J. M. Janes et Karey Brooks*, pour l'intervenante l'Association du traité des Te'mexw.

*Charles F. Willms and Kevin O'Callaghan*, for the interveners the Business Council of British Columbia, the Council of Forest Industries, the Coast Forest Products Association, the Mining Association of British Columbia and the Association for Mineral Exploration British Columbia.

*Joseph J. Arvay, Q.C., Catherine J. Boies Parker and Patrick Macklem*, for the intervener the Assembly of First Nations.

*Diane Soroka*, for the interveners the Gitanyow Hereditary Chiefs of Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon and Wii'litswx, on their own behalf and on behalf of all Gitanyow, and the Office of the Wet'suwet'en Chiefs.

*Robert B. Morales and Renée Racette*, for the intervener the Hul'qumi'num Treaty Group.

Written submissions only by *Louise Mandell, Q.C., Stuart Rush, Q.C., Michael Jackson, Q.C., Terri-Lynn Williams-Davidson, David Paterson and Angela D'Elia*, for the intervener the Council of the Haida Nation.

*David C. Nahwegahbow and Guy Régimbald*, for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada.

*Maria Morellato, Q.C., Cheryl Sharvit and Stacey Edzerza Fox*, for the intervener the First Nations Summit.

Written submissions only by *John W. Gailus and Christopher G. Devlin*, for the interveners the Tsawout First Nation, the Tsartlip First Nation, the Snuneymuxw First Nation and the Kwakiutl First Nation.

*Louise Mandell, Q.C., Michael Jackson, Q.C., Ardith Walkem and Nicole Schabus*, for the intervener the Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council and their member communities, Okanagan, Adams Lake, Neskonlith and Splatshin Indian Bands.

*Charles F. Willms et Kevin O'Callaghan*, pour les intervenants Business Council of British Columbia, Council of Forest Industries, Coast Forest Products Association, Mining Association of British Columbia et Association for Mineral Exploration British Columbia.

*Joseph J. Arvay, c.r., Catherine J. Boies Parker et Patrick Macklem*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

*Diane Soroka*, pour les intervenants les chefs héréditaires Gitanyow de Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon et Wii'litswx, en leur nom et au nom de tous les Gitanyow, et le Bureau des chefs Wet'suwet'en.

*Robert B. Morales et Renée Racette*, pour l'intervenant le Groupe du traité Hul'qumi'num.

Argumentation écrite seulement par *Louise Mandell, c.r., Stuart Rush, c.r., Michael Jackson, c.r., Terri-Lynn Williams-Davidson, David Paterson et Angela D'Elia*, pour l'intervenant le Conseil de la Nation haïda.

*David C. Nahwegahbow et Guy Régimbald*, pour l'intervenante l'Association du barreau autochtone au Canada.

*Maria Morellato, c.r., Cheryl Sharvit et Stacey Edzerza Fox*, pour l'intervenant le Sommet des Premières Nations.

Argumentation écrite seulement par *John W. Gailus et Christopher G. Devlin*, pour les intervenantes la Première Nation Tsawout, la Première Nation Tsartlip, la Première Nation Snuneymuxw et la Première Nation Kwakiutl.

*Louise Mandell, c.r., Michael Jackson, c.r., Ardith Walkem et Nicole Schabus*, pour l'intervenante la Coalition de l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique, l'Alliance des Nations de l'Okanagan, le Conseil tribal de la Nation Shuswap et leurs communautés membres, les bandes indiennes d'Okanagan, d'Adams Lake, de Neskonlith et de Splatshin.

*Justin Safayeni and Paul Joffe*, for the interveners Amnesty International and the Canadian Friends Service Committee.

*Tim A. Dickson*, for the intervener the Gitxaala Nation.

*Gregory J. McDade, Q.C.*, and *F. Matthew Kirchner*, for the interveners the Chilko Resorts and Community Association and the Council of Canadians.

*Justin Safayeni et Paul Joffe*, pour les intervenants Amnistie internationale et Secours Quaker canadien.

*Tim A. Dickson*, pour l'intervenante la Nation Gitxaala.

*Gregory J. McDade, c.r.*, et *F. Matthew Kirchner*, pour les intervenants Chilko Resorts and Community Association et le Conseil des Canadiens.

## TABLE OF CONTENTS

|                                                                | Paragraph |
|----------------------------------------------------------------|-----------|
| I. <u>Introduction</u> .....                                   | 1         |
| II. <u>The Historic Backdrop</u> .....                         | 3         |
| III. <u>The Jurisprudential Backdrop</u> .....                 | 10        |
| IV. <u>Pleadings in Aboriginal Land Claims Cases</u> .....     | 19        |
| V. <u>Is Aboriginal Title Established?</u> .....               | 19        |
| A. <i>The Test for Aboriginal Title</i> .....                  | 24        |
| (1) <u>Sufficiency of Occupation</u> .....                     | 33        |
| (2) <u>Continuity of Occupation</u> .....                      | 45        |
| (3) <u>Exclusivity of Occupation</u> .....                     | 47        |
| (4) <u>Summary</u> .....                                       | 50        |
| B. <i>Was Aboriginal Title Established in This Case?</i> ..... | 51        |
| VI. <u>What Rights Does Aboriginal Title Confer?</u> .....     | 67        |
| A. <i>The Legal Characterization of Aboriginal Title</i> ..... | 69        |

## TABLE DES MATIÈRES

|                                                                                                                       | Paragraphe |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| I. <u>Introduction</u> .....                                                                                          | 1          |
| II. <u>Le contexte historique</u> .....                                                                               | 3          |
| III. <u>Le contexte jurisprudentiel</u> .....                                                                         | 10         |
| IV. <u>Les actes de procédure dans les instances relatives aux revendications territoriales des Autochtones</u> ..... | 19         |
| V. <u>L'existence du titre ancestral est-elle établie?</u> .....                                                      | 24         |
| A. <i>Le critère applicable en matière de titre ancestral</i> .....                                                   | 24         |
| (1) <u>La suffisance de l'occupation</u> .....                                                                        | 33         |
| (2) <u>La continuité de l'occupation</u> .....                                                                        | 45         |
| (3) <u>L'exclusivité de l'occupation</u> .....                                                                        | 47         |
| (4) <u>Résumé</u> .....                                                                                               | 50         |
| B. <i>L'existence du titre ancestral a-t-elle été établie en l'espèce?</i> .....                                      | 51         |
| VI. <u>Quels droits confère le titre ancestral?</u> .....                                                             | 67         |
| A. <i>La qualification juridique du titre ancestral</i> .....                                                         | 69         |

|                                                                                                              |     |                                                                                                                                   |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. <i>The Incidents of Aboriginal Title</i> .....                                                            | 73  | B. <i>Les attributs du titre ancestral</i> .....                                                                                  | 73  |
| C. <i>Justification of Infringement</i> .....                                                                | 77  | C. <i>La justification de l'atteinte</i> .....                                                                                    | 77  |
| D. <i>Remedies and Transition</i> .....                                                                      | 89  | D. <i>Mesures de réparation<br/>et période transitoire</i> .....                                                                  | 89  |
| E. <i>What Duties Were Owed by the<br/>Crown at the Time of the<br/>Government Action?</i> .....             | 93  | E. <i>Quelles étaient les obligations de la<br/>Couronne au moment de la prise de la<br/>mesure gouvernementale?</i> .....        | 93  |
| VII. <u>Breach of the Duty to Consult</u> .....                                                              | 95  | VII. <u>Le manquement à l'obligation<br/>de consultation</u> .....                                                                | 95  |
| VIII. <u>Provincial Laws and Aboriginal Title</u> .....                                                      | 98  | VIII. <u>Les lois provinciales et<br/>le titre ancestral</u> .....                                                                | 98  |
| A. <i>Do Provincial Laws of General<br/>Application Apply to Land Held<br/>Under Aboriginal Title?</i> ..... | 101 | A. <i>Les lois provinciales d'application<br/>générale s'appliquent-elles aux terres<br/>visées par un titre ancestral?</i> ..... | 101 |
| B. <i>Does the Forest Act on its Face<br/>Apply to Aboriginal Title Land?</i> .....                          | 107 | B. <i>À première vue, la Forest Act<br/>s'applique-t-elle aux terres visées<br/>par un titre ancestral?</i> .....                 | 107 |
| C. <i>Is the Forest Act Ousted by the<br/>Constitution?</i> .....                                            | 117 | C. <i>La Forest Act est-elle écartée<br/>par la Constitution?</i> .....                                                           | 117 |
| (1) <u>Section 35 of the Constitution<br/>Act, 1982</u> .....                                                | 118 | (1) <u>L'article 35 de la Loi<br/>constitutionnelle de 1982</u> .....                                                             | 118 |
| (2) <u>The Division of Powers</u> .....                                                                      | 128 | (2) <u>Le partage des compétences</u> .....                                                                                       | 128 |
| IX. <u>Conclusion</u> .....                                                                                  | 153 | IX. <u>Conclusion</u> .....                                                                                                       | 153 |

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu  
par

THE CHIEF JUSTICE —

LA JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

## I. Introduction

[1] What is the test for Aboriginal title to land? If title is established, what rights does it confer? Does the British Columbia *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157, apply to land covered by Aboriginal title? What are the constitutional constraints on provincial regulation of land under Aboriginal

[1] Quel critère permet d'établir l'existence d'un titre ancestral sur un territoire? Si l'existence d'un titre est établie, quels droits confère-t-il? La *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157, de la Colombie-Britannique s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral? Quelles contraintes

title? Finally, how are broader public interests to be reconciled with the rights conferred by Aboriginal title? These are among the important questions raised by this appeal.

[2] These reasons conclude:

- Aboriginal title flows from occupation in the sense of regular and exclusive use of land.
- In this case, Aboriginal title is established over the area designated by the trial judge.
- Aboriginal title confers the right to use and control the land and to reap the benefits flowing from it.
- Where title is asserted, but has not yet been established, s. 35 of the *Constitution Act, 1982* requires the Crown to consult with the group asserting title and, if appropriate, accommodate its interests.
- Once Aboriginal title is established, s. 35 of the *Constitution Act, 1982* permits incursions on it only with the consent of the Aboriginal group or if they are justified by a compelling and substantial public purpose and are not inconsistent with the Crown's fiduciary duty to the Aboriginal group; for purposes of determining the validity of provincial legislative incursions on lands held under Aboriginal title, this framework displaces the doctrine of interjurisdictional immunity.
- In this case, the Province's land use planning and forestry authorizations were inconsistent with its duties owed to the Tsilhqot'in people.

constitutionnelles sont imposées à la réglementation, par la province, des terres visées par un titre ancestral? Enfin, comment concilier l'intérêt public général et les droits conférés par un titre ancestral? Voilà quelques questions importantes soulevées dans le présent pourvoi.

[2] Voici les conclusions tirées dans les présents motifs :

- Le titre ancestral découle de l'occupation, c'est-à-dire d'une utilisation régulière et exclusive des terres.
- En l'espèce, l'existence d'un titre ancestral est établie à l'égard du territoire désigné par le juge de première instance.
- Le titre ancestral confère le droit d'utiliser et de contrôler le territoire et de tirer les avantages qui en découlent.
- Lorsque le titre est revendiqué, mais que son existence n'a pas encore été établie, l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* oblige la Couronne à consulter le groupe qui revendique ce titre et, s'il y a lieu, à trouver des accommodements à ses intérêts.
- Une fois établie l'existence du titre ancestral, l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permet d'y porter atteinte seulement si le groupe autochtone y consent ou si l'atteinte est justifiée par un objectif public réel et impérieux et si elle est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe autochtone; lorsqu'il s'agit de déterminer la validité d'une atteinte causée par l'application des lois provinciales aux terres visées par un titre ancestral, ce cadre d'analyse écarte la doctrine de l'exclusivité des compétences.
- En l'espèce, le projet d'aménagement du territoire de la province et les autorisations d'exploitation forestière accordées par elle étaient incompatibles avec les obligations qu'elle avait envers le peuple Tsilhqot'in.

## II. The Historic Backdrop

[3] For centuries, people of the Tsilhqot'in Nation — a grouping of six bands sharing common culture and history — have lived in a remote valley bounded by rivers and mountains in central British Columbia. They lived in villages, managed lands for the foraging of roots and herbs, hunted and trapped. They repelled invaders and set terms for the European traders who came onto their land. From the Tsilhqot'in perspective, the land has always been theirs.

[4] Throughout most of Canada, the Crown entered into treaties whereby the indigenous peoples gave up their claim to land in exchange for reservations and other promises, but, with minor exceptions, this did not happen in British Columbia. The Tsilhqot'in Nation is one of hundreds of indigenous groups in British Columbia with unresolved land claims.

[5] The issue of Tsilhqot'in title lay latent until 1983, when the Province granted Carrier Lumber Ltd. a forest licence to cut trees in part of the territory at issue. The Xeni Gwet'in First Nations government (one of the six bands that make up the Tsilhqot'in Nation) objected and sought a declaration prohibiting commercial logging on the land. The dispute led to the blockade of a bridge the forest company was upgrading. The blockade ceased when the Premier promised that there would be no further logging without the consent of the Xeni Gwet'in. Talks between the Ministry of Forests and the Xeni Gwet'in ensued, but reached an impasse over the Xeni Gwet'in claim to a right of first refusal to logging. In 1998, the original claim was amended to include a claim for Aboriginal title on behalf of all Tsilhqot'in people.

[6] The claim is confined to approximately five percent of what the Tsilhqot'in — a total of about

## II. Le contexte historique

[3] Depuis des siècles, le peuple de la nation Tsilhqot'in — un regroupement de six bandes ayant une culture et une histoire communes — vit dans une vallée éloignée entourée de rivières et de montagnes dans le centre de la Colombie-Britannique. Les membres de cette nation ont vécu dans des villages, géré des terres pour y récolter des végétaux à racine et des herbes; ils ont chassé et piégé. Ils ont repoussé les envahisseurs et imposé des conditions aux marchands européens qui entraient sur leur territoire. De leur point de vue, le territoire leur a toujours appartenu.

[4] La Couronne a conclu presque partout au Canada des traités en vertu desquels les peuples autochtones ont renoncé à leurs revendications territoriales en échange de réserves et d'autres promesses, mais, à quelques exceptions près, ce n'est pas ce qui s'est produit en Colombie-Britannique. La nation Tsilhqot'in n'est qu'un groupe autochtone parmi des centaines en Colombie-Britannique dont les revendications territoriales ne sont pas réglées.

[5] La question du titre des Tsilhqot'in est demeurée latente jusqu'en 1983, quand la province a accordé à Carrier Lumber Ltd. un permis d'exploitation forestière l'autorisant à abattre des arbres dans une partie du territoire en question. Le gouvernement de la Première Nation Xeni Gwet'in (une des six bandes qui constituent la nation Tsilhqot'in) s'y est opposé et a sollicité un jugement déclaratoire interdisant l'exploitation forestière commerciale sur le territoire. Le litige a mené au barrage d'un pont que l'entreprise forestière voulait moderniser. Le barrage a été levé quand le premier ministre a promis qu'il n'y aurait aucune autre exploitation forestière sans le consentement des Xeni Gwet'in. Le ministère des Forêts et les Xeni Gwet'in ont négocié, mais ils n'ont pu s'entendre sur le droit de premier refus revendiqué par les Xeni Gwet'in à l'égard de l'exploitation forestière. En 1998, la revendication initiale a été modifiée de manière à inclure une revendication du titre ancestral au nom de tous les Tsilhqot'in.

[6] La revendication se limite à environ cinq pour cent de ce que les Tsilhqot'in — approximativement

3,000 people — regard as their traditional territory. The area in question is sparsely populated. About 200 Tsilhqot'in people live there, along with a handful of non-indigenous people who support the Tsilhqot'in claim to title. There are no adverse claims from other indigenous groups. The federal and provincial governments both oppose the title claim.

[7] In 2002, the trial commenced before Vickers J. of the British Columbia Supreme Court, and continued for 339 days over a span of five years. The trial judge spent time in the claim area and heard extensive evidence from elders, historians and other experts. He found that the Tsilhqot'in people were in principle entitled to a declaration of Aboriginal title to a portion of the claim area as well as to a small area outside the claim area. However, for procedural reasons which are no longer relied on by the Province, he refused to make a declaration of title (2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112).

[8] In 2012, the British Columbia Court of Appeal held that the Tsilhqot'in claim to title had not been established, but left open the possibility that in the future, the Tsilhqot'in might be able to prove title to specific sites within the area claimed. For the rest of the claimed territory, the Tsilhqot'in were confined to Aboriginal rights to hunt, trap and harvest (2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260).

[9] The Tsilhqot'in now ask this Court for a declaration of Aboriginal title over the area designated by the trial judge, with one exception. A small portion of the area designated by the trial judge consists of either privately owned or underwater lands and no declaration of Aboriginal title over these lands is sought before this Court. With respect to those areas designated by the trial judge that are not privately owned or submerged lands, the Tsilhqot'in ask this Court to restore the trial judge's finding, affirm their title to the area he designated, and confirm that issuance of forestry licences on the

3 000 personnes — considèrent comme étant leur territoire traditionnel. Ce territoire est peu peuplé. Environ 200 membres des Tsilhqot'in y vivent, ainsi que quelques non-Autochtones qui appuient la revendication du titre des Tsilhqot'in. Aucun autre groupe autochtone n'a revendiqué un titre sur ce territoire. Les gouvernements fédéral et provincial s'opposent tous deux à la revendication du titre.

[7] Le procès a débuté en 2002 devant le juge Vickers de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et a duré 339 jours sur une période de cinq ans. Le juge de première instance s'est rendu sur le territoire revendiqué et a entendu de nombreux témoignages des aînés, des historiens et d'autres experts. Il a conclu que les Tsilhqot'in avaient droit, en principe, à un jugement déclarant l'existence d'un titre ancestral sur une partie du territoire revendiqué ainsi que sur un petit secteur à l'extérieur de ce territoire. Cependant, pour des raisons d'ordre procédural que la province n'invoque plus, il a refusé dans son jugement de déclarer l'existence d'un titre ancestral (2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112).

[8] En 2012, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'existence du titre revendiqué par les Tsilhqot'in n'avait pas été établie, mais n'a pas écarté la possibilité que les Tsilhqot'in puissent éventuellement établir l'existence d'un titre sur certains sites à l'intérieur du territoire revendiqué. En ce qui concerne le reste du territoire revendiqué, les Tsilhqot'in n'ont obtenu que les droits ancestraux de chasse, de piégeage et de récolte (2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260).

[9] Les Tsilhqot'in demandent maintenant à notre Cour de reconnaître l'existence du titre ancestral sur le territoire désigné par le juge de première instance, sous réserve d'une exception. Sur une petite partie du territoire désigné par le juge se trouvent des terrains privés ou des terres submergées à l'égard desquels la reconnaissance du titre ancestral n'est pas demandée devant notre Cour. Pour ce qui est des terres désignées par le juge qui ne sont pas des terrains privés ou des terres submergées, les Tsilhqot'in demandent à notre Cour de rétablir les conclusions du juge de première instance, de

land unjustifiably infringed their rights under that title.

### III. The Jurisprudential Backdrop

[10] In 1973, the Supreme Court of Canada ushered in the modern era of Aboriginal land law by ruling that Aboriginal land rights survived European settlement and remain valid to the present unless extinguished by treaty or otherwise: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. Although the majority in *Calder* divided on whether title had been extinguished, its affirmation of Aboriginal rights to land led the Government of Canada to begin treaty negotiations with First Nations without treaties — mainly in British Columbia — resuming a policy that had been abandoned in the 1920s: P. W. Hogg, “The Constitutional Basis of Aboriginal Rights”, in M. Morellato, ed., *Aboriginal Law Since Delgamuukw* (2009), 3.

[11] Almost a decade after *Calder*, the enactment of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* “recognized and affirmed” existing Aboriginal rights, although it took some time for the meaning of this section to be fully fleshed out.

[12] In *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, this Court confirmed the potential for Aboriginal title in ancestral lands. The actual dispute concerned government conduct with respect to reserve lands. The Court held that the government had breached a fiduciary duty to the Musqueam Indian Band. In a concurring opinion, Justice Dickson (later Chief Justice) addressed the theory underlying Aboriginal title. He held that the Crown acquired radical or underlying title to all the land in British Columbia at the time of sovereignty. However, this title was burdened by the “pre-existing legal right” of

confirmer qu’ils possèdent le titre ancestral sur le secteur qu’il a désigné et de confirmer que la délivrance de permis d’exploitation forestière sur les terres a indûment porté atteinte aux droits que leur confère ce titre.

### III. Le contexte jurisprudentiel

[10] En 1973, la Cour suprême du Canada a marqué le début de l’ère moderne du droit inhérent aux terres ancestrales en statuant que les droits fonciers des Autochtones avaient subsisté à l’établissement des Européens et qu’ils étaient toujours valides s’ils n’avaient pas été éteints par traité ou autrement : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Bien que les juges majoritaires dans *Calder* étaient divisés quant à savoir si le titre avait été éteint, leur confirmation des droits fonciers ancestraux a incité le gouvernement du Canada à entamer des négociations avec les Premières Nations non assujetties à des traités en vue de conclure des traités — principalement en Colombie-Britannique — reprenant ainsi une politique qui avait été abandonnée dans les années 1920 : P. W. Hogg, « The Constitutional Basis of Aboriginal Rights », dans M. Morellato, dir., *Aboriginal Law Since Delgamuukw* (2009), 3.

[11] Presque 10 ans après l’arrêt *Calder*, les droits existants des Autochtones ont été « reconnus et confirmés » avec l’adoption de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, bien qu’il ait fallu un certain temps pour bien préciser le sens de cette disposition.

[12] Dans l’arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, notre Cour a confirmé qu’il était possible que les Autochtones détiennent un titre sur les terres ancestrales. Le litige se rapportait à la conduite du gouvernement à l’égard de terres situées sur une réserve. La Cour a conclu que le gouvernement avait manqué à une obligation fiduciaire envers la bande indienne Musqueam. Dans une opinion concourante, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a examiné la théorie sous-jacente au titre ancestral. Selon lui, la Couronne a acquis un titre absolu ou sous-jacent sur toutes les terres situées

Aboriginal people based on their use and occupation of the land prior to European arrival (pp. 379-82). Dickson J. characterized this Aboriginal interest in the land as “an independent legal interest” (at p. 385), which gives rise to a *sui generis* fiduciary duty on the part of the Crown.

[13] In 1990, this Court held that s. 35 of the *Constitution Act, 1982* constitutionally protected all Aboriginal rights that had not been extinguished prior to April 17, 1982, and imposed a fiduciary duty on the Crown with respect to those rights: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. The Court held that under s. 35, legislation can infringe rights protected by s. 35 only if it passes a two-step justification analysis: the legislation must further a “compelling and substantial” purpose and account for the “priority” of the infringed Aboriginal interest under the fiduciary obligation imposed on the Crown (pp. 1113-19).

[14] The principles developed in *Calder*, *Guerin* and *Sparrow* were consolidated and applied in the context of a claim for Aboriginal title in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010. This Court confirmed the *sui generis* nature of the rights and obligations to which the Crown’s relationship with Aboriginal peoples gives rise, and stated that what makes Aboriginal title unique is that it arises from possession *before* the assertion of British sovereignty, as distinguished from other estates such as fee simple that arise *afterward*. The dual perspectives of the common law and of the Aboriginal group bear equal weight in evaluating a claim for Aboriginal title.

[15] The Court in *Delgamuukw* summarized the content of Aboriginal title by two propositions, one positive and one negative. Positively, “[A]boriginal

en Colombie-Britannique au moment de l’affirmation de la souveraineté. Cependant, ce titre était grevé du « droit, en *common law*, qui existait déjà » que détiennent les peuples autochtones du fait de leur utilisation et de leur occupation des terres avant l’arrivée des Européens (p. 379-382). Le juge Dickson a affirmé que le droit des Autochtones sur leurs terres avait « une existence juridique indépendante » (p. 385), lequel donne naissance à une obligation fiduciaire *sui generis* de la Couronne.

[13] En 1990, notre Cour a conclu que l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* accordait une protection constitutionnelle à tous les droits ancestraux qui n’avaient pas été éteints avant le 17 avril 1982 et imposait à la Couronne une obligation fiduciaire relativement à ces droits : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. La Cour a déclaré que, sous le régime de l’art. 35, un texte de loi ne peut porter atteinte aux droits protégés par cet article que si l’atteinte résiste à une analyse de la justification en deux étapes : le texte de loi doit poursuivre un objectif « impérieux et réel » et doit reconnaître la « priorité » du droit ancestral en cause qui découle de l’obligation fiduciaire imposée à la Couronne (p. 1113-1119).

[14] Les principes établis dans les arrêts *Calder*, *Guerin* et *Sparrow* ont été réunis et appliqués dans le contexte d’une revendication du titre ancestral dans l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. Notre Cour a confirmé le caractère *sui generis* des droits et des obligations auxquels la relation entre la Couronne et les peuples autochtones donne naissance, et elle a déclaré que ce qui rend le titre ancestral unique est le fait qu’il découle d’une possession *antérieure* à l’affirmation de la souveraineté britannique, contrairement aux autres domaines, comme le fief simple, qui ont pris naissance *par la suite*. Il faut accorder une importance égale à la common law et au point de vue des Autochtones au moment d’évaluer une revendication du titre ancestral.

[15] Dans l’arrêt *Delgamuukw*, la Cour a résumé le contenu du titre ancestral au moyen de deux énoncés, l’un positif et l’autre négatif. De façon

title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those [A]boriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive [A]boriginal cultures” (para. 117). Negatively, the “protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group’s attachment to that land” (*ibid.*) — that is, it is group title and cannot be alienated in a way that deprives future generations of the control and benefit of the land.

[16] The Court in *Delgamuukw* confirmed that infringements of Aboriginal title can be justified under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* pursuant to the *Sparrow* test and described this as a “necessary part of the reconciliation of [A]boriginal societies with the broader political community of which they are part” (at para. 161), quoting *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 73. While *Sparrow* had spoken of *priority* of Aboriginal rights infringed by regulations over non-aboriginal interests, *Delgamuukw* articulated the “different” (at para. 168) approach of involvement of Aboriginal peoples — varying depending on the severity of the infringement — in decisions taken with respect to their lands.

[17] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, the Court applied the *Delgamuukw* idea of involvement of the affected Aboriginal group in decisions about its land to the situation where development is proposed on land over which Aboriginal title is asserted but has not yet been established. The Court affirmed a spectrum of consultation. The Crown’s duty to consult and accommodate the asserted Aboriginal interest “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” (para. 39). Thus, the idea of proportionate balancing implicit in *Delgamuukw* reappears in *Haida*. The Court in

positive, « le titre aborigène comprend le droit d’utiliser et d’occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d’une culture autochtone distinctive » (par. 117). De façon négative, ces « utilisations protégées ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l’attachement qu’a le groupe concerné pour ces terres » (*ibid.*) — c’est-à-dire que le titre appartient au groupe et qu’il ne peut pas être aliéné d’une manière qui prive les générations futures du contrôle et du bénéfice des terres.

[16] Dans *Delgamuukw*, la Cour a confirmé que les atteintes au titre ancestral peuvent être justifiées au regard de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* suivant le critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow* et a décrit les droits ancestraux comme un « élément nécessaire de la conciliation de l’existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières appartiennent » (par. 161), citant *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 73. Alors que dans l’arrêt *Sparrow* il était question de la *priorité* des droits ancestraux violés par des dispositions réglementaires sur les intérêts non autochtones, l’arrêt *Delgamuukw* a exposé « autrement » (au par. 168) l’approche selon laquelle les peuples autochtones participent — participation qui varie en fonction de la gravité de l’atteinte — à la prise des décisions concernant leurs terres.

[17] Dans l’arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, la Cour a appliqué l’idée exprimée dans l’arrêt *Delgamuukw*, soit que le groupe autochtone visé participe à la prise des décisions concernant ses terres, à un cas où il est proposé que des activités d’exploitation soient menées sur des terres sur lesquelles le titre ancestral est revendiqué mais n’est pas encore établi. La Cour a reconnu un continuum de consultation. L’obligation de la Couronne de consulter les Autochtones et de trouver des accommodements aux droits qu’ils revendiquent « 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

*Haida* stated that the Crown had not only a moral duty, but a legal duty to negotiate in good faith to resolve land claims (para. 25). The governing ethos is not one of competing interests but of reconciliation.

[18] The jurisprudence just reviewed establishes a number of propositions that touch on the issues that arise in this case, including:

- Radical or underlying Crown title is subject to Aboriginal land interests where they are established.
- Aboriginal title gives the Aboriginal group the right to use and control the land and enjoy its benefits.
- Governments can infringe Aboriginal rights conferred by Aboriginal title but only where they can justify the infringements on the basis of a compelling and substantial purpose and establish that they are consistent with the Crown's fiduciary duty to the group.
- Resource development on claimed land to which title has not been established requires the government to consult with the claimant Aboriginal group.
- Governments are under a legal duty to negotiate in good faith to resolve claims to ancestral lands.

Against this background, I turn to the issues raised in this appeal.

#### IV. Pleadings in Aboriginal Land Claims Cases

[19] The Province, to its credit, no longer contends that the claim should be barred because of

titre » (par. 39). Ainsi, la notion de mise en balance proportionnée qui ressort implicitement de l'arrêt *Delgamuukw* est reprise dans *Nation haïda*. Dans ce dernier arrêt, la Cour a indiqué que la Couronne n'avait pas seulement une obligation morale, mais une obligation légale de négocier de bonne foi dans le but de régler les revendications territoriales (par. 25). Le principe directeur ne repose pas sur les intérêts opposés mais sur la conciliation.

[18] Les arrêts que nous venons d'examiner établissent un certain nombre de postulats qui touchent à des questions soulevées en l'espèce, notamment :

- Le titre absolu ou sous-jacent de la Couronne est assujéti aux droits qu'ont les Autochtones sur les terres où ils sont établis.
- Le titre ancestral confère au groupe autochtone le droit d'utiliser et de contrôler le territoire, et de bénéficier des avantages qu'il procure.
- Les gouvernements peuvent porter atteinte aux droits ancestraux que confère le titre ancestral, mais seulement dans la mesure où ils peuvent démontrer que les atteintes poursuivent un objectif impérieux et réel et qu'elles sont compatibles avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe.
- L'exploitation des ressources sur des terres revendiquées dont le titre n'a pas été établi exige du gouvernement qu'il consulte la nation autochtone revendicatrice.
- Les gouvernements ont l'obligation légale de négocier de bonne foi dans le but de régler les revendications de terres ancestrales.

C'est dans ce contexte que j'aborde les questions soulevées dans le présent pourvoi.

#### IV. Les actes de procédure dans les instances relatives aux revendications territoriales des Autochtones

[19] À sa décharge, la province ne soutient plus que la revendication doive être rejetée en raison

defects in the pleadings. However, it may be useful to address how to approach pleadings in land claims, in view of their importance to future land claims.

[20] I agree with the Court of Appeal that a functional approach should be taken to pleadings in Aboriginal cases. The function of pleadings is to provide the parties and the court with an outline of the material allegations and relief sought. Where pleadings achieve this aim, minor defects should be overlooked, in the absence of clear prejudice. A number of considerations support this approach.

[21] First, in a case such as this, the legal principles may be unclear at the outset, making it difficult to frame the claim with exactitude.

[22] Second, in these cases, the evidence as to how the land was used may be uncertain at the outset. As the claim proceeds, elders will come forward and experts will be engaged. Through the course of the trial, the historic practices of the Aboriginal group in question will be expounded, tested and clarified. The Court of Appeal correctly recognized that determining whether Aboriginal title is made out over a pleaded area is not an “all or nothing” proposition (at para. 117):

The occupation of traditional territories by First Nations prior to the assertion of Crown sovereignty was not an occupation based on a Torrens system, or, indeed, on any precise boundaries. Except where impassable (or virtually impassable) natural boundaries existed, the limits of a traditional territory were typically ill-defined and fluid. . . . [Therefore] requir[ing] proof of Aboriginal title precisely mirroring the claim would be too exacting. [para. 118]

[23] Third, cases such as this require an approach that results in decisions based on the best

de vices qui entachent les actes de procédure. Cependant, il peut être utile de déterminer l’approche à adopter à l’égard des actes de procédure dans les revendications territoriales compte tenu de leur importance pour de futures revendications territoriales.

[20] Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’il convient d’adopter une approche fonctionnelle à l’égard des actes de procédure dans les affaires intéressant les Autochtones. Les actes de procédure visent à fournir aux parties et au tribunal un aperçu des allégations importantes et de la réparation sollicitée. Quand les actes de procédure permettent l’atteinte de cet objectif, en l’absence d’un préjudice évident, il ne faut pas tenir compte des vices mineurs. Un certain nombre de considérations étayent cette approche.

[21] Premièrement, dans un cas comme celui qui nous occupe, les principes juridiques sont parfois ambigus de prime abord, de sorte qu’il est difficile de formuler la demande avec exactitude.

[22] Deuxièmement, en de telles circonstances, la preuve quant à la façon dont le territoire était utilisé peut être incertaine au départ, mais à mesure que la demande progresse, des aînés se manifestent et les services d’experts sont retenus. Pendant le procès, les pratiques historiques du groupe autochtone en question sont exposées, vérifiées et précisées. La Cour d’appel a reconnu à juste titre que la question de savoir si le bien-fondé de la revendication d’un titre ancestral est établi sur un territoire n’est pas une affaire de [TRADUCTION] « tout ou rien » (par. 117) :

[TRADUCTION] L’occupation des territoires traditionnels par les Premières Nations avant l’affirmation de la souveraineté de la Couronne n’était pas une occupation fondée sur le régime Torrens, ni sur des limites précises. Sauf dans les cas où il existait des limites naturelles infranchissables (ou quasi infranchissables), les limites d’un territoire traditionnel étaient habituellement mal définies et variables. [. . .] [Par conséquent] il serait trop exigeant de demander une preuve du titre ancestral qui reflète précisément la revendication. [par. 118]

[23] Troisièmement, les cas comme celui-ci requièrent une approche qui permet de rendre des

evidence that emerges, not what a lawyer may have envisaged when drafting the initial claim. What is at stake is nothing less than justice for the Aboriginal group and its descendants, and the reconciliation between the group and broader society. A technical approach to pleadings would serve neither goal. It is in the broader public interest that land claims and rights issues be resolved in a way that reflects the substance of the matter. Only thus can the project of reconciliation this Court spoke of in *Delgamuukw* be achieved.

## V. Is Aboriginal Title Established?

### A. *The Test for Aboriginal Title*

[24] How should the courts determine whether a semi-nomadic indigenous group has title to lands? This Court has never directly answered this question. The courts below disagreed on the correct approach. We must now clarify the test.

[25] As we have seen, the *Delgamuukw* test for Aboriginal title to land is based on “occupation” prior to assertion of European sovereignty. To ground Aboriginal title this occupation must possess three characteristics. It must be *sufficient*; it must be *continuous* (where present occupation is relied on); and it must be *exclusive*.

[26] The test was set out in *Delgamuukw*, per Lamer C.J., at para. 143:

In order to make out a claim for [A]boriginal title, the [A]boriginal group asserting title must satisfy the following criteria: (i) the land must have been occupied prior to sovereignty, (ii) if present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation, and (iii) at sovereignty, that occupation must have been exclusive.

décisions fondées sur la meilleure preuve disponible, et non sur ce qu’un avocat a pu envisager quand il a rédigé la demande initiale. L’enjeu n’est rien de moins que la possibilité pour le groupe autochtone et ses descendants d’obtenir justice et la conciliation des intérêts du groupe et de la société en général. Le formalisme à l’égard des actes de procédure ne servirait aucun de ces objectifs. L’intérêt public général commande que les questions relatives aux revendications territoriales et aux droits soient tranchées dans le respect du fond du litige. Ce n’est qu’ainsi que peut se réaliser la conciliation dont notre Cour a fait état dans *Delgamuukw*.

## V. L’existence du titre ancestral est-elle établie?

### A. *Le critère applicable en matière de titre ancestral*

[24] Comment les tribunaux devraient-ils déterminer si un groupe autochtone semi-nomade détient un titre sur des terres? Notre Cour n’a jamais répondu directement à cette question. Les tribunaux d’instance inférieure ne se sont pas entendus sur l’approche qu’il convient d’adopter. Nous devons donc maintenant préciser le critère.

[25] Je le répète, le critère relatif au titre ancestral énoncé dans l’arrêt *Delgamuukw* est fondé sur l’« occupation » antérieure à l’affirmation de la souveraineté européenne. Pour fonder le titre ancestral, l’occupation doit posséder trois caractéristiques : elle doit être *suffisante*, elle doit être *continue* (si l’occupation actuelle est invoquée) et elle doit être *exclusive*.

[26] Le critère a été énoncé par le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Delgamuukw*, par. 143 :

Pour établir le bien-fondé de la revendication d’un titre autochtone, le groupe autochtone qui revendique ce titre doit satisfaire aux exigences suivantes : (i) il doit avoir occupé le territoire avant l’affirmation de la souveraineté; (ii) si l’occupation actuelle est invoquée comme preuve de l’occupation avant l’affirmation de la souveraineté, il doit exister une continuité entre l’occupation actuelle et l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté; (iii) au moment de l’affirmation de la souveraineté, cette occupation doit avoir été exclusive.

[27] The trial judge in this case held that “occupation” was established for the purpose of proving title by showing regular and exclusive use of sites or territory. On this basis, he concluded that the Tsilhqot’in had established title not only to village sites and areas maintained for the harvesting of roots and berries, but to larger territories which their ancestors used regularly and exclusively for hunting, fishing and other activities.

[28] The Court of Appeal disagreed and applied a narrower test for Aboriginal title — site-specific occupation. It held that to prove sufficient occupation for title to land, an Aboriginal group must prove that its ancestors *intensively* used a definite tract of land with reasonably defined boundaries at the time of European sovereignty.

[29] For semi-nomadic Aboriginal groups like the Tsilhqot’in, the Court of Appeal’s approach results in small islands of title surrounded by larger territories where the group possesses only Aboriginal rights to engage in activities like hunting and trapping. By contrast, on the trial judge’s approach, the group would enjoy title to all the territory that their ancestors regularly and exclusively used at the time of assertion of European sovereignty.

[30] Against this backdrop, I return to the requirements for Aboriginal title: sufficient pre-sovereignty occupation; continuous occupation (where present occupation is relied on); and exclusive historic occupation.

[31] Should the three elements of the *Delgamuukw* test be considered independently, or as related aspects of a single concept? The High Court of Australia has expressed the view that there is little merit in considering aspects of occupancy separately. In *Western Australia v. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1, the court stated as follows, at para 89:

[27] En l’espèce, le juge de première instance a conclu que l’« occupation » était établie dans le but de fonder le titre par la démonstration d’une utilisation régulière et exclusive de certains sites ou du territoire. De ce fait, il a estimé que les Tsilhqot’in avaient établi l’existence d’un titre non seulement sur des villages et des sites utilisés pour la récolte de végétaux à racine et de fruits, mais sur des territoires plus vastes que leurs ancêtres utilisaient régulièrement et exclusivement pour la chasse, la pêche et d’autres activités.

[28] La Cour d’appel a rejeté cette conclusion et a appliqué un critère plus restreint à l’égard du titre ancestral — celui de l’occupation d’un site spécifique. Elle a conclu que, pour faire la preuve d’une occupation suffisante établissant l’existence d’un titre, un groupe autochtone doit démontrer qu’au moment de l’affirmation de la souveraineté européenne, ses ancêtres utilisaient *intensément* une parcelle de terrain spécifique dont les limites sont raisonnablement définies.

[29] Pour des groupes autochtones semi-nomades comme les Tsilhqot’in, la démarche de la Cour d’appel lui permet de reconnaître un titre sur de petites parcelles entourées de territoires plus vastes où le groupe possède seulement le droit ancestral d’exercer certaines activités comme la chasse et le piégeage. Par contre, suivant la démarche retenue par le juge de première instance, le groupe détiendrait un titre sur l’ensemble du territoire régulièrement et exclusivement utilisé par ses ancêtres au moment de l’affirmation de la souveraineté européenne.

[30] Dans ce contexte, je reviens sur les exigences de la preuve du titre ancestral : une occupation suffisante avant l’affirmation de la souveraineté, une occupation continue (si l’occupation actuelle est invoquée) et une occupation historique exclusive.

[31] Les trois éléments du critère énoncé dans l’arrêt *Delgamuukw* devraient-ils être examinés séparément ou comme les aspects interreliés d’un concept unique? La Haute Cour d’Australie s’est dite d’avis qu’il y a peu d’intérêt à examiner séparément les aspects de l’occupation. Dans l’affaire *Western Australia c. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1, cette cour a indiqué ce qui suit au para. 89 :

The expression “possession, occupation, use and enjoyment . . . to the exclusion of all others” is a composite expression directed to describing a particular measure of control over access to land. To break the expression into its constituent elements is apt to mislead. In particular, to speak of “possession” of the land, as distinct from possession to the exclusion of all others, invites attention to the common law content of the concept of possession and whatever notions of control over access might be thought to be attached to it, rather than to the relevant task, which is to identify how rights and interests possessed under traditional law and custom can properly find expression in common law terms.

[32] In my view, the concepts of sufficiency, continuity and exclusivity provide useful lenses through which to view the question of Aboriginal title. This said, the court must be careful not to lose or distort the Aboriginal perspective by forcing ancestral practices into the square boxes of common law concepts, thus frustrating the goal of faithfully translating pre-sovereignty Aboriginal interests into equivalent modern legal rights. Sufficiency, continuity and exclusivity are not ends in themselves, but inquiries that shed light on whether Aboriginal title is established.

### 1. Sufficiency of Occupation

[33] The first requirement — and the one that lies at the heart of this appeal — is that the occupation be *sufficient* to ground Aboriginal title. It is clear from *Delgamuukw* that not every passing traverse or use grounds title. What then constitutes *sufficient* occupation to ground title?

[34] The question of sufficient occupation must be approached from both the common law perspective and the Aboriginal perspective (*Delgamuukw*, at para. 147); see also *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

[TRADUCTION] L'expression « possession, occupation, utilisation et jouissance [. . .] à l'exclusion de toute autre personne » est une expression composite qui vise à décrire une mesure particulière de contrôle de l'accès aux terres. Décomposer l'expression en ses éléments constitutifs risque d'induire en erreur. Plus particulièrement, parler de « possession » des terres, une possession distincte de la possession à l'exclusion de toute autre personne, attire l'attention sur le contenu de la notion de possession en common law et sur toute notion de contrôle de l'accès que l'on pourrait considérer comme y étant liée, plutôt que sur ce qu'il nous incombe de faire, à savoir déterminer comment les droits et intérêts que les Autochtones possédaient en vertu des lois ou coutumes traditionnelles peuvent trouver leur juste expression en common law.

[32] À mon avis, les concepts de suffisance, de continuité et d'exclusivité offrent un angle intéressant pour apprécier la question du titre ancestral. Cela étant dit, le tribunal doit veiller à ne pas perdre de vue la perspective autochtone, ou à ne pas la dénaturer, en assimilant les pratiques ancestrales aux concepts rigides de la common law, ce qui irait à l'encontre de l'objectif qui consiste à traduire fidèlement les droits que possédaient les Autochtones avant l'affirmation de la souveraineté en droits juridiques contemporains équivalents. La suffisance, la continuité et l'exclusivité ne sont pas des fins en soi, mais plutôt des façons de savoir si l'existence du titre ancestral est établie.

### 1. La suffisance de l'occupation

[33] La première exigence — et celle qui se trouve au cœur du présent pourvoi — est celle selon laquelle l'occupation doit être *suffisante* pour fonder un titre ancestral. Il ressort clairement de l'arrêt *Delgamuukw* que le titre ne peut se fonder sur la présence passagère sur un territoire ou sur son utilisation passagère. Alors, en quoi consiste une occupation *suffisante* pour fonder un titre?

[34] Il faut aborder la question de l'occupation suffisante en tenant compte à la fois de la common law et du point de vue des Autochtones (*Delgamuukw*, par. 147); voir aussi *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

[35] The Aboriginal perspective focuses on laws, practices, customs and traditions of the group (*Delgamuukw*, at para. 148). In considering this perspective for the purpose of Aboriginal title, “one must take into account the group’s size, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed”: B. Slattery, “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 758, quoted with approval in *Delgamuukw*, at para. 149.

[36] The common law perspective imports the idea of possession and control of the lands. At common law, possession extends beyond sites that are physically occupied, like a house, to surrounding lands that are used and over which effective control is exercised.

[37] Sufficiency of occupation is a context-specific inquiry. “[O]ccupation may be established in a variety of ways, ranging from the construction of dwellings through cultivation and enclosure of fields to regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources” (*Delgamuukw*, at para. 149). The intensity and frequency of the use may vary with the characteristics of the Aboriginal group asserting title and the character of the land over which title is asserted. Here, for example, the land, while extensive, was harsh and was capable of supporting only 100 to 1,000 people. The fact that the Aboriginal group was only about 400 people must be considered in the context of the carrying capacity of the land in determining whether regular use of definite tracts of land is made out.

[38] To sufficiently occupy the land for purposes of title, the Aboriginal group in question must show that it has historically acted in a way that would communicate to third parties that it held the land for its own purposes. This standard does not demand notorious or visible use akin to proving a claim for adverse possession, but neither can the occupation be purely subjective or internal. There

[35] Le point de vue des Autochtones est axé sur les règles de droit, les pratiques, les coutumes et les traditions du groupe (*Delgamuukw*, par. 148). Dans l’examen de ce point de vue, [TRADUCTION] « il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées » : B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 758, cité avec approbation dans *Delgamuukw*, par. 149.

[36] La common law comporte la notion de possession et de contrôle des terres. En common law, la notion de possession ne se limite pas aux sites physiquement occupés, comme une maison, mais s’étend aux terres environnantes qui sont utilisées et sur lesquelles un contrôle effectif est exercé.

[37] La suffisance de l’occupation est une question qui tient au contexte. « L’occupation [...] peut être prouvée par différents faits, allant de la construction de bâtiments à l’utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d’autres types d’exploitation de ses ressources, en passant par la délimitation et la culture de champs » (*Delgamuukw*, par. 149). L’intensité et la fréquence de l’utilisation peuvent varier en fonction des caractéristiques du groupe autochtone qui revendique le titre et en fonction de la nature du territoire sur lequel le titre est revendiqué. En l’espèce, par exemple, le territoire, bien que vaste, était ingrat et ne pouvait assurer la subsistance que de 100 à 1 000 personnes. Le fait que le groupe autochtone ne comptait qu’environ 400 personnes doit être pris en compte dans le contexte de la capacité d’utilisation du territoire pour déterminer si l’utilisation régulière de secteurs bien définis est établie.

[38] Pour établir une occupation suffisante des terres dans le but de fonder l’existence d’un titre, le groupe autochtone en question doit démontrer qu’il a toujours agi de façon à informer les tiers qu’il détenait la terre pour ses propres besoins. Cette norme n’exige pas une preuve de l’utilisation notoire ou visible qui s’apparente à la preuve d’une revendication de possession adversative, mais

must be evidence of a strong presence on or over the land claimed, manifesting itself in acts of occupation that could reasonably be interpreted as demonstrating that the land in question belonged to, was controlled by, or was under the exclusive stewardship of the claimant group. As just discussed, the kinds of acts necessary to indicate a permanent presence and intention to hold and use the land for the group's purposes are dependent on the manner of life of the people and the nature of the land. Cultivated fields, constructed dwelling houses, invested labour, and a consistent presence on parts of the land may be sufficient, but are not essential to establish occupation. The notion of occupation must also reflect the way of life of the Aboriginal people, including those who were nomadic or semi-nomadic.

[39] In *R. v. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78, at paras. 135-38, Cromwell J.A. (as he then was), in reasoning I adopt, likens the sufficiency of occupation required to establish Aboriginal title to the requirements for general occupancy at common law. A general occupant at common law is a person asserting possession of land over which no one else has a present interest or with respect to which title is uncertain. Cromwell J.A. cites (at para. 136) the following extract from K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), at pp. 198-200:

What, then, did one have to do to acquire a title by occupancy? . . . [I]t appears . . . that . . . a casual entry, such as riding over land to hunt or hawk, or travelling across it, did not make an occupant, such acts "being only transitory and to a particular purpose, which leaves no marks of an appropriation, or of an intention to possess for the separate use of the rider". There must, therefore, have been an actual entry, and some act or acts from which an intention to occupy the land could be inferred. Significantly, the acts and intention had to relate only to the occupation — it was quite unnecessary for a potential occupant to claim, or even wish to acquire, the

l'occupation ne peut pas non plus être purement subjective ou interne. Il faut une preuve d'une forte présence des Autochtones sur les terres revendiquées, qui se manifeste par des actes d'occupation qui pourraient raisonnablement être interprétés comme une preuve que les terres en question ont appartenu au groupe revendicateur ou que ce groupe y exerçait son contrôle ou une gestion exclusive. Je le répète, les actes nécessaires pour indiquer la présence permanente d'un groupe sur des terres et son intention de conserver et d'utiliser les terres pour ses besoins dépendent de son mode de vie et de la nature des terres. Pour établir l'occupation, il suffira peut-être de montrer que des champs ont été cultivés, que des habitations ont été érigées, que des travaux ont été effectués et qu'il y a eu une présence constante sur certaines parties du territoire, mais ce n'est pas essentiel. La notion d'occupation doit aussi refléter le mode de vie des peuples autochtones, y compris ceux qui étaient nomades ou semi-nomades.

[39] Dans l'arrêt *R. c. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78, par. 135-138, le juge Cromwell (maintenant juge de notre Cour), pour des motifs que j'approuve, établit un parallèle entre la suffisance de l'occupation nécessaire pour établir l'existence d'un titre ancestral et les exigences de l'occupation ordinaire en common law. En common law, un occupant ordinaire est une personne qui revendique la possession d'une terre sur laquelle personne n'a un intérêt actuel ou pour laquelle l'existence du titre est incertaine. Le juge Cromwell cite (au par. 136) le passage suivant tiré de l'ouvrage de K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), p. 198-200 :

[TRADUCTION] Alors, que fallait-il faire pour acquérir un titre fondé sur l'occupation? [ . . . ] [I]l semble [ . . . ] [qu']une entrée occasionnelle, par exemple le fait pour une personne de sillonner un territoire pour y chasser ou y faire du commerce, ou de le parcourir d'un bout à l'autre, ne faisait pas d'elle un occupant, puisque ces actes n'« étaient que passagers et qu'ils visaient une fin particulière, qu'ils ne laissaient aucune marque d'une appropriation ou d'une intention de posséder à son usage distinct ». Il doit donc y avoir eu une entrée réelle et un ou des actes permettant de conclure à l'existence de l'intention d'occuper le territoire. Fait important, les actes et

vacant estate, for the law cast it upon him by virtue of his occupation alone. . . .

Further guidance on what constitutes occupation can be gained from cases involving land to which title is uncertain. Generally, any acts on or in relation to land that indicate an intention to hold or use it for one's own purposes are evidence of occupation. Apart from the obvious, such as enclosing, cultivating, mining, building upon, maintaining, and warning trespassers off land, any number of other acts, including cutting trees or grass, fishing in tracts of water, and even perambulation, may be relied upon. The weight given to such acts depends partly on the nature of the land, and the purposes for which it can reasonably be used. [Emphasis added.]

[40] Cromwell J.A. in *Marshall* went on to state that this standard is different from the doctrine of constructive possession. The goal is not to *attribute* possession in the absence of physical acts of occupation, but to define the quality of the physical acts of occupation that demonstrate possession at law (para. 137). He concluded:

I would adopt, in general terms, Professor McNeil's analysis that the appropriate standard of occupation, from the common law perspective, is the middle ground between the minimal occupation which would permit a person to sue a wrong-doer in trespass and the most onerous standard required to ground title by adverse possession as against a true owner. . . . Where, as here, we are dealing with a large expanse of territory which was not cultivated, acts such as continual, though changing, settlement and wide-ranging use for fishing, hunting and gathering should be given more weight than they would be if dealing with enclosed, cultivated land. Perhaps most significantly, . . . it is impossible to confine the evidence to the very precise spot on which the cutting was done: Pollock and Wright at p. 32. Instead, the question must be whether the acts of occupation in particular areas show that the whole area was occupied by the claimant. [para. 138]

[41] In summary, what is required is a culturally sensitive approach to sufficiency of occupation

l'intention devaient se rapporter seulement à l'occupation — il était pour ainsi dire inutile pour un occupant éventuel de revendiquer, ou même de souhaiter acquérir, le domaine vacant, puisque le titre lui est conféré par la loi du seul fait de son occupation. . .

D'autres indices de ce qui constitue une occupation peuvent être dégagés de certaines affaires portant sur des terres sur lesquelles le titre est incertain. En général, toute activité sur une terre ou en lien avec une terre qui laisse voir une intention de la détenir ou de l'utiliser pour ses propres fins constitue une preuve d'occupation. Outre les actes évidents, comme délimiter la terre, la cultiver, s'y livrer à des activités minières, de construction ou d'entretien, et empêcher les intrus d'y entrer, bien d'autres actes peuvent être invoqués, comme couper des arbres ou de l'herbe, pêcher dans des cours d'eau, ou même parcourir la région. L'importance accordée à ces actes dépend en partie de la nature des terres et des fins auxquelles elles peuvent raisonnablement être utilisées. [Je souligne.]

[40] Dans *Marshall*, le juge Cromwell a ensuite déclaré que cette norme est différente de la doctrine de la possession de droit. Le but n'est pas d'*attribuer* la possession en l'absence d'actes d'occupation, mais de définir la qualité des actes d'occupation qui démontrent la possession en droit (par. 137). Il a conclu comme suit :

[TRADUCTION] J'adopterais, de façon générale, l'analyse faite par le professeur McNeil selon laquelle la norme d'occupation appropriée, en common law, se trouve à mi-chemin entre la norme minimale d'occupation qui permettrait à une personne de poursuivre un intrus et la norme la plus stricte à laquelle il faut satisfaire pour établir un titre obtenu par possession adversative opposable au véritable propriétaire. [ . . . ] Lorsque, comme en l'espèce, il est question d'un vaste territoire qui n'a pas été cultivé, des actes tels que l'établissement constant, bien que changeant, et l'utilisation générale pour la pêche, la chasse et la cueillette devraient se voir accorder plus de poids que s'il était question d'un territoire délimité et cultivé. L'aspect sans doute le plus éloquent, [ . . . ] il est impossible de limiter la preuve à l'endroit bien précis où la coupe a eu lieu : Pollock et Wright, p. 32. La question est plutôt de savoir si les actes d'occupation dans certains lieux démontrent que le revendicateur occupait tout le secteur. [par. 138]

[41] En résumé, la preuve de l'occupation doit procéder d'une approche visant à déterminer le

based on the dual perspectives of the Aboriginal group in question — its laws, practices, size, technological ability and the character of the land claimed — and the common law notion of possession as a basis for title. It is not possible to list every indicia of occupation that might apply in a particular case. The common law test for possession — which requires an intention to occupy or hold land for the purposes of the occupant — must be considered alongside the perspective of the Aboriginal group which, depending on its size and manner of living, might conceive of possession of land in a somewhat different manner than did the common law.

[42] There is no suggestion in the jurisprudence or scholarship that Aboriginal title is confined to specific village sites or farms, as the Court of Appeal held. Rather, a culturally sensitive approach suggests that regular use of territories for hunting, fishing, trapping and foraging is “sufficient” use to ground Aboriginal title, provided that such use, on the facts of a particular case, evinces an intention on the part of the Aboriginal group to hold or possess the land in a manner comparable to what would be required to establish title at common law.

[43] The Province argues that this Court in *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, rejected a territorial approach to title, relying on a comment by Professor K. McNeil that the Court there “appears to have rejected the territorial approach of the Court of Appeal” (“Aboriginal Title and the Supreme Court: What’s Happening?” (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281, cited in *British Columbia factum*, para. 100). In fact, this Court in *Marshall*; *Bernard* did not reject a territorial approach, but held only (at para. 72) that there must be “proof of sufficiently regular and exclusive use” of the land in question, a requirement established in *Delgamuukw*.

caractère suffisant de l’occupation qui soit adaptée aux particularités culturelles et qui repose sur les points de vue du groupe autochtone en question — ses règles de droit, ses pratiques, sa taille, son savoir-faire technologique et la nature de la terre — ainsi que sur la notion de possession qui établit l’existence d’un titre en common law. Il est impossible d’énumérer chaque indice d’occupation qui pourrait s’appliquer dans un cas déterminé. Le critère de la common law en matière de possession — lequel exige une intention d’occuper ou de conserver la terre pour les besoins de l’occupant — doit être pris en compte tout comme le point de vue du groupe autochtone qui, selon sa taille et son mode de vie, pourrait concevoir la possession de la terre d’une façon quelque peu différente de la possession en common law.

[42] La jurisprudence et la doctrine ne donnent pas à penser que le titre ancestral se limite à certains villages ou à des fermes, comme l’a conclu la Cour d’appel. Au contraire, suivant une approche qui tient compte des particularités culturelles, l’utilisation régulière des terres pour la chasse, la pêche, le piégeage et la cueillette constitue une utilisation « suffisante » pour fonder un titre ancestral dans la mesure où cette utilisation, eu égard aux faits de l’espèce, révèle une intention de la part du groupe autochtone de détenir ou de posséder les terres d’une manière comparable à celle exigée pour établir l’existence d’un titre en common law.

[43] La province plaide que dans *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, notre Cour a rejeté une approche territoriale à l’égard du titre; elle s’appuie sur une remarque du professeur K. McNeil selon laquelle la Cour [TRADUCTION] « semble avoir rejeté l’approche territoriale de la Cour d’appel » (« Aboriginal Title and the Supreme Court : What’s Happening? » (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281, cité dans le mémoire de la Colombie-Britannique, par. 100). En fait, dans *Marshall*; *Bernard*, notre Cour n’a pas rejeté l’approche fondée sur le territoire, mais a seulement estimé (au par. 72) qu’il fallait « la preuve d’une utilisation suffisamment régulière et exclusive » du territoire en question, une exigence établie dans l’arrêt *Delgamuukw*.

[44] The Court in *Marshall; Bernard* confirmed that nomadic and semi-nomadic groups could establish title to land, provided they establish sufficient physical possession, which is a question of fact. While “[n]ot every nomadic passage or use will ground title to land”, the Court confirmed that *Delgamuukw* contemplates that “regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources” could suffice (para. 66). While the issue was framed in terms of whether the common law test for possession was met, the Court did not resile from the need to consider the perspective of the Aboriginal group in question; sufficient occupation is a “question of fact, depending on all the circumstances, in particular the nature of the land and the manner in which it is commonly used” (*ibid.*).

## 2. Continuity of Occupation

[45] Where present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, a second requirement arises — continuity between present and pre-sovereignty occupation.

[46] The concept of continuity does not require Aboriginal groups to provide evidence of an unbroken chain of continuity between their current practices, customs and traditions, and those which existed prior to contact (*Van der Peet*, at para. 65). The same applies to Aboriginal title. Continuity simply means that for evidence of present occupation to establish an inference of pre-sovereignty occupation, the present occupation must be rooted in pre-sovereignty times. This is a question for the trier of fact in each case.

## 3. Exclusivity of Occupation

[47] The third requirement is *exclusive* occupation of the land at the time of sovereignty. The

[44] Dans *Marshall; Bernard*, notre Cour a confirmé que les groupes nomades et semi-nomades peuvent établir l’existence d’un titre s’ils établissent une possession physique suffisante d’un territoire, ce qui constitue une question de fait. « Le passage dans un territoire ou son utilisation dans le cadre d’un mode de vie nomade ne fondera pas nécessairement un titre sur celui-ci », mais la Cour a confirmé que, selon l’arrêt *Delgamuukw*, « l’utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d’autres types d’exploitation de ses ressources » peut être suffisante (par. 66). Bien que la question consistait à savoir si le critère de la common law relatif à la possession avait été respecté, la Cour n’a pas nié la nécessité de tenir compte du point de vue du groupe autochtone en question; la possession suffisante est une « question de fait qui dépend de l’ensemble des circonstances, en particulier de la nature du territoire et de la façon dont il a été utilisé collectivement » (*ibid.*).

## 2. La continuité de l’occupation

[45] Le fait que l’occupation actuelle soit invoquée comme preuve de l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté donne lieu à une deuxième condition — la continuité entre l’occupation actuelle et l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté.

[46] Le concept de la continuité n’exige pas que les groupes autochtones fassent la preuve d’une continuité parfaite entre leurs pratiques, coutumes et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens (*Van der Peet*, par. 65). Il en va de même pour le titre ancestral. La continuité signifie simplement que, pour qu’une preuve de l’occupation actuelle permette de conclure à l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté, l’occupation actuelle doit tirer son origine de l’époque antérieure à l’affirmation de la souveraineté. Il appartient au juge des faits d’examiner cette question.

## 3. L’exclusivité de l’occupation

[47] La troisième exigence est l’occupation *exclusive* des terres au moment de l’affirmation de la

Aboriginal group must have had “the intention and capacity to retain exclusive control” over the lands (*Delgamuukw*, at para. 156, quoting McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, at p. 204 (emphasis added)). Regular use without exclusivity may give rise to usufructory Aboriginal rights; for Aboriginal title, the use must have been exclusive.

[48] Exclusivity should be understood in the sense of intention and capacity to control the land. The fact that other groups or individuals were on the land does not necessarily negate exclusivity of occupation. Whether a claimant group had the intention and capacity to control the land at the time of sovereignty is a question of fact for the trial judge and depends on various factors such as the characteristics of the claimant group, the nature of other groups in the area, and the characteristics of the land in question. Exclusivity can be established by proof that others were excluded from the land, or by proof that others were only allowed access to the land with the permission of the claimant group. The fact that permission was requested and granted or refused, or that treaties were made with other groups, may show intention and capacity to control the land. Even the lack of challenges to occupancy may support an inference of an established group's intention and capacity to control.

[49] As with sufficiency of occupation, the exclusivity requirement must be approached from both the common law and Aboriginal perspectives, and must take into account the context and characteristics of the Aboriginal society. The Court in *Delgamuukw* explained as follows, at para. 157:

A consideration of the [A]boriginal perspective may also lead to the conclusion that trespass by other [A]boriginal groups does not undermine, and that presence of those groups by permission may reinforce, the exclusive occupation of the [A]boriginal group asserting title. For example, the [A]boriginal group asserting the claim to

souveraineté. Le groupe autochtone doit avoir eu « l'intention et [ . . . ] la capacité de garder le contrôle exclusif » des terres (*Delgamuukw*, par. 156, citant McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, p. 204 (je souligne)). L'utilisation régulière, mais non exclusive, peut donner naissance à des droits ancestraux usufructuaires; en ce qui concerne le titre ancestral, l'utilisation doit avoir été exclusive.

[48] L'exclusivité doit s'entendre au sens de l'intention et de la capacité de contrôler le territoire. Le fait que d'autres groupes ou des particuliers se soient trouvés sur le territoire ne nie pas nécessairement l'exclusivité de l'occupation. La question de savoir si le groupe revendicateur avait l'intention et la capacité de contrôler le territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté est une question de fait qui relève du juge de première instance et qui dépend de divers facteurs tels que les caractéristiques du groupe, la nature des autres groupes de la région et les caractéristiques du territoire en question. L'exclusivité peut être établie au moyen d'une preuve démontrant que les autres groupes ont été exclus du territoire, ou d'une preuve démontrant que certains groupes n'avaient accès au territoire qu'avec la permission du groupe revendicateur. Le fait qu'une permission était demandée, et qu'elle était accordée ou refusée, ou que des traités ont été conclus avec d'autres groupes, peut démontrer l'intention et la capacité de contrôler le territoire. Même le fait que l'occupation n'ait jamais été contestée peut permettre de conclure que le groupe avait l'intention et la capacité de contrôler le territoire.

[49] Tout comme c'était le cas de la suffisance de l'occupation, il faut aborder l'exigence de l'exclusivité en tenant compte de la common law et du point de vue des Autochtones, ainsi que du contexte et des caractéristiques de la société autochtone. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a expliqué ce qui suit au par. 157 :

La prise en considération du point de vue des [A]utochtones peut également amener à conclure qu'une intrusion par d'autres groupes autochtones ne fait pas obstacle à l'occupation exclusive du territoire visé par le groupe autochtone qui en revendique le titre, et que la présence autorisée de ces autres groupes peut renforcer cette

[A]boriginal title may have trespass laws which are proof of exclusive occupation, such that the presence of trespassers does not count as evidence against exclusivity. As well, [A]boriginal laws under which permission may be granted to other [A]boriginal groups to use or reside even temporarily on land would reinforce the finding of exclusive occupation. Indeed, if that permission were the subject of treaties between the [A]boriginal nations in question, those treaties would also form part of the [A]boriginal perspective.

#### 4. Summary

[50] The claimant group bears the onus of establishing Aboriginal title. The task is to identify how pre-sovereignty rights and interests can properly find expression in modern common law terms. In asking whether Aboriginal title is established, the general requirements are: (1) “sufficient occupation” of the land claimed to establish title at the time of assertion of European sovereignty; (2) continuity of occupation where present occupation is relied on; and (3) exclusive historic occupation. In determining what constitutes sufficient occupation, one looks to the Aboriginal culture and practices, and compares them in a culturally sensitive way with what was required at common law to establish title on the basis of occupation. Occupation sufficient to ground Aboriginal title is not confined to specific sites of settlement but extends to tracts of land that were regularly used for hunting, fishing or otherwise exploiting resources and over which the group exercised effective control at the time of assertion of European sovereignty.

#### B. *Was Aboriginal Title Established in This Case?*

[51] The trial judge applied a test of regular and exclusive use of the land. This is consistent with

occupation exclusive. À titre d'exemple, le groupe autochtone qui revendique le titre aborigène peut avoir, en matière d'intrusion, des règles de droit qui sont des preuves de l'occupation exclusive, de sorte que la présence d'intrus n'est pas considérée comme une preuve à l'encontre de l'exclusivité. De plus, l'existence de règles de droit autochtones en vertu desquelles d'autres groupes autochtones peuvent être autorisés à utiliser les terres ou même à y résider temporairement étayerait la conclusion d'occupation exclusive. De fait, si cette permission a fait l'objet de traités entre les nations autochtones concernées, ces traités feraient également partie du point de vue des [A]utochtones.

#### 4. Résumé

[50] Il incombe au groupe revendicateur d'établir l'existence du titre ancestral. Il faut déterminer la façon dont les droits et intérêts qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté peuvent trouver leur juste expression en common law moderne. Dans l'examen de la question de savoir si l'existence d'un titre ancestral est établie, les conditions générales sont les suivantes : (1) une « occupation suffisante » du territoire revendiqué afin d'établir l'existence d'un titre au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne; (2) la continuité de l'occupation lorsque l'occupation actuelle est invoquée; et (3) l'exclusivité de l'occupation historique. Pour déterminer ce qui constitue une occupation suffisante, il faut examiner la culture et les pratiques des Autochtones et les comparer, tout en tenant compte de leurs particularités culturelles, à ce qui était requis en common law pour établir l'existence d'un titre fondé sur l'occupation. L'occupation suffisante pour fonder l'existence d'un titre ancestral ne se limite pas aux lieux spécifiques d'établissement, mais s'étend aux parcelles de terre régulièrement utilisées pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation des ressources et sur lesquelles le groupe exerçait un contrôle effectif au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne.

#### B. *L'existence du titre ancestral a-t-elle été établie en l'espèce?*

[51] Le juge de première instance a appliqué un critère fondé sur l'utilisation régulière et exclusive

the correct legal test. This leaves the question of whether he applied it appropriately to the evidence in this case.

[52] Whether the evidence in a particular case supports Aboriginal title is a question of fact for the trial judge: *Marshall; Bernard*. The question therefore is whether the Province has shown that the trial judge made a palpable and overriding error in his factual conclusions.

[53] I approach the question through the lenses of sufficiency, continuity and exclusivity discussed above.

[54] I will not repeat my earlier comments on what is required to establish sufficiency of occupation. Regular use of the territory suffices to establish sufficiency; the concept is not confined to continuously occupied village sites. The question must be approached from the perspective of the Aboriginal group as well as the common law, bearing in mind the customs of the people and the nature of the land.

[55] The evidence in this case supports the trial judge's conclusion of sufficient occupation. While the population was small, the trial judge found evidence that the parts of the land to which he found title were regularly used by the Tsilhqot'in. The Court of Appeal did not take serious issue with these findings.

[56] Rather, the Court of Appeal based its rejection of Aboriginal title on the legal proposition that regular use of territory could not ground Aboriginal title — only the regular presence on or intensive occupation of particular tracts would suffice. That view, as discussed earlier, is not supported by the jurisprudence; on the contrary, *Delgamuukw* affirms a territorial use-based approach to Aboriginal title.

du territoire. Son critère est conforme au bon critère juridique. Reste à savoir s'il l'a correctement appliqué à la preuve dont il disposait.

[52] La question de savoir si la preuve présentée dans une affaire donnée permet de conclure à l'existence d'un titre ancestral est une question de fait que doit trancher le juge de première instance : *Marshall; Bernard*. Il s'agit donc de savoir si la province a démontré que le juge de première avait commis une erreur manifeste et dominante dans ses conclusions de fait.

[53] J'aborde la question sous les angles susmentionnés de la suffisance, de la continuité et de l'exclusivité.

[54] Je ne répéterai pas les commentaires que j'ai formulés précédemment sur ce qui est requis pour établir la suffisance de l'occupation. L'utilisation régulière du territoire suffit pour établir la suffisance; le concept ne se limite pas aux villages qui ont été occupés de façon continue. Il faut aborder la question en tenant compte du point de vue du groupe autochtone et de la common law, sans oublier les coutumes du peuple et la nature du territoire.

[55] La preuve en l'espèce appuie la conclusion du juge de première instance quant à l'occupation suffisante. Le territoire était peu peuplé, mais le juge de première instance a relevé des éléments de preuve indiquant que les parties du territoire sur lesquelles il a conclu à l'existence du titre étaient régulièrement utilisées par les Tsilhqot'in. La Cour d'appel n'a pas vraiment contesté ces conclusions.

[56] La Cour d'appel a plutôt fondé son rejet de l'existence du titre ancestral sur la proposition de droit selon laquelle l'utilisation régulière du territoire ne pouvait pas fonder le titre ancestral — seules la présence régulière sur des parcelles spécifiques ou leur occupation intensive étaient suffisantes. Cette interprétation, comme je l'ai déjà mentionné, ne trouve pas d'appui dans la jurisprudence; l'arrêt *Delgamuukw* confirme plutôt à l'égard du titre ancestral une approche fondée sur l'utilisation du territoire.

[57] This brings me to continuity. There is some reliance on present occupation for the title claim in this case, raising the question of continuity. The evidence adduced and later relied on in parts 5 to 7 of the trial judge's reasons speak of events that took place as late as 1999. The trial judge considered this direct evidence of more recent occupation alongside archeological evidence, historical evidence, and oral evidence from Aboriginal elders, all of which indicated a continuous Tsilhqot'in presence in the claim area. The geographic proximity between sites for which evidence of recent occupation was tendered, and those for which direct evidence of historic occupation existed, further supported an inference of continuous occupation. Paragraph 945 states, under the heading of "Continuity", that the "Tsilhqot'in people have continuously occupied the Claim Area before and after sovereignty assertion". I see no reason to disturb this finding.

[58] Finally, I come to exclusivity. The trial judge found that the Tsilhqot'in, prior to the assertion of sovereignty, repelled other people from their land and demanded permission from outsiders who wished to pass over it. He concluded from this that the Tsilhqot'in treated the land as exclusively theirs. There is no basis upon which to disturb that finding.

[59] The Province goes on to argue that the trial judge's conclusions on how particular parts of the land were used cannot be sustained. The Province says:

- The boundaries drawn by the trial judge are arbitrary and contradicted by some of the evidence (factum, at paras. 141-42).
- The trial judge relied on a map the validity of which the Province disputes (para. 143).

[57] Cela m'amène à la continuité. La revendication du titre présentée en l'espèce est fondée dans une certaine mesure sur l'occupation actuelle, ce qui soulève la question de la continuité. La preuve produite et acceptée ensuite dans les parties 5 à 7 des motifs du juge de première instance se rapporte aux événements qui remontent jusqu'en 1999. Le juge de première instance a pris en considération cette preuve directe d'une occupation plus récente conjointement avec la preuve archéologique, la preuve historique et les témoignages d'aînés, qui indiquaient tous une présence continue des Tsilhqot'in dans la région visée par la revendication. La proximité géographique entre les sites à l'égard desquels une preuve d'occupation récente a été produite et ceux à l'égard desquels il existait une preuve directe d'occupation passée renforçait l'inférence d'une occupation continue. Au paragraphe 945, il est indiqué, sous la rubrique [TRADUCTION] « Continuité », que « le peuple Tsilhqot'in a occupé le secteur revendiqué de façon continue avant et après l'affirmation de la souveraineté ». Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion.

[58] Enfin, j'en viens à l'exclusivité. Le juge de première instance a conclu que les Tsilhqot'in, avant l'affirmation de la souveraineté, ont repoussé d'autres peuples de leurs terres et ont exigé que les étrangers qui désiraient passer sur leurs terres leur demandent la permission. Il en a conclu que les Tsilhqot'in considéraient qu'ils possédaient leurs terres en exclusivité. Il n'y a aucune raison de modifier cette conclusion.

[59] La province plaide en outre que les conclusions du juge de première instance quant à la manière dont certaines parties du territoire étaient utilisées ne peuvent être retenues. La province affirme ce qui suit :

- Les limites du territoire établies par le juge de première instance sont arbitraires et contredites par certains éléments de preuve (mémoire, par. 141-142).
- Le juge de première instance s'est fondé sur une carte dont la province conteste la validité (par. 143).

- The Tsilhqot'in population, that the trial judge found to be 400 at the time of sovereignty assertion, could not have physically occupied the 1,900 sq. km of land over which title was found (para. 144).
- The trial judge failed to identify specific areas with adequate precision, instead relying on vague descriptions (para. 145).
- A close examination of the details of the inconsistent and arbitrary manner in which the trial judge defined the areas subject to Aboriginal title demonstrates the unreliability of his approach (para. 147).
- Le peuple Tsilhqot'in qui, selon le juge de première instance, comptait 400 personnes au moment de l'affirmation de la souveraineté, ne pouvait pas occuper les 1 900 km<sup>2</sup> de terres sur lesquelles l'existence d'un titre a été établie (par. 144).
- Le juge de première instance n'a pas identifié des secteurs de manière suffisamment précise; il s'est plutôt appuyé sur de vagues descriptions (par. 145).
- Un examen attentif de la façon incohérente et arbitraire dont le juge de première instance a défini les secteurs grevés d'un titre ancestral démontre le manque de fiabilité de son approche (par. 147).

[60] Most of the Province's criticisms of the trial judge's findings on the facts are rooted in its erroneous thesis that only specific, intensively occupied areas can support Aboriginal title. The concern with the small size of the Tsilhqot'in population in 1846 makes sense only if one assumes a narrow test of intensive occupation and if one ignores the character of the land in question which was mountainous and could not have sustained a much larger population. The alleged failure to identify particular areas with precision likewise only makes sense if one assumes a narrow test of intensive occupation. The other criticisms amount to pointing out conflicting evidence. It was the trial judge's task to sort out conflicting evidence and make findings of fact. The presence of conflicting evidence does not demonstrate palpable and overriding error.

[61] The Province has not established that the conclusions of the trial judge are unsupported by the evidence or otherwise in error. Nor has it established his conclusions were arbitrary or insufficiently precise. The trial judge was faced with the herculean task of drawing conclusions from a huge

[60] La plupart des critiques de la province à l'égard des conclusions de fait du juge de première instance reposent sur la thèse erronée voulant que le titre ancestral s'attache uniquement à des secteurs spécifiques occupés intensivement. La préoccupation que suscite la petite taille de la population des Tsilhqot'in en 1846 n'a de sens que si l'on adopte le critère étroit de l'occupation intensive et que l'on ne tient pas compte de la nature du territoire en question, un territoire montagneux qui n'aurait pas pu assurer la subsistance d'une population beaucoup plus importante. De même, l'allégation selon laquelle le juge de première instance aurait omis d'identifier certains secteurs avec précision n'a de sens que si l'on adopte le critère étroit de l'occupation intensive. Les autres critiques ne servent qu'à souligner le caractère contradictoire de la preuve. Il appartenait au juge de première instance de faire la part des éléments de preuve contradictoires et de tirer des conclusions de fait. La présence d'éléments de preuve contradictoires ne démontre pas l'existence d'une erreur manifeste et dominante.

[61] La province n'a pas démontré que les conclusions du juge de première instance ne sont pas étayées par la preuve ou qu'elles sont autrement erronées. Elle n'a pas non plus démontré que ses conclusions étaient arbitraires ou manquaient de précision. Le juge de première instance avait la

body of evidence produced over 339 trial days spanning a five-year period. Much of the evidence was historic evidence and therefore by its nature sometimes imprecise. The trial judge spent long periods in the claim area with witnesses, hearing evidence about how particular parts of the area were used. Absent demonstrated error, his findings should not be disturbed.

[62] This said, I have accepted the Province's invitation to review the maps and the evidence and evaluate the trial judge's conclusions as to which areas support a declaration of Aboriginal title. For ease of reference, I attach a map showing the various territories and how the trial judge treated them (Appendix; see Appellant's factum, "Appendix A"). The territorial boundaries drawn by the trial judge and his conclusions as to Aboriginal title appear to be logical and fully supported by the evidence.

[63] The trial judge divided the claim area into six regions and then considered a host of individual sites within each region. He examined expert archeological evidence, historical evidence and oral evidence from Aboriginal elders referring to these specific sites. At some of these sites, although the evidence did suggest a Tsilhqot'in presence, he found it insufficient to establish regular and exclusive occupancy. At other sites, he held that the evidence did establish regular and exclusive occupancy. By examining a large number of individual sites, the trial judge was able to infer the boundaries within which the Tsilhqot'in regularly and exclusively occupied the land. The trial judge, in proceeding this way, made no legal error.

[64] The Province also criticises the trial judge for offering his opinion on areas outside the claim area. This, the Province says, went beyond the

tâche colossale de tirer des conclusions à partir d'une quantité énorme d'éléments de preuve produits au cours d'un procès de 339 jours étalé sur une période de cinq ans. Une grande partie de la preuve était historique et donc, de par sa nature, parfois imprécise. Le juge de première instance a passé de longues périodes de temps dans le territoire revendiqué en compagnie de témoins et a entendu des témoignages sur la façon dont différents secteurs étaient utilisés. En l'absence d'une erreur manifeste, ses conclusions ne devraient pas être modifiées.

[62] Cela étant dit, j'ai accepté la proposition de la province d'examiner les cartes et les éléments de preuve et d'apprécier les conclusions du juge de première instance au sujet des secteurs auxquels devrait s'appliquer un jugement déclarant l'existence d'un titre ancestral. Par souci de clarté, je joins en annexe une carte qui montre les divers territoires et la façon dont le juge de première instance les a considérés (Annexe; voir l'annexe « A » du mémoire de l'appelant). Les limites territoriales définies par le juge de première instance et ses conclusions quant au titre ancestral semblent logiques et entièrement étayées par la preuve.

[63] Le juge de première instance a divisé le territoire revendiqué en six régions et a ensuite examiné de nombreux sites à l'intérieur de chaque région. Il a examiné des éléments de preuve archéologique et historique ainsi que les récits oraux des aînés autochtones faisant état de ces sites. À certains de ces sites, bien que la preuve donnait à penser que les Tsilhqot'in y avaient été présents, il a conclu que la preuve ne permettait pas d'établir une occupation régulière et exclusive. À d'autres sites, il a estimé que la preuve établissait une telle occupation. Après avoir examiné un grand nombre de sites, le juge de première instance a pu inférer les limites à l'intérieur desquelles les Tsilhqot'in occupaient régulièrement et exclusivement le territoire. En procédant de cette façon, le juge de première instance n'a commis aucune erreur.

[64] La province critique également le juge de première instance parce qu'il a donné son avis sur des terres qui se trouvent à l'extérieur du territoire

mandate of a trial judge who, should pronounce only on pleaded matters.

[65] In my view, this criticism is misplaced. It is clear that no declaration of title could be made over areas outside those pleaded. The trial judge offered his comments on areas outside the claim area, not as binding rulings in the case, but to provide assistance in future land claims negotiations. Having canvassed the evidence and arrived at conclusions on it, it made economic and practical sense for the trial judge to give the parties the benefit of his views. Moreover, as I noted earlier in discussing the proper approach to pleadings in cases where Aboriginal title is at issue, these cases raise special considerations. Often, the ambit of a claim cannot be drawn with precision at the commencement of proceedings. The true state of affairs unfolds only gradually as the evidence emerges over what may be a lengthy period of time. If at the end of the process the boundaries of the initial claim and the boundaries suggested by the evidence are different, the trial judge should not be faulted for pointing that out.

[66] I conclude that the trial judge was correct in his assessment that the Tsilhqot'in occupation was both sufficient and exclusive at the time of sovereignty. There was ample direct evidence of occupation at sovereignty, which was additionally buttressed by evidence of more recent continuous occupation.

#### VI. What Rights Does Aboriginal Title Confer?

[67] As we have seen, *Delgamuukw* establishes that Aboriginal title “encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes” (para. 117), including non-traditional purposes, provided these

revendiqué. Selon la province, cela outrepassait le mandat d'un juge de première instance, qui doit se prononcer seulement sur les questions soulevées.

[65] À mon avis, cette critique est inappropriée. Il est évident qu'aucun jugement déclarant l'existence d'un titre n'aurait pu être rendu à l'égard de terres se trouvant à l'extérieur du territoire revendiqué. Les commentaires du juge de première instance à propos de secteurs non revendiqués n'étaient pas de la nature d'une décision, mais visaient simplement à fournir des pistes pour de futures négociations relatives aux revendications territoriales. Après avoir examiné la preuve et en avoir tiré des conclusions, il était logique, sur les plans économique et pratique, que le juge de première instance donne son opinion aux parties. De plus, ainsi que je l'ai fait remarquer lorsque je me suis penchée sur l'approche qu'il convient d'adopter à l'égard des actes de procédure dans les cas où un titre ancestral est en cause, ces affaires soulèvent des considérations particulières. Souvent, la portée d'une revendication ne peut être établie avec précision au début des procédures. La situation s'éclaircit au fur et à mesure que les éléments de preuve se dégagent sur une période qui peut être longue. Si, à la fin du processus, les limites de la revendication initiale et les limites établies suivant la preuve sont différentes, il ne faudrait pas reprocher au juge de première instance de le souligner.

[66] J'estime que le juge de première instance a eu raison de conclure que l'occupation des Tsilhqot'in était suffisante et exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté. Il y avait amplement d'éléments de preuve démontrant une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, et cette preuve était renforcée par des éléments de preuve démontrant une occupation continue plus récente.

#### VI. Quels droits confère le titre ancestral?

[67] Je le rappelle, l'arrêt *Delgamuukw* établit que le titre ancestral « comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins » (par. 117), y compris des fins non traditionnelles, dans la mesure

uses can be reconciled with the communal and on-going nature of the group's attachment to the land. Subject to this inherent limit, the title-holding group has the right to choose the uses to which the land is put and to enjoy its economic fruits (para. 166).

[68] I will first discuss the legal characterization of the Aboriginal title. I will then offer observations on what Aboriginal title provides to its holders and what limits it is subject to.

#### A. *The Legal Characterization of Aboriginal Title*

[69] The starting point in characterizing the legal nature of Aboriginal title is Dickson J.'s concurring judgment in *Guerin*, discussed earlier. At the time of assertion of European sovereignty, the Crown acquired radical or underlying title to all the land in the province. This Crown title, however, was burdened by the pre-existing legal rights of Aboriginal people who occupied and used the land prior to European arrival. The doctrine of *terra nullius* (that no one owned the land prior to European assertion of sovereignty) never applied in Canada, as confirmed by the *Royal Proclamation of 1763*. The Aboriginal interest in land that burdens the Crown's underlying title is an independent legal interest, which gives rise to a fiduciary duty on the part of the Crown.

[70] The content of the Crown's underlying title is what is left when Aboriginal title is subtracted from it: s. 109 of the *Constitution Act, 1867*; *Delgamuukw*. As we have seen, *Delgamuukw* establishes that Aboriginal title gives "the right to exclusive use and occupation of the land . . . for a variety of purposes", not confined to traditional or "distinctive" uses (para. 117). In other words, Aboriginal title is a beneficial interest in the land: *Guerin*, at p. 382. In simple terms, the title holders have the right to the benefits associated with the land — to use it, enjoy it and profit from its economic development. As such, the Crown does

où ces utilisations peuvent se concilier avec la nature collective et continue de l'attachement qu'a le groupe pour le territoire visé. Sous réserve de cette limite intrinsèque, le groupe qui détient le titre a le droit de choisir les utilisations qui sont faites de ces terres et de bénéficier des avantages économiques qu'elles procurent (par. 166).

[68] Je vais d'abord examiner la qualification juridique du titre ancestral. J'exposerai ensuite mes observations sur ce que le titre ancestral confère à ses titulaires et sur les limites auxquelles il est assujéti.

#### A. *La qualification juridique du titre ancestral*

[69] Le point de départ de la qualification de la nature juridique du titre ancestral est le jugement concordant du juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, dont il est question précédemment. Au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne, la Couronne a acquis un titre absolu ou sous-jacent sur toutes les terres de la province. Ce titre était toutefois grevé des droits préexistants des peuples autochtones qui occupaient et utilisaient les terres avant l'arrivée des Européens. La doctrine de la *terra nullius* (selon laquelle nul ne possédait la terre avant l'affirmation de la souveraineté européenne) ne s'est jamais appliquée au Canada, comme l'a confirmé la *Proclamation royale* de 1763. Le droit des Autochtones sur les terres qui grève le titre sous-jacent de la Couronne a une existence juridique indépendante qui donne naissance à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne.

[70] Le contenu du titre sous-jacent de la Couronne est ce qui reste après la soustraction du titre ancestral : art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *Delgamuukw*. Comme nous l'avons déjà vu, l'arrêt *Delgamuukw* établit que le titre ancestral accorde « le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins », lesquelles ne se limitent pas aux utilisations traditionnelles ou « distinctives » (par. 117). Autrement dit, le titre ancestral est un intérêt bénéficiaire sur les terres : *Guerin*, p. 382. En termes simples, les titulaires du titre ont droit aux avantages associés aux terres — de les utiliser,

not retain a beneficial interest in Aboriginal title land.

[71] What remains, then, of the Crown's radical or underlying title to lands held under Aboriginal title? The authorities suggest two related elements — a fiduciary duty owed by the Crown to Aboriginal people when dealing with Aboriginal lands, and the right to encroach on Aboriginal title if the government can justify this in the broader public interest under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The Court in *Delgamuukw* referred to this as a process of reconciling Aboriginal interests with the broader public interests under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[72] The characteristics of Aboriginal title flow from the special relationship between the Crown and the Aboriginal group in question. It is this relationship that makes Aboriginal title *sui generis* or unique. Aboriginal title is what it is — the unique product of the historic relationship between the Crown and the Aboriginal group in question. Analogies to other forms of property ownership — for example, fee simple — may help us to understand aspects of Aboriginal title. But they cannot dictate precisely what it is or is not. As La Forest J. put it in *Delgamuukw*, at para. 190, Aboriginal title “is not equated with fee simple ownership; nor can it be described with reference to traditional property law concepts”.

#### B. *The Incidents of Aboriginal Title*

[73] Aboriginal title confers ownership rights similar to those associated with fee simple, including: 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.

d'en jouir et de profiter de leur développement économique. Par conséquent, la Couronne ne conserve pas un intérêt bénéficiaire sur les terres visées par un titre ancestral.

[71] Alors, que reste-t-il du titre absolu ou sous-jacent de la Couronne sur les terres détenues en vertu d'un titre ancestral? Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence deux éléments connexes — une obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones à l'égard des terres ancestrales et le droit de porter atteinte au titre ancestral si le gouvernement peut démontrer que l'atteinte est justifiée dans l'intérêt général du public en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a dit qu'il s'agissait d'un processus de conciliation des intérêts autochtones et de l'intérêt général du public en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[72] Les caractéristiques du titre ancestral découlent de la relation particulière entre la Couronne et le groupe autochtone en question. C'est cette relation qui rend le titre ancestral *sui generis*, ou unique. Le titre ancestral est ce qu'il est — le résultat unique de la relation historique entre la Couronne et le groupe autochtone en question. Des analogies avec d'autres formes de propriété — par exemple, la propriété en fief simple — peuvent être utiles pour mieux comprendre certains aspects du titre ancestral. Cependant, elles ne peuvent pas dicter précisément en quoi il consiste ou ne consiste pas. Comme le juge La Forest l'a indiqué dans *Delgamuukw*, par. 190, le titre ancestral « n'équivaut pas à la propriété en fief simple et il ne peut pas non plus être décrit au moyen des concepts traditionnels du droit des biens ».

#### B. *Les attributs du titre ancestral*

[73] Le titre ancestral confère des droits de propriété semblables à ceux associés à la propriété en fief simple, y compris le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive.

[74] Aboriginal title, however, comes with an important restriction — it is collective title held not only for the present generation but for all succeeding generations. This means it cannot be alienated except to the Crown or encumbered in ways that would prevent future generations of the group from using and enjoying it. Nor can the land be developed or misused in a way that would substantially deprive future generations of the benefit of the land. Some changes — even permanent changes — to the land may be possible. Whether a particular use is irreconcilable with the ability of succeeding generations to benefit from the land will be a matter to be determined when the issue arises.

[75] The rights and restrictions on Aboriginal title flow from the legal interest Aboriginal title confers, which in turn flows from the fact of Aboriginal occupancy at the time of European sovereignty which attached as a burden on the underlying title asserted by the Crown at sovereignty. Aboriginal title post-sovereignty reflects the fact of Aboriginal occupancy pre-sovereignty, with all the pre-sovereignty incidents of use and enjoyment that were part of the collective title enjoyed by the ancestors of the claimant group — most notably the right to control how the land is used. However, these uses are not confined to the uses and customs of pre-sovereignty times; like other landowners, Aboriginal title holders of modern times can use their land in modern ways, if that is their choice.

[76] The right to control the land conferred by Aboriginal title means that governments and others seeking to use the land must obtain the consent of the Aboriginal title holders. If the Aboriginal group does not consent to the use, the government's only recourse is to establish that the proposed incursion on the land is justified under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[74] Cependant, le titre ancestral comporte une restriction importante — il s'agit d'un titre collectif détenu non seulement pour la génération actuelle, mais pour toutes les générations futures. Cela signifie qu'il ne peut pas être cédé, sauf à la Couronne, ni être grevé d'une façon qui empêcherait les générations futures du groupe d'utiliser les terres et d'en jouir. Les terres ne peuvent pas non plus être aménagées ou utilisées d'une façon qui priverait de façon substantielle les générations futures de leur utilisation. Il peut être possible d'apporter certaines modifications — même permanentes — aux terres. La question de savoir si une utilisation particulière est irréconciliable avec la possibilité pour les générations futures de bénéficier des terres constituera une question qu'il faudra trancher lorsqu'elle se posera.

[75] Les droits et restrictions afférents au titre ancestral découlent de l'intérêt que ce titre confère, intérêt qui découle à son tour de l'occupation autochtone à l'époque de la souveraineté européenne et qui grève le titre sous-jacent revendiqué par la Couronne au moment de l'affirmation de la souveraineté. Le titre ancestral postérieur à l'affirmation de la souveraineté reflète le fait que les Autochtones occupaient le territoire avant l'affirmation de la souveraineté, avec tous les attributs que constituent les droits d'utilisation et de jouissance qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté et qui composaient le titre collectif détenu par les ancêtres du groupe revendicateur — notamment le droit de contrôler l'utilisation des terres. Cependant, les utilisations ne se limitent pas aux utilisations et aux coutumes antérieures à l'affirmation de la souveraineté; tout comme les autres propriétaires fonciers, les titulaires du titre ancestral des temps modernes peuvent utiliser leurs terres de façon moderne, s'ils le veulent.

[76] Le droit de contrôler la terre que confère le titre ancestral signifie que les gouvernements et les autres personnes qui veulent utiliser les terres doivent obtenir le consentement des titulaires du titre ancestral. Si le groupe autochtone ne consent pas à l'utilisation, le seul recours du gouvernement consiste à établir que l'utilisation proposée est justifiée en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

*C. Justification of Infringement*

[77] To justify overriding the Aboriginal title-holding group's wishes on the basis of the broader public good, the government must show: (1) that it discharged its procedural duty to consult and accommodate; (2) that its actions were backed by a compelling and substantial objective; and (3) that the governmental action is consistent with the Crown's fiduciary obligation to the group: *Sparrow*.

[78] The duty to consult is a procedural duty that arises from the honour of the Crown prior to confirmation of title. Where the Crown has real or constructive knowledge of the potential or actual existence of Aboriginal title, and contemplates conduct that might adversely affect it, the Crown is obliged to consult with the group asserting Aboriginal title and, if appropriate, accommodate the Aboriginal right. The duty to consult must be discharged prior to carrying out the action that could adversely affect the right.

[79] The degree of consultation and accommodation required lies on a spectrum as discussed in *Haida*. In general, the level of consultation and accommodation required is proportionate to the strength of the claim and to the seriousness of the adverse impact the contemplated governmental action would have on the claimed right. "A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties" (para. 37). The required level of consultation and accommodation is greatest where title has been established. Where consultation or accommodation is found to be inadequate, the government decision can be suspended or quashed.

[80] Where Aboriginal title is unproven, the Crown owes a procedural duty imposed by the honour of the Crown to consult and, if appropriate, accommodate the unproven Aboriginal interest. By contrast,

*C. La justification de l'atteinte*

[77] Pour justifier qu'il puisse passer outre aux volontés du groupe qui détient le titre ancestral au motif que l'atteinte sert l'intérêt général du public, le gouvernement doit établir : (1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement; (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel; et (3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe : *Sparrow*.

[78] L'obligation de consultation est une obligation procédurale que fait naître l'honneur de la Couronne avant que l'existence du titre soit confirmée. Lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle ou réelle du titre ancestral et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ce titre, elle est tenue de consulter le groupe qui revendique le titre ancestral et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements au droit ancestral. L'obligation de consultation doit être respectée avant la prise de mesures pouvant avoir un effet préjudiciable sur le droit.

[79] L'obligation de consultation et d'accommodement se situe à l'intérieur d'un continuum, comme il en a été question dans l'arrêt *Nation haïda*. En général, le niveau de consultation et d'accommodement nécessaire est proportionnel à la solidité de la revendication et à la gravité de l'incidence négative que la mesure gouvernementale proposée aurait sur le droit revendiqué. « 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 » (par. 37). Le niveau de consultation et d'accommodement nécessaire est le plus élevé lorsque l'existence du titre a été établie. Lorsque la consultation ou l'accommodement est jugé insuffisant, la décision du gouvernement peut être suspendue ou annulée.

[80] Lorsque l'existence du titre ancestral n'est pas établie, l'honneur de la Couronne lui impose une obligation procédurale de consultation et, s'il y a lieu, d'accommodement de l'intérêt autochtone

where title has been established, the Crown must not only comply with its procedural duties, but must also ensure that the proposed government action is substantively consistent with the requirements of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This requires both a compelling and substantial governmental objective and that the government action is consistent with the fiduciary duty owed by the Crown to the Aboriginal group.

[81] I agree with the Court of Appeal that the compelling and substantial objective of the government must be considered from the Aboriginal perspective as well as from the perspective of the broader public. As stated in *Gladstone*, at para. 72:

... the objectives which can be said to be compelling and substantial will be those directed at either the recognition of the prior occupation of North America by [A]boriginal peoples or — and at the level of justification it is this purpose which may well be most relevant — at the reconciliation of [A]boriginal prior occupation with the assertion of the sovereignty of the Crown. [Emphasis added.]

[82] As *Delgamuukw* explains, the process of reconciling Aboriginal interests with the broader interests of society as a whole is the *raison d'être* of the principle of justification. Aboriginals and non-Aboriginals are “all here to stay” and must of necessity move forward in a process of reconciliation (para. 186). To constitute a compelling and substantial objective, the broader public goal asserted by the government must further the goal of reconciliation, having regard to both the Aboriginal interest and the broader public objective.

[83] What interests are potentially capable of justifying an incursion on Aboriginal title? In *Delgamuukw*, this Court, per Lamer C.J., offered this:

In the wake of *Gladstone*, the range of legislative objectives that can justify the infringement of [A]boriginal title is fairly broad. Most of these objectives can

non encore établi. Par contre, lorsque l'existence du titre a été établie, la Couronne doit non seulement se conformer à ses obligations procédurales, mais doit aussi s'assurer que la mesure gouvernementale proposée est fondamentalement conforme aux exigences de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour cela, le gouvernement doit poursuivre un objectif impérieux et réel et il doit démontrer que la mesure proposée est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe autochtone.

[81] Je conviens avec la Cour d'appel que l'objectif impérieux et réel du gouvernement doit être examiné du point de vue des Autochtones ainsi que du point de vue de l'intérêt général du public. Comme il est indiqué au par. 72 de l'arrêt *Gladstone* :

... sont considérés comme des objectifs impérieux et réels les objectifs visant soit la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones soit — et, à l'étape de la justification, ce genre d'objectifs pourrait bien être le plus pertinent — la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire. [Je souligne.]

[82] Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *Delgamuukw*, le processus de conciliation des intérêts autochtones avec l'intérêt général de la société dans son ensemble constitue la raison d'être du principe de la justification. Les Autochtones et les non-Autochtones sont « tous ici pour y rester » et doivent forcément favoriser un processus de conciliation (par. 186). Pour constituer un objectif impérieux et réel, l'objectif général du public invoqué par le gouvernement doit poursuivre l'objectif de conciliation, compte tenu des intérêts autochtones et de l'objectif général du public.

[83] Quels objectifs peuvent justifier une atteinte au titre ancestral? Dans *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a fait les remarques suivantes au nom de la Cour :

Depuis *Gladstone*, l'éventail d'objectifs législatifs qui peuvent justifier une atteinte au titre aborigène est assez large. La plupart de ces objectifs peuvent être rattachés

be traced to the reconciliation of the prior occupation of North America by [A]boriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty, which entails the recognition that “distinctive [A]boriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community” (at para. 73). In my opinion, the development of agriculture, forestry, mining, and hydro-electric power, the general economic development of the interior of British Columbia, protection of the environment or endangered species, the building of infrastructure and the settlement of foreign populations to support those aims, are the kinds of objectives that are consistent with this purpose and, in principle, can justify the infringement of [A]boriginal title. Whether a particular measure or government act can be explained by reference to one of those objectives, however, is ultimately a question of fact that will have to be examined on a case-by-case basis. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 165.]

[84] If a compelling and substantial public purpose is established, the government must go on to show that the proposed incursion on the Aboriginal right is consistent with the Crown’s fiduciary duty towards Aboriginal people.

[85] The Crown’s fiduciary duty in the context of justification merits further discussion. The Crown’s underlying title in the land is held for the benefit of the Aboriginal group and constrained by the Crown’s fiduciary or trust obligation to the group. This impacts the justification process in two ways.

[86] First, the Crown’s fiduciary duty means that the government must act in a way that respects the fact that Aboriginal title is a group interest that inheres in present and future generations. The beneficial interest in the land held by the Aboriginal group vests communally in the title-holding group. This means that incursions on Aboriginal title cannot be justified if they would substantially deprive future generations of the benefit of the land.

[87] Second, the Crown’s fiduciary duty infuses an obligation of proportionality into the justification process. Implicit in the Crown’s fiduciary duty

à la conciliation de l’occupation antérieure de l’Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne, ce qui nécessite la reconnaissance du fait que les « sociétés autochtones distinctives existent au sein d’une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie » (au par. 73). À mon avis, l’extension de l’agriculture, de la foresterie, de l’exploitation minière et de l’énergie hydroélectrique, le développement économique général de l’intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l’environnement et des espèces menacées d’extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l’implantation des populations requises par ces fins, sont des types d’objectifs compatibles avec cet objet et qui, en principe, peuvent justifier une atteinte à un titre aborigène. Toutefois, la question de savoir si une mesure ou un acte donné du gouvernement peut être expliqué par référence à l’un de ces objectifs est, en dernière analyse, une question de fait qui devra être examinée au cas par cas. [Je souligne; soulignement dans l’original omis; par. 165.]

[84] Si le gouvernement démontre qu’il poursuit un objectif impérieux et réel, il doit ensuite prouver que l’atteinte proposée au droit ancestral est compatible avec l’obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones.

[85] Dans le contexte de la justification, l’obligation fiduciaire de la Couronne mérite une analyse plus approfondie. Le titre sous-jacent de la Couronne sur les terres est détenu au profit du groupe autochtone et encadré par l’obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe. Cela influence le processus de justification de deux façons.

[86] Premièrement, l’obligation fiduciaire de la Couronne signifie que le gouvernement doit agir d’une manière qui respecte le fait que le titre ancestral est un droit collectif inhérent aux générations actuelles et futures. L’intérêt bénéficiaire sur les terres que détient le groupe autochtone est dévolu à l’ensemble des membres du groupe titulaire du titre. Les atteintes au titre ancestral ne peuvent donc pas être justifiées si elles priveront de façon substantielle les générations futures des avantages que procurent les terres.

[87] Deuxièmement, l’obligation fiduciaire de la Couronne insufflé une obligation de proportionnalité dans le processus de justification. Il ressort

to the Aboriginal group is the requirement that the incursion is necessary to achieve the government's goal (rational connection); that the government go no further than necessary to achieve it (minimal impairment); and that the benefits that may be expected to flow from that goal are not outweighed by adverse effects on the Aboriginal interest (proportionality of impact). The requirement of proportionality is inherent in the *Delgamuukw* process of reconciliation and was echoed in *Haida's* insistence that the Crown's duty to consult and accommodate at the claims stage "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" (para. 39).

[88] In summary, Aboriginal title confers on the group that holds it the exclusive right to decide how the land is used and the right to benefit from those uses, subject to one carve-out — that the uses must be consistent with the group nature of the interest and the enjoyment of the land by future generations. Government incursions not consented to by the title-holding group must be undertaken in accordance with the Crown's procedural duty to consult and must also be justified on the basis of a compelling and substantial public interest, and must be consistent with the Crown's fiduciary duty to the Aboriginal group.

#### D. Remedies and Transition

[89] Prior to establishment of title by court declaration or agreement, the Crown is required to consult in good faith with any Aboriginal groups asserting title to the land about proposed uses of the land and, if appropriate, accommodate the interests of such claimant groups. The level of consultation and accommodation required varies with the strength of the Aboriginal group's claim to the land and the seriousness of the potentially adverse effect upon the interest claimed. If the Crown fails

implicitement de l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone que l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel), que le gouvernement ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale) et que les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne l'emportent pas sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence). L'exigence de proportionnalité est inhérente au processus de conciliation énoncé dans l'arrêt *Delgamuukw* et elle a été reprise dans l'arrêt *Nation haïda*, où la Cour insiste sur le fait que l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder à l'étape des revendications « 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 » (par. 39).

[88] En résumé, le titre ancestral confère au groupe qui le détient le droit exclusif de déterminer l'utilisation qu'il est fait des terres et le droit de bénéficier des avantages que procure cette utilisation, sous réserve d'une seule exception, soit que les utilisations respectent sa nature collective et préservent la jouissance des terres pour les générations futures. Lorsque le gouvernement porte atteinte au titre ancestral sans le consentement du groupe titulaire du titre, il doit le faire en respectant l'obligation procédurale de la Couronne de consulter le groupe. L'atteinte doit également être justifiée par la poursuite d'un objectif public impérieux et réel et elle doit être compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone.

#### D. Mesures de réparation et période transitoire

[89] Avant que l'existence du titre soit établie par un jugement déclaratoire ou une entente, la Couronne est tenue de consulter de bonne foi les groupes autochtones qui revendiquent le titre sur des terres au sujet de ses projets d'utilisation des terres et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts de ces groupes. Le niveau de consultation et d'accommodement requis varie en fonction de la solidité de la revendication du groupe autochtone et de la gravité de l'effet

to discharge its duty to consult, various remedies are available including injunctive relief, damages, or an order that consultation or accommodation be carried out: *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 37.

[90] After Aboriginal title to land has been established by court declaration or agreement, the Crown must seek the consent of the title-holding Aboriginal group to developments on the land. Absent consent, development of title land cannot proceed unless the Crown has discharged its duty to consult and can justify the intrusion on title under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The usual remedies that lie for breach of interests in land are available, adapted as may be necessary to reflect the special nature of Aboriginal title and the fiduciary obligation owed by the Crown to the holders of Aboriginal title.

[91] The practical result may be a spectrum of duties applicable over time in a particular case. At the claims stage, prior to establishment of Aboriginal title, the Crown owes a good faith duty to consult with the group concerned and, if appropriate, accommodate its interests. As the claim strength increases, the required level of consultation and accommodation correspondingly increases. Where a claim is particularly strong — for example, shortly before a court declaration of title — appropriate care must be taken to preserve the Aboriginal interest pending final resolution of the claim. Finally, once title is established, the Crown cannot proceed with development of title land not consented to by the title-holding group unless it has discharged its duty to consult and the development is justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

préjudiciable éventuel sur l'intérêt revendiqué. Le manquement par la Couronne à son obligation de consultation peut donner lieu à diverses mesures de réparation, notamment une injonction, des dommages-intérêts ou une ordonnance enjoignant la tenue de consultations ou la prise de mesures d'accommodement : *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 37.

[90] Une fois l'existence du titre ancestral sur des terres établie par un jugement déclaratoire ou une entente, le gouvernement doit demander le consentement du groupe autochtone titulaire du titre pour ses projets d'aménagement du territoire. En l'absence de consentement, les projets d'aménagement sur les terres assujetties au titre ne peuvent aller de l'avant si le gouvernement ne s'est pas acquitté de son obligation de consultation et ne peut justifier une atteinte à ce titre aux termes de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les mesures de réparation habituelles en cas d'atteinte à des intérêts sur des terres sont disponibles, en les adaptant au besoin en fonction de la nature particulière du titre ancestral et de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les titulaires du titre ancestral.

[91] Il s'ensuit d'un point de vue pratique que des obligations différentes puissent être applicables au fil du temps dans un cas donné. À l'étape de la revendication, avant que soit établie l'existence du titre ancestral, le gouvernement a une obligation de consulter de bonne foi le groupe en cause et, s'il y a lieu, d'accommoder ses intérêts. Alors que la validité de la revendication devient plus apparente, le niveau requis de consultation et d'accommodement augmente proportionnellement. Lorsqu'une revendication est particulièrement solide — par exemple, peu avant qu'un tribunal confirme l'existence du titre — il faut bien prendre soin de préserver l'intérêt autochtone en attendant le règlement définitif de la revendication. Enfin, une fois l'existence du titre établie, le gouvernement ne peut réaliser, sur les terres grevées d'un titre ancestral, un projet d'aménagement auquel le groupe titulaire du titre n'a pas consenti à moins qu'il se soit acquitté de son obligation de consultation et que le projet d'aménagement soit justifié au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[92] Once title is established, it may be necessary for the Crown to reassess prior conduct in light of the new reality in order to faithfully discharge its fiduciary duty to the title-holding group going forward. For example, if the Crown begins a project without consent prior to Aboriginal title being established, it may be required to cancel the project upon establishment of the title if continuation of the project would be unjustifiably infringing. Similarly, if legislation was validly enacted before title was established, such legislation may be rendered inapplicable going forward to the extent that it unjustifiably infringes Aboriginal title.

E. *What Duties Were Owed by the Crown at the Time of the Government Action?*

[93] Prior to the declaration of Aboriginal title, the Province had a duty to consult and accommodate the claimed Tsilhqot'in interest in the land. As the Tsilhqot'in had a strong *prima facie* claim to the land at the time of the impugned government action and the intrusion was significant, the duty to consult owed by the Crown fell at the high end of the spectrum described in *Haida* and required significant consultation and accommodation in order to preserve the Tsilhqot'in interest.

[94] With the declaration of title, the Tsilhqot'in have now established Aboriginal title to the portion of the lands designated by the trial judge with the exception as set out in para. 9 of these reasons. This gives them the right to determine, subject to the inherent limits of group title held for future generations, the uses to which the land is put and to enjoy its economic fruits. As we have seen, this is not merely a right of first refusal with respect to Crown land management or usage plans. Rather, it is the right to proactively use and manage the land.

[92] Une fois l'existence du titre établie, il peut être nécessaire pour le gouvernement de réévaluer sa conduite passée compte tenu de cette nouvelle réalité afin de s'acquitter fidèlement par la suite de son obligation fiduciaire envers le groupe titulaire du titre. Par exemple, si, avant que le titre ancestral soit établi, le gouvernement a entrepris un projet sans le consentement du groupe autochtone, il peut être tenu de l'annuler une fois l'existence du titre établie si la poursuite du projet porte indûment atteinte aux droits des Autochtones. De même, si une loi a été valablement adoptée avant que l'existence du titre soit établie, elle pourra être déclarée inapplicable pour l'avenir dans la mesure où elle porte injustement atteinte au titre ancestral.

E. *Quelles étaient les obligations de la Couronne au moment de la prise de la mesure gouvernementale?*

[93] Avant le jugement déclarant l'existence du titre ancestral, la province était tenue de consulter les Tsilhqot'in et de trouver des accommodements aux intérêts qu'ils revendiquaient. Au moment de la prise de la mesure gouvernementale contestée, la revendication du titre sur les terres par les Tsilhqot'in était à première vue solide et l'obligation de consultation de la Couronne se situait au haut du continuum décrit dans *Nation haïda* et exigeait un niveau élevé de consultation et d'accommodement afin de préserver les intérêts des Tsilhqot'in.

[94] Maintenant qu'un jugement a reconnu l'existence du titre, le peuple Tsilhqot'in détient un titre ancestral sur la partie du territoire désignée par le juge de première instance, sous réserve de l'exception indiquée au par. 9 des présents motifs. Cela donne au peuple Tsilhqot'in, sous réserve des limites inhérentes au titre collectif détenu au bénéfice des générations futures, le droit de déterminer les utilisations des terres et de bénéficier des avantages économiques qu'elles procurent. Comme nous l'avons déjà vu, il ne s'agit pas simplement d'un droit de premier refus sur la gestion des terres de la Couronne ou sur les plans de leur utilisation. Il s'agit plutôt du droit d'utiliser et de gérer les terres de façon proactive.

## VII. Breach of the Duty to Consult

[95] The alleged breach in this case arises from the issuance by the Province of licences permitting third parties to conduct forestry activity and construct related infrastructure on the land in 1983 and onwards, before title was declared. During this time, the Tsilhqot'in held an interest in the land that was not yet legally recognized. The honour of the Crown required that the Province consult them on uses of the lands and accommodate their interests. The Province did neither and breached its duty owed to the Tsilhqot'in.

[96] The Crown's duty to consult was breached when Crown officials engaged in the planning process for the removal of timber. The inclusion of timber on Aboriginal title land in a timber supply area, the approval of cut blocks on Aboriginal title land in a forest development plan, and the allocation of cutting permits all occurred without any meaningful consultation with the Tsilhqot'in.

[97] I add this. Governments and individuals proposing to use or exploit land, whether before or after a declaration of Aboriginal title, can avoid a charge of infringement or failure to adequately consult by obtaining the consent of the interested Aboriginal group.

## VIII. Provincial Laws and Aboriginal Title

[98] As discussed, I have concluded that the Province breached its duty to consult and accommodate the Tsilhqot'in interest in the land. This is sufficient to dispose of the appeal.

[99] However, the parties made extensive submissions on the application of the *Forest Act* to Aboriginal title land. This issue was dealt with by the courts below and is of pressing importance to the Tsilhqot'in people and other Aboriginal groups in British Columbia and elsewhere. It is therefore appropriate that we deal with it.

## VII. Le manquement à l'obligation de consultation

[95] En l'espèce, le manquement allégué découle de la délivrance, par la province, de permis permettant à des tiers de mener des activités forestières et de construire des infrastructures connexes sur les terres à compter de 1983, avant que l'existence du titre soit reconnue. Au cours de cette période, les Tsilhqot'in détenaient sur les terres un intérêt qui n'était pas encore légalement reconnu. Le principe de l'honneur de la Couronne obligeait la province à les consulter à propos des utilisations des terres et à trouver des accommodements à leurs intérêts. La province n'a fait ni l'un ni l'autre et a manqué à son obligation envers les Tsilhqot'in.

[96] La Couronne a manqué à son obligation de consultation quand ses représentants ont planifié l'enlèvement du bois. L'inclusion des terres visées par un titre ancestral dans une région d'approvisionnement en bois, l'autorisation de blocs de coupe sur les terres visées par un titre ancestral dans le cadre d'un plan d'aménagement forestier et la délivrance de permis de coupe ont eu lieu sans aucune consultation significative avec les Tsilhqot'in.

[97] J'ajoute ceci. Les gouvernements et particuliers qui proposent d'utiliser ou d'exploiter la terre, que ce soit avant ou après une déclaration de titre ancestral, peuvent éviter d'être accusés de porter atteinte aux droits ou de manquer à l'obligation de consulter adéquatement le groupe en obtenant le consentement du groupe autochtone en question.

## VIII. Les lois provinciales et le titre ancestral

[98] Je le rappelle, j'ai conclu que la province a manqué à son obligation de consulter les Tsilhqot'in et de trouver des accommodements à leur intérêt sur les terres. Cela suffit à trancher le pourvoi.

[99] Cependant, les parties ont présenté des observations détaillées sur l'application de la *Forest Act* aux terres visées par un titre ancestral. Les tribunaux d'instance inférieure ont traité de cette question, laquelle prend une grande importance pour le peuple des Tsilhqot'in et pour les autres groupes autochtones de la Colombie-Britannique et d'ailleurs. Il convient donc que nous l'examinions.

[100] The following questions arise: (1) Do provincial laws of general application apply to land held under Aboriginal title and, if so, how? (2) Does the British Columbia *Forest Act* on its face apply to land held under Aboriginal title? and (3) If the *Forest Act* on its face applies, is its application ousted by the operation of the Constitution of Canada? I will discuss each of these questions in turn.

A. *Do Provincial Laws of General Application Apply to Land Held Under Aboriginal Title?*

[101] Broadly put, provincial laws of general application apply to lands held under Aboriginal title. However, as we shall see, there are important constitutional limits on this proposition.

[102] As a general proposition, provincial governments have the power to regulate land use within the province. This applies to all lands, whether held by the Crown, by private owners, or by the holders of Aboriginal title. The foundation for this power lies in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, which gives the provinces the power to legislate with respect to property and civil rights in the province.

[103] Provincial power to regulate land held under Aboriginal title is constitutionally limited in two ways. First, it is limited by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Section 35 requires any abridgment of the rights flowing from Aboriginal title to be backed by a compelling and substantial governmental objective and to be consistent with the Crown's fiduciary relationship with title holders. Second, a province's power to regulate lands under Aboriginal title may in some situations also be limited by the federal power over "Indians, and Lands reserved for the Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[100] Les questions qui se posent sont les suivantes : (1) Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles aux terres visées par un titre ancestral et, dans l'affirmative, comment s'appliquent-elles? (2) À première vue, la *Forest Act* de la Colombie-Britannique s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral? Et (3) si, à première vue, la *Forest Act* s'applique, son application est-elle écartée par l'application de la Constitution du Canada? Je vais examiner successivement chacune de ces questions.

A. *Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles aux terres visées par un titre ancestral?*

[101] De façon générale, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux terres visées par un titre ancestral. Cependant, comme nous le verrons, cet énoncé est assorti de limites constitutionnelles importantes.

[102] En règle générale, les gouvernements provinciaux ont le pouvoir de réglementer l'utilisation des terres situées à l'intérieur de la province. Cette règle s'applique à toutes les terres, qu'elles soient détenues par le gouvernement, par des propriétaires privés ou par les titulaires d'un titre ancestral. Le fondement de ce pouvoir réside dans le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel accorde à la province le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils dans la province.

[103] Le pouvoir provincial de réglementer les terres détenues en vertu d'un titre ancestral est constitutionnellement limité de deux façons. Premièrement, il est limité par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Aux termes de cet article, toute atteinte aux droits découlant du titre ancestral doit poursuivre un objectif gouvernemental impérieux et réel et doit être compatible avec la relation fiduciaire entre la Couronne et les titulaires du titre. Deuxièmement, le pouvoir d'une province de réglementer les terres visées par un titre ancestral peut aussi, dans certains cas, être limité par le pouvoir fédéral sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[104] This Court suggested in *Sparrow* that the following factors will be relevant in determining whether a law of general application results in a meaningful diminution of an Aboriginal right, giving rise to breach: (1) whether the limitation imposed by the legislation is unreasonable; (2) whether the legislation imposes undue hardship; and (3) whether the legislation denies the holders of the right their preferred means of exercising the right (p. 1112). All three factors must be considered; for example, even if laws of general application are found to be reasonable or not to cause undue hardship, this does not mean that there can be no infringement of Aboriginal title. As stated in *Gladstone*:

Simply because one of [the *Sparrow*] 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. [para. 43]

[105] It may be predicted that laws and regulations of general application aimed at protecting the environment or assuring the continued health of the forests of British Columbia will usually be reasonable, not impose an undue hardship either directly or indirectly, and not interfere with the Aboriginal group's preferred method of exercising their right. And it is to be hoped that Aboriginal groups and the provincial government will work cooperatively to sustain the natural environment so important to them both. This said, when conflicts arise, the foregoing template serves to resolve them.

[106] Subject to these constitutional constraints, provincial laws of general application apply to land held under Aboriginal title.

B. *Does the Forest Act on its Face Apply to Aboriginal Title Land?*

[107] Whether a statute of general application such as the *Forest Act* was *intended* to apply to lands subject to Aboriginal title — the question

[104] Dans l'arrêt *Sparrow*, notre Cour a laissé entendre que les facteurs suivants seront pertinents au moment de déterminer si une loi d'application générale entraîne une diminution appréciable d'un droit ancestral, ce qui donne lieu à une atteinte : (1) si la restriction imposée par la loi est déraisonnable; (2) si la loi est indûment rigoureuse; et (3) si la loi refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré d'exercer ce droit (p. 1112). Les trois facteurs doivent être pris en compte; par exemple, même s'il est jugé que les lois d'application générale ne sont pas déraisonnables ou indûment rigoureuses, cela ne signifie pas qu'il ne peut pas y avoir d'atteinte au titre ancestral. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Gladstone* :

Le simple fait qu'on réponde par la négative à l'une de ces questions [formulées dans l'arrêt *Sparrow*] n'empêche pas le tribunal de conclure à l'existence d'une atteinte à première vue. Cette réponse négative n'est qu'un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer s'il y a eu atteinte à première vue. [par. 43]

[105] On peut prévoir que les lois et règlements d'application générale visant à protéger l'environnement ou à assurer, à long terme, la santé des forêts de la Colombie-Britannique seront habituellement raisonnables, qu'ils ne seront pas, directement ou indirectement, indûment rigoureux et qu'ils ne refuseront pas au groupe autochtone leur moyen préféré d'exercer leur droit. Et il faut espérer que les groupes autochtones et le gouvernement provincial collaboreront pour assurer la pérennité de l'environnement naturel qui leur est si important. Cela dit, lorsque survient un conflit, l'analyse qui précède sert à le régler.

[106] Sous réserve de ces contraintes constitutionnelles, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux terres détenues en vertu d'un titre ancestral.

B. *À première vue, la Forest Act s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral?*

[107] À ce stade-ci, la question de savoir si une loi d'application générale telle la *Forest Act* était *censée* s'appliquer aux terres visées par un titre

at this point — is always a matter of statutory interpretation.

[108] The basic rule of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1.

[109] Under the *Forest Act*, the Crown can only issue timber licences with respect to “Crown timber”. “Crown timber” is defined as timber that is on “Crown land”, and “Crown land” is defined as “land, whether or not it is covered by water, or an interest in land, vested in the Crown” (s. 1). The Crown is not empowered to issue timber licences on “private land”, which is defined as anything that is not Crown land. The Act is silent on Aboriginal title land, meaning that there are three possibilities: (1) Aboriginal title land is “Crown land”; (2) Aboriginal title land is “private land”; or (3) the *Forest Act* does not apply to Aboriginal title land at all. For the purposes of this appeal, there is no practical difference between the latter two.

[110] If Aboriginal title land is “vested in the Crown”, then it falls within the definition of “Crown land” and the timber on it is “Crown timber”.

[111] What does it mean for a person or entity to be “vested” with property? In property law, an interest is vested when no condition or limitation stands in the way of enjoyment. Property can be vested in possession or in interest. Property is vested in possession where there is a present entitlement to enjoyment of the property. An example of this is a life estate. Property is vested in interest where there is a fixed right to taking possession in the future. A remainder interest is vested in interest but not

ancestral est toujours une question d’interprétation législative.

[108] Selon la règle fondamentale en matière d’interprétation législative, [TRADUCTION] « il faut interpréter les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 1.

[109] Aux termes de la *Forest Act*, le gouvernement ne peut délivrer des permis de coupe que pour le [TRADUCTION] « bois des terres publiques », défini comme étant le bois qui se trouve sur les « terres publiques », lesquelles sont définies comme étant les « terres dévolues à la Couronne, qu’elles soient ou non recouvertes d’eau, ou un droit sur ces terres » (art. 1). Le gouvernement n’a pas le pouvoir de délivrer des permis de coupe de bois sur les « terres privées », elles-mêmes définies comme étant toutes les terres qui ne sont pas des terres publiques. La *Forest Act* ne fait pas mention des terres visées par un titre ancestral et nous laisse devant trois possibilités : (1) les terres visées par un titre ancestral sont des « terres publiques »; (2) les terres visées par un titre ancestral sont des « terres privées »; ou (3) la *Forest Act* ne s’applique nullement aux terres visées par un titre ancestral. Pour les besoins du présent pourvoi, il n’y a pas de différence en pratique entre les deux dernières possibilités.

[110] Si les terres visées par un titre ancestral sont « dévolues à la Couronne », la définition des « terres publiques » s’y applique et le bois qui s’y trouve est du « bois des terres publiques ».

[111] Que signifie pour une personne ou une entité le fait qu’un bien lui soit « dévolu »? En droit des biens, un intérêt est dévolu lorsqu’aucune condition ou restriction n’en restreint la jouissance. Un bien peut être dévolu en possession ou en intérêt. Un bien est dévolu en possession lorsque la personne a le droit actuel de jouir du bien. Le domaine viager en est un exemple. Un bien est dévolu en intérêt lorsque le droit d’en prendre possession ultérieurement est figé. Un intérêt

in possession: B. Ziff, *Principles of Property Law* (5th ed. 2010), at p. 245; *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009), *sub verbo* “vested”.

[112] Aboriginal title confers a right to the land itself and the Crown is obligated to justify any incursions on title. As explained above, the content of the Crown's underlying title is limited to the fiduciary duty owed and the right to encroach subject to justification. It would be hard to say that the Crown is presently entitled to enjoyment of the lands in the way property that is vested in possession would be. Similarly, although Aboriginal title can be alienated to the Crown, this does not confer a fixed right to future enjoyment in the way property that is vested in interest would. Rather, it would seem that Aboriginal title vests the lands in question in the Aboriginal group.

[113] The second consideration in statutory construction is more equivocal. Can the legislature have intended that the vast areas of the province that are potentially subject to Aboriginal title be immune from forestry regulation? And what about the long period of time during which land claims progress and ultimate Aboriginal title remains uncertain? During this period, Aboriginal groups have no legal right to manage the forest; their only right is to be consulted, and if appropriate, accommodated with respect to the land's use: *Haida*. At this stage, the Crown may continue to manage the resource in question, but the honour of the Crown requires it to respect the potential, but yet unproven claims.

[114] It seems clear from the historical record and the record in this case that in this evolving context, the British Columbia legislature proceeded on the basis that lands under claim remain “Crown land” under the *Forest Act*, at least until Aboriginal title is recognized by a court or an agreement. To proceed otherwise would have left no one in charge of the forests that cover hundreds of thousands

résiduel est dévolu en intérêt mais non en possession : B. Ziff, *Principles of Property Law* (5<sup>e</sup> éd. 2010), p. 245; *Black's Law Dictionary* (9<sup>e</sup> éd. 2009), à l'article « *vested* » (dévolu).

[112] Le titre ancestral confère un droit sur les terres-mêmes, et la Couronne est tenue de justifier toute atteinte au titre. J'ai déjà expliqué que le contenu du titre sous-jacent de la Couronne se limite à l'obligation fiduciaire envers les Autochtones et au droit de porter atteinte au titre ancestral dans la mesure où l'atteinte est justifiée. On pourrait difficilement affirmer que la Couronne a le droit actuel de jouir des terres comme elle pourrait le faire dans le cas d'un bien dévolu en possession. De même, bien que le titre ancestral puisse être aliéné en faveur de la Couronne, cela ne confère pas un droit figé de jouir ultérieurement du titre comme elle pourrait le faire dans le cas d'un bien dévolu en intérêt. Il semblerait plutôt que par l'effet du titre ancestral, les terres en question sont dévolues au groupe autochtone.

[113] La deuxième considération en matière d'interprétation législative est plus équivoque. Le législateur peut-il avoir voulu que les vastes territoires de la province susceptibles d'être visés par un titre ancestral soient soustraits à la réglementation de l'exploitation forestière? Et que dire de la longue période pendant laquelle les revendications territoriales font l'objet de négociation et le titre ancestral demeure incertain? Pendant cette période, les groupes autochtones n'ont pas le droit de gérer les forêts; ils ont seulement droit qu'on les consulte et, s'il y a lieu, qu'on les accommode relativement à l'utilisation des terres : *Nation haïda*. À cette étape, le gouvernement peut continuer à gérer la ressource en question, mais l'honneur de la Couronne l'oblige à respecter la revendication non encore prouvée.

[114] Il semble ressortir clairement du dossier historique et du dossier en l'espèce que dans ce contexte évolutif, le législateur de la Colombie-Britannique s'est fondé sur le fait que les terres revendiquées demeurent des [TRADUCTION] « terres publiques » au sens de la *Forest Act*, du moins jusqu'à ce que le titre ancestral soit reconnu par un tribunal ou une entente. Autrement, personne

of hectares and represent a resource of enormous value. Looked at in this very particular historical context, it seems clear that the legislature must have intended the words “vested in the Crown” to cover at least lands to which Aboriginal title had not yet been confirmed.

[115] I conclude that the legislature intended the *Forest Act* to apply to lands under claims for Aboriginal title, *up to the time title is confirmed by agreement or court order*. To hold otherwise would be to accept that the legislature intended the forests on such lands to be wholly unregulated, and would undercut the premise on which the duty to consult affirmed in *Haida* was based. Once Aboriginal title is confirmed, however, the lands are “vested” in the Aboriginal group and the lands are no longer Crown lands.

[116] Applied to this case, this means that as a matter of statutory construction, the lands in question were “Crown land” under the *Forest Act* at the time the forestry licences were issued. Now that title has been established, however, the beneficial interest in the land vests in the Aboriginal group, not the Crown. The timber on it no longer falls within the definition of “Crown timber” and the *Forest Act* no longer applies. I add the obvious — it remains open to the legislature to amend the Act to cover lands held under Aboriginal title, provided it observes applicable constitutional restraints.

### C. *Is the Forest Act Ousted by the Constitution?*

[117] The next question is whether the provincial legislature lacks the constitutional power to legislate with respect to forests on Aboriginal title land. Currently, the *Forest Act* applies to lands under claim, but not to lands over which Aboriginal title has been confirmed. However, the provincial

ne se serait occupé des forêts qui couvrent des centaines de milliers d’hectares et qui représentent une ressource d’une valeur inestimable. Compte tenu de ce contexte historique très particulier, il semble clair que le législateur doit avoir voulu que les mots « dévolues à la Couronne » s’appliquent au moins aux terres sur lesquelles l’existence du titre ancestral n’était pas encore confirmée.

[115] Je conclus que le législateur voulait que la *Forest Act* s’applique aux terres visées par une revendication de titre ancestral, *jusqu’à ce que l’existence du titre soit confirmée par une entente ou une ordonnance judiciaire*. Conclure autrement reviendrait à accepter que le législateur voulait que les forêts se trouvant sur ces terres ne soient pas du tout réglementées et minerait la prémisse sur laquelle était fondée l’obligation de consulter confirmée dans l’arrêt *Nation haïda*. Cependant, une fois que l’existence du titre ancestral est confirmée, les terres sont « dévolues » au groupe autochtone et ne sont plus des terres publiques.

[116] L’application de cette conclusion en l’espèce signifie que, selon les règles d’interprétation législative, les terres en question étaient des [TRADUCTION] « terres publiques » aux termes de la *Forest Act* au moment où les permis d’exploitation forestière ont été délivrés. Cependant, maintenant que l’existence du titre a été établie, l’intérêt bénéficiaire sur les terres est dévolu au groupe autochtone et non à la Couronne. La définition de « bois des terres publiques » ne s’applique plus au bois qui se trouve sur ces terres et la *Forest Act* ne s’y applique plus. J’aimerais préciser un point évident — le législateur peut toujours modifier la *Forest Act* afin qu’elle s’applique sur les terres visées par un titre ancestral, à la condition de respecter les contraintes constitutionnelles applicables.

### C. *La Forest Act est-elle écartée par la Constitution?*

[117] La question suivante consiste à savoir si la Constitution permet au législateur provincial de légiférer sur les forêts qui se trouvent sur des terres visées par un titre ancestral. Actuellement, la *Forest Act* s’applique aux terres visées par une revendication du titre ancestral, mais pas aux terres

legislature could amend the Act so as to explicitly apply to lands over which title has been confirmed. This raises the question of whether provincial forestry legislation that on its face purports to apply to Aboriginal title lands is ousted by the Constitution.

1. Section 35 of the *Constitution Act, 1982*

[118] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* represents “the culmination of a long and difficult struggle in both the political forum and the courts for the constitutional recognition of [A]boriginal rights” (*Sparrow*, at p. 1105). It protects Aboriginal rights against provincial and federal legislative power and provides a framework to facilitate negotiations and reconciliation of Aboriginal interests with those of the broader public.

[119] Section 35(1) states that existing Aboriginal rights are hereby “recognized and affirmed”. In *Sparrow*, this Court held that these words must be construed in a liberal and purposive manner. Recognition and affirmation of Aboriginal rights constitutionally entrenches the Crown’s fiduciary obligations towards Aboriginal peoples. While rights that are recognized and affirmed are not absolute, s. 35 requires the Crown to reconcile its power with its duty. “[T]he best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies [A]boriginal rights” (*Sparrow*, at p. 1109). Dickson C.J. and La Forest J. elaborated on this purpose as follows, at p. 1110:

The constitutional recognition afforded by the provision therefore gives a measure of control over government conduct and a strong check on legislative power. While it does not promise immunity from government regulation in a society that, in the twentieth century, is increasingly more complex, interdependent and sophisticated, and where exhaustible resources need protection and management, it does hold the Crown to a substantive

sur lesquelles l’existence de ce titre a été confirmée. Cependant, le législateur provincial pourrait modifier la *Forest Act* de manière à ce qu’elle s’applique explicitement aux terres sur lesquelles l’existence du titre ancestral a été confirmée. Cela soulève la question de savoir si la Constitution écarte les lois provinciales régissant l’exploitation forestière qui, à première vue, sont censées s’appliquer aux terres visées par un titre ancestral.

1. L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

[118] L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente « l’aboutissement d’une bataille longue et difficile à la fois dans l’arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux » (*Sparrow*, p. 1105). Il protège les droits ancestraux contre l’exercice, par les provinces et le fédéral, de leur compétence législative et prévoit un cadre qui facilite les négociations et la conciliation des intérêts autochtones avec ceux du public en général.

[119] Selon le par. 35(1), les droits ancestraux existants sont « reconnus et confirmés ». Dans *Sparrow*, notre Cour a conclu que ces mots devaient être interprétés de façon libérale en fonction de l’objet qu’ils visent. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux consacrent dans la Constitution les obligations fiduciaires de la Couronne envers les peuples autochtones. Bien que les droits reconnus et confirmés ne soient pas absolus, l’art. 35 oblige la Couronne à concilier son pouvoir avec son obligation. « [L]a meilleure façon d’y parvenir est d’exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux » (*Sparrow*, p. 1109). Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont précisé cet objectif comme suit à la p. 1110 :

La reconnaissance constitutionnelle exprimée dans la disposition en cause permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement et de limiter fortement le pouvoir du législateur. Bien qu’elle ne constitue pas une promesse d’immunité contre la réglementation gouvernementale dans une société qui, au XX<sup>e</sup> siècle, devient de plus en plus complexe et interdépendante et où il est nécessaire

promise. The government is required to bear the burden of justifying any legislation that has some negative effect on any [A]boriginal right protected under s. 35(1).

[120] Where legislation affects an Aboriginal right protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, two inquiries are required. First, does the legislation interfere with or infringe the Aboriginal right (this was referred to as *prima facie* infringement in *Sparrow*)? Second, if so, can the infringement be justified?

[121] A court must first examine the characteristics or incidents of the right at stake. In the case of Aboriginal title, three relevant incidents are: (1) the right to exclusive use and occupation of the land; (2) the right to determine the uses to which the land is put, subject to the ultimate limit that those uses cannot destroy the ability of the land to sustain future generations of Aboriginal peoples; and (3) the right to enjoy the economic fruits of the land (*Delgamuukw*, at para. 166).

[122] Next, in order to determine whether the right is infringed by legislation, a court must ask whether the legislation results in a meaningful diminution of the right: *Gladstone*. As discussed, in *Sparrow*, the Court suggested that the following three factors will aid in determining whether such an infringement has occurred: (1) whether the limitation imposed by the legislation is unreasonable; (2) whether the legislation imposes undue hardship; and (3) whether the legislation denies the holders of the right their preferred means of exercising the right (p. 1112).

[123] General regulatory legislation, such as legislation aimed at managing the forests in a way that deals with pest invasions or prevents forest fires, will often pass the *Sparrow* test as it will be reasonable, not impose undue hardship, and not deny the holders of the right their preferred means of exercising it. In such cases, no infringement will result.

de protéger et de gérer les ressources épuisables, cette reconnaissance représente un engagement important de la part de la Couronne. Le gouvernement se voit imposer l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

[120] Lorsqu'une mesure législative porte atteinte à un droit ancestral protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il faut se poser deux questions. Premièrement, la mesure porte-t-elle atteinte au droit ancestral (une atteinte à première vue, dans l'arrêt *Sparrow*)? Deuxièmement, dans l'affirmative, l'atteinte peut-elle être justifiée?

[121] Le tribunal doit d'abord examiner les caractéristiques ou les attributs du droit en question. Dans le cas du titre ancestral, trois attributs sont pertinents : (1) le droit d'utiliser et d'occuper les terres de façon exclusive; (2) le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites des terres, sous réserve de la restriction ultime que ces usages ne sauraient détruire la capacité de ces terres d'assurer la subsistance des générations futures des peuples autochtones; (3) le droit de bénéficier des avantages économiques que procurent les terres (*Delgamuukw*, par. 166).

[122] Ensuite, pour déterminer si la mesure législative porte atteinte au droit, le tribunal doit se demander si la mesure entraîne une diminution appréciable du droit : *Gladstone*. Comme je l'ai déjà expliqué, dans *Sparrow*, la Cour a laissé entendre que les trois facteurs suivants peuvent permettre de déterminer s'il y a eu atteinte : (1) si la restriction imposée par la loi est déraisonnable; (2) si la loi est indûment rigoureuse; et (3) si la loi refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer (p. 112).

[123] Une loi de nature réglementaire de portée générale, par exemple une loi visant la gestion des forêts en prévenant les infestations de ravageurs ou les feux de forêt, satisfera souvent au critère énoncé dans *Sparrow* car elle sera raisonnable, ne sera pas indûment rigoureuse et ne refusera pas aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer. Dans un tel cas, il n'y a aucune atteinte.

[124] General regulatory legislation, which may affect the manner in which the Aboriginal right can be exercised, differs from legislation that assigns Aboriginal property rights to third parties. The issuance of timber licences on Aboriginal title land for example — a direct transfer of Aboriginal property rights to a third party — will plainly be a meaningful diminution in the Aboriginal group's ownership right and will amount to an infringement that must be justified in cases where it is done without Aboriginal consent.

[125] As discussed earlier, to justify an infringement, the Crown must demonstrate that: (1) it complied with its procedural duty to consult with the right holders and accommodate the right to an appropriate extent at the stage when infringement was contemplated; (2) the infringement is backed by a compelling and substantial legislative objective in the public interest; and (3) the benefit to the public is proportionate to any adverse effect on the Aboriginal interest. This framework permits a principled reconciliation of Aboriginal rights with the interests of all Canadians.

[126] While unnecessary for the disposition of this appeal, the issue of whether British Columbia possessed a compelling and substantial legislative objective in issuing the cutting permits in this case was addressed by the courts below, and I offer the following comments for the benefit of all parties going forward. I agree with the courts below that no compelling and substantial objective existed in this case. The trial judge found the two objectives put forward by the Province — the economic benefits that would be realized as a result of logging in the claim area and the need to prevent the spread of a mountain pine beetle infestation — were not supported by the evidence. After considering the expert evidence before him, he concluded that the proposed cutting sites were not economically viable and that they were not directed at preventing the spread of the mountain pine beetle.

[124] Une loi de nature réglementaire de portée générale susceptible de modifier le mode d'exercice du droit ancestral diffère d'une loi qui a pour effet de céder à des tiers des droits de propriété des Autochtones. La délivrance de permis de coupe de bois sur des terres grevées du titre ancestral par exemple — un transfert direct à des tiers de droits de propriété des Autochtones — constituera manifestement une diminution significative du droit de propriété du groupe autochtone assimilable à une atteinte qui doit être justifiée dans les cas où les Autochtones n'y ont pas consenti.

[125] J'ai déjà expliqué que, pour justifier une atteinte, la Couronne doit démontrer : (1) qu'elle s'est acquittée de son obligation procédurale de consulter les titulaires d'un droit et de trouver des accommodements au droit, dans la mesure appropriée, à l'étape où l'atteinte était envisagée; (2) que l'atteinte poursuit un objectif législatif impérieux et réel dans l'intérêt du public; (3) que l'intérêt du public est proportionnel à tout effet négatif sur l'intérêt autochtone. Ce cadre permet une conciliation rationnelle des droits ancestraux et des intérêts de tous les Canadiens.

[126] Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question pour les besoins du présent pourvoi, les tribunaux d'instance inférieure ont abordé la question de savoir si la Colombie-Britannique poursuivait un objectif impérieux et réel en délivrant dans ce cas des permis de coupe, et je vais formuler les observations suivantes au bénéfice de toutes les parties éventuelles. Je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure qu'il n'existait aucun objectif impérieux et réel en l'espèce. Le juge de première instance a conclu que les deux objectifs invoqués par la province — les avantages économiques liés à l'exploitation forestière sur les terres visées par une revendication du titre et la nécessité d'empêcher la propagation d'une infestation du dendroctone du pin ponderosa — n'étaient pas étayés par la preuve. Après avoir examiné les témoignages d'experts dont il disposait, il a conclu que les sites de coupe proposés n'étaient pas rentables et qu'ils ne visaient pas à empêcher la propagation du dendroctone du pin ponderosa.

[127] Before the Court of Appeal, the Province no longer argued that the forestry activities were undertaken to combat the mountain pine beetle, but maintained the position that the trial judge's findings on economic viability were unreasonable, because unless logging was economically viable, it would not have taken place. The Court of Appeal rejected this argument on two grounds: (1) levels of logging must sometimes be maintained for a tenure holder to keep logging rights, even if logging is not economically viable; and (2) the focus is the economic value of logging compared to the detrimental effects it would have on Tsilhqot'in Aboriginal rights, not the economic viability of logging from the sole perspective of the tenure holder. In short, the Court of Appeal found no error in the trial judge's reasoning on this point. I would agree. Granting rights to third parties to harvest timber on Tsilhqot'in land is a serious infringement that will not lightly be justified. Should the government wish to grant such harvesting rights in the future, it will be required to establish that a compelling and substantial objective is furthered by such harvesting, something that was not present in this case.

## 2. The Division of Powers

[128] The starting point, as noted, is that, as a general matter, the regulation of forestry within the Province falls under its power over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. To put it in constitutional terms, regulation of forestry is in "pith and substance" a provincial matter. Thus, the *Forest Act* is consistent with the division of powers unless it is ousted by a competing federal power, even though it may incidentally affect matters under federal jurisdiction.

[129] "Indians, and Lands reserved for the Indians" falls under federal jurisdiction pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. As such, forestry on Aboriginal title land falls under both

[127] Devant la Cour d'appel, la province ne prétendait plus que les activités forestières visaient à combattre l'infestation du dendroctone du pin ponderosa, mais elle a continué de soutenir que les conclusions du juge de première instance sur la rentabilité étaient déraisonnables parce que, si les travaux d'exploitation forestière n'avaient pas été rentables, ils n'auraient pas été effectués. La Cour d'appel a rejeté cet argument pour deux raisons : (1) les titulaires d'une tenure forestière doivent parfois maintenir l'exploitation forestière pour conserver leurs droits, même si ce n'est pas rentable; (2) l'accent porte sur la valeur économique de l'exploitation forestière par rapport aux effets préjudiciables qu'elle aurait sur les droits ancestraux des Tsilhqot'in, et non sur la rentabilité de l'exploitation forestière uniquement du point de vue du titulaire de la tenure forestière. En bref, la Cour d'appel n'a relevé aucune erreur dans le raisonnement du juge de première instance sur ce point. Je suis d'accord. Accorder à des tiers le droit de récolter du bois sur les terres des Tsilhqot'in constitue une atteinte grave qui ne sera pas justifiée à la légère. Si le gouvernement souhaite à l'avenir accorder de tels droits de récolte, il devra établir qu'il poursuit par la récolte un objectif impérieux et réel, ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

## 2. Le partage des compétences

[128] Comme je l'ai déjà indiqué, le point de départ est que, de façon générale, la réglementation de l'exploitation forestière dans la province relève du pouvoir que le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde à la province en matière de propriété et de droits civils. Sur le plan constitutionnel, la réglementation de l'exploitation forestière est, « de par son caractère véritable », une compétence provinciale. Ainsi, la *Forest Act* respecte le partage des compétences à moins qu'elle soit écartée par une compétence fédérale, même si elle peut, de manière incidente, toucher les matières relevant de la compétence fédérale.

[129] « Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens » relèvent de la compétence fédérale en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, les ressources forestières

the provincial power over forestry in the province and the federal power over “Indians”. Thus, for constitutional purposes, forestry on Aboriginal title land possesses a double aspect, with both levels of government enjoying concurrent jurisdiction. Normally, such concurrent legislative power creates no conflicts — federal and provincial governments cooperate productively in many areas of double aspect such as, for example, insolvency and child custody. However, in cases where jurisdictional disputes arise, two doctrines exist to resolve them.

[130] First, the doctrine of paramourcy applies where there is conflict or inconsistency between provincial and federal law, in the sense of impossibility of dual compliance or frustration of federal purpose. In the case of such conflict or inconsistency, the federal law prevails. Therefore, if the application of valid provincial legislation, such as the *Forest Act*, conflicts with valid federal legislation enacted pursuant to Parliament’s power over “Indians”, the latter would trump the former. No such inconsistency is alleged in this case.

[131] Second, the doctrine of interjurisdictional immunity applies where laws enacted by one level of government impair the protected core of jurisdiction possessed by the other level of government. Interjurisdictional immunity is premised on the idea that since federal and provincial legislative powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* are exclusive, each level of government enjoys a basic unassailable core of power on which the other level may not intrude. In considering whether provincial legislation such as the *Forest Act* is ousted pursuant to interjurisdictional immunity, the court must ask two questions. First, does the provincial legislation touch on a protected core of federal power? And second, would application of the provincial law significantly trammel or impair the federal power? (*Quebec (Attorney General) v.*

qui se trouvent sur des terres visées par un titre ancestral relèvent à la fois de la compétence provinciale en matière de ressources forestières dans la province et de la compétence fédérale sur les « Indiens ». Ainsi, sur le plan constitutionnel, les ressources forestières qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral comportent un double aspect puisque les deux paliers de gouvernement exercent sur elles une compétence concurrente. Habituellement, une telle compétence concurrente ne crée pas de conflit — les gouvernements fédéral et provinciaux collaborent de manière productive dans plusieurs domaines qui comportent un double aspect, par exemple l’insolvabilité et la garde des enfants. Cependant, lorsque se présente un conflit de compétence, deux doctrines permettent de le résoudre.

[130] Premièrement, la doctrine de la prépondérance s’applique en cas de conflit ou d’incompatibilité entre une loi provinciale et une loi fédérale, en ce sens qu’il est impossible de se conformer aux deux textes de loi ou que la réalisation de l’objet d’une loi fédérale est entravée. Dans un tel cas, la loi fédérale l’emporte. Par conséquent, si l’application d’une loi provinciale valide, comme la *Forest Act*, entre en conflit avec une loi fédérale valide adoptée en vertu du pouvoir du Parlement sur les « Indiens », la seconde aurait priorité sur la première. On n’a allégué l’existence d’aucune incompatibilité de la sorte en l’espèce.

[131] Deuxièmement, la doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique lorsque des lois adoptées par un palier de gouvernement entravent le contenu essentiel protégé d’une compétence de l’autre palier de gouvernement. Cette doctrine repose sur la prémisse que, puisque les compétences fédérales et provinciales prévues aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont exclusives, chaque palier de gouvernement exerce sa compétence sur un contenu minimum essentiel et irréductible auquel l’autre palier de gouvernement ne peut toucher. Pour déterminer si une loi provinciale comme la *Forest Act* est écartée par l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences, le tribunal doit se poser deux questions. Premièrement, la loi provinciale touche-t-elle un aspect du contenu essentiel protégé de la compétence fédérale? Et

*Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536).

[132] The trial judge held that interjurisdictional immunity rendered the provisions of the *Forest Act* inapplicable to land held under Aboriginal title because provisions authorizing management, acquisition, removal and sale of timber on such lands affect the core of the federal power over “Indians”. He placed considerable reliance on *R. v. Morris*, 2006 SCC 59, [2006] 2 S.C.R. 915, in which this Court held that only Parliament has the power to derogate from rights conferred by a treaty because treaty rights are within the core of the federal power over “Indians”. It follows, the trial judge reasoned, that, since Aboriginal rights are akin to treaty rights, the Province has no power to legislate with respect to forests on Aboriginal title land.

[133] The reasoning accepted by the trial judge is essentially as follows. Aboriginal rights fall at the core of federal jurisdiction under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Interjurisdictional immunity applies to matters at the core of s. 91(24). Therefore, provincial governments are constitutionally prohibited from legislating in a way that limits Aboriginal rights. This reasoning leads to a number of difficulties.

[134] The critical aspect of this reasoning is the proposition that Aboriginal rights fall at the core of federal regulatory jurisdiction under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[135] The jurisprudence on whether s. 35 rights fall at the core of the federal power to legislate with respect to “Indians” under s. 91(24) is somewhat mixed. While no case has held that Aboriginal

deuxièmement, l’application de la loi provinciale pourrait-elle entraver de façon importante la compétence fédérale? (*Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536).

[132] Le juge de première instance a conclu que l’exclusivité des compétences rendait les dispositions de la *Forest Act* inapplicables aux terres détenues en vertu d’un titre ancestral parce que les dispositions autorisant la gestion, l’acquisition, l’enlèvement et la vente du bois sur ces terres touchent au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les « Indiens ». Il a accordé une grande importance à l’arrêt *R. c. Morris*, 2006 CSC 59, [2006] 2 R.C.S. 915, dans lequel la Cour a conclu que seul le Parlement a le pouvoir de déroger aux droits reconnus dans un traité parce que les droits issus de traités se rattachent au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les « Indiens ». Le juge de première instance a donc estimé que, comme les droits ancestraux s’apparentent aux droits issus de traités, la province n’a pas le pouvoir de légiférer relativement aux forêts qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral.

[133] Le raisonnement adopté par le juge de première instance est essentiellement le suivant. Les droits ancestraux font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale prévue au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique aux matières qui font partie du contenu essentiel du par. 91(24). Par conséquent, la Constitution empêche les gouvernements provinciaux de légiférer d’une manière qui limite les droits ancestraux. Ce raisonnement suscite un certain nombre de difficultés.

[134] La proposition suivant laquelle les droits ancestraux font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale en matière de réglementation prévue au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue l’aspect crucial de ce raisonnement.

[135] La jurisprudence est quelque peu ambiguë quant à savoir si les droits visés à l’art. 35 font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral de faire des lois relatives aux « Indiens » prévu au

rights, such as Aboriginal title to land, fall at the core of the federal power under s. 91(24), this has been stated in *obiter dicta*. However, this Court has also stated in *obiter dicta* that provincial governments are constitutionally permitted to infringe Aboriginal rights where such infringement is justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982* — this latter proposition being inconsistent with the reasoning accepted by the trial judge.

[136] In *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, this Court suggested that interjurisdictional immunity did not apply where provincial legislation conflicted with treaty rights. Rather, the s. 35 *Sparrow* framework was the appropriate tool with which to resolve the conflict:

... the federal and provincial governments [have the authority] within their respective legislative fields to regulate the exercise of the treaty right subject to the constitutional requirement that restraints on the exercise of the treaty right have to be justified on the basis of conservation or other compelling and substantial public objectives ... [para. 24]

[137] More recently however, in *Morris*, this Court distinguished *Marshall* on the basis that the treaty right at issue in *Marshall* was a commercial right. The Court in *Morris* went on to hold that interjurisdictional immunity prohibited any provincial infringement of the non-commercial treaty right in that case, whether or not such an infringement could be justified under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[138] Beyond this, the jurisprudence does not directly address the relationship between interjurisdictional immunity and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The ambiguous state of the jurisprudence has created unpredictability. It is clear that where valid *federal* law interferes with an Aboriginal or treaty right, the s. 35 *Sparrow* framework governs the law's applicability. It is less clear, however, that

par. 91(24). Aucune décision n'a conclu que les droits ancestraux, par exemple le titre ancestral sur des terres, font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale prévue au par. 91(24), mais on l'indique dans des remarques incidentes. Toutefois, notre Cour a également indiqué dans des remarques incidentes que la Constitution permet aux gouvernements provinciaux de porter atteinte aux droits ancestraux lorsque ces atteintes sont justifiées au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — et cette proposition va à l'encontre du raisonnement que le juge de première instance a accepté.

[136] Dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, notre Cour a supposé que l'exclusivité des compétences ne s'appliquait pas en cas de conflit entre une loi provinciale et des droits issus d'un traité. Le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 énoncé dans *Sparrow* a plutôt été retenu comme le moyen permettant de résoudre le conflit :

... les gouvernements fédéral et provinciaux [ont le pouvoir] de réglementer, dans les limites de leurs champs respectifs de compétences législatives, l'exercice du droit issu du traité, sous réserve du fait que la Constitution exige que les restrictions imposées à l'exercice de ce droit soient justifiées pour des raisons de conservation ou pour d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux ... [par. 24]

[137] Plus récemment cependant, dans l'arrêt *Morris*, notre Cour a fait une distinction avec l'arrêt *Marshall* puisque le droit issu du traité en question dans *Marshall* était un droit de nature commerciale. Dans *Morris*, la Cour a conclu que l'exclusivité des compétences interdisait à la province de porter atteinte au droit issu du traité — un droit de nature non commerciale dans cette affaire — indépendamment du fait que l'atteinte puisse ou non être justifiée en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[138] Cela mis à part, la jurisprudence ne traite pas directement du lien entre l'exclusivité des compétences et l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'ambiguïté de la jurisprudence a engendré l'imprévisibilité. Il est clair que lorsqu'une loi *fédérale* valide porte atteinte à un droit ancestral ou issu d'un traité, le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 énoncé dans *Sparrow* régit l'applicabilité de la loi. Il est

it is so where valid *provincial* law interferes with an Aboriginal or treaty right. The jurisprudence leaves the following questions unanswered. Does interjurisdictional immunity prevent provincial governments from ever limiting Aboriginal rights even if a particular infringement would be justified under the *Sparrow* framework? Is provincial interference with Aboriginal rights treated differently than treaty rights? And, are commercial Aboriginal rights treated differently than non-commercial Aboriginal rights? No case has addressed these questions explicitly, as I propose to do now.

[139] As discussed, s. 35 of the *Constitution Act, 1982* imposes limits on how both the federal and provincial governments can deal with land under Aboriginal title. Neither level of government is permitted to legislate in a way that results in a meaningful diminution of an Aboriginal or treaty right, unless such an infringement is justified in the broader public interest and is consistent with the Crown's fiduciary duty owed to the Aboriginal group. The result is to protect Aboriginal and treaty rights while also allowing the reconciliation of Aboriginal interests with those of the broader society.

[140] What role then is left for the application of the doctrine of interjurisdictional immunity and the idea that Aboriginal rights are at the core of the federal power over "Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*? The answer is none.

[141] The doctrine of interjurisdictional immunity is directed to ensuring that the two levels of government are able to operate without interference in their core areas of exclusive jurisdiction. This goal is not implicated in cases such as this. Aboriginal rights are a limit on both federal and provincial jurisdiction.

toutefois moins évident que ce soit le cas lorsqu'une loi *provinciale* valide porte atteinte à un droit ancestral ou issu d'un traité. La jurisprudence laisse sans réponse les questions suivantes : L'exclusivité des compétences empêche-t-elle absolument les gouvernements provinciaux de limiter les droits ancestraux même si le cadre d'analyse énoncé dans *Sparrow* permettrait de justifier l'atteinte en question? Une atteinte à un droit ancestral de la part de la province est-elle traitée différemment d'une atteinte à un droit issu d'un traité? Et les droits ancestraux de nature commerciale sont-ils traités différemment des droits ancestraux de nature non commerciale? Comme aucune décision n'a examiné explicitement ces questions, je propose de le faire maintenant.

[139] J'ai déjà indiqué que l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* impose des limites quant à la façon dont les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, peuvent traiter les terres visées par un titre ancestral. Ces gouvernements ne peuvent faire des lois qui entraînent une diminution appréciable d'un droit ancestral ou issu d'un traité à moins que l'atteinte soit justifiée dans l'intérêt public général et qu'elle soit compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone. L'objectif consiste à protéger les droits ancestraux et issus d'un traité tout en permettant la conciliation des intérêts autochtones avec ceux de la société en général.

[140] Alors, à quoi peuvent encore servir l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences et la notion que les droits ancestraux font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral sur les « Indiens » prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Il faut répondre comme suit : elles ne servent à rien.

[141] La doctrine de l'exclusivité des compétences vise à faire en sorte que les deux niveaux de gouvernement soient en mesure de fonctionner sans que l'un empiète sur le contenu essentiel des domaines de compétence exclusive de l'autre. Cet objectif n'est pas en cause dans les affaires telles que celle qui nous occupe. Les droits ancestraux constituent une limite à l'exercice des compétences tant fédérales que provinciales.

[142] The guarantee of Aboriginal rights in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, like the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, operates as a limit on federal and provincial legislative powers. The *Charter* forms Part I of the *Constitution Act, 1982*, and the guarantee of Aboriginal rights forms Part II. Parts I and II are sister provisions, both operating to limit governmental powers, whether federal or provincial. Part II Aboriginal rights, like Part I *Charter* rights, are held *against* government — they operate to *prohibit* certain types of regulation which governments could otherwise impose. These limits have nothing to do with whether something lies at the core of the federal government's powers.

[143] An analogy with *Charter* jurisprudence may illustrate the point. Parliament enjoys exclusive jurisdiction over criminal law. However, its criminal law power is circumscribed by s. 11 of the *Charter* which guarantees the right to a fair criminal process. Just as Aboriginal rights are fundamental to Aboriginal law, the right to a fair criminal process is fundamental to criminal law. But we do not say that the right to a fair criminal process under s. 11 falls at the core of Parliament's criminal law jurisdiction. Rather, it is a *limit* on Parliament's criminal law jurisdiction. If s. 11 rights were held to be at the core of Parliament's criminal law jurisdiction such that interjurisdictional immunity applied, the result would be absurd: provincial breaches of s. 11 rights would be judged on a different standard than federal breaches, with only the latter capable of being saved under s. 1 of the *Charter*. This same absurdity would result if interjurisdictional immunity were applied to Aboriginal rights.

[142] Tout comme le fait la *Charte canadienne des droits et libertés*, la protection des droits ancestraux garantie à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* vient limiter l'exercice des pouvoirs législatifs fédéraux et provinciaux. La *Charte* constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la protection des droits ancestraux constitue la partie II. Les parties I et II sont apparentées et limitent toutes deux l'exercice des pouvoirs gouvernementaux, qu'ils soient fédéraux ou provinciaux. Les droits garantis à la partie II, tout comme les droits garantis par la *Charte* à la partie I, sont *opposables* au gouvernement — ils ont pour effet d'*interdire* certains types de réglementation que les gouvernements pourraient autrement imposer. Ces limites n'ont rien à voir avec la question de savoir si une activité fait partie du contenu essentiel des pouvoirs du gouvernement fédéral.

[143] Une analogie avec la jurisprudence relative à la *Charte* peut illustrer ce point. Le Parlement a une compétence exclusive en matière de droit criminel. Cependant, l'exercice de son pouvoir en droit criminel est circonscrit par l'art. 11 de la *Charte* qui garantit le droit à l'équité du processus criminel. Tout comme les droits ancestraux sont un aspect fondamental du droit autochtone, le droit à l'équité du processus criminel est un aspect fondamental du droit criminel. Mais nous ne disons pas que le droit à l'équité du processus criminel prévu à l'art. 11 fait partie du contenu essentiel de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Il s'agit plutôt d'une *limite* à la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Si l'on considérait que les droits garantis à l'art. 11 font partie du contenu essentiel de la compétence du Parlement en matière de droit criminel de sorte que l'exclusivité des compétences s'applique, on aboutirait à un résultat absurde : les violations, par les provinces, des droits garantis à l'art. 11 seraient jugées suivant une norme différente de celle applicable aux violations par le gouvernement fédéral, et seules ces dernières seraient susceptibles d'être sauvegardées en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'application de l'exclusivité des compétences aux droits ancestraux aboutirait au même résultat absurde.

[144] The doctrine of interjurisdictional immunity is designed to deal with conflicts between provincial powers and federal powers; it does so by carving out areas of exclusive jurisdiction for each level of government. But the problem in cases such as this is not competing provincial and federal powers, but rather tension between the right of the Aboriginal title holders to use their land as they choose and the province which seeks to regulate it, like all other land in the province.

[145] Moreover, application of interjurisdictional immunity in this area would create serious practical difficulties.

[146] First, application of interjurisdictional immunity would result in two different tests for assessing the constitutionality of provincial legislation affecting Aboriginal rights. Pursuant to *Sparrow*, provincial regulation is unconstitutional if it results in a meaningful diminution of an Aboriginal right that cannot be justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Pursuant to interjurisdictional immunity, provincial regulation would be unconstitutional if it impaired an Aboriginal right, whether or not such limitation was reasonable or justifiable. The result would be dueling tests directed at answering the same question: How far can provincial governments go in regulating the exercise of s. 35 Aboriginal rights?

[147] Second, in this case, applying the doctrine of interjurisdictional immunity to exclude provincial regulation of forests on Aboriginal title lands would produce uneven, undesirable results and may lead to legislative vacuums. The result would be patchwork regulation of forests — some areas of the province regulated under provincial legislation, and other areas under federal legislation or no legislation at all. This might make it difficult, if not impossible, to deal effectively with problems such as

[144] La doctrine de l'exclusivité des compétences vise à régler les conflits entre les compétences provinciales et les compétences fédérales; elle y parvient en créant des domaines de compétence exclusive pour chaque palier de gouvernement. Cependant, le problème dans des cas comme celui-ci ne résulte pas d'une confrontation entre le pouvoir des provinces et ceux du gouvernement fédéral mais plutôt d'une tension entre le droit des titulaires du titre ancestral d'utiliser leurs terres comme ils l'entendent et la volonté de la province de réglementer ces terres au même titre que toutes les autres terres dans la province.

[145] En outre, l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans ce domaine créerait de sérieuses difficultés d'ordre pratique.

[146] Premièrement, l'application de l'exclusivité des compétences aurait pour effet d'établir deux critères différents pour l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi provinciale touchant aux droits ancestraux. Suivant l'arrêt *Sparrow*, la réglementation provinciale est inconstitutionnelle si elle entraîne une diminution appréciable d'un droit ancestral qui ne saurait être justifiée au regard de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Suivant la doctrine de l'exclusivité des compétences, la réglementation provinciale serait inconstitutionnelle si elle portait atteinte à un droit ancestral, peu importe que l'atteinte soit raisonnable ou justifiable. Il y aurait donc deux critères contradictoires censés répondre à la même question : Jusqu'où les gouvernements provinciaux peuvent-ils aller dans la réglementation de l'exercice des droits ancestraux protégés par l'art. 35?

[147] Deuxièmement, en l'espèce, appliquer la doctrine de l'exclusivité des compétences dans le but d'exclure la réglementation provinciale des forêts se trouvant sur les terres visées par un titre ancestral entraînerait des résultats inégaux et indésirables et pourrait créer des vides législatifs. Il en résulterait une réglementation morcelée en matière de ressources forestières — certaines régions de la province seraient assujetties aux lois provinciales et d'autres régions seraient réglementées par les lois

pests and fires, a situation desired by neither level of government.

[148] Interjurisdictional immunity — premised on a notion that regulatory environments can be divided into watertight jurisdictional compartments — is often at odds with modern reality. Increasingly, as our society becomes more complex, effective regulation requires cooperation between interlocking federal and provincial schemes. The two levels of government possess differing tools, capacities, and expertise, and the more flexible double aspect and paramountcy doctrines are alive to this reality: under these doctrines, jurisdictional cooperation is encouraged up until the point when actual conflict arises and must be resolved. Interjurisdictional immunity, by contrast, may thwart such productive cooperation. In the case of forests on Aboriginal title land, courts would have to scrutinize provincial forestry legislation to ensure that it did not impair the core of federal jurisdiction over “Indians” and would also have to scrutinize any federal legislation to ensure that it did not impair the core of the province’s power to manage the forests. It would be no answer that, as in this case, both levels of government agree that the laws at issue should remain in force.

[149] This Court has recently stressed the limits of interjurisdictional immunity. “[C]onstitutional doctrine must facilitate, not undermine what this Court has called ‘co-operative federalism’” and as such “a court should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by both levels of government” (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paras. 24 and 37 (emphasis deleted)). Because of this, interjurisdictional immunity is of “limited application” and should be applied “with restraint”

fédérales ou ne seraient pas réglementées du tout. Cela pourrait rendre difficile, voire impossible, la résolution efficace de problèmes comme les ravageurs ou le feu : une situation souhaitée par ni l’un ni l’autre des paliers de gouvernement.

[148] La doctrine de l’exclusivité des compétences — fondée sur l’idée que les contextes réglementaires peuvent être divisés en compartiments étanches — va souvent à l’encontre de la réalité moderne. Notre société devient plus complexe, et pour être efficace, la réglementation exige de plus en plus la coopération des régimes fédéral et provincial interreliés. Les deux paliers de gouvernement possèdent des outils, compétences et expertises différents, et les doctrines plus souples du double aspect et de la prépondérance fédérale sont sensibles à cette réalité : suivant ces doctrines, on encourage la coopération intergouvernementale jusqu’au moment où survient un conflit qu’il faut régler. Par contre, la doctrine de l’exclusivité des compétences peut contrecarrer une telle coopération. Dans le cas des forêts qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral, les tribunaux devraient examiner la loi provinciale sur les ressources forestières afin de s’assurer qu’elle ne porte pas atteinte au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les « Indiens » et devraient également examiner la loi fédérale afin de s’assurer qu’elle ne porte pas atteinte au contenu essentiel du pouvoir provincial de gérer les forêts. Suggérer, comme en l’espèce, que les deux paliers de gouvernement conviennent que les lois en question devraient rester en vigueur ne règle pas la question.

[149] Notre Cour a récemment souligné les limites de l’exclusivité des compétences. Les doctrines constitutionnelles « doivent faciliter et non miner ce que notre Cour a appelé un “fédéralisme coopératif” » et, par conséquent, « les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l’application régulière des lois édictées par les deux ordres de gouvernement » (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 24 et 37 (italiques dans l’original omis)). Pour cette raison, la doctrine de l’exclusivité des compétences

(paras. 67 and 77). These propositions have been confirmed in more recent decisions: *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134.

[150] *Morris*, on which the trial judge relied, was decided prior to this Court's articulation of the modern approach to interjurisdictional immunity in *Canadian Western Bank* and *Canadian Owners and Pilots Association*, and so is of limited precedential value on this subject as a result (see *Marine Services*, at para. 64). To the extent that *Morris* stands for the proposition that provincial governments are categorically barred from regulating the exercise of Aboriginal rights, it should no longer be followed. I find that, consistent with the statements in *Sparrow* and *Delgamuukw*, provincial regulation of general application will apply to exercises of Aboriginal rights, including Aboriginal title land, subject to the s. 35 infringement and justification framework. This carefully calibrated test attempts to reconcile general legislation with Aboriginal rights in a sensitive way as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and is fairer and more practical from a policy perspective than the blanket inapplicability imposed by the doctrine of interjurisdictional immunity.

[151] For these reasons, I conclude that the doctrine of interjurisdictional immunity should not be applied in cases where lands are held under Aboriginal title. Rather, the s. 35 *Sparrow* approach should govern. Provincial laws of general application, including the *Forest Act*, should apply unless they are unreasonable, impose a hardship or deny the title holders their preferred means of exercising their rights, and such restrictions cannot be justified pursuant to the justification framework outlined above. The result is a balance that preserves

est d'une « application restreinte » et elle devrait être appliquée « avec retenue » (par. 67 et 77). Ces principes ont été confirmés dans des arrêts plus récents : *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134.

[150] L'arrêt *Morris*, sur lequel le juge de première instance s'est appuyé, a été rendu avant que la Cour formule une approche moderne de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans les arrêts *Banque canadienne de l'Ouest* et *Canadian Owners and Pilots Association* et, par conséquent, il confère peu de valeur jurisprudentielle sur ce sujet (voir *Marine Services*, par. 64). Dans la mesure où l'arrêt *Morris* appuie la proposition voulant qu'il soit catégoriquement interdit aux gouvernements provinciaux de réglementer l'exercice des droits ancestraux, il ne devrait plus être suivi. J'estime que, conformément aux commentaires formulés dans les arrêts *Sparrow* et *Delgamuukw*, la réglementation provinciale d'application générale s'appliquera à l'exercice des droits ancestraux, notamment au titre ancestral sur des terres, sous réserve de l'application du cadre d'analyse relatif à l'art. 35 qui permet de justifier une atteinte. Ce critère soigneusement conçu vise à concilier la loi d'application générale et les droits ancestraux avec la délicatesse qu'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et il est plus équitable et pratique du point de vue de la politique générale que l'inapplicabilité générale qu'impose la doctrine de l'exclusivité des compétences.

[151] Pour ces raisons, je conclus que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne devrait pas être appliquée dans les cas où les terres sont détenues en vertu du titre ancestral. C'est plutôt la démarche axée sur le critère fondé sur l'art. 35, énoncée dans *Sparrow*, qui devrait être retenue. Les lois provinciales d'application générale, y compris la *Forest Act*, devraient s'appliquer à moins qu'elles soient déraisonnables ou indûment rigoureuses ou qu'elles refusent aux titulaires du titre le recours à leur moyen préféré d'exercer leurs droits et

the Aboriginal right while permitting effective regulation of forests by the province, as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[152] The s. 35 framework applies to exercises of both provincial and federal power: *Sparrow*; *Delgamuukw*. As such, it provides a complete and rational way of confining provincial legislation affecting Aboriginal title land within appropriate constitutional bounds. The issue in cases such as this is not at base one of conflict between the federal and provincial levels of government — an issue appropriately dealt with by the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity where precedent supports this — but rather how far the provincial government can go in regulating land that is subject to Aboriginal title or claims for Aboriginal title. The appropriate constitutional lens through which to view the matter is s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, which directly addresses the requirement that these interests must be respected by the government, unless the government can justify incursion on them for a compelling purpose and in conformity with its fiduciary duty to affected Aboriginal groups.

#### IX. Conclusion

[153] I would allow the appeal and grant a declaration of Aboriginal title over the area at issue, as requested by the Tsilhqot'in. I further declare that British Columbia breached its duty to consult owed to the Tsilhqot'in through its land use planning and forestry authorizations.

que ces restrictions ne puissent pas être justifiées conformément au cadre d'analyse de la justification décrit précédemment. Il en résulte un équilibre qui préserve le droit ancestral tout en assurant une réglementation efficace des forêts par la province, comme l'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[152] Le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 s'applique à l'exercice des compétences tant provinciales que fédérales : *Sparrow*; *Delgamuukw*. Par conséquent, il offre un moyen exhaustif et rationnel de circonscrire les lois provinciales touchant les terres visées par un titre ancestral dans les limites fixées par la Constitution. La question qui se pose dans des cas comme celui-ci ne porte pas, à la base, sur le conflit entre les paliers fédéral et provincial de gouvernement — les doctrines de la prépondérance fédérale et de l'exclusivité des compétences permettent de traiter cette question selon que l'indique la jurisprudence — il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure le gouvernement provincial peut réglementer des terres visées par un titre ancestral ou faisant l'objet d'une revendication du titre ancestral. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* constitue le cadre approprié à l'intérieur duquel doit être considérée une telle question puisqu'il oblige directement le gouvernement à respecter ces droits ou à démontrer que l'atteinte se rapporte à la poursuite d'un objectif impérieux et réel et qu'elle est compatible avec son obligation fiduciaire envers les groupes autochtones.

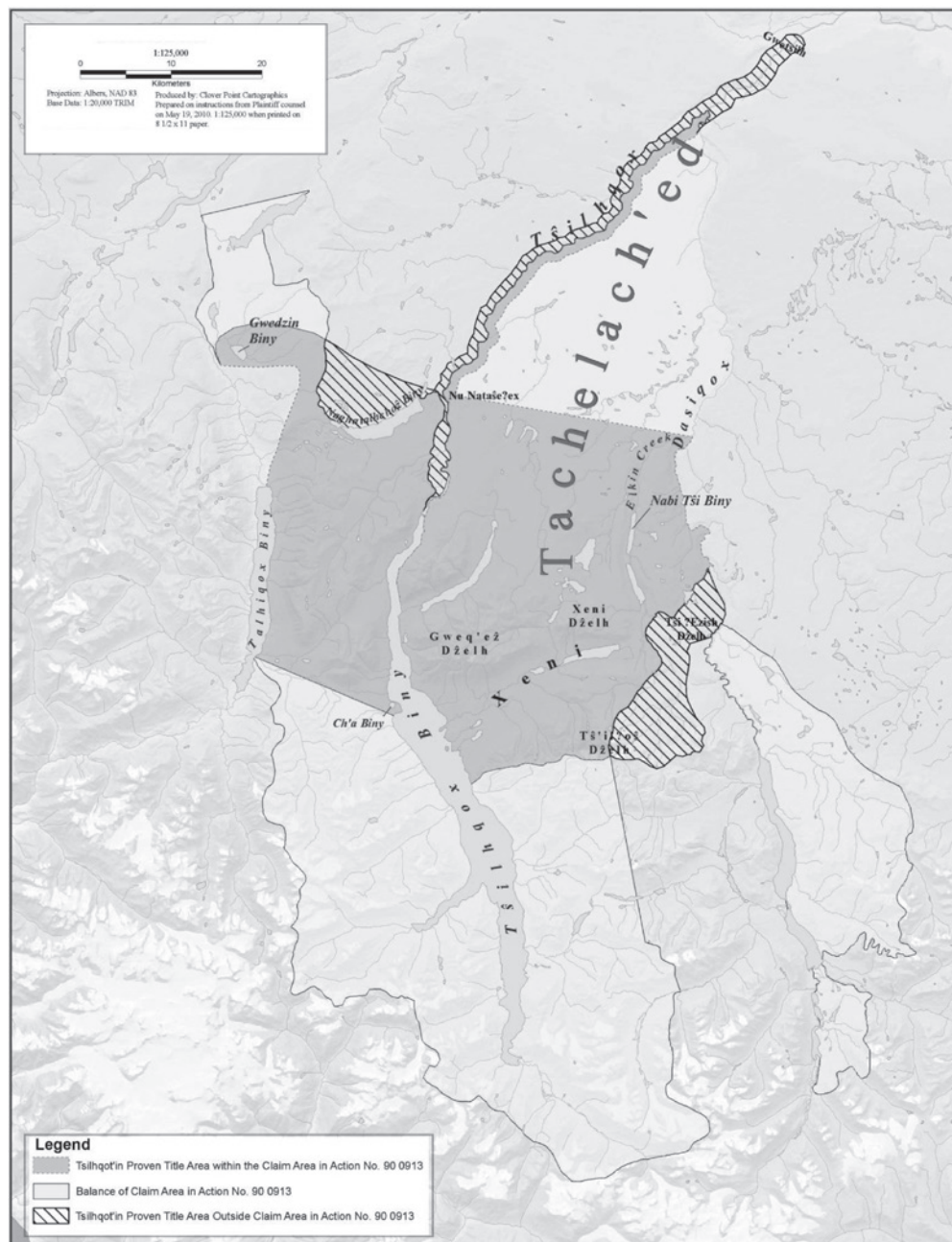
#### IX. Conclusion

[153] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre un jugement déclarant l'existence d'un titre ancestral sur la région en question, comme l'ont demandé les Tsilhqot'in. Je déclare également que la Colombie-Britannique a manqué à l'obligation de consultation qu'elle avait envers les Tsilhqot'in en raison du plan d'aménagement du territoire qu'elle a établi et des autorisations d'exploitation forestière qu'elle a accordées.

## APPENDIX

## PROVEN TITLE AREA – VISUAL AID

## ANNEXE

TERRITOIRE SUR LEQUEL L'EXISTENCE DU  
TITRE EST ÉTABLIE – SUPPORT VISUEL

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver; Woodward & Company, Victoria.*

*Solicitors for the respondents Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia and the Regional Manager of the Cariboo Forest Region: Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Saskatoon.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*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, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Business Council of British Columbia, the Council of Forest Industries, the Coast Forest Products Association, the Mining Association of British Columbia and the Association for Mineral Exploration British Columbia: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Gitanyow Hereditary Chiefs of Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon and Wii'litswx, on their own behalf and*

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant : Rosenberg & Rosenberg, Vancouver; Woodward & Company, Victoria.*

*Procureurs des intimés Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le chef régional de la région de Cariboo Forest : Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Saskatoon.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*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, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du traité des Te'mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants Business Council of British Columbia, Council of Forest Industries, Coast Forest Products Association, Mining Association of British Columbia et Association for Mineral Exploration British Columbia : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Arvay Finlay, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants les chefs héréditaires Gitanyow de Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon et Wii'litswx, en leur nom et au nom*

*on behalf of all Gitanyow, and the Office of the Wet'suwet'en Chiefs: Peter Grant & Associates, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Hul'qumi'num Treaty Group: Robert B. Morales, Ladysmith, British Columbia.*

*Solicitors for the intervener the Council of the Haida Nation: White Raven Law Corporation, Surrey, British Columbia.*

*Solicitors for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada: Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Mandell Pinder, Vancouver; Morgan & Associates, West Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Tsawout First Nation, the Tsartlip First Nation, the Snuneymuxw First Nation and the Kwakiutl First Nation: Devlin Gailus, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council and their member communities, Okanagan, Adams Lake, Neskonlith and Spltasin Indian Bands: Mandell Pinder, Vancouver; University of British Columbia, Vancouver; Thompson Rivers University, Kamloops.*

*Solicitors for the interveners Amnesty International and the Canadian Friends Service Committee: Stockwoods, Toronto; Paul Joffe, Saint-Lambert, Quebec.*

*Solicitors for the intervener the Gitxaala Nation: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Chilko Resorts and Community Association and the Council of Canadians: Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*de tous les Gitanyow, et le Bureau des chefs Wet'suwet'en : Peter Grant & Associates, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le Groupe du traité Hul'qumi'num : Robert B. Morales, Ladysmith, Colombie-Britannique.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil de la Nation haïda : White Raven Law Corporation, Surrey, Colombie-Britannique.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du barreau autochtone au Canada : Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières Nations : Mandell Pinder, Vancouver; Morgan & Associates, West Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes la Première Nation Tsawout, la Première Nation Tsartlip, la Première Nation Snuneymuxw et la Première Nation Kwakiutl : Devlin Gailus, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante la Coalition de l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique, l'Alliance des Nations de l'Okanagan, le Conseil tribal de la Nation Shuswap et leurs communautés membres, les bandes indiennes d'Okanagan, d'Adams Lake, de Neskonlith et de Spltasin : Mandell Pinder, Vancouver; University of British Columbia, Vancouver; Thompson Rivers University, Kamloops.*

*Procureurs des intervenants Amnistie internationale et Secours Quaker canadien : Stockwoods, Toronto; Paul Joffe, Saint-Lambert, Québec.*

*Procureurs de l'intervenante la Nation Gitxaala : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants Chilko Resorts and Community Association et le Conseil des Canadiens : Ratcliff & Company, North Vancouver.*

TAB 27

Re Union Gas Ltd. and Quaggiotto et al.

(1974), 1 O.R. (2d) 751

ONTARIO  
COURT OF APPEAL  
SCHROEDER, BROOKE and ARNUP, JJ.A.  
27TH JUNE 1973

Expropriation -- Procedure -- Application for leave to construct transmission line -- Act requiring applicant to file map showing "general location" -- Board granting leave to construct line over general location as shown on map -- Circumstances resulting in need to vary route -- Whether applicant required to make fresh application for leave or whether applicant may seek variation of original order -- Meaning of "general location" -- Ontario Energy Board Act, ss. 38, 40, 41.

In 1971, Union Gas Ltd. obtained from the Ontario Energy Board leave to construct a transmission line pursuant to s. 38(1) of the Ontario Energy Board Act, R.S.O. 1970, c. 312. The map filed by Union Gas with its application showed the general location of the line as along the south side of the Penn Central Railway to the vicinity of C Rd. and then crossing the railway in a northerly direction running westerly for a short distance and recrossing the railway to the south side again. The order of the Board granting leave was subject to the condition that the "location of the pipe line in the City of Windsor west of Walker Road be parallel with and abut the Penn-Central Railway right-of-way and be within 60 feet of the right-of-way". Further, the Board ordered that the general location of the line be the location shown on the map. The reason why the proposed line in the original application was directed to the northern side of the railway right of way was to avoid expropriation of an easement of the respondents'

property on the south side of the railway right of way and to the west of C Rd. However, when it became apparent that the land to the north of the right of way and west of C Rd. was unavailable due to the existence of a 27-ft. strip of land owned by the City of Windsor on which hydro poles were erected and under which an underground drain had been constructed, Union Gas made an ex parte application seeking to vary the original order by obtaining leave to construct over the respondents' lands. At the same time Union Gas applied to expropriate that portion of the respondents' land required for the easement. As the respondents were not affected by the original order they had had no notice of the original proceeding. However, the Board directed that notice of the new application be given to the respondents and a hearing was held. The Board treated the application to vary as an application de novo for leave to construct and, after hearing evidence material to the issue whether leave to construct should be granted, proceeded, over the objections of counsel for the respondents, to hear evidence material to the issue whether the respondents' lands should be expropriated. The Board granted the application to vary and ordered "that the general location" of the line was to be in the "location shown on the map ... provided that [Union Gas] may make minor diversions to overcome local problems and provided further that the pipe line may be located either to the north or the south of the ... right-of-way". An appeal to the Divisional Court from this order and from an order granting leave to expropriate was allowed. On further appeal, held, the appeal should be allowed.

The words "general location" relate to a general, as contrasted with a specific, indication of the route to be followed by a pipeline and the only condition to be satisfied before an applicant becomes entitled to seek the Board's authorization to expropriate a particular parcel of land is that it have permission to construct the line along the general route outlined. Moreover, the Board is free to deviate from the general location so delineated to such reasonable extent as in the Board's discretion may be necessary or desirable having regard to controlling circumstances which may arise from time to time as the project proceeds. Consequently, in granting the

application to vary, the Board acted correctly.

Furthermore, the Divisional Court erred in holding that Union Gas was required to make a fresh application for leave to construct under ss. 39 and 40 of the Ontario Energy Board Act and was required to give notice to the respondents. Rather the application came clearly under s. 31 of the Act authorizing the Board to vary any order made by it and consequently the Board was, by virtue of s. 15(2), authorized to make an order ex parte.

[The Queen v. Farwell (1887), 14 S.C.R. 392, refd to]

APPEAL from the judgment of the Divisional Court, [1973] 3 O.R. 447, 37 D.L.R. (3d) 179, allowing an appeal from a decision of the Ontario Energy Board granting leave to expropriate certain property.

L.H. Mandel, for appellant, Union Gas Ltd.

R.A. Scott, Q.C., for respondent, Ontario Energy Board.

H.J. Bliss, for respondents, M. Baggio and E. Quaggiotto, carrying on business under the name of Elma Construction Co.

The judgment of the Court was delivered orally by

SCHROEDER, J.A.:-- This is an appeal from an order of the Divisional Court pronounced on March 21, 1973, pursuant to s. 33(3) of the Ontario Energy Board Act, R.S.O. 1970, c. 312, whereby that Court certified its opinion to the Ontario Energy Board in respect of two orders of the Board made on an application to the Board by Union Gas Limited as follows:

1. An order made on November 22, 1972, under s. 31 of Part I of the Act (Energy Board leave order No. 59) to vary an order of the Board made on September 27, 1971, giving leave

to construct a pipeline made under the provisions of s. 38 of the Act (Energy Board leave order No. 152).

2. An order made on November 28, 1972, under s. 41 of Part II of the Act (Energy Board leave order No. 152(49)) granting to the appellant leave to expropriate a pipeline easement over certain lands of the respondents Baggio and Quaggiotto (carrying on business under the name of Elam Construction Company).

The Divisional Court held by a majority judgment delivered by the Honourable Mr. Justice Hughes in which the Honourable the Chief Justice of the High Court concurred (the Honourable Mr. Justice Moorhouse dissenting) that the appellant should reapply to the Board and the Board should reconsider the application [[1973] 3 O.R. 447 at p. 461, 37 D.L.R. (3d) 179 at p. 193]:

... in the order, and subject to the time-limits prescribed in the statute, on the assumption that the application to vary EBL0 152 was an application for leave to construct de novo and not such a variation of an order as was contemplated by the provisions of s. 31 [of the Act].

It was accordingly ordered and adjudged that the said orders of the Board should be set aside and the matter remitted to the Board for that purpose.

Board order E.B.L.O. 152, (hereinafter referred to as order No. 152) granted leave to the appellant gas company to construct a 20-in. gas transmission line approximately 23 miles in length from its existing Rochester transmission station in lot No. 17, Concession South of Middle Rd. in the Township of Rochester, in the County of Essex, to a proposed valve site at the intersection of Cameron Blvd. and Grand Marais Rd., in the City of Windsor.

Board order No. 152(49) pronounced on November 28, 1972, gave the appellant permission to expropriate a permanent easement over property of Elma Construction being part of Block "K", registered Plan 148, in the City of Windsor, and Board order No. 152(50) dated November 28, 1972, gave the appellant leave

to expropriate a temporary easement to facilitate construction of its works terminating on December 1, 1974.

In making order No. 152 the Board found that construction of the line as applied for was in the public interest and that it was necessary in order to meet the gas requirements of the appellant in the Windsor-Essex County area in the winter of 1972 and 1973.

Board order No. 152, dated August 24, 1971, approved the application made to the Board by the gas company and provided for the issuance of the order subject to two stated conditions:

. That the location of the pipe line immediately to the west of Walker Road in the City of Windsor be parallel and adjacent to the Penn-Central Railway right-of-way.

i. That the location of the pipe line in the City of Windsor west of Walker Road be parallel with and abut the Penn-Central Railway right-of-way and be within 60 feet of that right-of-way.

By the amending order dated November 2, 1972, the Board ordered that E.B.L.O. 152 be varied and amended as follows:

(1) By deleting Item ii of the conditions set forth on page 2 thereof and substituting therefor the following:

ii. That the location of the pipe line in the City of Windsor west of Walker Road be parallel with and abut the Penn-Central Railway right-of-way and be within 60 feet of that right-of-way, save and except that if the pipe line is constructed on the north side of the said right-of-way immediately to the west of Cabana Road (where the City of Windsor owns a 27-foot wide strip of land adjacent to the railway right-of-way and used for other utility purposes) the location of the pipeline shall abut the said strip of land and be within 60 feet of it.

The order was further amended by deleting cl. 4 thereof and

substituting therefor the following clause:

4. THIS BOARD DOTH ORDER that subject to the specific conditions i and ii (as amended) of this Order with respect to line location in the City of Windsor the general location of the said pipe line shall be in the location shown on the map hereto attached, provided that the Applicant may make minor diversions from such location to overcome local problems and provided further that the pipe line may be located either to the north or to the south of the Penn-Central Railway right-of-way in the vicinity of Cabana Road, in the City of Windsor.

The effect of cl. 4 as amended was to expand cl. 4 of the original Board order No. 152 which had simply ordered "that the general location of the pipe line shall be the location shown on the map hereto attached", i.e., the map which was annexed to the appellant's original application for leave to construct. Thus it provides for alternative routes near the Cabana Rd. site, either north or south of the railway line in question.

At this point it should be stated that the line proposed in the original application ran south of the railway right of way in the Windsor area until it approached Cabana Rd. at a point a short distance east of that roadway the line was then run in a northerly direction to a point 60 ft. north of the railway right of way, thence westerly through lands owned by one Micelli. After it reached a point some distance west of Cabana Rd., the proposed line was diverted across the said right of way to a point 60 ft. south of the railway property, whence it was continued in a westerly direction to the point of destination. The application to the Board for permission to deviate from the route as proposed in the original application which was granted by Board order No. 152 was rendered necessary by certain local difficulties which presented themselves at this point. Between the railway right of way and the Micelli lands north of the railway land was a 27-ft. strip of land owned by the City of Windsor on which hydro poles were erected and under which an underground drain had been constructed. Thus this area was not available for the uses for which the appellant required it, and it became impossible to comply with

the condition upon which Windsor insisted that the easement sought by the appellant be adjacent to the railway right of way and extend 60 ft. therefrom. It appears that the gas company would have asked originally for leave to construct its pipeline by continuing it along the south side of the railway property and across Cabana Rd., but proposed the diversion to the north to avoid involving a dwelling on the south side of the railway west of Cabana Rd. That house is owned by the respondents Baggio and Quaggiotto, and the easement requirements as varied by the November order necessitated expropriation of part of their property. In the result the Board decided upon the evidence that the appellant should be granted the variation order as sought by it and that it should also be granted leave to expropriate the respondents' property to the extent required by it both for a permanent easement and a temporary easement as specified in the relevant order. With this administrative decision of the Board we are not concerned.

The appellants were granted leave to appeal to this Court from the order of the Divisional Court pronounced on March 21, 1973, upon the following questions of law:

(i) Did the Divisional Court err in holding that the provisions of the Ontario Energy Board Act, including the Regulations pursuant thereto, required Union Gas Company of Canada Limited to make a fresh application for leave to construct a pipeline, rather than applying for a variation of the Order to construct?

(ii) What is the interpretation to be placed on the words "general location" in Section 40 of the Ontario Energy Board Act?

(iii) Whether Messrs. Baggio and Quaggiotto received proper notice under the Ontario Energy Board Act?

It was argued persuasively by counsel for the appellant that there was no need to apply for an amendment to the original Board order having regard to the meaning assigned by the appellants to the words "general location" as they appear in s. 40 of the Ontario Energy Board Act. The term "location" used

in s. 40 is used with a technical or conventional import, when used in connection with a line or route to be followed by an undertaking similar to a railway or highway; that term is frequently used in statutes to denote the act of selecting and marking out the line upon which a railway, canal or highway is to be constructed: *The Queen v. Farwell* (1887), 14 S.C.R. 392 at p. 426. It should also be observed that in s. 40 the word "location" is qualified by the preceding word, "general".

In the view which we take, "general location" relates to a general, as contrasted with a specific indication of the route to be followed by the pipeline in question and permits an applicant to construct the line along, upon and over land to be acquired from the individual owners thereof in the manner stipulated in the empowering statute. After the Board grants leave to construct the pipeline along the route the general location of which has been outlined, the applicant is authorized by the Act to enter upon and survey the land over which the line is intended to be constructed. Thereafter the applicant may seek authorization to expropriate an individual owner's land for the site of its pipeline upon notice of the application to such owners as prescribed by the statute. It is only when that determination is made that what theretofore was a general location becomes a specific or final location of the line.

The only condition to be satisfied before an applicant becomes entitled to seek the Board's authorization to expropriate a particular parcel of land is that it have permission to construct the pipeline along a route the location of which has been indicated in a general manner, not definitively, thus leaving the Board free to deviate from the general location so delineated to such reasonable extent as in the Board's discretion may be necessary or desirable having regard to controlling circumstances which may arise from time to time as the project proceeds.

What I have said with respect to the signification of the words "general location" relates to the second question upon which the appellant has been given leave to appeal. The reasons of the Energy Board make it plain that in the opinion

of the members of the Board the pipeline on either side of the railway comes within the description of the line as originally authorized. I refer to the language in the reasons for decision of the Board as they appear at p. 175 of the Appeal Book:

One of the variations in the Leave Order that the Board is now being asked to make is a variation that would permit the construction of the line south of the railway in the vicinity of Cabana Road. The only thing in the Order to prevent this is the description of a general location for the line by reference to a map which shows a fairly exact location and, in particular, shows a crossing to the north of the railway just east of Cabana Road and a crossing back to the south a little way to the west of that road. In using the words of section 40 of the Act, i.e. the words "general location", the Board meant to confer some measure of freedom of choice on the company and its subsequent activities of fixing an exact location and acquiring the necessary easements. In the opinion of the Board, in the circumstances outlined, a pipeline on either side of the railway right-of-way comes within the description of the line authorized by the Board by its Order. The Board recognizes, however, that there must be some locations so far from the location shown on the map that they are not even in the general location authorized. Just where to draw the line is not clear. For this reason it is desirable to vary the leave Order with respect to its restrictions on the general location.

In our opinion, the Board has succinctly stated the problem and has answered it with complete accuracy.

This leaves for consideration the first and third questions of law upon which the appellant has been given leave to appeal to this Court. Question 1 reads:

Did the Divisional Court err in holding that the provisions of the Ontario Energy Board Act, including the Regulations pursuant thereto, required Union Gas Company of Canada Limited to make a fresh application for leave to construct a pipeline, rather than applying for a variation of the Order

to construct?

In his reasons for judgment Mr. Justice Hughes stated [at p. 459 O.R., p. 191 D.L.R.]:

The main argument of the respondents was that any application for, or order authorizing a change of location of the transmission line from north of the railroad through the Micelli property to south of the railroad through the appellants' property did not in fact affect its general location as advertised for order No. 152 obtained in 1971. "General location" is the phrase used in s. 40(1) of the Act, and there might be some force in this argument if the Board had not in the said order provided that the general location of the line would be as shown on the map filed, at that time running through the Micelli property to the north of the railway. Then again the Board gave countenance to the view that the general location did not embrace the appellants' property by requiring a new application to amend order No. 152.

He then quoted s. 38(1) and (2) of the Ontario Energy Board Act reading as follows:

"38(1) No person shall construct a transmission line without first obtaining from the Board an order granting leave to construct the transmission line.

(2) Subsection 1 does not apply to the relocation or reconstruction of a transmission line unless the size of the line is changed or unless the acquisition of additional land or authority to use additional land is necessary."

Later Mr. Justice Hughes stated that the Board itself had treated the application as an application for leave to construct, but in so stating he overlooked the fact that it was the Union Gas Company Limited which made application of its own accord for an order to vary the terms of the original Board order No. 152, and the Board dealt with the matter on that basis.

Section 38(2) referred to in Hughes, J.'s reasons does not apply to a transmission line which an applicant proposes to construct but relates rather, as the language clearly signifies, to a transmission line which is already in esse, one that has been constructed and with respect to which leave to relocate or reconstruct is being sought. The fact that the respondents' land south of the railway line may be required for the pipeline (and that in this sense "additional land" is involved) does not make s. 38(2) applicable in the circumstances of this case.

Section 31 of the Act which is concerned with the Board's power to rescind or vary any order made by it provides as follows:

31. The Board may at any time and from time to time rehear or review any application before deciding it, and may by order rescind or vary any order made by it.

Assuming that a distinction is to be made between a line indicated to the north of the railway line and one indicated to the south as herinbefore mentioned, it becomes abundantly plain that what was being sought by the appellant here was an order of variation, not because it was deemed essential, but because it was moved to do so from an abundance of caution. The amendment was sought merely for the purpose of clarifying the issue and removing all doubts in the matter.

We take the view that the application under consideration and to which the Board gave effect came clearly within the ambit of the provisions of s. 31. It follows that the Board was clearly authorized by the provisions of s. 15(2) to make an order ex parte respecting the notice to be given to the respondents and to fix the length of such notice. Section 15(2) provides:

15(2) The Board, if it is satisfied that the special circumstances of the case so require or that the delay necessary to give notice of an application might entail serious mischief, may make an ex parte order respecting the practice and procedure in any proceeding before it.

In our respectful opinion the Divisional Court erred in holding that the application made by the Union Gas Company Limited fell within the ambit of the provisions of s. 40 of the Act rather than s. 31. It follows that, in our view, proper notice was given to the respondent property owners, and there was no ground for interference with the Board's orders in appeal on the ground of want of such notice or on account of the manner in which the hearing was conducted. Indeed, it appears that counsel for these respondents participated fully in the proceedings before the Board and, by his conduct, led all persons concerned to believe that he was quite satisfied with the Board's procedural orders and with the adjournment granted to him to provide him with a further opportunity to prepare his client's case in opposition to the appellant's application.

In the result the questions of law formulated by the order of this Court, upon which leave to appeal was granted, are answered as follows:

Q. (i) Yes.

Q. (ii) As hereinbefore set forth.

Q. (iii) Yes.

The appeal is therefore allowed, the order in appeal is set aside and there shall be substituted therefor an order dismissing the appeal from the orders of the Board to the Divisional Court. The appellant shall have the costs of the appeal, of the motion for leave to appeal and of the appeal to the Divisional Court to be paid by the respondents Baggio and Quaggiotto (if demanded). We make no order as to the costs of the Ontario Energy Board.

I should like to observe that this is a case in which we would have preferred to reserve our judgment and give considered reasons for judgment, but the matter appeared to us to be one of considerable urgency. The construction of the pipeline has already been greatly delayed and it is in the interest of members of the public resident in the Windsor-Essex

area that our judgment should be rendered as quickly as possible.

Appeal allowed.

TAB 28

Wahgoshig First Nation v. Her Majesty the Queen in Right  
of Ontario et al.

[Indexed as: Wahgoshig First Nation v. Ontario]

108 O.R. (3d) 647

2011 ONSC 7708

Ontario Superior Court of Justice,  
C.J. Brown J.  
January 3, 2012

Aboriginal peoples -- Duty to consult -- Mining company drilling in First Nation's traditional territory without consulting and accommodating First Nation -- First Nation moving for interlocutory injunction prohibiting company from engaging in mineral exploration activities in territory -- Motion granted -- Serious issue to be tried existing -- Evidence establishing that there was significant possibility of harm to First Nation's aboriginal and treaty rights in absence of meaningful consultation and accommodation and that damages would not suffice as compensation -- Balance of convenience favouring First Nation -- Court waiving requirement of undertaking to pay damages.

SG was a mining exploration company with mining claims which lay within the plaintiff WFN's traditional territory, which was surrendered to the Crown pursuant to Treaty 9. The Crown advised SG in 2009 that it should contact WFN to consult regarding its intended mineral exploration. No consultation occurred before SG began drilling in spring 2011. When WFN

discovered the drilling activity, it attempted to contact SG to consult. No meaningful consultation took place, even after the Crown advised SG that consultation had to occur. WFN brought a motion for an interlocutory injunction restraining SG from engaging in mineral exploration activities in the area of Treaty 9 lands. It submitted that SG's activities had and would continue to have adverse effects on WSG's aboriginal and/or treaty rights, its values, cultures, cultural heritage and relationship to the land, and that SG was in breach of its obligation to consult and accommodate. [page648]

Held, the motion should be granted.

The court had jurisdiction pursuant to rule 40.01 of the Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194 and s. 101 of the Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43 to hear the motion, even though WFN had not yet served SG with its statement of claim.

While the ultimate legal responsibility for fulfillment of the duty to consult resides with the Crown, its operational aspects can be delegated to third parties directly involved in resource development projects. The intended claim raised serious issues that merited a full hearing at trial. There is a significant body of jurisprudence which recognizes that negative effects on aboriginal and treaty rights and restrictions on the ability to exercise such rights in preferred places constitutes irreparable harm. Moreover, Canadian jurisprudence has recognized that the lost opportunity to be meaningfully consulted and obtain accommodation for impacts on treaty and aboriginal rights constitutes irreparable harm, and that industry proponents such as SG may be liable for their failure to consult. The evidence established that, without meaningful consultation and accommodation, there was a significant possibility of harm to WFN's aboriginal and treaty rights and that damages would not suffice as compensation. The balance of convenience favoured granting an injunction. It was appropriate in the circumstances of this case that the requirement of an undertaking to pay damages under rule 40.03 be waived.

Cases referred to

Carrier Sekani Tribal Council v. British Columbia (Utilities Commission), [2010] 2 S.C.R. 650, [2010] S.C.J. No. 43, 2010 SCC 43, 225 C.R.R. (2d) 75, 406 N.R. 333, 54 C.E.L.R. (3d) 1, 293 B.C.A.C. 175, [2010] 11 W.W.R. 577, 11 Admin L.R. (5th) 246, 325 D.L.R. (4th) 1, [2010] 4 C.N.L.R. 250, 9 B.C.L.R. (5th) 205, EYB 2010-181052, 2010EXP-3499, J.E. 2010-1926, 96 R.P.R. (4th) 1; First Nation of Betsiamites v. Canada (Attorney General), [2006] J.Q. no 3931, 2006 QCCA 567, revg [2005] Q.J. No. 8173, [2005] R.J.Q. 1745, J.E. 2005-1235, [2004] 4 C.N.L.R. 1 (S.C.); Foster v. Mountford and Rigby Ltd. (1976), 14 A.L.R. 71 (Aus. N.T.S.C.); Frontenac Ventures Corp. v. Ardoch Algonquin First Nation (2008), 91 O.R. (3d) 1, [2008] O.J. No. 2651, 2008 ONCA 534, [2008] 3 C.N.L.R. 119, 239 O.A.C. 257, 295 D.L.R. (4th) 108, 56 C.P.C. (6th) 237, 168 A.C.W.S. (3d) 301; Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests), [2004] 3 S.C.R. 511, [2004] S.C.J. No. 70, 2004 SCC 73, 245 D.L.R. (4th) 33, 327 N.R. 53, [2005] 3 W.W.R. 419, J.E. 2004-2156, 206 B.C.A.C. 52, 36 B.C.L.R. (4th) 282, 19 Admin. L.R. (4th) 195, 11 C.E.L.R. (3d) 1, [2005] 1 C.N.L.R. 72, 26 R.P.R. (4th) 1, 135 A.C.W.S. (3d) 2; Homalco Indian Band v. British Columbia (Minister of Agriculture, Food and Fisheries), [2004] B.C.J. No. 2804, 2004 BCSC 1764, [2005] 2 C.N.L.R. 63, 137 A.C.W.S. (3d) 413; Hunt v. Halcan Log Services Ltd., [1987] B.C.J. No. 146, 1986 BCSC 863, 34 D.L.R. (4th) 504, 15 B.C.L.R. (2d) 165, [1987] 4 C.N.L.R. 63, 3 A.C.W.S. (3d) 160; Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests), [2005] B.C.J. No. 1062, 2005 BCSC 697, 33 Admin. L.R. (4th) 123, [2005] 3 C.N.L.R. 74, 140 A.C.W.S. (3d) 2; Ka'a'Gee Tu First Nation v. Canada (Attorney General), [2007] F.C.J. No. 1006, 2007 FC 763, 30 C.E.L.R. (3d) 166, [2007] 4 C.N.L.R. 102, 315 F.T.R. 178, 162 A.C.W.S. (3d) 522; Lax Kw'alaams Indian Band v. British Columbia (Minister of Forests), [2004] B.C.J. No. 1102, 2004 BCCA 306, 200 B.C.A.C. 99, 131 A.C.W.S. (3d) 518; MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin, [1985] B.C.J. No. 2355, [1985] 3 W.W.R. 577, 61 B.C.L.R. 145, [1985] 2 C.N.L.R. 58, 31 A.C.W.S. (2d) 202 (C.A.); Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage), [2005] 3 S.C.R. 388, [2005] S.C.J. No. 71, 2005 SCC 69, 259 D.L.R. (4th) 610, 342 N.R. 82, J.E. 2005-2156, 37 Admin. L.R. (4th) 223, [2006] 1 C.N.L.R. 78, 21 C.P.C. (6th)

205, 143 A.C.W.S. (3d) 957, EYB 2005-97906; [page649]  
 Musqueam Indian Band v. Canada (Governor in Council), [2004]  
 F.C.J. No. 1130, 2004 FC 931, 132 A.C.W.S. (3d) 147, affg  
 [2004] F.C.J. No. 702, [2004] 4 F.C.R. 391, 2004 FC 579;  
 Platinex Inc. v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation,  
 [2006] O.J. No. 3140, 272 D.L.R. (4th) 727, [2006] 4  
 C.N.L.R. 152, 150 A.C.W.S. (3d) 467 (S.C.J.); Relentless  
 Energy Corp. v. Davis, [2004] B.C.J. No. 2359, 2004 BCSC  
 1492, 34 B.C.L.R. (4th) 336, 22 Admin. L.R. (4th) 251, [2005]  
 1 C.N.L.R. 325, 2 C.P.C. (6th) 329, 135 A.C.W.S. (3d) 139;  
 Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council, [2010]  
 2 S.C.R. 650, [2010 S.C.J. No. 43, 2010 SCC 43, 325 D.L.R.  
 (4th) 1, 406 N.R. 333, [2010] 11 W.W.R. 577, J.E.  
 2010-1926, 293 B.C.A.C. 175, 54 C.E.L.R. (3d) 1, [2010] 4  
 C.N.L.R. 250, 225 C.R.R. (2d) 75, 97 R.P.R. (4th) 1, 11 Admin  
 L.R. (5th) 246, 9 B.C.L.R. (5th) 205; RJR-MacDonald Inc. v.  
 Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311, [1994] S.C.J.  
 No. 17, 111 D.L.R. (4th) 385, 164 N.R. 1, J.E. 94-423, 60  
 Q.A.C. 241, 54 C.P.R. (3d) 114, 46 A.C.W.S. (3d) 40; Ross  
 River Dena Council v. Yukon, [2011] Y.J. No. 130, 2011 YKSC  
 84; Ta'an Kwach'an Council v. Yukon, [2008] Y.J. No. 52, 2008  
 YKSC 54, [2008] 4 C.N.L.R. 222; Taseko Mines Ltd. v.  
 Phillips, [2011] B.C.J. No. 2350, 2011 BCSC 1675; Touchwood  
 File Hills Qu'Appelle District Chiefs Council Inc. v. Davis,  
 [1985] S.J. No. 514, 41 Sask. R. 263, [1987] 1 C.N.L.R.  
 180, 33 A.C.W.S. (2d) 534 (Q.B.); West Moberly First Nations  
 v. British Columbia (Chief Inspector of Mines), [2011] B.C.J.  
 No. 942, 2011 BCCA 247, [2011] 3 C.N.L.R. 343, 306 B.C.A.C.  
 212, 333 D.L.R. (4th) 31, 18 B.C.L.R. (5th) 234, [2011] 9  
 W.W.R. 34, 26 Admin. L.R. (5th) 283; Yellowknives Dene First  
 Nation v. Canada (Attorney General), [2010] F.C.J. No. 1412,  
 2010 FC 1139, [2011] 1 C.N.L.R. 385, 377 F.T.R. 267

Statutes referred to

Canadian Charter of Rights and Freedoms  
 Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982  
 (U.K.), 1982, c. 11, s. 35

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 101 [as am.],  
 102

Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5 [as am.]

Mining Act, R.S.O. 1990, c. M.14 [as am]

Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1990, c. P.27, s. 7

Rules and regulations referred to  
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rules 40.01,  
40.03

MOTION for an interlocutory injunction.

Kate Kempton, Michael McClurg and Jesse McCormick, for  
plaintiff.

Dennis W. Brown, Q.C., Ria Tzimas and Tom Schreiter, for  
defendant Her Majesty the Queen in Right of Ontario.

Neal J. Smitheman and Tracy A. Pratt, for defendant Solid  
Gold Resources Corp.

[1] Endorsement of C.J. BROWN J.: -- The plaintiff, Wahgoshig First Nation ("WFN" or "Wahgoshig"), brings this motion for an interlocutory injunction restraining the defendant Solid Gold Resources Corp. ("Solid Gold") from engaging in all activities relating to mineral exploration in the area of Treaty 9 lands and an order that Her Majesty the Queen in Right of Ontario ("Ontario" or the "Crown" or the "Province") provide an undertaking in [page650] damages to Solid Gold or, in the alternative, an order dispensing with the undertaking requirements of rule 40.03 of the Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194.

[2] Solid Gold argues that granting injunctive relief would jeopardize its financial well-being and essentially "shut down" its operations.

[3] Ontario submits that the duty to consult is triggered, and that it delegated the operational aspects of the duty to Solid Gold, which has not fulfilled the duty. It seeks the court's assistance in fashioning a consultation remedy that promotes reconciliation by fairly balancing the right of WFN to be properly consulted and the right of Solid Gold to carry out its mining activities. It proposes that the court fashion a

remedy that will require consultation between Solid Gold and WFN and will permit Solid Gold to carry on its test drilling on a staged and managed basis that is informed by the information and input provided by WFN.

The Parties

#### Wahgoshig First Nation

[4] Wahgoshig is an Aboriginal people within the meaning of s. 35 of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11 and has the capacity of a band within the meaning of the Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5. Wahgoshig forms part of the Lake Abitibi people and is a beneficiary to Treaty 9. The people of Wahgoshig have lived on and relied upon the lands in and around Lake Abitibi since time immemorial. The area around Lake Abitibi is the birthplace of the Wahgoshig people and the lands are considered to be sacred by the people of Wahgoshig.

[5] Wahgoshig holds, asserts and exercises inherent, Aboriginal and/or treaty rights throughout its traditional territory, including, among other things, hunting, fishing, trapping, berry picking, plant and wood harvesting, cultivation of medicinal plants, use of water, practising of sacred traditional lifestyle and ceremonial activities, the use and preservation of sacred sites, prayer areas and burial grounds ("traditional practices"). Its reserve lands are situated within its traditional territory on the south shore of Lake Abitibi.

[6] Many Wahgoshig families depend on the land for survival, supporting themselves by fishing, hunting, trapping and gathering on the land.

#### Solid Gold Resources Corp.

[7] Solid Gold is a publicly traded junior mining exploration company headquartered in Ontario. Its Legacy Project mining claim covers 103 unpatented mining claims covering approximately [page651] 21,790 hectares which lies within Wahgoshig's traditional territory (the "claims block").

Her Majesty the Queen in Right of Ontario

[8] The duty to consult and accommodate, which is at the heart of this injunction motion, resides in the honour of the Crown. While the Crown may delegate operational aspects of the duty to third parties, such as Solid Gold, the Crown bears the ultimate legal responsibility to ensure the duty is fulfilled.

The Facts

[9] The WFN seeks an injunction to prevent Solid Gold from conducting further exploration on Treaty 9 Crown lands on which Wahgoshig community has exercised Aboriginal and treaty rights though its traditional practices without consultation and accommodation with the WFN.

[10] Solid Gold staked its claims in the claims block from November 2007 through at least 2010. In July 2009, the Crown advised Solid Gold that Solid Gold should contact WFN to consult regarding its intended mineral exploration and offered to facilitate the process.

[11] No consultation occurred before Solid Gold's drilling began in the spring of 2011.

[12] Drilling involves clearing 25 sq. metre "pads", clearing forest, bulldozing access routes to the drilling sites, and transportation and storage of fuels and equipment.

[13] The Treaty 9 lands upon which the claims block sits were the subject of a preliminary survey done by the Ministry of Natural Resources in 1995, which determined that the Treaty 9 lands are an "area of cultural heritage potential". The study was stated to "serve as a preliminary planning tool to indicate the areas that require field assessment prior to land disturbance though timber harvesting or other development activities".

[14] WFN first discovered drilling activity on Treaty 9 lands in the spring of 2011. The drilling crew would not divulge for whom they were working. After research and enquiry, WFN

determined the identity of Solid Gold and attempted to contact it to consult. No meaningful consultation occurred. On November 8, 2011, the Crown advised Solid Gold in writing that consultation must occur, to no avail.

[15] On November 9, 2011, WFN served a notice of claim on the defendant, Ontario, pursuant to s. 7 of the Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1990, c. P.27. Upon expiry of the 60-day notice period, WFN will serve its Statement of Claim on Solid Gold and Ontario. [page652]

[16] Since that time, the drilling activities have increased, with a second drill rig brought in.

The Issues

[17] The issue to be determined by this court is whether an injunction should be granted.

[18] The basic tripartite test for granting injunctive relief is set forth in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, [1994] S.C.J. No. 17, as follows:

- (1) There must be a serious issue to be tried;
- (2) there must be irreparable harm; [and]
- (3) the balance of convenience must favour the applicant.

The Positions of the Parties

WFN

[19] WFN submits that the Crown land in issue is the known traditional territory of the Lake Abitibi people, surrendered pursuant to Treaty 9. WFN submits that Solid Gold's exploration program has and will continue to cause adverse effects on Wahgoshig's Aboriginal and/or treaty rights, its values, cultures, cultural heritage and its relationship to the land, which is at the core of its identity as an Aboriginal people. Such rights include its known treaty rights to hunting, trapping and fishing, as well as its asserted rights to the protection of cultural heritage, sacred and burial sites. Unless Solid Gold is enjoined from continuing to drill and/or required to consult and accommodate, such sites, including

sacred sites, could be damaged or destroyed.

[20] WFN's original notice of motion sought to enjoin Solid Gold from mineral exploration activities unless it had WFN's prior consent, but WFN conceded in argument that this was not the law of Canada, and submitted that it seeks to enjoin Solid Gold for failure to consult and accommodate.

[21] WFN submits that Solid Gold came into the claims block, located on Treaty 9 lands, without any notification or attempt to consult and discuss with WFN, and willfully continued its operations despite knowledge that it was obligated to consult and accommodate.

Solid Gold

[22] Solid Gold submits that it has no legal responsibility or duty to consult, and that if there is such a duty, it resides in the Crown. [page653]

[23] It submits that the Mining Act, R.S.O. 1990, c. M.14 establishes a "free entry" system whereby all Crown lands, including those subject to Aboriginal land claims, are open for prospecting and staking, without any consultation or permit required.

[24] It further submits that the Treaty 9 lands in question were surrendered to the Crown and WFN has no veto right over their activity. The issue of a "veto" right or consent to enter upon Treaty lands is not in issue as clearly articulated by Ms. Kempton.

[25] Further, Mr. Smitherman, on behalf of Solid Gold, argues that any impact on Aboriginal rights is minimal and only a small portion of the lands is being drilled. He did, however, concede that any impact, damage or destruction has likely already occurred.

Ontario

[26] The Province takes no position in this motion. It

submits that the duty to consult has been triggered and that the court's assistance is required to fashion a consultation remedy that promotes reconciliation by fairly balancing the right of WFN to be properly consulted and the right of Solid Gold to carry out early-stage mineral exploration projects on its unpatented mining claims.

[27] It submits that without the requisite dialogue and information exchange between WFN and Solid Gold, concerns over the potential impacts of the drilling program on harvesting activities, and on traditional and customary practices that embrace burial and sacred sites, are magnified significantly and a climate of mistrust intensifies.

[28] The Province submits that the injunctive relief sought by WFN will have the effect of polarizing the parties and leading to a zero-sum outcome that is entirely contrary to the requirements of s. 35 of the Constitution Act, 1982 and the expectations of the treaty relationship.

The Law and Analysis

#### Preliminary jurisdictional issue

[29] Solid Gold argues that this court does not have the jurisdiction to hear the motion for an interlocutory injunction, because the injunction is not based on any underlying litigation. This motion was brought prior to commencement of the action. WFN served its notice pursuant to the Proceedings Against the Crown Act on November 9, 2011 and will serve the Statement of Claim pursuant to that Act, following the 60-day notice period.

[30] As I remarked in the course of this hearing, the question of whether I should exercise my discretion to issue an injunction [page654] in this pending litigation is properly considered in my determination of the merits of the motion, which I do now.

[31] WFN has explained that it has not served Solid Gold yet, because it is bringing an action against both Solid Gold and the Crown and it is required to wait 60 days after filing its

notice of claim on the Crown under s. 7 of the Proceedings Against the Crown Act before commencing its claim.

[32] WFN's notice of motion summarizes its intended claim as against Solid Gold and the Crown as follows:

- (a) Under authority of the Mining Act, Solid Gold has entered upon certain portions of the traditional territory of the Wahgoshig First Nation and commenced mineral exploration activities there.
- (b) Such mineral exploration activities have or will have potential adverse effects on the treaty or Aboriginal rights of WFN.
- (c) The treaty or Aboriginal rights of WFN are protected by s. 35 of the Constitution Act, 1982 ("s. 35") and by the Honour of the Crown. This protection includes the constitutional right to be meaningfully consulted and adequately accommodated where Crown-authorized activities are contemplated that might have an adverse impact on WFN's treaty or Aboriginal rights.
- (d) Such consultation and accommodation have not occurred.
- (e) Until such occurs, the defendant Solid Gold has no legal authority to engage in its mineral exploration activities.

[33] WFN has undertaken to issue the Statement of Claim at the expiry of the 60-day notice period.

[34] Rule 40.01 provides that an order for injunctive relief under ss. 101 or 102 of the Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43 may be obtained on motion by a party to a pending or intended proceeding. While Mr. Smitherman argued for Solid Gold that this court has no jurisdiction, in the circumstances of this case, to grant an injunction where there is no claim commenced, and where Solid Gold is not able to clearly understand the intended action against it, I am satisfied, considering the provisions of rule 40.01 [of the Rules of Civil Procedure] and s. 101 of the Courts of Justice Act, that this court has jurisdiction.

The tripartite test for injunctive relief

1. Serious question to be tried

[35] Ms. Kempton argues for WFN that there are serious issues to be tried regarding the WFN's constitutional, treaty and asserted rights over its traditional territories, which justify the granting of an injunction in order to preserve such rights. She [page655] argues that the constitutionality of the Mining Act and its application are in issue.

[36] She argues that the duty to consult and to accommodate the concerns of Aboriginal peoples has been recognized as a legal constitutional requirement which has, in this case, not been fulfilled by either Solid Gold or the Crown.

[37] Mr. Smitherman argues that there is no serious issue to be tried, that the Treaty 9 lands were surrendered long ago and that there are no asserted rights over those lands that would justify an injunction. He further argues that there is no duty to consult on the part of Solid Gold and that the duty resides in the Crown and is not delegable.

[38] He argues for Solid Gold that the Mining Act clearly establishes a "free entry" mining system, which entitles Solid Gold to proceed with their exploration. He relies on *Frontenac Ventures Corp. v. Ardoch Algonquin First Nation* (2008), 91 O.R. (3d) 1, [2008] O.J. No. 2651, 2008 ONCA 534 in this regard. I note, however, that *Frontenac* was not a constitutional challenge to the Mining Act.

[39] Further, in *Frontenac* the Ontario Court of Appeal pointed to a potential conflict between the Mining Act and s. 35 of the Constitution Act, 1982, which led it to reduce the sentences of Aboriginal individuals who were in contempt of court orders. This bolsters the prima facie merits of WFN's intended Canadian Charter of Rights and Freedoms challenge to that legislation. The court held, at para. 62:

The intersection of these two background circumstances creates an obvious problem, indeed the problem that lies at the heart of this case. What *Frontenac* wants to do on Crown land -- staking and exploration -- is legal under the Mining Act. However, the appellants' response, although in contempt

of two court orders, is grounded, at a minimum, in a respectable interpretation of s. 35 of the Constitution Act, 1982 and several recent decisions of the Supreme Court of Canada.

[40] In fact, since Frontenac, the Ontario government has amended the legislation [the Mining Act] effective October 28, 2009 to include the following purpose section:

2. The purpose of this Act is to encourage prospecting, staking and exploration for the development of mineral resources, in a manner consistent with the recognition and affirmation of existing Aboriginal and treaty rights in section 35 of the Constitution Act, 1982, including the duty to consult, and to minimize the impact of these activities on public health and safety and the environment.

[41] Moreover, Canadian jurisprudence has recognized that the duty to consult and accommodate is not constrained by legislation and that the duty "lies upstream" of any legislative or statutory [page656] regime: Carrier Sekani Tribal Council v. British Columbia (Utilities Commission), [2010] 2 S.C.R. 650, [2010] S.C.J. No. 43, 2010 SCC 43; West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines), [2011] B.C.J. No. 942, 2011 BCCA 247; Ross River Dena Council v. Yukon, [2011] Y.J. No. 130, 2011 YKSC 84; Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests), [2005] B.C.J. No. 1062, 2005 BCSC 697; Ka'a'Gee Tu First Nation v. Canada (Attorney General), [2007] F.C.J. No. 1006, 2007 FC 763; Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Attorney General), [2010] F.C.J. No. 1412, 2010 FC 1139.

[42] The threshold for the serious question test is low. It is a preliminary assessment of the merits. The claim must not be frivolous or vexatious. I am satisfied that the intended claim, as summarized in the notice of motion, raises serious issues that merit a fulsome hearing at trial.

[43] I am further satisfied, based on the case law before me, that while the ultimate legal responsibility for fulfillment of the duty to consult resides in the Crown, its operational

aspects can be, and often are, delegated to those third parties directly involved in the day-to-day resource development projects, such as Solid Gold.

## 2. Irreparable harm

[44] WFN submits that Solid Gold's mineral exploration activities threaten to cause, and may have already caused, irreparable harm to sites of cultural and spiritual significance to WFN. It submits that Solid Gold's activities threaten sacred sites, including burial sites, and threaten areas of significant cultural importance to Wahgoshig. Mineral exploration drilling includes surface and subsurface activities and thus threatens such sites on the ground and historical archaeological sites on and below the ground. It further submits that it has lost its opportunity to consult with Solid Gold to determine what impact on its Aboriginal and treaty rights might be occasioned by Solid Gold's project and how such impact can be avoided or mitigated.

[45] It submits that, given the lands at issue, which include its sacred and burial sites as well as the lands on which it depends for survival, there is significant likelihood of irreparable harm.

[46] Solid Gold takes the position that there is no demonstrated irreparable harm. It argues that WFN cannot establish proof of irreparable harm, and that evidence of irreparable harm must be clear and not speculative. It argues that, in this case, WFN has not produced evidence of any sacred, burial or other culturally sensitive sites, nor evidence that the drill holes are even close to lands used to exercise WFN's treaty rights. It [page657] argues that the plaintiff cannot demonstrate that any harm occasioned by WFN cannot be compensated by damages.

[47] I note that, in argument, Solid Gold conceded that if any sites are threatened, damage may already have occurred.

[48] "Irreparable harm" refers to the nature of the harm suffered by the applicant rather than its magnitude; it must be such that damages will not suffice.

[49] Absolute certainty of irreparable harm is not always required. Indeed, Canadian courts have recognized that absolute certainty of irreparable harm may not be possible where the duty to consult and accommodate have not been met as there is often a lack of precise knowledge about the impact of a project on culture, rights, values and how these can be avoided or mitigated. As stated by the British Columbia Supreme Court in *Homalco Indian Band v. British Columbia (Minister of Agriculture Food and Fisheries)*, [2004] B.C.J. No. 2804, 2004 BCSC 1764 (S.C.), at para. 45 ("Homalco"):

I am satisfied that the test at this point of the consideration must be whether or not there is a likelihood or probability or reasonable possibility of harm. It need not be an absolute certainty.

[50] In *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin*, [1985] B.C.J. No. 2335, [1985] 2 C.N.L.R. 58 (C.A.) ("MacMillan Bloedel"), the British Columbia Court of Appeal held, at paras. 54-55 and 73, adopting the words of Muirhead J. in *Foster v. Mountford and Rigby Ltd.* (1976), 14 A.L.R. 71 (Aus. N.T.S.C.), at p. 75 A.L.R.:

The Indians wish to retain their culture on Meares Island as well as in urban museums.

. . . . .

These people have come to the law for relief and protection . . . [M]onetary damages cannot alleviate any wrong to the plaintiffs that may be established and perhaps, there can be no greater threat to any of us than a threat to one's family and social structure.

[51] The Canadian courts have been called upon many times to determine conflicts arising from the interaction between resource companies' development activities on Crown lands and the effects on Aboriginal and treaty rights. A significant body of jurisprudence has developed, which has recognized that negative effects on Aboriginal and treaty rights and restrictions on the ability to exercise such rights in

preferred places constitutes irreparable harm. Such cases have considered effects of development on Aboriginal hunting, fishing, trapping, harvesting rights and on the less tangible rights and values of identity and cultural and spiritual relationships with the land. As recognized by Smith J. in [page648] *Platinex Inc. v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, [2006] O.J. No. 3140, 272 D.L.R. (4th) 727 (S.C.J.) ("*Platinex*"), at paras. 79-80:

Irreparable harm may be caused to KI . . . because it may lose land that is important from a cultural and spiritual perspective. No award of damages could possibly compensate KI for this loss.

It is critical to consider the nature of the potential loss from an Aboriginal perspective. From that perspective, the relationship that Aboriginal peoples have with the land cannot be understated. The land is the very essence of their being. It is their very heart and soul. No amount of money can compensate for its loss. Aboriginal identity, spirituality, laws, traditions, culture, and rights are connected to and arise from this relationship to the land. This is a perspective that is foreign to and often difficult to understand from a non-Aboriginal viewpoint.

[52] Irreparable harm to Aboriginal peoples has further been judicially recognized when activities such as logging (*MacMillan Bloedel; Hunt v. Halcan Log Services Ltd.*, [1987] B.C.J. No. 146, 1986 BCSC 863; *Lax Kw'alaams Indian Band v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] B.C.J. No. 1102, 2004 BCCA 306 ("*Lax Kw'alaams*")), excavation (*Touchwood File Hills Qu'Appelle District Chiefs Council Inc. v. Davis*, [1985] S.J. No. 514, 41 Sask. R. 263 (Q.B.)) and other development activities would interfere with or damage culturally significant sites and artifacts such as burial sites and sacred sites.

[53] Moreover, Canadian jurisprudence has recognized that the lost opportunity to be meaningfully consulted and obtain accommodation for impacts on treaty and Aboriginal rights constitutes irreparable harm. In *Platinex*, it was held, at

paras. 79 and 89, that for consultation to have any meaning, it must take place "before any activity begins and not afterwards or at a stage where it is rendered meaningless", and that harm from such a result cannot be compensated for by way of damages. See, also, *Relentless Energy Corp. v. Davis*, [2004] B.C.J. No. 2359, [2005] 1 C.N.L.R. 325 (S.C.), at paras. 16-17, 23; *Homalco*, paras. 62-65; *Ta'an Kwach'an Council v. Yukon*, [2008] Y.J. No. 52, [2008] 4 C.N.L.R. 222 (S.C.); *Musqueam Indian Band v. Canada (Governor in Council)*, [2004] F.C.J. No. 702, [2004] 4 F.C.R. 391 (F.C.), at para. 52, *affd* [2004] F.C.J. No. 1130, 2004 FC 931; *First Nation of Betsiamites v. Canada (Attorney General)*, [2005] Q.J. No. 8173, [2005] R.J.Q. 1745 (S.C.), *revd* [2006] J.Q. no 3931, 2006 QCCA 567.

[54] The right to consultation and accommodation is now well established at law. It arises from s. 35 of the Constitution Act, 1982 and helps to ensure that the Aboriginal peoples are consulted with respect to development projects on lands over which they have Aboriginal and treaty rights and that their concerns [page659] can be meaningfully addressed. The duty to consult arises when the Crown has knowledge of a potential Aboriginal right that may be affected: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, [2004] S.C.J. No. 70 ("Haida Nation"); *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, [2010] 2 S.C.R. 650, [2010] S.C.J. No. 43 ("Rio Tinto"). Consultation after the fact does not satisfy the duty; it must occur prior to exploration activities taking place on a staked claim: *Ross River Dena Council v. Yukon*, *supra*.

[55] The duty to consult also applies to surrendered land. Justice Binnie observed [at para. 49] in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2005] 3 S.C.R. 388, [2005] S.C.J. No. 71 that a "this is surrendered land and we can do with it what we like" approach is the "antithesis of reconciliation and mutual respect". Thus, if the Crown exercises its right to "take up" surrendered land under a treaty, it is still responsible, by virtue of the honour of the Crown, to meet its duty to consult.

[56] Canadian jurisprudence has recognized that industry

proponents such as Solid Gold may be liable for their failure to consult: *Platinex; Taseko Mines Ltd. v. Phillips*, [2011] B.C.J. No. 2350, 2011 BCSC 1675 ("Taseko Mines").

#### Failure of Solid Gold to consult

[57] Solid Gold staked its claims to the subject territory as early as November 2007 through at least 2010. The Crown advised Solid Gold in July 2009 that Solid Gold should contact WFN to consult regarding its intended mineral exploration and offered to facilitate the process. Solid Gold failed to engage in any consultation with WFN prior to commencing its exploratory drilling in or about March of 2011. Indeed, the evidence indicates that it chose to complete the IPO "before any contact with Aboriginals". Moreover, it chose to raise money through flow-through shares, which moneys had to be expended before year-end 2011, despite its knowledge that the consultations with WFN were inadequate and drilling should be suspended until it occurred.

[58] Not only did Solid Gold, as delegatee of the operational, on-the-ground aspects of the duty to consult regarding its mining exploration activities, fail to consult with WFN, the evidence indicates that it made a concerted, willful effort not to consult, at least until after its flow-through share moneys for 2011 had been exhausted. There is no indication that it intended in good faith to consult regarding the Legacy Project or any future projects, although it appears from the evidence that there are plans for further exploration in and on the subject lands in 2012. [page660]

[59] Based on the evidence before me, it further appears that Solid Gold has failed to meet industry standards for responsible exploration as set forth by the Prospectors and Developers Association of Canada with respect to First Nations engagement.

[60] I am satisfied based on all of the evidence that, without meaningful consultation and accommodation regarding the exploratory mining operations of Solid Gold, involving bona fide dialogue and information sharing between WFN and Solid

Gold, facilitated by the presence of the Crown, there is a significant possibility of harm to WFN's Aboriginal and treaty rights. There has to date been no demonstrated respect for those recognized rights.

[61] I am further satisfied that damages would and could not suffice as compensation, given the rights in issue.

### 3. Balance of convenience

[62] The balance of convenience test requires a determination of which party will suffer the greater harm from granting or refusal of injunctive relief. In constitutional cases, the public interest is a special factor to be considered.

[63] WFN submits that the balance of convenience test in this case has, on one side, harms to Wahgoshig, including its constitutionally protected treaty and Aboriginal rights of meaningful consultation and accommodation, its spiritual and cultural relationship with the land, its sacred and cultural sites and its cultural survival and identity. These harms cannot be compensated with damages. On the other side are potential economic harms to Solid Gold. It submits that the balance of convenience favours granting an injunction.

[64] It submits that granting an injunction in this case is in the public interest; that reconciliation, which requires honour, respect and genuine efforts to address concerns and disputes, is at the core of the relationship between the Crown and First Nations; and that if the Constitution, with its enshrined recognition of Aboriginal and treaty rights, is to be meaningful, an injunction should be granted.

[65] It submits that Solid Gold's approach has been entirely inconsistent with the object of reconciliation and that once irreparable injuries occur, it will be too late to repair the damage not only to the WFN but also to the relationship between the WFN and the Crown.

[66] WFN submits that if Solid Gold suffers harm as the result of an injunction, it was the author of its own misfortune, as it knew from 2009 of its obligations to consult

and failed to do so. Rather, it raised moneys using flow-through shares and [page661] proceeded with its project. Had Solid Gold engaged in consultation at the beginning, it would not be in this position today.

[67] Solid Gold submits that if it is not permitted to proceed with its drilling, it will be placed in serious financial jeopardy, which could put it out of business. It has raised its exploration funds through flow-through shares, which funds must be used by December 31, 2011, failing which significant penalties will be imposed.

[68] It argues that its harm is real and substantial, while WFN's harm involves "speculative assertions of possible harms to vaguely defined interests".

[69] The Crown submits that an injunction will cause greater tension and conflict and that a consultation remedy, which requires consultation while enabling Solid Gold to continue its activities, will serve to foster reconciliation through a constructive working relationship while protecting their respective rights.

[70] I have taken into account the cases cited by both WFN and Solid Gold, including Lax Kw'alaams and Platinex.

[71] I am mindful of the importance of reconciliation and the derivative concepts of consultation and accommodation as they have developed in Canadian jurisprudence. I am further mindful of the Crown's position that an injunction would not foster relations, but would exacerbate tensions. While a facilitation of the duty to consult is preferable, it is not always possible.

[72] I am also mindful of WFN's position that to refuse to enjoin Solid Gold from its drilling, in the circumstances of this case, will send a message that Aboriginal and treaty rights, including the rights to consultation and accommodation can be ignored by exploration companies, rendering the First Nations constitutionally recognized rights meaningless. This would not be in the public interest. It is in the public

interest to ensure that the Constitution is honoured and respected.

[73] I find, based on the evidence, submissions and relevant jurisprudence, that the balance of convenience favours the granting of an injunction, with terms and conditions imposed.

#### Undertaking for damages

[74] WFN seeks an order requiring that the Crown provide an undertaking as to damages pursuant to rule 40.03 in the circumstances of this case. In the alternative, it seeks an order dispensing with the requirement for an undertaking. In submissions, WFN stated that in the further alternative, it would provide the normal undertaking.

[75] The Crown acknowledges that it has a duty to consult that was not met; that it made attempts to urge Solid Gold to [page662] consult with WFN, and that, in the circumstances of this case, it is not appropriate to impose the undertaking on it. The Crown submits that no court order requiring a government to provide such an undertaking has ever been made by any court in Canada or England.

[76] I have not been referred to any jurisprudence in which the Crown was required to provide an undertaking under rule 40.03, in which a First Nation moved against a third-party industry proponent.

[77] There is judicial precedent for granting an injunction to an Aboriginal moving party while dispensing with the requirement of an undertaking to pay damages in the public interest. The determination of whether to waive the undertaking is part of the assessment of irreparable harm and the balance of convenience. Courts have waived the requirement in circumstances of financial challenge or impecuniousness of the first nation (Platinex, Taseko Mines), egregious behaviour of the respondent (Homalco) or in the public interest. I find it appropriate in the circumstances of this case that the requirement of an undertaking under rule 40.03 be waived.

Order

[78] I order that

- (1) Solid Gold be enjoined from carrying on any further exploratory activity on the claims block for 120 days from the release of this decision;
- (2) during the injunctive period, Solid Gold, WFN and the Province enter into a process of bona fide, meaningful consultation and accommodation regarding any future activity on the claims block;
- (3) in the event that the consultation process need be facilitated by an independent third party, the costs of such are to be shared equally by Solid Gold and the Province;
- (4) in the event that the consultation and accommodation process is not productive, WFN is entitled to seek an extension of the injunction;
- (5) the requirement for an undertaking for damages is dispensed with. [page663]

#### Costs

[79] I would urge the parties to agree upon costs, failing which I would invite the parties to provide any costs submissions in writing, to be limited to three pages, including the costs outline. The submissions may be forwarded to my attention, through judges' administration at 361 University Avenue, within 30 days of the release of this endorsement.

Motion granted.

TAB 29

# 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 Licences 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:
  - o cumulative impacts;
  - o a Caribou Recovery Plan;
  - o land use planning; and
  - o 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), Saulteau 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 Inninuwig 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 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.

“The Honourable Chief Justice Finch”

**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 effects 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"

TAB 30



# IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: ***Wii'litswx v. British Columbia***  
***(Minister of Forests),***  
2008 BCSC 1139

Date: 20080822  
Docket: S076420  
Registry: Vancouver

Between:

**Wii'litswx, also known as Morris Derrick, Luuxhon, also known as  
Don Russell, Gwass Hlaam, also known as George Phillip Daniels,  
Malii, also known as Glen Williams, Haizimsque, also known as Edger Good,  
Watakhayetsxw, also known as Agatha Bright, on behalf  
of themselves and in their capacity as the  
Gitanyow Hereditary Chiefs and on behalf of  
all Gitanyow persons**

Petitioners

And:

**Her Majesty the Queen in Right of the Province  
of British Columbia as represented by the Minister of Forests,  
the Ministers of Forests and W.I. (Bill) Warner**

Respondents

Before: The Honourable Madam Justice Neilson

## Reasons for Judgment

Counsel for the Petitioners

Peter R. Grant, Jeff Huberman  
& Michael L. Ross

Counsel for the Respondents

Paul J. Pearlman, Q.C.  
& Erin K. Christie

Date and Place of Hearing:

January 14-18, 2008  
Vancouver, B.C.

## INTRODUCTION

[1] The petitioners are the Hereditary Chiefs of the Gitanyow Nation (“Gitanyow”). They bring this petition on behalf of Gitanyow for judicial review of the decision of the respondent Mr. W.I. (Bill) Warner, Regional Director of the respondent Minister of Forests (“MoF”), approving six forest licence (“FL”) replacements pursuant to s. 15 of the **Forest Act**, R.S.B.C. 1996, c. 157, which cover portions of Gitanyow traditional territory. The petitioners allege that, in the course of making that decision, the respondent Crown failed to adequately perform its duty to consult with Gitanyow and accommodate its aboriginal interests, as mandated by the Supreme Court of Canada in **Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)**, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 [**Haida**], and **Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia**, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550 [**Taku**]. They accordingly seek relief in the nature of *certiorari*, *mandamus*, and prohibition, as well as related declaratory relief.

[2] The Crown acknowledges that it had a constitutional duty to meaningfully consult with Gitanyow in good faith, and to seek to accommodate its asserted aboriginal rights and title, in the course of the decision to replace the FLs. The Crown says that Mr. Warner and the MoF, on its behalf, engaged in a reasonable process of consultation, and provided interim accommodations appropriate to Gitanyow’s interests. They argue that the petition should accordingly be dismissed.

[3] There is no dispute between the parties as to the applicable law, and little disagreement about the facts. The sole issue is the adequacy of the consultation

and the accommodations reached in the course of the Crown's decision to replace the FLs.

## THE APPLICABLE LAW AND THE ISSUES IN THIS CASE

[4] The law governing the Crown's duty to consult and accommodate, and the standard for judicial review of that duty, define the issues in this case.

### The Duty to Consult and Accommodate

[5] In *Haida*, at para. 25, Chief Justice McLachlin summarized the historical foundation for this duty:

25 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.

[6] Section 35 of the *Constitution Act* recognizes and affirms the constitutional character of aboriginal rights. In *R. v. Vanderpeet*, [1996] 2 S.C.R. 507 at para. 31, 23 B.C.L.R. (3d) 1 [*Vanderpeet*], Chief Justice Lamer described the import of s. 35:

31 More specifically, what s. 35(1) does is provide the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, traditions and cultures, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose; the aboriginal rights recognized and

affirmed by s. 35(1) must be directed towards the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown.

[7] Thus, the court's approach to the Crown's s. 35 obligations is informed by the unique nature of the constitutional rights that this provision is designed to protect. As Lamer C.J.C. explained in **Vanderpeet**, s. 35 rights are different from **Charter** rights as they are held solely by aboriginal members of Canadian society. They arise from the existence of distinctive aboriginal communities that occupied the land for centuries before the arrival of Europeans (paras. 19 and 33). Aboriginal rights arise not only from the prior occupation of land, but also from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples who occupied that land (para. 74). The process of consultation and accommodation is directed toward the ultimate goal of reconciliation of those aboriginal rights with Crown sovereignty. In that process, the honour of the Crown requires it to recognize and acknowledge the distinctive features of aboriginal societies, since it is those features that must be reconciled with Crown sovereignty (para. 57). The Court expressed similar views in **Mitchell v. Minister of National Revenue**, 2001 SCC 33 at para. 12, [2001] 1 S.C.R. 911:

Since s. 35(1) is aimed at reconciling the prior occupation of North America by aboriginal societies with the Crown's assertion of sovereignty, the test for establishing an aboriginal right focuses on identifying the integral, defining features of those societies.

[8] The duty to engage in meaningful consultation arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of aboriginal rights or aboriginal title, and contemplates conduct that may adversely affect them. The scope of the duty to consult and accommodate is proportionate to a preliminary

assessment of the strength of the case for the existence of the rights or title, and the seriousness of the potentially adverse effect upon those rights or title. Exactly what the honour of the Crown may require falls within a spectrum defined by that assessment. Where the potential claims to aboriginal rights and title have not yet been proven, the honour of the Crown nevertheless requires it to respect these interests and, depending on the circumstances, to consult and reasonably accommodate them pending resolution of the claim. Each case must be approached individually and flexibly, with the focal question being what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation with respect to the interests at stake (**Haida**, at paras. 35, 38-39, 43-45).

[9] Good faith on both sides is required. There is no duty to agree. The process does not give aboriginal groups a veto over what can be done with the land pending final proof of their claim. The Crown may continue to manage the resource in question pending claims resolution, but within the bounds of maintaining the honour of the Crown. The commitment is to a meaningful and reasonable process of consultation (**Haida**, at paras. 27, 42, and 48).

[10] Meaningful consultation may reveal a duty to accommodate aboriginal interests through an amendment to Crown policy or practice, in an attempt to resolve conflicting interests and move toward the ultimate goal of reconciliation. Where the aboriginal claim is strong and the potential adverse consequences of government action are significant to the claimed right or title, the honour of the Crown may require accommodation to avoid irreparable harm or to minimize the infringement, pending final resolution of the claims. Inherent in this process is a need to

reasonably balance aboriginal concerns over the potential impact of the decision with other societal interests (*Haida*, at paras. 47, 49-50). Responsiveness is a key requirement of both consultation and accommodation (*Taku*, at para. 25).

### The Standard of Review

[11] In *Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697 at para. 94, 33 Admin L.R. (4th) 123 [*Huu-Ay-Aht First Nation*], Madam Justice Dillon described the court's role in a judicial review of the Crown's duty to consult and accommodate:

94 *Haida* ... and *Taku River* ... established that the principle of the honour of the Crown requires the Crown to consult and, if necessary, accommodate Aboriginal peoples prior to proof of asserted Aboriginal rights and title. This is a corollary of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, in which reconciliation of Aboriginal and Crown sovereignty implies a continuing process of negotiation which is different from the administrative duty of fairness that is triggered by an administrative decision that affects rights, privileges, or interests (*Haida* at paras. 28-32). The obligation is a free standing enforceable legal and equitable duty (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209 at para. 55, 2002 BCCA 147 [*Haida Nation* (2002)]; *Squamish Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2004), 34 B.C.L.R. (4th) 280, 2004 BCSC 1320 at para. 73 [*Squamish*]). The courts may review government conduct to determine whether the Crown has discharged its duty to consult and accommodate pending claims resolution (*Haida* at para. 60). In its review, the court should not give narrow or technical construction to the duty, but must give full effect to the Crown's honour to promote the reconciliation process (*Taku* at para. 24). It is not a question, therefore, of review of a decision but whether a constitutional duty has been fulfilled (*Gitxsan* [*infra*, at para. 65]...).

[12] In *Musqueam Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2005 BCCA 128 at paras. 17-19, 37 B.C.L.R. (4th) 309,

Southin J.A. expressed a similar view, observing that claims alleging that the Crown has failed to consult and accommodate aboriginal interests are “upstream” of the statutes under which ministerial powers are exercised, and address not the lawful exercise of powers conferred by statute, but an overarching constitutional imperative.

[13] Thus, in this case, it is not Mr. Warner’s decision to replace the FLs that is the subject of judicial review. It is the Crown’s conduct with respect to fulfillment of its duty to consult Gitanyow and to accommodate its interests in the course of making that decision.

[14] In *Haida*, at paras. 60-63, the Court discussed the applicable standard of review where the challenge to government conduct is based on allegations that it failed to discharge its duty to consult and accommodate pending claims resolution, and provided the following guidelines.

[15] The existence or extent of the duty to consult or accommodate is a question of law, in the sense that it defines a legal duty. As set out above, it is based on the Crown’s assessments of the strength of the claim, and the potential seriousness of the impact of the infringement. Those assessments are questions of law to be judged on the standard of correctness. However, in that they are typically premised on an assessment of the facts, a degree of deference to the findings of fact of the decision maker may be appropriate. Thus, to the extent that this issue is one of pure law and can be isolated from issues of fact, the standard of review is correctness.

However, where the two are inextricably entwined, the standard of review will likely be reasonableness.

[16] The adequacy of the consultation process is governed by a standard of reasonableness. There is some inconsistency in the authorities, however, as to the proper focus of that analysis. In **Haida**, at para. 63, the Court indicated that the focus should not be on the outcome, but on the process of consultation and accommodation. However, in **Gitxsan First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)**, 2004 BCSC 1734 at para. 63, 38 B.C.L.R. (4th) 57 [**Gitxsan No. 2**] Tysoe J., in applying the principles from **Haida** and **Taku**, took what appears to be an opposing view, holding that the focus must be on the overall result:

63 In assessing the adequacy of the Crown's efforts to fulfil its duty to consult and accommodate, the court will usually look at the overall offer of accommodation made by the Crown and weigh it against the potential impact of the infringement on the asserted Aboriginal interests having regard to the strength of those asserted interests. The court will not normally focus on one aspect of the negotiations because the process of give and take requires giving in some areas and taking in other areas. It is the overall result which must be assessed.

[17] In my view, this apparent conflict is reconciled by the approach set out at paras. 39-44 of **Taku**. There, the Court followed a two stage analysis, each stage being governed by a standard of reasonableness. First, it addressed the adequacy of the process of consultation. Second, having found it to be reasonable, it examined the end result by considering whether that consultation had identified a duty to accommodate aboriginal concerns, and the adequacy of any resulting accommodations.

**The issues in this case**

[18] Based on the legal principles set out above, the following issues must be determined here:

a) did the Crown correctly or reasonably assess the extent of its duty to consult and accommodate Gitanyow interests in the course of the FL replacements by:

i) correctly or reasonably assessing the strength of Gitanyow's claim to aboriginal title and rights; and

ii) correctly or reasonably assessing the potential seriousness of the impact of the FL replacements on Gitanyow's aboriginal title and rights?

b) was the consultation process reasonable?

c) did the Crown reasonably accommodate Gitanyow's aboriginal interests?

[19] I will set out the background of the parties and the chronology of their dealings in the course of the FL replacement decisions before returning to these issues.

**THE PARTIES – BACKGROUND, STATUTORY CONTEXT, AND EARLIER LITIGATION**

**Gitanyow**

[20] The Gitanyow people are “Indians” within the meaning of s. 91(24) of the **Constitution Act, 1867**, and are aboriginal people of Canada within the meaning of s. 35 of the **Constitution Act**. Gitanyow asserts aboriginal rights, title, and

governance to approximately 6,500 square miles of territory in north-western British Columbia on the basis that it has traditionally owned, occupied, and used that territory.

[21] Gitanyow provided this historical background, which was not challenged by the Crown. Gitanyow is organized into eight matrilineal units, collectively called the Huwilp, and individually called Wilps, or Houses. Each Wilp has its own territory, and these collectively form Gitanyow traditional territory. The Huwilp are the social, political, and governing units of Gitanyow. They hold and exercise rights and title to the Gitanyow traditional territory on behalf of the Gitanyow people. Every Gitanyow person belongs to a Wilp. By virtue of this membership, each person has rights to the territory and resources owned by his or her Wilp, under the direction of the Hereditary Chiefs of each Wilp.

[22] Each Wilp is identified in part by a unique Ayuuk, or crest, and Getimgan, or totem poles. These crests and totem poles demonstrate each Wilp's relationship to its territories. Each Wilp has a Hereditary Chief, who holds daxgyet, or power and authority of the Wilp, over its territories. The Hereditary Chiefs traditionally exercised their daxgyet through the management of their Wilp's lands and resources, and demonstrated their power and authority in feasting, gift-giving, and maintenance of their crests through the raising of totem poles.

[23] There is evidence of Gitanyow occupation and use of resources on Gitanyow traditional territory since well before the arrival of the Europeans. This has been documented by the Gitanyow Adaawk, or oral histories, as well as anthropological

papers based on information from Gitanyow Chiefs and Elders, and other authoritative research. Gitanyow's traditional uses of its territory have included fishing, hunting, habitation, trapping, worship and gathering resources for food, medicinal, cultural and ceremonial purposes. Each Wilp traditionally built cabins throughout its territory to facilitate access to its lands and resources.

[24] Gitanyow was accepted into the Federal Treaty Negotiation Process in 1980. It has participated in the British Columbia Treaty Process since 1994, but since 1996 the process has been stalled at stage four, which is the negotiation of an agreement in principle.

[25] The Crown, through the MoF and its predecessors, has permitted logging on Gitanyow traditional territory for many years under varying regimes. Gitanyow's rights to the timber resources on its traditional territory has been a longstanding source of contention between the parties. The precise amount of timber that has been removed from the areas covered by Gitanyow traditional territory is disputed. Nevertheless, there is no question that substantial logging and road building have occurred on those lands, and that these activities have had a significant impact on the sustainability of timber resources, and on other aspects of Gitanyow tradition and culture. A Landscape Unit Plan developed for Gitanyow traditional territory in 2005 described this:

In the past several decades, clearcut timber harvesting operations have impacted much of Gitanyow lands, resulting in a loss of numerous traditional use sites, damaging or altering many areas where traditional uses were conducted, and converting structurally diverse mature and old growth forests to structurally simple young forests. As a result of the conversion from mature and old growth forests to young

growth forest, large areas of habitats required to support plants, birds, fish, animals that Gitanyow Huwilt members traditionally used for sustenance and cultural purposes have been lost to Gitanyow use for many decades into the future. Therefore, on those lands, the traditional use can no longer be conducted.

Gitanyow Huwilt members are concerned that timber harvesting will continue to alter the forest and stream habitats, thereby changing forest conditions required to produce the plants, animals, birds, and fish that are necessary for Gitanyow traditional uses.

[26] Logging activity has impacted other aspects of Gitanyow culture as well. It has destroyed the Wilp cabins. Removal of resources has prevented the Hereditary Chiefs from carrying out their duties under Gitanyow Ayookxw, or law, to manage their Wilp territories and resources to ensure future sustainability. As well, they have been unable to draw on these resources to maintain their Wilp culture and traditional activities, and instead must use personal funds for these purposes. Gitanyow say that this has caused not only financial hardship, but pain and shame among its people.

### **The Legislative Framework and the Crown**

[27] When the present dispute between the parties arose, the forest industry in British Columbia was governed by the **Forest Act**, R.S.B.C. 1996, c. 31 and the **Forest and Range Practices Act**, S.B.C. 2003, c. 53 ("**FRPA**"). The former dealt with forest use and administration, including licence issue and replacement. The latter dealt with operational aspects of the industry, including logging practices, planning and protection. Both were initially administered by the MoF and, since March 30, 2006, by the Ministry of Forests and Range. Since the named respondent in this proceeding is the Minister of Forests, I have referred to both Ministries collectively as the MoF throughout these reasons.

[28] The **Forest Regions and Districts Regulation**, B.C. Reg. 123/2003, enacted under the **Forest Act**, divides the province geographically into three forest regions. Gitanyow traditional territory is located in the Northern Interior Forest Region, which is managed by the respondent, Mr. Warner, as the Regional Director. Each region is in turn divided into a number of forest districts. Gitanyow traditional territory lies in the Skeena Stikine District, which is managed by a District Manager.

[29] The forest resources in each district are in turn divided into timber supply areas ("TSAs") under s. 7 of the **Forest Act**, and tree farm licence areas ("TFLAs") under s. 35 of that **Act**. Gitanyow traditional territory, and the FLs that are the focus of this case, are situated within the Cranberry/Kispiox and Nass TSAs.

[30] The difference between a TSA and a TFLA is exclusivity of harvest. A holder of a tree farm licence ("TFL") has the exclusive right to harvest timber from the associated TFLA in accordance with the annual allowable cut ("AAC") attached to the licence. Holders of other AAC-based licences, including FLs, must share the total AAC for the TSA identified in their licences. The AAC is set by the Chief Forester at least every five years through a process called the timber supply review ("TSR"), pursuant to s. 8 of the **Forest Act**. In the case of FLs, the District Manager apportions the AAC for the TSA among the licensees.

[31] An FL is a contract between a licensee and the Crown that gives the licensee the right to harvest timber from and build roads in public forests over a specified term, in exchange for meeting the Crown's forest management objectives and

paying stumpage fees. Its terms are largely dictated by s. 14 of the **Forest Act**. An FL is issued for a specific TSA or TFLA for up to 20 years, and must specify an AAC.

[32] Section 15 of the **Forest Act** provides a procedure for offering replacement FLs to licensees for a term of 15 years. Sections 15(1.1) and (1.2) impose a time frame for the replacement process. In years four through eight of a licence, a replacement offer may be made during the first six months of each licence year after first giving at least six months' notice of intent. If no replacement offer has been made during the first eight years of an FL, it must be made in the first half of the ninth licence year.

[33] Mr. Warner was the MoF employee in charge of FL replacements in the Northern Interior Forest Region. The focus of this case is the process of consultation and accommodation that preceded his decision of February 28, 2007 to replace six FLs that overlapped Gitanyow traditional territory. The licensees, licence numbers, TSA location, and deadlines for replacement under s. 15(1.1) of the **Forest Act** were:

| Licence date  | Forest Licence Number | Licensee                            | Timber Supply Area | Deadline for Offer under s. 15(1.1) | Effective Date of the Replaced FL |
|---------------|-----------------------|-------------------------------------|--------------------|-------------------------------------|-----------------------------------|
| Sept. 1, 1998 | A16831                | Gitxsan Forest Enterprises Inc.     | Kispiox            | February 28, 2007                   | September 1, 2007                 |
| Sept. 1, 1998 | A16832                | Bell Pole Canada Inc.               | Kispiox            | February 28, 2007                   | September 1, 2007                 |
| Nov. 30, 1999 | A16833                | Kitwanga Mills Ltd.                 | Kispiox            | May 31, 2007                        | December 1, 2007                  |
| Nov. 15, 2000 | A16882                | West Fraser Mills Ltd.              | Nass               | May 14, 2007                        | November 15, 2007                 |
| Nov. 15, 2000 | A16884                | Canada Resurgence Developments Ltd. | Nass               | May 14, 2007                        | November 15, 2007                 |
| Oct. 1, 1998  | A16886                | Sim Gam Forest Corporation          | Nass               | March 31, 2007                      | October 1, 2007                   |

[34] FL A16831, held by Gitxsan Forest Enterprises Inc., became the subject of another proceeding and will not be considered further here. A seventh FL that overlapped Gitanyow traditional territory was surrendered and not offered for a replacement.

[35] While an FL gives the licensee a right to harvest an annual volume of timber in accordance with its allocated portion of the AAC for its TSA, the licensee cannot log until it has complied with two operational requirements overseen by the District Manager. First, the licensee must prepare and receive approval for a forest stewardship plan ("FSP") under s. 3 of the **FRPA**. The FSP specifies how the licensee will meet various objectives established by the government under the **FRPA** and the **Forest Planning and Practices Regulations**, B.C. 14/2004 ("**FPPR**"). Sections 4 and 10 of the **FPPR** include guidelines to be used in evaluating objectives related to aboriginal rights. I will return to those later in these Reasons. Second, once the FSP has been approved, the licensee must apply to the District Manager to be issued cutting permits. These specify the exact area and volume of permitted harvest.

[36] A licensee must also meet silviculture obligations in accord with the requirements of the **FRPA**, applicable regulations, and its approved FSP. Failure to do so may result in a variety of sanctions, including substantial fines, criminal penalties, and/or a suspension of harvesting rights. Moreover, under s. 15(2) of the **Forest Act**, if a licensee fails to perform these obligations, the MoF may decline to offer a replacement FL until the obligations are performed, or may offer an FL replacement with special conditions.

**Litigation History between the Parties**

[37] In the years preceding these FL replacements, logging on Gitanyow traditional territory had a troubled history. There were numerous changes and difficulties among the companies that held the FLs. In the last 15 years, five companies had held the principal FLs, and each had encountered financial difficulties, resulting in receivership or dependency on government assistance. As a result, some licensees overharvested timber and failed to fulfill their silviculture obligations. These events led to litigation between the parties on two previous occasions, in 2002 and 2004.

[38] In 2002, Gitanyow and two other First Nations with traditional territories in the northwest of this province brought a judicial review application challenging the decision of the MoF to consent to the change of control of Skeena Cellulose Inc. ("Skeena"), a forest company that held TFLs and FLs covering lands over which the petitioners asserted aboriginal title and aboriginal rights. The change of control was brought about by Skeena's financial difficulties. The petitioners alleged that the Crown had failed to conduct meaningful consultation, or attempt to accommodate their concerns. The petition was heard by Tysoe J. whose reasons are found at *Gitxsan First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCSC 1701, 10 B.C.L.R. (4th) 126 [*"Gitxsan No. 1"*].

[39] At paras. 49-53, Tysoe J. assessed the evidence put forward by Gitanyow in support of its claim of aboriginal title and rights, which appears to have been essentially the same material as that before me. At paras. 69-75, he provided what

he described as a “preliminary general assessment” of the strength of the petitioners’ claims on the affidavits before him, but made it clear that a final determination of their claims for aboriginal title and rights should be left for trial. In that context, he found that Gitanyow had a good *prima facie* claim of aboriginal title, which he equated with reasonable probability, and a strong *prima facie* claim of aboriginal rights, which he equated with substantial probability, with respect to at least part of the areas claimed by it that fell within the land covered by Skeena’s TFLs and FLs. His limitation to “at least part of the areas claimed” was based solely on the fact that there were overlapping claims among the petitioners to parts of the same territories.

[40] ***Gitxsan No. 1*** preceded the decisions of the Supreme Court of Canada in ***Haida*** and ***Taku***. Relying primarily on the decisions of the B.C. Court of Appeal in those cases, Tysoe J. found at paras. 86 and 87 that each of the petitioning First Nations had established a *prima facie* infringement of aboriginal title or rights giving rise to a duty on the MoF to consult them before agreeing to the change of control of Skeena, and that the MoF had failed to engage in meaningful consultation, or attempt to accommodate the First Nations’ concerns. While he declined to set aside the MoF’s decision, he granted declaratory relief with respect to the failure to consult, to allow the parties to undertake a proper process of consultation and accommodation, with liberty to bring the matter back before the court for further directions or declarations.

[41] The Crown says that since ***Gitxsan No. 1*** it has recognized its duty to consult with Gitanyow and reach appropriate accommodation with respect to forest

operations conducted in Gitanyow traditional territory. Gitanyow, however, was not satisfied with the level of consultation and accommodation from the Crown and, in 2004, brought a second application before Mr. Justice Tysoe, again seeking to quash the decision that permitted a change in control of Skeena Cellulose Inc.:

***Gitxsan No. 2.***

[42] Tysoe J. reviewed the course of dealings between the parties since his first decision, including their negotiations, related legislative initiatives, and an unsuccessful attempt to negotiate a five-year Forest and Range Agreement under the ***FRPA***. Such agreements are typically intended to provide interim economic and other accommodation while treaty negotiations are ongoing, in exchange for the First Nation's agreement that the Crown had fulfilled its duty to consult and seek interim accommodation for the term of the agreement. He outlined four major areas of disagreement between the parties: revenue sharing, consultation in advance, forest tenure, and joint planning.

[43] With respect to revenue sharing, Mr. Justice Tysoe observed that under the proposed Forest and Range Agreement, the Crown was offering an economic benefit based on \$500 a year for each Gitanyow person registered with the Department of Indian and Northern Affairs. This would provide an annual payment of \$340,000 to Gitanyow. Gitanyow took the position that economic accommodation should instead be based on volume of timber harvested from the Gitanyow traditional territory, or Wilp membership, as in treaty negotiations.

[44] With respect to joint planning, Mr. Justice Tysoe noted that Gitanyow wanted to be involved in joint planning of strategic higher level decisions. While the Crown expressed interest in this, and there was a draft Memorandum of Understanding that gave some suggestion that joint preparation of a sustainable resource management plan ("SRMP") might be undertaken, the Crown said it presently had no funds to support a planning initiative in Gitanyow traditional territory. It did, however, invite Gitanyow to participate in a less formal joint planning exercise in the Cranberry/Kispiox TSA. Gitanyow rejected this as not meaningful.

[45] Tysoe J. also noted particular problems with respect to the failure of Buffalo Head Resources Ltd., originally a subsidiary of Skeena, to honour its silviculture obligations. Buffalo Head and its successors hold FL A16884, one of the FLs replaced by Mr. Warner and at issue in this case.

[46] Tysoe J. examined these circumstances in the context of the recent decisions of the Supreme Court of Canada in ***Haida*** and ***Taku***. At para. 57, he offered several non-binding observations to assist the parties if they chose to continue negotiation of a Forest and Range Agreement. At para. 65, he concluded that although significant progress had been made since his earlier decision, the Crown had not yet fulfilled its duty of consultation and accommodation. He again declined to quash or set aside the MoF's consent to the change of control of Skeena, however, as the Crown had demonstrated a willingness to consult with Gitanyow and accommodate their interests. He granted further declaratory relief that confirmed that the Crown had not yet provided meaningful and adequate consultation and accommodation, with liberty to apply to the court with respect to further questions or relief.

## **CHRONOLOGY OF CONSULTATION OVER THE REPLACEMENT FOREST LICENCES**

[47] After the decision in *Gitxsan No. 2*, negotiations continued between Gitanyow and MoF representatives in an attempt to reach some form of a forestry accommodation agreement. Gitanyow's chief negotiator in these discussions was the petitioner Malii, who is the Hereditary Chief of Malii Wilp, and is also known as Glen Williams.

[48] These discussions centred on four main concerns put forward by Gitanyow: recognition of Gitanyow aboriginal rights and title; sustainability of forest resources within Gitanyow traditional territory, including reforestation and silviculture; implementation of joint land use planning; and economic accommodation through revenue sharing or other means. While negotiations continued, the Crown undertook several new initiatives in an effort to respond to these concerns.

[49] First, the joint land use planning initiative progressed. In late 2004, the MoF invited Gitanyow to participate in a joint landscape level planning exercise in the Cranberry/Kispiox TSA as a means of accommodating its interests through joint resource planning for its traditional territory. The stated goal was to integrate Gitanyow cultural heritage values and traditional uses with other values on the lands, and use that information in planning for future timber harvesting.

[50] Representatives of the MoF and Gitanyow participated in the plans to develop a landscape unit plan ("LUP") for the Cranberry/Kispiox TSA. The MoF retained a consultant to prepare a draft LUP, which was completed in the summer of 2005. This draft described the intent of the LUP as follows:

- To provide long-term sustainability of ecological resources.
- To accommodate Gitanyow cultural and heritage values and Gitanyow interests and plans for their future use of their territories.
- To provide for continued resource use and extraction in locations and at a rate that will sustain all forest resources at the landscape level.

[51] This draft LUP considered the individual Wilp territories to be planning sub-units. It documented and mapped the interests, knowledge, cultural and heritage sites, and practices for each individual Wilp. It envisaged developing management objectives for Gitanyow cultural heritage resources and uses of the land, and for forestry resources, and ultimately designing a forest eco-system network that could compliment Gitanyow cultural values and achieve integrated management objectives.

[52] The draft LUP also promoted the creation of a joint resources council, comprising representatives from Gitanyow and the provincial ministries, to administer and implement the plan once it was completed. The MoF and Gitanyow agreed to the creation of such a council and commenced negotiations over its mandate and terms in mid 2005.

[53] As the development of the LUP progressed, Gitanyow indicated that it wished to expand the joint planning initiative to cover all of its traditional territories. As a result, the MoF encouraged the Integrated Land Management Bureau ("ILMB") of the Ministry of Agriculture and Lands ("MoAL") to undertake development of an SRMP for the Nass TSA.

[54] In late 2005, the draft LUP was reviewed with licensees in the Cranberry/Kispiox TSA. Since then, the licensees and the District Manager of the Skeena Stikine Forest District have been using the LUP on a voluntary basis in their planning processes, and in the development of FSPs.

[55] As the planning process has evolved, the MoF and Gitanyow have endorsed a long-term plan to use the LUP as a foundation for the development of an SRMP for the Cranberry/Kispiox TSA by integrating values and interests beyond the MoF's mandate, and undertaking broader consultation and review under the guidance of the ILMB. The intention is that ultimately, the SRMPs for both the Cranberry/Kispiox and the Nass TSAs will be given legislative force. The process for that is obscure, as neither party provided material that adequately explained the legislative underpinning for these land use planning processes. Nevertheless, the implementation of this plan, and the enforcement of the LUP objectives in the meantime, has been a continuing theme in the consultations between Gitanyow and the MoF.

[56] In the spring of 2005, the MoF established the Northwest Forest Restoration and Enhancement Program ("NWFREP") to respond to both Gitanyow and Gitxsan reforestation and silviculture concerns in their traditional territories. Its aim was to identify and address areas harvested prior to 1987 that were not free-growing, to deal with forest restoration and forest enhancement priorities, and to provide aboriginal employment opportunities in the forest industry. The MoF made an initial commitment to Gitanyow under the NWFREP for \$1 million over four years.

[57] There were also broader initiatives that had the potential to advance Gitanyow's aboriginal interests. In March 2005, the governments of British Columbia and Canada began discussions with First Nations leaders that culminated in a document entitled "The New Relationship". Among other things, this document affirmed a "new government-to-government relationship based on respect, recognition and accommodation of aboriginal title and rights, and a commitment to reconciliation of Aboriginal and Crown titles and jurisdictions." The New Relationship was affirmed by the Transformative Change Accord reached by the governments of British Columbia and Canada and the Leadership Council representing the First Nations of British Columbia at the Kelowna Accord on November 25, 2005.

[58] On September 29, 2005, Mr. Warner raised the pending replacement of the FLs on Gitanyow traditional territory with Gitanyow for the first time. He wrote to Mr. Williams advising that while negotiations toward an interim Gitanyow forestry agreement continued, the MoF wished to complete the consultation process for the pending FL replacements by November 30, 2005, in a manner consistent with **Haida** and **Taku**. Mr. Warner's letter listed the FLs in Gitanyow's "asserted traditional territory", and explained the process and effect of replacing them. It indicated that the replacement term for each licence would be 15 years, and advised Gitanyow that once an FL was replaced, their next opportunity for consultation would be at the operational level when the licensee's FSPs were considered for approval or amendment. The letter invited input with respect to aboriginal interests and concerns in writing or through meetings.

[59] On November 25, 2005, Mr. Williams responded to Mr. Warner's letter. He acknowledged the MoF's intention to conduct consultation, and reiterated the findings of Mr. Justice Tysoe with respect to the strength of Gitanyow's claims to aboriginal rights and title. He identified the licences that overlapped Gitanyow Wilp territories, and Gitanyow's cultural, heritage and economic interests. He described the impact of the FL replacements on Gitanyow's aboriginal interests, including heavy logging, remediation that had not kept pace with timber extraction, and lack of Gitanyow control over how much of each licensee's AAC was extracted from its traditional territories. Mr. Williams expressed the view that the strength of Gitanyow's claim and the seriousness of the potential impact mandated that Gitanyow be included in the FL replacement decision, and in setting the conditions of the replacement FLs. He indicated concern about the extended replacement period, and the need to protect Gitanyow's aboriginal rights and title in the Gitanyow Wilp territories when making the FL replacement decision. Mr. Williams then set out a number of ongoing but unfinished initiatives, including the LUP and the establishment of a joint resources council, which he said represented Gitanyow's attempt to build a proper framework for consultation and accommodation. He complained that despite these initiatives, the MoF continued to "run rough-shod" over Gitanyow rights and title. He stated that while Gitanyow was prepared to meet and discuss the matter further, it wanted the replacement decision to be postponed until the LUP process was complete and a joint resource committee was in place.

[60] In response, the MoF extended the deadline for consultation with respect to the replacements of the FLs. On January 9, 2006, Mr. Warner wrote to Mr. Williams,

affirming that Gitanyow had significant interests with respect to the FL replacements and that these needed to be addressed through further discussion. He agreed to convene a special meeting of what he referred to as the “joint forestry council”, to share information with respect to forest tenures within Gitanyow territory, and to gain a clear understanding of its concerns and proposals. He also indicated that further discussion should take place to determine how the LUP may or may not relate to the FL replacements. While he acknowledged that there was some flexibility in the timing of the replacements, it was clear that he wished to get on with the process.

[61] On February 21, 2006, the Gitanyow Joint Resources Council (“JRC”) met for the first time. Representatives of Gitanyow and the MoF attended and discussed the FL replacements. Gitanyow identified four interests that needed to be addressed in that process:

- (1) acknowledgement of Wilp territories affected and recognition of aboriginal rights and title;
- (2) outstanding silviculture obligations;
- (3) acknowledgement of the LUP that was being developed; and
- (4) an economic component.

[62] Discussion covered suggestions to address these issues by adding clauses to the licence document, particularly in the “WHEREAS” preamble, or to a cover letter issued with the replacement FL offer. Inclusion of a silviculture deposit as a condition of the FL was also raised as a possibility. It was agreed that Linda Robertson, the Regional Aboriginal Affairs Manager for the Northern Interior Forest

Region, would draft clauses to be included in the FL for discussion, and that Mr. Williams would provide a summary of issues that Gitanyow wished to have addressed.

[63] On February 24, 2006, Mr. Warner issued the Notices of Intent to offer replacements of the FLs required under s. 15(1.1) of the **Forest Act**. These were not copied to Gitanyow. This meant that the FL replacement offers could be made to the licensees after August 24, 2006 pursuant to s. 15(1.1) of the **Forest Act**. The final deadline for replacements under s. 15(1.2) was 9.5 years after the date the FL was issued, which ranged from February 28, 2008 to April 15, 2010.

[64] On March 10, 2006, the JRC met again. They discussed a replacement schedule that suggested consultation should be complete by September. Ms. Robertson produced a proposed recognition clause for inclusion in the FLs that referenced Gitanyow's aboriginal rights and title in a manner consistent with Mr. Justice Tysoe's judgment in **Gitxsan No. 1**. Mr. Williams indicated that this would be a significant start. Ms. Robertson advised that the MoF was unable to put Wilp recognition in the FLs. She offered no explanation for this, but suggested that recognition could be achieved if the MoF committed to send the licensees a letter during the preparation of their FSPs that advised them of the Wilp territories that overlapped their licence areas. The MoF representatives also cautioned that the FL replacement process may not have sufficient flexibility to address all of Gitanyow's concerns, such as silviculture obligations and economic benefits. Mr. Williams expressed Gitanyow's concern over the uncertainty of who would be responsible for the outstanding silviculture obligations, and Ms. Robertson suggested that this issue

be flagged for the FL replacement consultation process. Further discussion took place with respect to the ongoing LUP/SRMP process, and using it to incorporate Gitanyow's interests in FSPs.

[65] On March 14, 2006, Gitanyow received funds of \$145,000 through the ILMB to finance its ongoing participation in the development of the Nass SRMP.

[66] In mid-2006, the NWFREP committed a further \$1 million over the next four years for reforestation and silviculture projects in the Nass TSA in response to Gitanyow's concerns about reforestation in that area.

[67] In August 2006, the MoF and Gitanyow successfully concluded negotiation of the Gitanyow Forestry Agreement (the "GFA"), a forestry accommodation agreement with a five year term. Its preamble reads:

**Whereas:**

- A. British Columbia and Gitanyow have interests in forestry and economic development with the Traditional Territory.
- B. British Columbia acknowledges that Justice Tysoe of British Columbia Supreme Court has held that British Columbia has a duty to consult with Gitanyow and to seek to accommodate their interests within the Traditional Territory.
- C. The Parties wish to address the outstanding obligations of British Columbia to consult and accommodate Gitanyow interests as required by Justice Tysoe in *Yal et al v. Minister of Forests, Skeena Cellulose Inc. and NWBC Timber and Pulp Ltd.* 2002 BCSC 1701 [*Gitxsan No. 1*] and *Gitanyow First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* 2004 BCSC 1734 [*Gitxsan No. 1*] and Gitanyow acknowledges that British Columbia has done so.
- D. Gitanyow has a relationship to the land that is important to its culture and the maintenance of its community, governance and economy.

- E. Gitanyow has Aboriginal Interests within the Traditional Territory.
- F. British Columbia and the First Nations Leadership Council, representing the Assembly of First Nations - BC Region, First Nations Summit and the Union of BC Indian Chiefs (the "Leadership Council") have entered into a New Relationship in which they are committed to reconciliation of Aboriginal and Crown titles and jurisdiction and have agreed to implement a government-to-government relationship based on respect, recognition and accommodation of Aboriginal title and rights.
- G. This Agreement is in the spirit and vision of the New Relationship.
- H. Work is underway regarding the implementation of the New Relationship and this Agreement may need to be amended in the future to reflect the outcomes of that work.
- I. References in this Agreement to Crown lands are without prejudice to Gitanyow's Aboriginal title and/or rights claims over those lands.
- J. British Columbia intends to consult and to seek an Interim Accommodation with Gitanyow on forest and/or range resource development activities proposed within the Traditional Territory that may lead to the infringement of Gitanyow's Aboriginal Interests.
- K. Gitanyow intend to participate in any consultation with British Columbia or a Licensee in relation to forest and/or range resource development activities proposed within the Traditional Territory that may lead to an infringement of Gitanyow's Aboriginal Interests.
- L. British Columbia and Gitanyow wish to resolve issues relating to forest resource development where possible through negotiation as opposed to litigation.

[68] Section 1 of the GFA deals with recognition of Gitanyow's interests and rights and states in part:

- 1.1 British Columbia acknowledges that Justice Tysoe of British Columbia Supreme Court has found that Gitanyow have a good *prima facie* claim of aboriginal title and a strong *prima facie*

claim of aboriginal rights to at least part of the Traditional Territory.

- 1.2 British Columbia recognizes that Gitanyow's Aboriginal Interests are linked to Gitanyow's good prima facie claim of aboriginal title and strong prima facie claim of aboriginal rights.
  - 1.3 British Columbia recognizes that the historic and contemporary use and stewardship of land and resources by Gitanyow are integral to the maintenance of Gitanyow society, governance and economy within the Traditional Territory.
  - 1.4 British Columbia recognizes that in the absence of a treaty that defines the responsibilities and rights of the Parties, its duty to consult and to seek workable accommodation of Gitanyow's Aboriginal Interests within the Traditional Territory is an ongoing duty.
  - 1.5 British Columbia acknowledges that the Gitanyow Simgigyet represent the Huwilp.
- [69] Section 2 sets out definitions. The following have relevance here:
- 2.1.5 "Gitanyow " means the eight Gitanyow Houses collectively referred to as the Huwilp being Gitanyow houses of Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Luux Hon, Haitsimsxw, Wataxhyetsxw and Wii Litsxw.
  - 2.1.6 "Interim Accommodation" means an accommodation, including an Interim Economic Accommodation, provided in this Agreement intended to further the reconciliation of Gitanyow's Aboriginal Interests with those of British Columbia in the interim prior to the reconciliation of these respective interests in a treaty. Any monetary payments made under this Agreement, including the accommodations provided in sections 4 through 8 reflect the present budget limitations of the Minister of the Forests and Range. It is acknowledged that other accommodations, including economic accommodations, may be jointly developed by the Parties during the term of this Agreement.
  - 2.1.7 "Interim Economic Accommodation" means an Interim Accommodation of the economic component only of Gitanyow's Aboriginal Interests.

...

2.1.9 "Operational Decision " means a decision that is made by a person with respect to the statutory approval of an Operational Plan that has a potential effect in the Traditional Territory.

2.1.10 "Operation Plan" means a Forest Development Plan, Woodlot Licence Plan, Forest Stewardship Plan, Range Use Plan or a Range Stewardship Plan that has a potential effect in the Traditional Territory.

...

2.1.13 "Traditional Territory" means Gitanyow Traditional Territory as shown on the map attached to this Agreement as Appendix A.

[70] The purposes of the GFA are set out in Section 3.1:

- (a) implement the order of the British Columbia Supreme Court as set out in the judgement of Tysoe, J. in *Yal et al v. Minister of Forests Skeena Cellulose Inc. and NWBC Timber and Pulp Ltd.* 2002 BCSC 1701;
- (b) set out measures to address Gitanyow's Aboriginal Interests in the context of forestry decisions that are made during the term of this Agreement and the forest development that occurs as a result of those decisions within the Traditional Territory during the term of this Agreement;
- (c) create viable economic opportunities and to assist in the improvement of social conditions of Gitanyow through economic diversification;
- (d) address consultation and provide Interim Accommodations related to forest resources development; and
- (e) provide a period of stability to forest and range resource development on Crown lands within the Traditional Territory during the term of this Agreement, while longer term interests are addressed through other agreements or processes.

[71] Section 4 deals with "Forest Planning", and sets out a commitment by the parties to collaborate in implementing the LUP in the Cranberry/Kispiox TSA as a basis for developing integrated management objectives for the area, and to then

work with the ILMB to merge those objectives with the Nass SRMP, with the ultimate aim of enabling the SRMP objectives through legislation once the parties have reached a consensus on them. It states that, as an interim step, the Crown and Gitanyow agree to encourage licensees to develop operational plans consistent with the “joint landscape level plans”, which encompass the LUP and SRMP. Finally, it confirms that the Crown has provided funding of \$237,500 to date for these endeavours.

[72] Section 5 deals with “Forest Restoration”, and includes an acknowledgement by the Crown that it is important for Gitanyow to participate in reforestation and enhancement within its traditional territory. It affirms the two \$1 million commitments made earlier by the NWFREP for these purposes, as well as provision of \$50,000 for 2005 – 2007, and \$25,000 for 2008, to support Gitanyow’s participation in planning and implementation of the NWFREP activities. It also requires the Crown to provide Gitanyow, through the JRC, with updates and reports on the progress of Timber Baron in meeting its backlog of silviculture obligations. Timber Baron was the successor to Buffalo Head, the holder of FL No. A16884, whose silviculture delinquency was the subject of comment by Tysoe J. in *Gitxsan No. 2*.

[73] Section 6 establishes the JRC, and acknowledges that the Crown has provided \$10,000 to support its establishment in 2006-2007. Section 6.1 sets out its purposes:

British Columbia and Gitanyow agree to establish and operate a Joint Resources Council for the purpose of facilitating:

- (a) cooperative planning to address Gitanyow's Aboriginal Interests at the appropriate level of Crown land use planning;
- (b) consultative processes and provision of a forum for identifying and resolving issues of strategic importance to Gitanyow and British Columbia early in the forest planning cycle; and
- (c) completion and administration of the Gitanyow Kispiox-Cranberry Landscape Unit Plan and the Gitanyow Nass Strategic Resource Management Plan,

as per the Joint Resources Council terms of reference attached to this Agreement as Appendix C.

[74] Appendix C stipulates that Gitanyow and the Crown will each appoint two members to the JRC, and that staff members from both parties may serve in an *ex officio* capacity to provide support or serve on sub-committees as required.

Appendix C includes this further statement of purpose:

To implement a joint process that ensures the meaningful, effective and efficient consultation and accommodation of Gitanyow's Aboriginal Interests that are impacted, or have the potential to be impacted, by forest and/or range resource development activities within the Traditional Territory.

The Gitanyow Joint Resources Council (GJRC) will achieve this by:

- (a) facilitating cooperative planning to address Gitanyow's Aboriginal Interests at the appropriate level of Crown land use planning; and
- (b) facilitating consultation processes and providing a forum for identifying issues of strategic importance to Gitanyow early in the forest planning cycle.

[75] Among the JRC's responsibilities listed in Appendix C is to "Coordinate the communication, information sharing and consultation processes with respect to [MoF] proposed Administrative Decisions and activities that have potential to impact

Gitanyow's Aboriginal Interests". The FL replacements are defined as "Administrative Decisions" under the GFA.

[76] Section 7 deals with economic opportunities. Section 7.1 grants Gitanyow the right to apply for a five year non-replaceable forest licence in the Traditional Territories for up to 430,000 cubic meters over five years, and grants \$35,000 for capacity development in connection with this licence.

[77] Section 7.2 provides for an interim annual payment to Gitanyow of \$357,000 throughout the term of the Agreement. It also sets out a commitment by the Crown, through the MoF and the Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation ("MARR"), to establish a working group in which Gitanyow and other First Nations may participate, to examine alternative benefit and revenue sharing options.

[78] Section 8 provides for capacity funding of \$275,000 upon execution of the GFA to support Gitanyow's ongoing participation in the JRC and the LUP and SRMP initiatives for 2006/07, as well as a process to establish a budget for similar expenses during each year of the GFA.

[79] Section 9 deals with "Consultation and Accommodation Respecting Administrative and Operational Decisions and Plans". It sets out a specific commitment to consult and seek workable accommodations of Gitanyow's aboriginal interests with respect to these decisions and plans through participation in "strategic level planning and policy development processes". Section 9.3 states:

Subject to section 9.4, Gitanyow is entitled to full consultation with respect to all potential infringements of their Aboriginal Interests arising

from any Operational Decision, Administrative Decision or Operational Plan affecting Gitanyow's Aboriginal Interests, regardless of benefits provided under this Agreement.

[80] In Section 9.4, Gitanyow affirms that in consideration of the accommodation outlined in Section 7 of the GFA, it agrees that the Crown has fulfilled its duties to consult and seek workable interim accommodation with Gitanyow with respect to five specific MoF decisions. Importantly, these do not include the FL replacement decisions.

[81] Other parts of Section 9 relevant to this proceeding are these:

- 9.5 During the term of this Agreement, and subject to the terms and intent of this Agreement being met and adherence by British Columbia, Gitanyow agrees that British Columbia has provided an Interim Economic Accommodation of Gitanyow's Aboriginal Interests and other Interim Accommodations serving to further the reconciliation of Gitanyow's Aboriginal Interests with respect to forest activity within the Traditional Territory with those of British Columbia.
- 9.6 British Columbia acknowledges that any timber opportunities and funding provided through this Agreement are an Interim Accommodation and that broader processes are underway that will assist in determining the appropriate accommodation in respect of impacts of Gitanyow's Aboriginal Interests as a result of forestry activities occurring within the Traditional Territory.
- 9.7 Nothing in this Agreement restricts the ability of Gitanyow to seek additional accommodation for impacts on its Aboriginal Interests within the Traditional Territory from forest resource development during the term of this Agreement.
- 9.8 The Parties agree to consult in accordance with the Consultation Protocol attached to this Agreement as Appendix B.

[82] The Consultation Protocol states that Mr. Justice Tysoe's findings of a good *prima facie* claim of aboriginal title and a strong *prima facie* claim of aboriginal rights

to at least part of the areas of the traditional territory will be used as a starting point in determining the level of consultation required. It states that consultation is to take place through the JRC and that it will involve a four-step process:

Step 1: Information Sharing – the Crown is to advise Gitanyow in writing of the decision required and the response period, provide Gitanyow with all relevant and reasonably available information necessary to enable assessment of the impact of the proposed activity on Gitanyow interests, offer meetings with appropriate personnel to explain this information, and provide all relevant information requested by Gitanyow which is reasonably required for adequate consultation and accommodation;

Step 2: Identification of Gitanyow Interests – Gitanyow are to provide all reasonably available information that identifies the potential impact of the proposed plan or decision on Gitanyow aboriginal interests within 60 days;

Step 3: Further Consultation – Either party may request further consultations to address Gitanyow aboriginal interests and measures for accommodating those;

Step 4: Decision – The statutory decision maker is required to do the following: identify Gitanyow aboriginal Interests in relation to the contemplated decision; make a determination of whether the contemplated action potentially adversely affects Gitanyow's aboriginal interests as those have been expressed by the B.C. Supreme Court; if there are potential adverse affects, determine how serious they are and what accommodation, if any, is appropriate; set out any recommendations provided by the JRC or Gitanyow for mitigation of the potentially adverse impacts, and the reasons why any such recommendations have been rejected; and inform Gitanyow in writing of the decision, setting out how aboriginal interests were addressed, any accommodation or mitigation measures taken, or reasons for not fully accommodating Gitanyow aboriginal interests.

[83] Section 10 provides a process for resolution of disputes between the Crown and Gitanyow over interpretation of the GFA.

[84] Sections 16.3 and 16.4 acknowledge that the specific nature, scope or extent of Gitanyow's aboriginal interests have not yet been determined:

- 16.3 This Agreement will not limit the positions that a Party may take in future negotiations or court actions.
- 16.4 British Columbia acknowledges and enters into this Agreement on the basis that Gitanyow has Aboriginal Interests within their Traditional Territory and further that the specific nature, scope or geographic extent of Gitanyow's Aboriginal Interests have not yet been determined. Broader processes engaged in to bring about reconciliation will result in a common understanding of the nature, scope and geographic extent of Gitanyow's Aboriginal Interests.

[85] Section 17 endorses the New Relationship and the ability of the parties, at the request of Gitanyow, to negotiate additional interim agreements in relation to forestry and range matters that give effect to the New Relationship. The parties acknowledge that there are broader processes underway with respect to the New Relationship that may assist in such negotiations.

[86] On August 28, 2006, Mr. Warner wrote to Mr. Williams with respect to the ongoing consultation process regarding the FL replacement decision. This letter set out the four concerns consistently identified by Gitanyow, and the manner in which the MoF proposed to address them.

[87] With respect to recognition, Mr. Warner acknowledged that Gitanyow wanted recognition of its aboriginal rights and title, as well as its traditional system of governance, in particular the Wilp system and territories. He proposed to address this by including what I will refer to as the "WHEREAS clause" in the preamble to each replacement FL, which read:

**WHEREAS**

The Government of British Columbia acknowledges that Justice Tysoe of the British Columbia Supreme Court has found that the Gitanyow

and Gitxsan each have a good prima facie claim of aboriginal title and a strong prima facie claim of aboriginal rights to at least part of the areas included within the lands covered by the Forest Licence.

Mr. Warner then stated that “for practical reasons” the MoF was unable to include acknowledgement of the Wilp territories in the replacement FL itself, but would commit to advising the licensees about the Wilp territory boundaries for their use and information during preparation of their FSPs. No explanation as to why the acknowledgment was not practical was provided.

[88] With respect to the LUP process, Mr. Warner acknowledged that Gitanyow sought assurances that the FLs would be subject to the plan that was being developed, and that this planning process had been undertaken as a key means for accommodating Gitanyow's interests. He affirmed that the MoF remained committed to completing the LUP to be used as “an information base for operational planning undertaken by licensees and to assist in the consultation process for those operational plans”. However, he stated that the LUP objectives and strategies could not be empowered through legislation until consensus had been reached among government agencies, Gitanyow, and licensees. Mr. Warner stated that until that point, licensees may choose to voluntarily comply with the LUP, and it would be used by the MoF in the consultation process with the licensees regarding their operational plans. He also advised that upon issuing an FL replacement, he would consider including a statement in the cover letter to the licensees stating that a LUP was being developed in that part of the TSA that overlaps Gitanyow territory, and that this would be considered by the statutory decision maker in making operational decisions under the FL.

[89] With respect to outstanding silviculture obligations, Mr. Warner acknowledged Gitanyow's wish to have some means in the FL replacement process to address the failure of licensees to fulfill their silviculture obligations. He expressed the view that compliance and enforcement procedures under the **Forest Act** provided the necessary means to ensure that these obligations were met. Mr. Warner advised that Timber Baron, the holder of FL A16884, was the only licensee presently in breach of its obligations, and that enforcement action had been taken against it. He maintained that while that process unfolded, he was not in a position to deal with the issue through the FL replacement process. Mr. Warner also pointed out that the funding provided under the NWFREP was intended to address the historic backlog silviculture obligations, including those related to Orenda, whose FL had been surrendered. Although this FL is not a subject of these proceedings, Orenda's outstanding silviculture obligations formed part of the factual matrix in the consultation between the parties.

[90] With respect to economic accommodation, Mr. Warner took the position that the GFA provided appropriate interim economic accommodation of Gitanyow's interests with respect to forest activities during its five year term.

[91] Mr. Warner concluded his letter with this statement:

In my view, these measures, in addition to the specific accommodation measures I have offered here in respect to the replacement of the seven Forest Licences, are sufficient for meeting the ministry's legal obligations in respect to the replacement of the Forest Licences within Gitanyow territories. Further consultation with Gitanyow with respect to actual forest operations under these Forest Licences will occur through the JRC in accordance with the terms of the Agreement.

He indicated that he intended to issue the FL replacements by October 15, 2006.

[92] On September 18, 2006, Mr. Williams replied to Mr. Warner, advising that Gitanyow disputed both the MoF's assumption that consultation had been completed, and its view that the accommodation proposed in his letter of August 28, 2006 represented an adequate fulfillment of the Crown's obligations.

[93] First, Mr. Williams requested that all relevant information on the terms and conditions of the proposed FL replacements, in particular the location and volume of timber to be taken under each, be provided to Gitanyow so that the impact on its aboriginal interests could be properly assessed. Second, he stated that the FL replacement decision was specifically excluded from the GFA as the process of consultation and accommodation was still ongoing when the GFA had been concluded. He acknowledged the consultation protocol established by the GFA, but pointed out that the JRC had not met since March to complete the consultation and agree on appropriate accommodation and protection of Gitanyow's aboriginal interests in the context of the FL replacements.

[94] With respect to recognition, Mr. Williams advised that the proposed WHEREAS clause in the preamble of the FL replacements was not a sufficient accommodation of Gitanyow's interests. Moreover, Mr. Warner's explanation that it was impractical to go further in recognizing the Wilp system was inadequate. He reiterated that Gitanyow required recognition of the Wilp in the body of the replacement FLs, including a map and description of the Wilp territories.

[95] With respect to the LUP, Mr. Williams advised that Gitanyow was confident that the necessary consensus would be reached to enable the LUP through legislation. In the interim, Gitanyow expected the licensees to comply with the LUP. He acknowledged that the licensees were presently using the LUP to develop their FSPs, but said that compliance was not a matter to be left to voluntary participation, and a statement and a cover letter delivered with each replacement FL were insufficient. Compliance with the LUP had to be built into the replacement FLs to ensure that Gitanyow's aboriginal interests would be accommodated. If that was not possible, he again requested that the FL replacements be postponed until the LUP had been given legislative force.

[96] With respect to outstanding silviculture obligations, Mr. Williams advised that the Crown's position, and its reliance on compliance and enforcement measures, was unacceptable. He said that Gitanyow had insufficient information on the current status of licensees' outstanding obligations, and the cost of those outstanding in Orenda's areas alone far exceeded the funds committed under the NWFREP for reforestation.

[97] With respect to economic accommodation, Mr. Williams again pointed out that the GFA did not cover economic accommodation for the FL replacements, and that Gitanyow was entitled to full consultation and accommodation with respect to that decision.

[98] He concluded by pointing out that Step 1 and Step 2 of the Consultation Protocol established by the GFA were still incomplete. He stated that Gitanyow

required further information, and the MoF did not yet have a clear understanding of Gitanyow's aboriginal interests that would be impacted by the decision to replace the FLs. He reiterated that Gitanyow required completion of the consultation and accommodation process before the FLs were replaced, including convening a meeting of the JRC to review the issues and options for accommodation, and provision of the information he had requested. He advised that Gitanyow would prepare a draft accommodation agreement with respect to the FL replacements for the JRC's review.

[99] On October 4, 2006, the JRC met and reviewed Mr. Williams' letter of September 18, 2006, and the issues related to the FL replacements. Gitanyow expressed concerns about the volume of timber being harvested in its traditional territory and the long-term sustainability of the forests. The MoF representatives replied that the FL replacement process did not determine the AAC, and the JRC could conduct an analysis of the planned harvest volume during the TSR process. As well, they noted that Gitanyow land use planning concerns would be considered by the licensees and the MoF during the FSP approval process. There was also discussion about silviculture liabilities, identification of Gitanyow's traditional use sites, and development of a cedar management strategy to determine if there was a sufficient supply for traditional use.

[100] At this meeting, Mr. Williams tabled a draft Forest Licence Replacement Accommodation Agreement (the "Accommodation Agreement"). Section 1 of this stated that the intent of the Accommodation Agreement was to address shared decision-making regarding land and resources, and their protection, and to address

“the legal obligation of the economic component of Gitanyow aboriginal title on an interim basis”. It stipulated that each of the replacement FLs shall identify and provide a map of the Wilp territories overlapped by the FL. It required the Crown to inform Gitanyow of any notices of intent to dispose of the FLs covered by the Accommodation Agreement, and any amendments to the FLs. It contemplated that, as an accommodation of the economic component of Gitanyow rights, Gitanyow would receive 50 percent of all stumpage fees for volume of timber harvested under the FL replacements within Gitanyow traditional territory, and 50 percent of the annual rent paid by the licensees based on a pro-rated portion of the AAC coming from Gitanyow traditional territory. It envisaged the establishment of a Gitanyow/BC Revenue Sharing Working Group to address past infringements of Gitanyow interests. It also required the Regional Manager to give notice to the licensees that they may only submit applications for cutting permits for areas in Gitanyow traditional territory that meet the requirements of the draft LUP and SRMP.

[101] On November 9, 2006, the JRC met again to discuss issues related to the FL replacements. The MoF representatives provided accurate AAC numbers and a draft of the proposed replacement FL. Timelines were discussed, in particular, the fact that two of the FLs had a replacement deadline of February 28, 2007 pursuant to ss. 15(1.1) of the **Forest Act**. Gitanyow again raised concerns regarding the volume to be logged, sustainability, and outstanding silviculture obligations. With respect to economic accommodation and revenue sharing, the MoF representatives advised that there was “no appetite within government to revenue share nation by nation, licence by licence”, but a meeting could be scheduled with Gitanyow to

discuss potential models on a without prejudice basis. With respect to consultation at the stage of FSP approval, Gitanyow expressed concern that the Crown's obligation to consult should not be off-loaded onto the licensees.

[102] After this JRC meeting, on November 28, 2006, representatives of the MoF, MARR, and Gitanyow met to develop draft terms of reference for what became the Forest Benefit Sharing Working Group ("FBSWG"). The FBSWG fulfilled the Crown's commitment under Section 7.2.7 of the GFA to establish a working group to examine alternate benefit and revenue sharing options in which Gitanyow and other First Nations could participate.

[103] On November 16, 2006, Mr. Warner responded to Mr. Williams' letter of September 18, 2006. He provided current information with respect to the FL holders and the AAC under each of the FLs up for replacement. He described the process, and set out the legislated schedule for replacement, which indicated that the decision for two of the FLs had a deadline of February 28, 2007. Mr. Warner acknowledged Gitanyow's concern that the proposed WHEREAS clause and the cover letter would be insufficient to compel the licensees to acknowledge Gitanyow's aboriginal interests, but pointed out that the duty of consultation and accommodation rested with the Crown and not the licensees, and reiterated that the LUP would be considered by the MoF when the statutory decision-makers considered the approval of operational plans required under each FL. He suggested that his proposal would facilitate a greater level of voluntary compliance by the licensees. The letter reviewed the status of outstanding silviculture obligations of the licensees, and advised that the MoF staff would try to provide an estimate of timber volume under

each licence that may be attributed to Gitanyow traditional territory in response to Gitanyow's concern that a sustainable level of cut be ensured. Mr. Warner closed by stating that it remained his view that the accommodation measures outlined in his letter of August 28, 2006 met the Crown's legal obligations toward Gitanyow, but that he was prepared to postpone his decision to offer replacement licences until early 2007 to allow for further JRC consultation due to the concerns raised by Gitanyow. He requested that the JRC complete consultation with respect to the FL replacements by January 31, 2007, so that replacement offers could be made by the legislated deadline of February 28, 2007.

[104] The JRC met again on December 15, 2006, and Mr. Williams raised the recent decision in *R. v. Sappier; R. v. Gray*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686 [*Sappier*], which established an aboriginal right to harvest wood on Crown lands for domestic uses. There was further discussion of economic accommodation with respect to the FL replacements. The MoF representatives indicated that this must be coordinated with work being done by the New Relationship Leadership Council, and that the MoF would respond directly to these issues. Gitanyow acknowledged that the MoF had provided the timber harvesting land base information requested. Ian Smith, the B.C. Timber Sales Planning Officer, gave a presentation on the FSP planning process in Gitanyow's traditional territories, including the role of the LUP and opportunities for Gitanyow involvement. The deadline of January 31, 2007 for completion of the consultation process was noted.

[105] On January 11, 2007, the first and only meeting of the FBSWG took place, attended by representatives of Gitanyow and other First Nations, the MoF, and the

MARR. The First Nations' representatives questioned how revenue sharing might work at the forest district level, instead of a province-wide model, and the MARR representative agreed to provide some revenue and cost data analysis on this.

[106] On January 24, 2007, Mr. Warner wrote to Mr. Williams indicating that he wished to conclude consultation on the FL replacements. His letter listed five issues that Gitanyow had identified for consideration in the FL replacement process:

- 1) Recognition of Gitanyow aboriginal rights and title and acknowledgement of Wilp territories;
- 2) Licensee compliance with LUP;
- 3) Means to address outstanding silviculture obligations;
- 4) Economic accommodation; and
- 5) Achieving a sustainable level of cut within Gitanyow Traditional Territory.

[107] Mr. Warner referred to the proposals to address these issues that he had outlined in his letter of August 28, 2006, and Gitanyow's responses, and stated that he would take the latter into consideration. He said, however, that Gitanyow's proposal in the Accommodation Agreement for a 50 percent share of revenue was outside the scope of the FL replacement decision, and advised that the government was attempting to address revenue sharing more broadly through the New Relationship and initiatives such as the FBSWG. He stated that he anticipated one more JRC meeting to review Gitanyow's interests and whether any further "mitigation measures" were possible, and encouraged the JRC to examine how to address Gitanyow's interests in subsequent forest management decisions related to

the FLs. He affirmed his expectation that he would have all relevant information by early February in order to make a decision before the deadline of February 28, 2007.

[108] On January 29, 2007, the JRC met again to consider the FL replacements. Three Gitanyow representatives were present, including Mr. Williams. Each of Gitanyow's interests was identified, and the proposed accommodations reviewed. Mr. Williams raised a number of concerns as to the sufficiency of the accommodations. The minutes of this meeting record that in the course of this discussion, however, he indicated that while Gitanyow had earlier wanted their house and clan system recognized in the licences, this was of less concern now as the licensees had been respecting the LUP. With respect to sustainability of harvesting, Ms. Robertson indicated that this could best be addressed through the TSR. Jane Lloyd-Smith, the Regional Staff Manager for the Northern Interior Forest Region, acknowledged that there was presently an over-allocation of volume in Gitanyow traditional territory, but reiterated that this could be addressed through the TSR. It was agreed that Ms. Robertson and Ms. Lloyd-Smith would develop a draft submission for Mr. Warner's consideration of the commitments that were needed to proceed with replacement of the FLs, the measures offered to date, and other proposed measures, and that they would meet with Mr. Williams, as the Gitanyow representative, on February 8, 2007, to review this.

[109] On February 8, 2007, Mr. Williams, Ms. Robertson, and Ms. Lloyd-Smith met to develop the submission to Mr. Warner. That meeting produced a draft of "JRC Recommendations" that was circulated to JRC members and discussed further among Mr. Williams, Ms. Robertson and Ms. Lloyd-Smith following the meeting.

This led to a further draft being prepared, circulated, and discussed in a conference call between Mr. Williams and the MoF representatives on February 16, 2007. The MoF says that during that call they discussed a final list of JRC Recommendations. These were sent to Mr. Warner on February 19, 2007 for his consideration in making the FL replacement decisions. However, they included a note stating that they were still undergoing internal review by Gitanyow.

[110] The JRC Recommendations were organized under four headings: Recognition, Sustainability/Land Use Planning, Forest Restoration, and Economic Interests. In summary, they provided the following.

[111] With respect to recognition, they noted that Gitanyow sought formal recognition of its aboriginal rights and title and acknowledgement of the Wilp system and boundaries. They recommended the inclusion of the WHEREAS clause in the FLs, and an instruction to forest districts to communicate Wilp territory boundaries to licensees before operational plans were prepared. They also supported the JRC as an effective forum for consultation and input into the decision-making processes.

[112] Under the heading Sustainability/Land Use Planning, the JRC Recommendations recognized the common interest of the MoF and Gitanyow in ensuring sustainable forest management, and stated that the joint planning processes, such as the LUP, were a powerful tool for addressing those common interests. They observed that the completed LUP had been well received and respected by the licensees and created a more efficient consultation process at the operational level. They viewed the next step as incorporating the LUP into the TSR

for the TSAs within Gitanyow traditional territory, but acknowledged that achieving an agreement on a sustainable harvest for the long term would be a multi-year process. They recommended that the MoF continue to provide staff and resources necessary to support ongoing joint planning, and to work with the ILMB in this process. They supported inclusion of a statement in the FL replacement offer letters to licensees advising them of the LUP, and encouraging them to consider it and work with Gitanyow in preparing operational plans. They recommended that the MoF continue to respect and use the LUP in evaluating operational plans and facilitating consultation at that level. They also included a strategy for moving the joint land use planning process ahead by merging the LUP and SRMP processes, and having both declared higher level plans with legislated objectives for forestry practices within five years. They also recommended that the planning objectives be incorporated in future TSRs.

[113] With respect to forest restoration, the JRC Recommendations advocated that Gitanyow receive a written explanation of how Mr. Warner considered silviculture liabilities in his FL replacement decisions, including an update on their current status. They also recommended that he consider seeking silviculture deposits from the licensees, and that the MoF continue to support and fund the NWFREP. They acknowledged the need to protect Gitanyow's right to harvest wood for domestic use, as defined in **Sappier**, and recommended that the MoF support and expand an ongoing JRC project to identify Gitanyow cedar needs to include the **Sappier** issue.

[114] With respect to economic interests, the JRC Recommendations acknowledged that Gitanyow was interested in a model of revenue sharing that was

ties to the harvested resources rather than population, and recommended that this be explored through the continuing work of the FBSWG.

[115] On February 20, 2007, MoF staff prepared a briefing note for Mr. Warner for his consideration in making the FL replacement decision. This included a copy of the JRC Recommendations. It reviewed the consultation process with Gitanyow, describing it as “protracted and intense”. It offered the view that the opportunities provided to Gitanyow to identify its interests and any infringement of them had been sufficient, and further consultation was unnecessary. It set out two options. The first was to offer replacement FLs for all licences, although only two had a deadline of February 28, 2007 under s. 15(1.1) of the **Forest Act**. The discussion of this option stated that consultation with Gitanyow had been exhaustive, and there were no further gains to be made by delaying the decisions on the basis of Gitanyow’s interests, despite its continuing expression of concern. It acknowledged that Gitanyow may challenge the decision as a result. The second option suggested delaying the offer to replace the FLs falling within Gitanyow traditional territories for a year, placing them under the time frame in s. 15(1.2) of the **Forest Act**, but the writer did not endorse this, stating:

We have done everything in our power to address Gitanyow’s concerns around the replacement of these licences, but the outstanding issues are beyond the scope of this process and need to be resolved through government to government negotiations. Delaying a decision further will not change this situation and will potentially lead us down a path that is at odds with the processes and policies being developed through “New Relationship.”

[116] On February 21, 2007, Mr. Williams wrote to Ms. Robertson taking issue with her description of the JRC Recommendations as “final”. He reminded her that he

had advised the JRC that he must bring them to the Hereditary Chiefs for their review and decision, and that this meeting could not take place until February 26, 2007 at the earliest. He expressed concern that the rush to complete consultation was compromising Gitanyow's interests, and observed that the recommendations with respect to recognition of Gitanyow's rights and title had not changed since August 2006 and remained inadequate. He reiterated Gitanyow's concern about over-harvesting, particularly in view of its constitutional rights to domestic wood as confirmed in *Sappier*.

[117] Mr. Williams noted that Gitanyow had received no response to the draft Accommodation Agreement. He enclosed a revised draft of that document as indicative of Gitanyow's position, as well as a report on forest revenue historically generated from Gitanyow traditional territory, for consideration by Mr. Warner. He reiterated Gitanyow's view that the FL replacements presented a significant infringement of Gitanyow rights and title, and asked that the MoF not proceed with the FL replacement decision until the consultation process had been completed.

[118] The revised draft Accommodation Agreement added several new terms. Paragraph 7 stipulated a payment of over \$19 million to Gitanyow, representing 51 percent of stumpage fees collected between December 31, 1995 and January 1, 2005 from timber cut in Gitanyow traditional territory. Paragraph 12 introduced a format for Gitanyow participation in applications for cutting permits on Gitanyow traditional territory.

[119] Ms. Robertson forwarded the material from Mr. Williams to Mr. Warner on February 21, 2007. She advised him that the MoF staff had made it clear to Gitanyow that the development of the JRC Recommendations represented the final stage of the consultation process, but that Gitanyow was taking the position that they were only at step two of the GFA Consultation Protocol. It was her view that the accommodation measures put forward by Gitanyow went well beyond the MoF's current mandates. She nevertheless suggested a third option to those in the Briefing Note: to delay the replacement of the two FLs with a February 28, 2007 replacement deadline and deal with them under s. 15(1.2) instead, as this would provide more time for Mr. Warner to fully consider the JRC Recommendations and the late submission by Gitanyow.

[120] On February 26, 2007, Mr. Warner wrote to Mr. Williams reminding him that his earlier correspondence had indicated that any final submissions should be provided by early February, and acknowledging receipt of his memorandum of February 21, 2007 and the draft Accommodation Agreement. He stated that he considered that they were now at step four of the GFA Consultation Protocol, and that he intended to proceed with his deliberations based on all information received to date.

[121] On February 27, 2007, Mr. Williams wrote to Mr. Warner in reply. He stated that the JRC meetings had failed to resolve substantial concerns with respect to significant infringements of Gitanyow's aboriginal rights, and the accommodation offered was inadequate. He set out five topics that had to be addressed if adequate accommodation was to be provided:

1. Recognition and scope of Gitanyow Aboriginal Rights and Title, including the *inescapable* economic component of our title, and an allocation of timber that respects the rights to harvest timber for domestic use as per the *Sappier* decision;
2. Assurances that licensees will fulfil their legal obligations with respect to reforestation on Gitanyow territories, instead of the '*cut and run*' practices of the past;
3. Sustainable and planned timber harvesting on Gitanyow territories;
4. A commitment that the joint land use plans will be used when planning harvesting activities on our territories; and
5. Administrative issues with respect to any timber harvesting on Gitanyow territories.

[italics in original]

Mr. Williams then stated that it was Gitanyow's view that they had not yet completed steps two and three of the Consultation Protocol. He invited a further meeting to address these issues.

[122] On February 28, 2007, Mr. Warner decided to replace the FLs. On the same day, he sent an offer of replacement with a cover letter to each licensee. The letter included this statement:

It should be noted that paragraph F in the "Where As" section of the document was included in response to input received during First Nations consultation regarding forest licence replacement in the Nass and Kispiox Timber Supply Areas (TSA).

[123] The cover letters to the licensees holding FLs in the Cranberry/Kispiox TSA also included this statement:

In addition, during consultation with Gitanyow regarding the replacement of this licence, Gitanyow expressed a concern that licensees needed to be made aware that a land use plan (LUP) has been developed with Gitanyow covering those portions of the Kispiox

and Cranberry TSAs lying within the Gitanyow traditional territory. It is recommended that you work with Gitanyow and consider the guidance within the LUP when preparing operational plans falling within Gitanyow traditional territories.

[124] Mr. Warner wrote to Mr. Williams on March 8, 2007 to explain the rationale for his decision, as was required by the GFA Consultation Protocol. He set out the material he has considered, including the JRC Recommendations, the recent Gitanyow submission, and the most recent draft Accommodation Agreement. He indicated that consultation had been conducted through the JRC in accordance with the Consultation Protocol, and stated that he was satisfied that this process had provided ample opportunity for Gitanyow to identify any interests impacted by the decision, and that further consultation was not necessary.

[125] He then set out his assessment of the nature and scope of Gitanyow's aboriginal interests in relation to the FL replacement decision, and of the adverse impact of the replacements on Gitanyow's aboriginal interests. I set this out in full:

*What is the nature and scope of Gitanyow aboriginal interests in relation to FL replacement decision?*

- Justice Tysoe's finding that Gitanyow have a good prima facie claim of aboriginal title and a strong prima facie claim of aboriginal rights to at least part of the traditional territory.
- Skii Km Lax Ha Preliminary Ethnohistorical Assessment indicates Gitanyow claim is likely stronger than that of Skii Km Lax Ha in the portion of Gitanyow traditional territory within the Nass TSA.
- Gitanyow assert title over the whole of the traditional territory and describe which of their eight house territories overlap with each FL.
- While it is likely that Gitanyow aboriginal title exists, it is unclear where within the traditional territory, particularly when considered in light of the recent judgment of the Supreme Court of Canada in *Bernard and Marshall*.

- Gitanyow's interests expressed through the consultation process apply to all of the seven Forest Licences. In my view, they can be grouped into four themes: recognition, land use planning/sustainability; forest restoration; and economic interests.

*Does the replacement of seven FLs within Gitanyow's traditional territory adversely affect Gitanyow Aboriginal Interests?*

- Unlikely to affect potential aboriginal rights which are site specific and can be more effectively accommodated through subsequent operational decisions that will occur under each FL. [For example, under the *Forest and Range Practices Act*, a licensee is required to prepare a Forest Stewardship Plan (FSP) which includes proposed results and strategies "to conserve, or if necessary, protect, cultural heritage resources that are the focus of a traditional use by an aboriginal people that are of continuing importance to that people." Examples of cultural heritage resources could include, culturally modified trees, non-timber resources such as medicinal plants, traditional use sites such as fishing sites. Consultation that occurs at the operational level could result in spatial or temporal changes or adoption of different forest practices to address specific cultural heritage resources or aboriginal interests. It would be useful to give an example or two here of how that might be done.]
- Replacing the FLs could impact claims of aboriginal title, assuming it exists somewhere within the traditional territory.

*How serious are the adverse effects?*

- Effects on Gitanyow's on-the-ground interests are minimal and will be addressed through other processes designed to protect Gitanyow's on-the-ground interests (ie., joint land use planning, Forest Stewardship Plannings and consultation on operational decisions, such as FSP approval, through the Joint Resources Council). **[You may also wish to refer here to consultations through the Joint Resources Council process.]**
- Gitanyow's interests in revenue sharing, land use planning and forest management decision making are being addressed through other processes (eg., Gitanyow-Gitxsan Forest Benefit Sharing Working Group, Timber Supply Review, Nass SRMP,) so the impact of the forest licence replacements is minimal in that regard.
- A full suite of accommodations have already been agreed to under the Gitanyow Forestry Accommodation Agreement which serves to minimize or accommodate the impact of the FL replacements. These accommodations include: language recognizing the nature of Gitanyow's

aboriginal interests; commitments to engage in joint forest management planning initiatives; commitment of over \$1 million for reforestation/enhancement activities within Gitanyow traditional territory; establishment of a Joint Forestry Council to facilitate joint planning efforts and consultation; capacity funding to participate in Joint Forestry Council; a consultation protocol; \$1.78 million in revenue over 5 years; and a forest tenure offer of 430 000m<sup>3</sup> over five years. **[Refer here to the particular accommodations to which you are referring.]**

*What accommodations may be appropriate?*

- Establishment of the Joint Resource Council and Consultation Protocol under the Forestry Accommodation Agreement are important tools for accommodating Gitanyow's interests in having a say in decision making with respect to forestry.
- The recommendations put forward by the JRC in respect to the FL replacements are addressed below.

*[italics and bold emphasis in the original]*

He then proceeded through the JRC Recommendations.

[126] He supported each of the JRC Recommendations related to the issue of recognition.

[127] He also supported those related to sustainability/land use planning. He acknowledged that mentioning the LUP in the cover letter to licensees fell short of Gitanyow's position that compliance with the LUP should be a requirement of the FL itself, but stated that inclusion in the letter was sufficient as the LUP had not been enabled through legislation. He supported the JRC strategy to have the LUP designated as a higher level plan and included in future TSRs, but cautioned that he was not the decision maker responsible for the TSRs and the determination of the AAC. He did indicate that he would advise the Chief Forester of the JRC strategy.

[128] With respect to forest restoration and silviculture obligations, in response to the JRC Recommendation that he provide an explanation of how he considered silviculture liabilities in his decision, he indicated that the current state of silviculture liabilities on a number of the licences was in question, that the forest districts had been working with licensees to remedy this, and that he was satisfied with their efforts to engage licensees in developing plans to remedy their specific situations. He said that if these remedial actions were not effective, further compliance and enforcement actions would be carried out that could ultimately result in the suspension and cancellation of these FLs. He noted the JRC Recommendation to require silviculture deposits from licensees, but said that this could not be carried out as it would require legislative amendments. He indicated that he would refer this to the MoF executive for consideration. He otherwise supported the JRC Recommendations. With respect to domestic use of wood, he indicated that the MoF intended to accommodate Gitanyow's aboriginal right to harvest wood for domestic purposes in accordance with the *Sappier* decision.

[129] Finally, with respect to economic interests, Mr. Warner stated that he supported the JRC Recommendation to continue to work through the FBSWG to identify alternative models for sharing forest benefits, but acknowledged that this fell well short of Gitanyow's position.

[130] Mr. Warner then indicated that although the most recent Gitanyow submissions from Mr. Williams were received very late in the consultation process, he had reviewed them. He offered the view that the revenue sharing provisions in the draft Accommodation Agreement raised issues that were a key component of the

negotiations leading to the GFA, and reiterated that any changes to the Crown's approach to revenue sharing would have to be addressed at a province-wide level. He said that in the meantime the FBSWG established under the GFA was a compromise to which Gitanyow agreed.

[131] Mr. Warner concluded by reiterating his view that the accommodation measures already provided through the GFA, and those agreed to in this letter, were more than sufficient to meet the MoF's legal obligations to Gitanyow with respect to the FL replacement decision.

[132] On March 21, 2007, Mr. Williams sent a lengthy letter to Mr. Warner expressing Gitanyow's disappointment with his decision to replace the FLs, and stating that the MoF had failed to address its legal obligation of consultation and accommodation with respect to Gitanyow. The letter took issue with Mr. Warner's assessment of both the strength of Gitanyow's claim, and the adverse impact of his decision on Gitanyow's aboriginal interests. Mr. Williams observed that the JRC decision-making was to be done by consensus, but said that Mr. Warner had relied on JRC Recommendations that were not approved by Gitanyow. Mr. Williams then provided a critique of Mr. Warner's written decision, setting out many of the points that have been made in argument at this hearing, and with which I deal later in these Reasons. He invoked the dispute resolution process under Section 10 of the GFA, and proposed a meeting to address Gitanyow's interests that were not sufficiently addressed in making the decision to replace the FLs.

[133] The parties disagreed as to whether the GFA dispute resolution process applied in these circumstances, but on April 12, 2007 Mr. Warner wrote to Mr. Williams and agreed to schedule a meeting for April 20, 2007. He stated that it had not been his intent to minimize Gitanyow's aboriginal rights and title in making his decision, and affirmed the findings of Mr. Justice Tysoe as well as the acknowledgements of aboriginal interests in the GFA. He stated that he had understood that the JRC Recommendations had the support of the Gitanyow members of the JRC, although he knew that Gitanyow was unable to commit to the JRC Recommendations until Mr. Williams had had an opportunity to review them with the Hereditary Chiefs. He further stated:

Many of the recommendations of the JRC were proposed earlier in the consultation process in response to proposals initially put forward by Gitanyow. They have been the subject of discussions through the JRC throughout the fall and correspondence with myself. My understanding was and is that the JRC recommendations dated February 19<sup>th</sup> were developed collaboratively among all JRC members, and that they had the support of the Gitanyow members, although you were unable to commit to those recommendations until you had an opportunity to review them with the Gitanyow hereditary chiefs.

...

As I have explained previously, I was under no misconception as to what the JRC recommendations represented when I accepted them as part of my rationale. The fact was that they, along with the previous submissions I had received directly from Gitanyow, were the best information I had and was required to consider under the terms of the Gitanyow Forestry Agreement. I was fully aware and acknowledged that the recommendations fell short of Gitanyow's requests for accommodations in some regards. However, I had hoped that the good faith discussions that had occurred through the JRC process had resulted in the finding at least some middle ground.

[134] On April 20, 2007, Mr. Robert Friesen, the Assistant Deputy Minister of the MoF, Mr. Warner, and other MoF representatives met with Mr. Williams and other

Gitanyow representatives in Victoria. Gitanyow reiterated their concerns related to the replacement of the FLs. Mr. Friesen indicated that the MoF was not in a position to reverse Mr. Warner's decision on the licence replacements, but told Gitanyow that the MoF required some time to address each of the issues they had raised.

[135] On May 7, 2007, Mr. Williams wrote to Mr. Robb of the MARR, seeking data that had been promised to Gitanyow at the only meeting of the FBSWG on January 24, 2007. Mr. Robb responded on May 29, 2007 by sending information, but indicated that this work was still in progress. He also advised that there had been no further meetings of the FBSWG, and its work had been overtaken by a new committee, the Aboriginal Forest Strategy Working Group ("AFSWG"), formed in cooperation with the First Nations Forest Council. The material filed in this proceeding indicates that the AFSWG has focused on ways and means of improving the viability of forest tenures issued to First Nations, and on addressing the implementation of the **Sappier** decision as priorities. A sub-working group on tenure viability has identified revenue sharing as an issue that will require work and consideration by the AFSWG.

[136] The parties continued to discuss areas of contention. As the formal FL documents were prepared, Gitanyow reiterated its request that they include a reference to Mr. Justice Tysoe's findings in the body of the licence as well as in the preamble. Gitanyow also noted that only the licensees in the Cranberry/Kispiox TSA had received a cover letter advising them of the LUP and its role in the preparation of operational plans. They asked that a similar letter be sent to licensees in the Nass TSA. The MoF replied that they would have considered and addressed these

requests if they had been timely, but they had come too late and they had a statutory obligation to proceed.

[137] Ultimately, the licensees received replacement FLs for 15-year terms, commencing September 1, 2007. The preamble in each FL document included the WHEREAS clause. The total AAC allocated under the six replacement licences was 1,031,059 cubic metres. Paragraph 5.00 of the FL document dealt with applications for cutting permits. Paragraph 5.01 indicated that an approved FSP was a precondition to obtaining a cutting permit. Other parts of Paragraph 5 dealt with the role of aboriginal interests in the process:

- 5.06 The District Manager may consult aboriginal group(s) who may be exercising or claiming to hold an aboriginal interest(s) or proven aboriginal right(s), including aboriginal title, or treaty right(s) if in the opinion of the District Manager, issuance of the cutting permit or an amendment to a cutting permit as submitted and/or operations under the cutting permit may result in:
  - (a) an impact to an aboriginal interest(s) that may require consideration of accommodation, or
  - (b) an infringement of a proven aboriginal right(s), including aboriginal title, or treaty right(s) that may require justification.
- 5.07 The District Manager may impose conditions in a cutting permit to address an aboriginal interest(s), or proven aboriginal right, including aboriginal title, or a treaty right(s) if in the opinion of the District Manager, issuance of the cutting permit as submitted would result in:
  - (a) an impact to an aboriginal interest(s) that would require consideration of accommodation, or
  - (b) an infringement of a proven aboriginal right(s), including aboriginal title, or treaty right(s) that would require justification.

- 5.08 The District Manager may refuse to issue a cutting permit or to amend a cutting permit if in the opinion of the District Manager issuance of the cutting permit or an amendment to a cutting permit would result in:
- (a) an impact to an aboriginal interest(s) or treaty right(s) that could not be reasonably accommodated, or
  - (b) an impact to a proven aboriginal right(s), including aboriginal title, or a treaty right(s) that could not be justified.
- 5.09 If the District Manager:
- (a) determines that a cutting permit may not be issued because the requirements of paragraph 5.05 have not been met;
  - (b) is carrying out consultations under paragraph 5.06; or
  - (c) refuses to issue a cutting permit under paragraph 5.08;
- the District Manager will notify the Licensee within 45 days of the date on which the application for the cutting permit, or an amendment to the cutting permit, was received.

[138] There was further correspondence between the parties, and a meeting on July 20, 2007. Their positions did not change substantially. The parties did, however, negotiate a Contribution Agreement under which the MoF made a funding commitment of \$200,000 to Gitanyow to facilitate planning initiatives and further consultation through the JRC, and to implement the **Sappier** decision through a pilot project. The JRC efforts were to specifically address Gitanyow's sustainability interests and participation in the FSP process.

[139] Gitanyow and the MoF continue to participate in several ongoing initiatives. The JRC continues as a forum to develop additional means for Gitanyow input into issues of concern. The NWFREP remains active with respect to silviculture issues. The MoF continues to support the SRMP/LUP planning exercises. The Crown

continues to provide capacity funding to assist Gitanyow's participation in these initiatives.

[140] Gitanyow has also been invited to give input to operational decisions. For example, on September 10, 2007, Mr. Williams met with the Chief Forester to provide information on Gitanyow's values and interests for consideration in determination of the AAC for the Kispiox TSA.

## **ANALYSIS**

[141] The respondents concede that the FL replacement decision created a duty to meaningfully consult with Gitanyow in good faith, and to reasonably accommodate its concerns and interests in accord with the principles established in **Haida** and **Taku**. The Crown clearly had knowledge of Gitanyow's claim to aboriginal title and rights over land in the Cranberry/Kispiox and Nass TSAs, and it was common ground that removal of timber from that land could adversely affect Gitanyow's interests. Consultation did take place between the parties. The issue is whether that consultation process was reasonable, and whether any resulting accommodation was adequate.

[142] The Crown says that it carried out a reasonable and extensive process of consultation and accommodation that complied with the guidelines established in **Haida**. It points to the LUP and the SRMP initiatives, the GFA, the creation of the JRC and the Consultation Protocol, establishment of the NWFREP and FBSWG, and the significant funding that the Crown has provided for these initiatives, and for facilitating Gitanyow's participation in them. It says that a number of these are multi-

year programs that will provide ongoing consultation and joint planning processes as vehicles for future accommodation. The Crown maintains that these represent a reasonable outcome of a genuine and protracted effort on its part to harmonize conflicting interests, find workable compromises, and advance the process of reconciliation. It says that when the parties were unable to reach agreement on all aspects of accommodation, having made good faith efforts to address Gitanyow's interests, Mr. Warner was entitled to decide to replace the FLs in accord with the Crown's right to manage forest resources.

[143] The steps to be followed in determining the validity of the Crown's position are set out at paras. [15] to [19] of these Reasons. The starting point is an examination of whether the Crown properly assessed the scope of its duty to consult and accommodate. This is dependent on a preliminary assessment of the strength of the claim of aboriginal rights or title, and the seriousness of the potential adverse effect on those interests that may arise from the contemplated government action. In this case, I find that assessment was premised on issues of both law and fact. The standard for review is accordingly reasonableness.

[144] The next step involves an assessment of whether the process of consultation was reasonable. In my view, this issue has two aspects. The first is procedural adequacy.

[145] The second is more subtle, and involves an examination of whether the consultation was meaningful, in the sense that the Crown made genuine efforts to understand Gitanyow's position, and to attempt to address it, with the ultimate goal

of reconciliation in mind. Meaningful consultation is thus necessarily linked to an assessment of whether interim accommodation was required, and if so, whether it was provided. This is judged by a standard of reasonableness.

[146] My analysis will follow those steps.

**Did the Crown reasonably assess the scope of its duty to consult and accommodate?**

[147] The Crown's preliminary assessment of the strength of the claim and the potential adverse effect of government action on aboriginal interests must be made at the outset of the proposed consultation, if it is to inform the scope and extent of that process. In this case, there is nothing to indicate that the Crown made such an assessment before embarking on the consultation with Gitanyow with respect to the FL replacements.

[148] In his initial letter of September 29, 2005 to Mr. Williams, Mr. Warner did invite Gitanyow to advise on the scope and nature of its aboriginal interests, and how the FL replacements might affect them. In his response of November 25, 2005, Mr. Williams provided a detailed account of Gitanyow's interests and concerns surrounding the FL replacements, and their anticipated negative impact. In his reply of January 9, 2006, Mr. Warner acknowledged that Gitanyow had "significant interests" with respect to the FL replacements, and that there should be further consultation about this decision. There is no indication, however, that he addressed the nature of Gitanyow's interests and the potential adverse impact of the FL replacements in a manner that produced a considered determination of the scope of the Crown's duty to consult and accommodate at the outset of that process.

[149] Instead, the only assessment of these factors appears at the end of the process in Mr. Warner's written decision of March 8, 2007. That assessment is set out at para. [125] of these Reasons. Perhaps because it was expressed at the end of the process, Mr. Warner's assessment was intertwined with what he viewed as the accommodations that had been provided. As a result, it is difficult to extract what his initial assessment of these factors was, and how that informed his determination of the required scope of consultation and accommodation. I proceed on the basis that it is reasonable to infer that Mr. Warner's views at the outset of the consultation with respect to the scope of Gitanyow's claim, and the potential adverse impact of his decision on Gitanyow's interests, were the same as those he expressed on March 8, 2007.

[150] With respect to the strength of Gitanyow's claim, Mr. Warner was clearly aware of Mr. Justice Tysoe's finding that Gitanyow had a good *prima facie* claim of aboriginal title and a strong *prima facie* claim of aboriginal rights to at least part of its traditional territory. Although he did not specifically refer to it in his decision, I find that he was also aware of the Crown's affirmation of that finding in the GFA, and the recognition in s. 1.3 and Appendix A of that agreement that Gitanyow traditional territory was identifiable and mapped, and that historic and contemporary use and stewardship of that land and its resources by Gitanyow were integral to the maintenance of its society, governance and economy.

[151] In his letter of March 8, 2007, however, while Mr. Warner acknowledged that it was "likely" that Gitanyow aboriginal title exists, he stated that it was unclear where it lies "in light of the recent judgment of the Supreme Court of Canada in *Bernard*

and Marshall ”. Later, he stated that the replacement FLs could impact Gitanyow’s claim of aboriginal title “assuming it exists somewhere within the traditional territory”.

[152] The judgment to which he refers is **Regina v. Bernard**, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220 [**Bernard**], a case in which the Court provided guidance on the standard of proof in establishing aboriginal title. It found that in the context of alleged unlawful commercial logging by First Nations, the claimants must establish that they had enjoyed exclusive occupation of the lands in question.

[153] It is unclear why Mr. Warner found it necessary to refer to that decision in his assessment. All parties understood that Mr. Justice Tysoe had provided only a “preliminary general assessment” of the strength of Gitanyow’s claims, and that a final determination had to be left for a trial or treaty negotiations. The primary focus of the Crown’s duty to consult is the interim accommodation of asserted rights while awaiting that final determination. In **Haida**, at para. 66, the Court was clear that the consideration of the duty to consult and accommodate prior to proof of a claim does not amount to a prior determination of the case on its merits. In this context, and in the absence of some explanation, I find that Mr. Warner’s comments to the effect that Gitanyow’s claim had not yet been proven were statements of an obvious but irrelevant fact.

[154] Nor is it clear why Mr. Warner was only prepared to “assume” that Gitanyow title existed somewhere in its traditional territory. Tysoe J. equated his finding of a good *prima facie* claim of aboriginal title with a reasonable probability of establishing title. The only bar to Gitanyow’s claim to aboriginal title raised in **Gitxsan No. 1**, or

at this hearing, was an overlapping claim by Gitxsan to some part of Gitanyow traditional territory. There is nothing to suggest that this overlapping claim played a role in the consultation between the parties here.

[155] Moreover, while overlapping claims between First Nations may have some impact on their claims to aboriginal title, they do not preclude a successful claim for aboriginal rights. Non-exclusive occupation may establish aboriginal rights short of title: ***Gitxsan No. 1***, at para. 74; ***Bernard***, at para. 58. Mr. Warner's assessment fails to recognize this.

[156] I conclude that Mr. Warner unreasonably minimized the strength of Gitanyow's claim by placing too much weight on the fact that its claim of aboriginal title had not been formally proven, instead of recognizing that the context for his assessment was the strength of asserted, rather than established, claims. Nor did his assessment acknowledge the strength of Gitanyow's independent claim to aboriginal rights.

[157] Turning to the assessment of the seriousness of the potential adverse effect of the FL replacements on Gitanyow's interests, objectively, the replacement of the FLs was a strategic administrative decision that represented the first step in permitting the continuing removal of a claimed resource in limited supply from Gitanyow traditional territory for the next 15 years. The potential AAC assigned to the six licences under consideration was 1,031,059 cubic metres, compared to the 86,000 cubic metres that s. 7.1 of the GFA permitted Gitanyow to harvest annually under a non-replaceable FL. The proposed replacement FLs were superimposed on

a long and troubled history of over-logging and unfulfilled silviculture obligations on Gitanyow traditional territory. These activities, and Gitanyow's inability to control them, had led Gitanyow to commence two earlier proceedings against the Crown in an effort to achieve some accommodation for the harm to Gitanyow's interests. On November 25, 2005, early in the FL replacement discussions, Mr. Williams had written to Mr. Warner outlining many of these concerns.

[158] These factors, however, do not appear to have played a significant role in Mr. Warner's assessment of the potential adverse effects of replacing the FLs. Instead, he stated that the replacement of the FLs was unlikely to affect Gitanyow's site specific potential aboriginal rights, as they would be accommodated through later operational decisions. As noted above, he did acknowledge that the replacement FLs could affect Gitanyow's claim of aboriginal title "assuming it exists". However, he viewed the effect of his decision on Gitanyow's interests as "minimal" since these interests would be addressed through other processes, including the LUP, consultation on the FSPs and other operational decisions, the JRC, the FBSWG, the NFWRP, and the "full suite of accommodations" agreed to under the GFA.

[159] The Crown argues that this was a reasonable view, as the decision to replace the FLs did not give the licensees a right to cut timber. It says that operational decisions made later in the process, such as the approval of FSPs and cutting permits, will have a more significant impact on how much timber will be cut.

[160] I do not accept that these later operational steps significantly reduce the potential impact on Gitanyow's interests of the strategic decision to replace the FLs.

A similar argument failed in *Haida*. At paras. 75-76, the Court noted that the TFL replacement under consideration there did not itself authorize timber harvesting, which would be controlled by future operational steps. The Court nevertheless found that the Crown had a duty to consult and perhaps accommodate with respect to the decision to replace the TFL, as decisions made during strategic planning may have potentially serious impacts on aboriginal interests.

[161] Mr. Warner does not play a role in these future operational decisions, which are left to other MoF employees. The measures to protect aboriginal interests at the operational level are largely discretionary, or may be supplanted by competing interests. For example, the process of preparing and approving an FSP engages a complex legislative interaction between the *FRPA*, *FPPR*, the *Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245, the *Land Use Objectives Regulation*, BC Reg. 357/2005, and the *Government Actions Regulation*, BC Reg. 582/2004. While ss. 4 and 10 of the *FPPR* require consideration of conserving or protecting cultural heritage resources that are the focus of a traditional use by an aboriginal people and of continuing importance, the balance of the legislation provides no guidance with respect to the weight to be given to these interests in the context of competing legislative objectives. Effectively, the process engages a balancing of societal interests as described in *Haida*, with no certainty that Gitanyow's interests will be paramount.

[162] Paragraph 5 of the FL document, which deals with consideration of aboriginal interests by the District Manager in applications for cutting permits, is also discretionary.

[163] Moreover, while consultation at the operational level is desirable, the troubled history of logging on Gitanyow traditional territory strongly suggests that operational decisions have not been successful in minimizing the effect of logging on Gitanyow's interests in the past.

[164] With respect to the other initiatives relied on by Mr. Warner, while I find it was reasonable to consider these in assessing the impact of his decision to replace the FLs in March 2007, it is necessary to observe that a number of them, notably the accommodations provided by the GFA, did not exist in September 2005 when the consultation process began, and when Mr. Warner should have made his preliminary assessment of the potential adverse impact of his decision to replace the FLs on Gitanyow's interests. His reliance on them *ex post facto* does not assist the Crown in establishing what its assessment of the scope of its duty to consult was at the outset of the process.

[165] Moreover, while I do not wish to minimize the efforts made by the Crown in establishing initiatives such as the GFA, the JRC, the LUP/SRMP process, and the NWFREP, it is not clear that these necessarily lessened the impact of the replacement FL decision on Gitanyow. While the GFA provided a framework for consultation, it did not directly address that decision. Compliance with the LUP by licensees was voluntary. The NWFREP was directed primarily at past silviculture delinquency, rather than at measures to ensure future compliance by the replacement licensees.

[166] I find that Mr. Warner unreasonably minimized the potential impact of the FL replacements on Gitanyow's aboriginal interests.

[167] In summary, to the extent that it is possible to discern the Crown's preliminary assessment of the strength of Gitanyow's claim and the potential adverse effect of the FL replacement decision on Gitanyow's interests from Mr. Warner's *ex post facto* assessment in his letter of March 8, 2007, I conclude that this assessment was unreasonable. I find that the result was an underestimation of the extent and scope of the Crown's duty to consult and accommodate Gitanyow's interests in the course of the FL replacements.

[168] I am satisfied that Mr. Justice Tysoe's assessment of the strength of Gitanyow's claim, and the Crown's affirmation of that finding in the GFA, gave Gitanyow a strong claim to aboriginal rights and title. As well, I find that the strategic decision to replace the FLs, and the associated likelihood of ongoing extraction of limited resources from Gitanyow traditional territory without compensation, represented a potential significant infringement of Gitanyow's interests.

[169] Those findings lead me to conclude that the honour of the Crown required it to conduct what the Court at para. 44 of *Haida* described as "deep consultation aimed at finding a satisfactory interim solution" to avoid irreparable harm and to minimize the impact of the decision to replace the FLs on Gitanyow's interests until its claims were finally resolved. I proceed to consider whether the Crown met that obligation through reasonable consultation and accommodation, despite its failure to properly assess the scope of its duty.

**Was the consultation process reasonable?**

[170] The Crown is obliged to conduct consultation that is both procedurally and substantively adequate. The standard for judging both aspects of the consultation is reasonableness. This section examines procedural adequacy.

[171] In ***Haida***, at para. 44, the Court observed that while the precise requirements of consultation will vary from case to case, “deep consultation” may involve the opportunity to make submissions, formally participate in the decision-making process, and receive written reasons from the decision-maker that demonstrates that aboriginal concerns were considered, and advises what impact they had on the decision.

[172] There is no question that since the decision in ***Gitxsan No. 2***, the Crown and Gitanyow have established an impressive format for consultation in an effort to address Gitanyow's forestry interests. From a procedural perspective, I find that the four-step Consultation Protocol set out in the GFA provided a satisfactory framework for reasonable consultation that complied with the guidelines in ***Haida***. I am also satisfied that both parties made a good faith effort to conduct their discussions within that framework.

[173] Step one dealt with information sharing. I am satisfied that there was an extensive exchange of information between the parties, both through correspondence and meetings of the JRC. The sufficiency of the information provided is dealt with in the next section.

[174] Step two dealt with identification of Gitanyow's interests, and required the Hereditary Chiefs to provide information that showed the potential impact of the government's decision on Gitanyow's aboriginal interests. I find that this was satisfactorily carried out. From the outset, the Crown and Gitanyow proceeded on the basis that Gitanyow had four primary concerns: recognition of Gitanyow's aboriginal rights and title, and of the Wilp as integral to those interests; integration of the LUP in the replacement FLs; assurance that outstanding and future silviculture obligations would be performed by the Crown or the licensees; and economic accommodation through revenue sharing. Later in the process, the parties added Gitanyow's interest in harvesting wood for domestic use, in response to the Court's decision in *Sappier* in December 2006.

[175] Step three involved consultation to address the interests identified in step two, and potential measures for accommodating those. I am satisfied that the parties consulted extensively from a procedural perspective. There were many written exchanges, as well as meetings of the JRC, the NWFREP, the FBSWG, and in the course of the LUP/SRMP process. The substance of those communications is addressed in the next section.

[176] Step four was the decision. The Consultation Protocol provided a list of points that the statutory decision maker should cover in writing his decision and providing it to Gitanyow. I find that Mr. Warner wrote his letter of March 8, 2007 with these guidelines in mind.

[177] I am satisfied that the consultation was conducted within a reasonable procedural framework.

**Did meaningful consultation produce reasonable accommodation?**

[178] The Crown's obligation to reasonably consult is not fulfilled simply by providing a process within which to exchange and discuss information. The consultation must be meaningful. Meaningful consultation is characterized by good faith and an attempt by both parties to understand each other's concerns, and move to address them in the context of the ultimate goal of reconciliation of the Crown's sovereignty with the aboriginal rights enshrined in s. 35 of the **Constitution Act**. The Crown is not under a duty to reach an agreement, and must balance aboriginal interests against other societal interests. Nevertheless, where there is a strong aboriginal claim that may be significantly and adversely affected by the proposed Crown action, meaningful consultation may require the Crown to modify its proposed course to avoid or minimize infringement of aboriginal interests pending their final resolution. Ultimately, the adequacy of the Crown's approach will be judged by whether its actions, viewed as a whole, provided reasonable interim accommodation for the asserted aboriginal interests, given the context of balance and compromise that is required: **Haida**, at paras. 41-42, 45-50; **Gitksan No. 2**, at para. 50; **Huu-Ay-Aht First Nation**, at para. 95; **Taku**, at para. 29; **Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)**, 2005 SCC 69 at para. 54, [2005] 3 S.C.R. 388.

[179] An assessment of whether consultation was meaningful inevitably leads to an examination of what accommodations were reached. I therefore find it useful to begin by discussing the measures on which Mr. Warner relied as accommodation of Gitanyow's interests. His letter of March 8, 2007 indicated that he relied on three things as providing adequate accommodation to Gitanyow in relation to his decision to replace the FLs: the JRC Recommendations, consideration of Gitanyow's interests in subsequent operational decisions, and the "full suite of accommodations" agreed to under the GFA. The latter included interim economic accommodation, the JRC, the FBSWG, the NWFREP, the LUP/SRMP process, and the funding to support those initiatives.

[180] I am not satisfied that any of those represented reasonable accommodation of Gitanyow's interests in the decision to replace the FLs for the following reasons.

[181] Dealing first with the GFA, the Crown argues that s. 9.5 of that agreement is clear that it was intended to cover economic and other interim accommodation for Gitanyow with respect to all forest activity in its traditional territory for the next five years. It says that includes the decision to replace the FLs, and the GFA must therefore be interpreted as having provided reasonable accommodation for that decision.

[182] I am unable to agree. I find that Paragraph C of the preamble and s. 9.4 of the GFA are clear that the interim accommodation provided by that agreement is related to the five specific forestry decisions listed in s. 9.4 that arose from the

proceedings in ***Gitxsan No. 1*** and ***Gitxsan No. 2***. Section 9.4 makes no mention of the decision to replace the FLs.

[183] Moreover, the definition of “Interim Accommodation” in s. 2.1.6, as well as ss. 9.3 and 9.7 of the GFA, clearly give Gitanyow the right to seek additional accommodation for forest resource development that impacts its aboriginal interests in its traditional territories during the term of the GFA. As well, paragraphs J, K and L of the preamble, as well as s. 9.8 and Appendix B, all envision further consultation between the Crown and Gitanyow with respect to future forestry decisions during the term of the GFA.

[184] I accept that the measures provided in the GFA can be considered in assessing the impact of later forestry decisions, such as the replacement of the FLs, on Gitanyow’s interests. I have also found that the GFA provides a useful framework for future consultation about such decisions. I do not agree, however, that the GFA, read as a whole, provided accommodation to Gitanyow for the replacement of the FLs. Consultation surrounding that decision was ongoing when the GFA was executed, and its terms clearly left it open to Gitanyow to seek further accommodation with respect to future forestry decisions that were not listed in s. 9.4.

[185] I conclude that it was not reasonable for the Crown to rely on the GFA as accommodation for the decision to replace the FLs.

[186] Mr. Warner also relied on subsequent operational decisions to accommodate Gitanyow’s interests with respect to logging activities on its traditional territory. I earlier dealt with the role of such decisions in assessing the potential impact of the

replacement of the FLs, and the scope of the duty to consult. Many of the same considerations apply in the context of accommodation. While consultation at the operational level is desirable, I am not satisfied that reliance on future discretionary decisions, over which Mr. Warner has no control, can be viewed as reasonable accommodation for the decision to replace the FLs. That decision was the first step, and the only strategic step, in the process that would ultimately permit logging on Gitanyow traditional territory. The Supreme Court of Canada in ***Haida*** and ***Taku*** has made it clear that meaningful consultation and accommodation at the strategic level has an important role to play in achieving the ultimate constitutional goal of reconciliation, and should not be supplanted by delegation to operational levels.

[187] Turning to the JRC Recommendations, Mr. Warner relied heavily on these as measures of accommodation. He referred to them as "...recommendations regarding ways and means to seek to mitigate any impact ... on Gitanyow's aboriginal interests", and stated that he viewed them as "appropriate responses to the interests raised by Gitanyow through the consultation process".

[188] Later, in his letter of April 12, 2007 to Mr. Williams, Mr. Warner expanded on his understanding of the JRC Recommendations, saying that he believed they were developed collaboratively among the JRC members, and that they had the support of Gitanyow's representatives, although Gitanyow could not commit to them until they had been reviewed by the Hereditary Chiefs. He described them as the best information he had, although he recognized that they fell short of Gitanyow's requests for accommodation in some respects. He nevertheless expressed the hope that the JRC discussions had resulted in finding at least some middle ground.

[189] I find that this overstates the extent of Gitanyow's support for the JRC Recommendations. Mr. Williams was the main Gitanyow representative who participated in their development. The extent to which he endorsed them is obscure. His otherwise comprehensive affidavit is silent as to his role in their preparation. Ms. Lloyd-Robertson, the MoF representative, says that the JRC Recommendations were "thoroughly discussed" with Gitanyow's representatives, but does not say that Gitanyow supported them.

[190] Whether or not Mr. Williams, or other Gitanyow representatives on the JRC, endorsed the JRC Recommendations, it was clear that the draft of the Recommendations sent to Mr. Warner on February 19, 2007 was still undergoing internal review by Gitanyow. Moreover, Mr. Williams' correspondence of February 21, 2007 and February 27, 2007, with the accompanying revised draft of the Accommodation Agreement, left no doubt that Gitanyow did not view the JRC Recommendations as satisfactory accommodation.

[191] The Crown's deadline of February 28, 2007 under s. 15(1.1) of the **Forest Act** was imminent, and Mr. Warner had two options. The first was to proceed with his decision on the information available. The second was to postpone his decision and proceed with the FL replacements later under s. 15(1.2) of the **Forest Act** to permit further consultation. This would have allowed him to clarify Gitanyow's position with respect to the JRC Recommendations, and to address the issues raised in Mr. Williams' most recent correspondence, including the draft Accommodation Agreement.

[192] Mr. Warner chose the first option, apparently because it was the Crown's view that positions were entrenched and nothing would be accomplished by further delay. He was entitled to do so. Consultation had been protracted, and he had given clear deadlines to Gitanyow. However, given the disagreement over the import of the JRC Recommendations, I find that they could not properly be viewed by the Crown as a "middle ground" endorsed by Gitanyow. At the least, it appears that there was a fundamental disagreement between the parties as to process: could the JRC Recommendations be treated as a final product of collaborative consultation, or was ratification by Gitanyow Hereditary Chiefs, and consideration of Gitanyow's objections to them required? I find that those outstanding issues limited Mr. Warner's ability to rely on the JRC Recommendations as a basis for accommodation arising from meaningful consultation.

[193] Further, a review of the JRC Recommendations reveals that the accommodation that they purported to provide was essentially the same as that offered in the MoF's initial proposal of August 28, 2006, and depended heavily on the measures in the GFA. It is accordingly difficult to accept that Gitanyow's representatives on the JRC would endorse the JRC Recommendations, given that throughout the consultation Gitanyow had taken the position that the proposal of August 28, 2006 and the GFA did not represent adequate accommodation.

[194] A review of the accommodation recommended with respect to each of Gitanyow's concerns demonstrates that, despite the extensive consultation between the parties, the Crown had not modified its position to accommodate Gitanyow's interests.

[195] The first concern was recognition. Gitanyow sought to have recognition of not only its aboriginal rights and title, but also of the Wilp system and territories, to ensure balanced forest planning.

[196] In his decision of March 8, 2007, Mr. Warner dealt with recognition by adopting three JRC Recommendations. The first was to include the WHEREAS clause in the preamble of the licence documents. The second was to have MoF representatives advise licensees of the Wilp territory boundaries in the course of operational planning. These two Recommendations reiterated proposals made by Mr. Warner in his letter of August 28, 2006.

[197] The third was to support the JRC as a continuing forum for consultation. This endorsement of the JRC simply affirmed the terms of the GFA that established the JRC and the Consultation Protocol.

[198] I find that there was no change in the Crown's position with respect to accommodating Gitanyow's concern regarding recognition.

[199] Gitanyow's second concern was incorporation of the LUP in the FL documents. It initially took the position that the FL replacement decision should be postponed until this planning process was complete. When the MoF rejected that, it sought assurance that the FL documents would be "subject to" the LUP.

[200] Mr. Warner's decision of March 8, 2007 adopted six JRC Recommendations with respect to sustainability/land use planning. Three of these essentially recommended continued support for the implementation of the joint planning

process set out in s. 4 of the GFA. Two dealt with the use of the LUP in preparing operational plans. One of those recommended including a statement in the FL replacement offer letter to licensees that would advise them of the LUP for the Cranberry/Kispiox TSA and encourage them to work with Gitanyow. Mr. Warner acknowledged that this fell short of Gitanyow's expectation that the plan should be a requirement within the FL document itself, but stated that inclusion of the LUP in the licence was not appropriate as it had not been enabled through relevant legislation. The sixth JRC Recommendation affirmed the use of the JRC as a vehicle to implement the LUP process and to develop strategy for ensuring sustainability of forest resources within Gitanyow traditional territory.

[201] While the LUP/SRMP process had evolved since August 2006, I find that the adoption of those six JRC Recommendations added nothing substantial to the Crown's pre-existing commitments in s. 4 of the GFA, and the proposals set out in Mr. Warner's letter of August 28, 2006.

[202] The third concern was silviculture liabilities. This concern was set against the backdrop of long-term problems with earlier licensees who had defaulted on reforestation obligations in Gitanyow traditional territory. It was the subject of comment in *Gitxsan No. 1* and *Gitxsan No. 2*, and remained a problem throughout the consultation leading to the replacement of the FLs.

[203] Mr. Warner attached reports with respect to the silviculture liabilities of each replacement licensee to his decision of March 8, 2007, and considered three JRC Recommendations with respect to silviculture. The first required him to provide a

written explanation to Gitanyow as to how he had considered silviculture liabilities in his decision to replace the FLs. In response, Mr. Warner acknowledged that “the current state of silviculture liabilities on a number of the licences is in question”. However, he said that he was satisfied with the efforts of the forest districts that were working with the licensees to develop remedial action plans. He provided no details of those plans, but stated that if they were not effective, further compliance and enforcement action would be carried out, and could lead to suspension or cancellation of the replacement FLs.

[204] The second JRC Recommendation was to seek silviculture deposits from the licensees. Mr. Warner rejected this, indicating that it could not be done because it would require amendments to the current legislation. He acknowledged that such a practice might assist in alleviating the situation, however, and said that he would refer it to the ministry executive for consideration.

[205] Mr. Warner adopted the third JRC Recommendation, which simply endorsed continued support for the NWFREP.

[206] I find that the Crown did not provide any accommodation with respect to Gitanyow’s silviculture concerns beyond the initiatives previously established in s. 5 of the GFA with respect to the NWFREP, and described in Mr. Warner’s proposal of August 28, 2006.

[207] Gitanyow’s fourth concern was revenue sharing. This was a major and long-standing point of contention between the parties, and it is necessary to provide some background. Gitanyow relied on the views of the Court in *Delgamuukw v. British*

**Columbia**, [1997] 3 S.C.R. 1010 at para. 169, 220 N.R. 161, which acknowledged that aboriginal title has “an inescapably economic aspect”, and that the honour of the Crown will ordinarily require fair compensation when aboriginal title is infringed. Gitanyow argued that a revenue sharing scheme was an essential component of interim accommodation where limited resources were being extracted from its traditional territory, particularly since the Crown’s position in treaty negotiations was that treaty terms would be forward looking, and were unlikely to provide compensation for past losses.

[208] While the Crown recognized an economic component in accommodating aboriginal interests, it consistently took the position that this was best addressed on a broader province-wide level, through initiatives such as the New Relationship or the FBSWG. It was not prepared to consider revenue sharing in the forestry context on an individualized licence-by-licence basis. At the time of these events, it appears that the Crown’s policy was to provide interim economic accommodation of aboriginal interests in forestry through a population-based approach, generally by negotiating interim accommodation agreements with First Nations: **Huu-Ay-Aht First Nation; Gitxsan No. 2**, at paras. 24-27, 57.

[209] In **Gitxsan No. 2**, and subsequently, Gitanyow had taken the position that revenue sharing should more properly be based on the volume of timber harvested from its traditional territory. Nevertheless, Gitanyow did agree to the interim economic accommodation set out in s. 7.2 of the GFA, which appears to be based on a *per capita* formula, and resulted in annual payments to it of \$357,000. Section 7.2.6 indicated that this would be recalculated if other mutually acceptable

processes were adopted, and s. 7.2.7 led to the establishment of FBSWG in late 2006 to examine alternative benefit and revenue sharing options. The definitions of Interim Accommodation and Interim Economic Accommodation in s. 2 of the GFA made it clear that the payments agreed to in that agreement reflected the present budget limitations of the MoF, although they acknowledged that other economic accommodations may be jointly developed by the parties.

[210] In his letter of August 28, 2006, Mr. Warner expressed the view that the interim economic accommodation provided by the GFA was sufficient financial accommodation for Gitanyow's interests with respect to forest activity during the term of the agreement, including the decision to replace the FLs.

[211] Gitanyow disagreed, and revenue sharing thus continued to be a topic in the consultation over the FL replacements. Gitanyow put forward its position in its two draft accommodation agreements. The first, presented in October 2006, stipulated payment to Gitanyow of 50 percent of stumpage fees and annual rent received from forest activities on Gitanyow traditional territory under the replacement FLs. The second, presented by Mr. Williams late in the day with his memorandum of February 21, 2007, added a claim for \$19 million, representing 51 percent of stumpage fees collected from timber cut in Gitanyow traditional territory between December 31, 1995 and January 1, 2005.

[212] Mr. Warner addressed revenue sharing in his decision of March 8, 2007 by adopting the JRC Recommendation that the parties continue to work through the FBSWG to identify alternative models for sharing forest benefits. He acknowledged

that this fell far short of Gitanyow's expectations. It was his view that the accommodation measures set out in Gitanyow's draft Accommodation Agreements raised revenue sharing issues that had been a key component in negotiating the GFA. He reiterated the MoF's position that any fundamental changes to revenue sharing with First Nations needed to be addressed at a province-wide level.

[213] Consultation thus produced no economic accommodation for Gitanyow beyond the payments previously negotiated in the GFA.

[214] The fifth and final Gitanyow concern was the right to harvest wood for domestic purposes. This arose late in the consultation, following the decision in *Sappier* in December 2006.

[215] The JRC was quick to recognize the potential impact of that decision on Gitanyow's rights. There was already a JRC project in progress to identify Gitanyow's cedar needs for cultural purposes, and JRC discussions in December and January led to a consensus to expand this to include other species and domestic use of wood, in view of the *Sappier* decision.

[216] In his decision of March 8, 2007, Mr. Warner considered two JRC Recommendations with respect to the domestic use of wood. The first was to support completion of the cedar project and expand it to include the *Sappier* considerations. Mr. Warner gave this qualified support, indicating that while he supported quantifying Gitanyow's domestic needs for wood, the cedar project should be completed and evaluated before it was expanded. The second JRC Recommendation asked for assurance that replacing the FLs would not "trump"

Gitanyow's right to wood for domestic use. Mr. Warner declined to give a clear assurance, but stated that the Court's decision would be respected, and that Gitanyow's right to domestic wood would be addressed collaboratively through the JRC.

[217] Consultation continued on this topic after the replacement decision, and on July 30, 2007, Gitanyow agreed to the terms of the Contribution Agreement, which included a pilot project identifying Gitanyow's need with respect to the domestic use of timber as identified in *Sappier*.

[218] Thus the Crown did provide accommodation beyond its initial proposal on the issue of harvesting domestic wood.

[219] To summarize, apart from the measures related to the *Sappier* decision, at the end of the extensive consultation between the parties, it remained the Crown's view that the proposal set out in Mr. Warner's letter of August 28, 2006 represented reasonable accommodation of Gitanyow's interests in the FL replacement decision. That proposal was comprised chiefly of the measures previously agreed to in the GFA, as well as the WHEREAS clause, and an offer to provide direction to the licensees about the Wilp boundaries and the LUP in the course of operational planning.

[220] Did that represent reasonable accommodation attained through meaningful consultation? The Crown correctly points out that the honour of the Crown did not require it to agree to the accommodations sought by Gitanyow. The test is reasonableness, not whether more could have been done. Nevertheless, the Crown

must demonstrate that, in balancing the competing interests at work in the decision to replace the FLs, it listened to Gitanyow's concerns with an open mind, and made a good faith effort to understand and address them, with a view to minimizing the adverse effect of that decision on Gitanyow's interests and providing reasonable interim accommodation.

[221] In considering that question, I must look at the overall offer of accommodation, and weigh it against the potential impact of the infringement on the asserted aboriginal interests, having regard to the strength of the aboriginal claims: **Gitxsan No. 2**, at para. 63. I have earlier expressed my view that Gitanyow's claims are strong, and that the potential impact of the decision to replace the FLs on their interests is significant. While it is necessary to assess the overall position of the Crown with that in mind, both parties approached the process in this case on the basis that they were dealing with five discrete concerns. I accordingly intend to examine the adequacy of the accommodation provided for each of those, before considering the whole.

[222] With respect to recognition of the Wilp system and boundaries, I find that the adoption of three JRC Recommendations by the Crown did not provide reasonable accommodation of this concern. I am satisfied on the material before me that the Wilp are an integral and defining feature of Gitanyow's society. As such, the Wilp system and the related aboriginal rights attract the protection of s. 35 of the **Constitution Act**, and the honour of the Crown required that they be reconciled with Crown sovereignty by being reasonably accommodated.

[223] The replacement of the FLs clearly had the potential to detrimentally affect Gitanyow's aboriginal rights. In particular, the harvesting of timber from Gitanyow traditional territory without reference to Wilp boundaries could result in the effective destruction of individual Wilps in terms of both territorial and social considerations. Gitanyow accordingly sought to have recognition of not only its aboriginal rights and title in the replacement FLs, but also acknowledgement of the Wilp territories to ensure balanced forest planning.

[224] The Crown did not dispute the significance of the Huwilp in Gitanyow history and culture. This was affirmed in the GFA, which defines "Gitanyow" by reference to the eight Wilps, and attaches a map of Gitanyow traditional territory comprised of the Wilp areas. As well, the LUP has mapped the territory of each Wilp, and related cultural sites. Section 1.3 of the GFA recognizes that the historic and contemporary use of land and resources by the Huwilp is integral to the maintenance of Gitanyow society, governance and economy within the traditional territory. Mr. Friesen reaffirmed this after the FL replacement decision in his letter of July 30, 2007.

[225] However, the Crown's position with respect to recognition of Gitanyow aboriginal rights and title, and the Huwilp, remained unchanged throughout the consultation. Mr. Warner, in his letter of August 28, 2006, offered the WHEREAS clause in the licence document, and a statement about Wilp boundaries, to the licensees during the preparation of their FSPs. He also stated that the MoF was unable to acknowledge the Wilp territories in the FL document "for practical reasons". Despite Gitanyow's request for further discussion on that point, that statement was never explained.

[226] Nor did Mr. Warner explain the impracticality of Gitanyow's position in his affidavit filed in this proceeding. During argument, counsel for the Crown postulated several explanations. First, he said that it may have been that acknowledgement of the Huwilp would not fit within the largely statutory terms of the FLs, which are dictated by s. 14 of the **Forest Act**. Second, he said that the Crown may have been concerned about the precedential value of including reference to Wilp boundaries in the FL documents, since other First Nations also have house-based systems of governance. Finally, he suggested that adding a term or a map to the licence with respect to Wilp boundaries would have no practical value, and it was better left to the District Managers to deal with these at the operational level on the theory that persuasion rather than imposition would more effectively introduce the Wilps' concerns to the licensees.

[227] There is nothing in the affidavit material to confirm that these arguments accurately represented the views of the Crown at the time. Even if they did, these are matters that should have been raised in the course of consultation, so they could be fully understood and addressed in the interests of reaching reasonable interim accommodation.

[228] I conclude that the WHEREAS clause, and advising licensees of the Wilp boundaries at the operational level, did not represent reasonable accommodation reached through meaningful consultation with respect to Gitanyow's concern that the Wilp system be recognized at a strategic level in replacing the FLs.

[229] The next issue is whether there was adequate consultation and accommodation with respect to Gitanyow's concern that the LUP be recognized in the replacement FLs. I acknowledge at the outset that this joint planning process has come a long way since it was a focus of contention in ***Gitxsan No. 2***. The Crown has given significant funding to it, and is clearly engaged and committed to working with Gitanyow in seeing it through to completion.

[230] The parties did not explain the framework or legislative underpinning of the LUP/SRMP process in any detail. Nor did my own research reveal the process by which the LUP could ultimately obtain statutory force. I accordingly find it difficult to assess the reasonableness of the Crown's position that the LUP should not be recognized in the replacement FLs until it had legislative status.

[231] As well, it is evident that this joint planning process is evolutionary and long-term, and it is not clear to me in what form Gitanyow proposes that the LUP could be incorporated into the FL document. The only plan before me is a draft LUP dated Summer 2005, which is 133 pages with many interlineations. It is evident that the joint planning process has progressed since 2005. I find it difficult to understand how a developing plan could usefully be incorporated into the replacement FLs.

[232] On the other hand, 15 years is a long time to rely on voluntary compliance with the LUP by the licensees. From that perspective, it appears to me that, as in the case of recognition of the Wilps, there could have been useful discussion about whether clearer endorsement of the LUP at the strategic level would assist in promoting its use, instead of leaving that to operational measures.

[233] Given the uncertainties surrounding this issue, and the Crown's commitment to the ongoing process, I am not prepared to find that this is a concern that was insufficiently accommodated.

[234] Turning to Gitanyow's concerns with respect to silviculture, these concerns were longstanding, and arose primarily from the Crown's historical tolerance of destruction of a limited resource on Gitanyow traditional territory by earlier licensees. The proposed replacement decision involved offering FLs to some of those same licensees. Others were inheriting problems caused by their predecessors. In ***Gitxsan No. 2***, Mr. Justice Tysoe found that the Crown had failed to adequately address the unfulfilled silviculture obligations of Buffalo Head, the predecessor to Timber Baron, on FL A16884, one of the replaced FLs. He concluded that the Crown had not yet fulfilled its duty of consultation and accommodation with respect to this. The Crown ultimately fulfilled that obligation by agreeing to s. 5.7 of the GFA, which provided that Gitanyow would receive reports through the JRC on Timber Baron's progress in meeting its backlog of silviculture obligations.

[235] Despite that history, Mr. Warner's explanations of the outstanding liabilities in both his letter of August 28, 2006, and his decision, were sparse. He identified ongoing problems and uncertain solutions, but provided no details of these. In his letter of August 28, 2006, Mr. Warner took the view that compliance and enforcement measures in the legislation provided the necessary safeguards to ensure that silviculture obligations were met. He noted that the MoF had taken enforcement action against Timber Baron, and said that this legal process precluded him from dealing with the issue through the FL replacement process. He provided

no details of what measures were being taken. Nor did he explain how they precluded consultation about ongoing silviculture obligations with respect to FL A16884 during the replacement process. In March, 2007, his letter and the silviculture reports attached to it suggested that the situation had deteriorated since August 2006, but provided few details of the proposed solutions.

[236] The Crown's position was that silviculture liabilities would be adequately dealt with by the NWFREP. I appreciate that significant funds were committed to that programme. However, it appears that its focus has been on silviculture backlog that precedes 1987, and on areas logged previously by Orenda. I am not satisfied that those initiatives, directed to historical defaults, adequately addressed securing performance of silviculture obligations under the replacement FLs.

[237] Given the mutual interest of the parties in ensuring that silviculture obligations were honoured in the future and past liabilities remediated, the Crown's historical reluctance to enforce these obligations, and the lessons learned from ***Gitxsan No. 2***, it is difficult to understand why the Crown was not more forthcoming in discussing the outstanding and future liabilities and solutions with Gitanyow. The legislation apparently provides many possible remedies, including ss. 15(2)(c) and (d) of the ***Forest Act***, which permitted the Crown to decline to offer a replacement FL until a licensee's obligations were performed, or to offer an FL replacement with special conditions related to outstanding obligations, but these options were never discussed. Nor did Mr. Warner explain his view that licensees could not be asked for silviculture deposits without legislative changes. The findings of Tysoe J. in ***Gitxsan No. 2*** resulted in s. 5.7 in the GFA, which required the Crown to provide

silviculture reports to Gitanyow with respect to Timber Baron. Section 13 of Gitanyow's revised draft Accommodation Agreement similarly proposed annual reporting to Gitanyow about licensees' performance of their obligations on Gitanyow traditional territory, including those related to silviculture. Yet the prospect of regular reporting by the replacement licensees was not discussed.

[238] I agree with Gitanyow that the Crown's position with respect to silviculture liabilities associated with the replacement FLs essentially amounted to "trust us". The honour of the Crown, and the importance of the sustainability of the resource to Gitanyow, clearly required more. Meaningful consultation should have included discussion of a process by which Gitanyow would regularly receive information regarding the performance of silviculture obligations on its traditional territory, and assurances from the Crown that silviculture obligations under the replaced FLs will be strictly enforced.

[239] Turning to Gitanyow's interest in revenue sharing, the economic component of aboriginal interests is clearly a significant issue, with wide-ranging repercussions for all citizens of British Columbia. In my view, in the course of balancing Gitanyow's interests against other societal interests, the Crown may be justifiably wary of dealing with revenue sharing on an individualized basis. For example, I do not find it unreasonable for the Crown to decline to consider Gitanyow's claim for substantial sums as its share of past and future logging revenue until the ramifications of such an approach can be considered at a broader level. I am satisfied that, in the interim, the periodic payments made by the Crown to support ongoing initiatives, and the development of a consultation framework to consider alternative means of

accommodating the economic aspects of aboriginal interests, suggest good faith ongoing consultation and accommodation on the part of the Crown to advance this process. It is regrettable that this initiative appears to be moving at such a slow pace, but at present it apparently has the blessing of both the Crown and the First Nations Forest Council.

[240] I conclude that the Crown's obligation to consult and attempt to reach economic accommodation with respect to forestry decisions generally is ongoing. I decline to find that its efforts in this area related to the decision to replace the FLs were inadequate.

[241] I have already found that the Crown reasonably consulted and accommodated Gitanyow's interests in the harvest of wood for domestic use.

### **Conclusion**

[242] Was the overall offer of accommodation with respect to replacement of the FLs reasonable? I have concluded that it was not.

[243] Gitanyow had a strong claim to aboriginal rights and title, and the decision to replace the FLs presented serious potential adverse effects on Gitanyow's interests. The scope of the Crown's duty to consult and reach appropriate interim accommodation was accordingly broad. While the Crown had no duty to agree to Gitanyow's proposed measures, the strength of Gitanyow's position suggested that if the Crown did not make reasonable concessions, it is open to infer that it did not conduct meaningful consultation: **Gitxsan No. 2**, para. 50.

[244] Apart from the concessions made with respect to Gitanyow's rights under *Sappier*, there was essentially no change in the Crown's position between Mr. Warner's proposal of August 28, 2006 and his decision of March 8, 2007.

[245] In my view, that was due primarily to two things. First, the Crown failed to make a proper preliminary assessment of the scope and extent of its duty to consult and accommodate. There is nothing to indicate that it attempted to make that assessment at the outset of the consultation, so that it could inform the process. Further, Mr. Warner's assessment at the end of the process unreasonably minimized both the strength of Gitanyow's claim and the potential adverse impact of the FL replacement decision on its interests. The inevitable conclusion is that this led the Crown to underestimate its obligation to understand and address Gitanyow's concerns in the course of the consultation about the FL replacement decision.

[246] Second, the Crown chose to rely on inappropriate measures as accommodation. In particular, it misapprehended the import of the GFA, erroneously viewing it as encompassing accommodation for the decision to replace the FLs. As a result, the Crown conducted the consultation process under the mistaken impression that adequate accommodation for the decision to replace the FLs was already in place. The result was the premature foreclosure of meaningful discussion of Gitanyow's concerns related to that decision.

[247] The clearest example of this lies in the Crown's failure to recognize that the honour of the Crown and s. 35 of the *Constitution Act* imposed a constitutional duty to meaningfully consult and reach accommodation with respect to the recognition of

the Wilps and Wilp boundaries in the strategic decision to replace the FLs.

Dismissing such recognition as impractical, without discussion or explanation, fell well below the Crown's obligation to recognize and acknowledge the distinctive features of Gitanyow's aboriginal society, and reconcile those with Crown sovereignty.

[248] The Crown's treatment of Gitanyow's silviculture concerns demonstrates a similar failure to understand the scope of what was required by the honour of the Crown. The goal of reconciliation necessarily imports recognition of aboriginal rights to limited resources on claimed territory, and the importance of sustaining those resources while claims are pending. If they are destroyed, there is nothing left to reconcile.

[249] While I appreciate that the Crown's efforts to accommodate other Gitanyow concerns were adequate, on the whole, I find that the two fundamental errors I have described, and the failure to uphold the honour of the Crown in dealing with recognition and silviculture, lead to a conclusion that the Crown failed to fulfill its duty to meaningfully consult and adequately accommodate Gitanyow's aboriginal interests in the course of the decision to replace the FLs.

## **RELIEF SOUGHT**

[250] Gitanyow seek the following relief:

### **1. Declaratory Relief**

- A. A Declaration that the Respondent, W.I. (Bill) Warner, Regional Executive Director, Northern Interior Forest Region, ["Director"], had a legal duty to

- meaningfully consult with the Gitanyow Petitioners in good faith and to seek to accommodate Gitanyow aboriginal rights and title with the objectives of the Crown to replace seven Forest Licences which would authorize third parties to log within Gitanyow Territory for a term of fifteen years commencing at the time of the replacement [“Forest Licence Replacements”];
- B. A Declaration that the Director, when he approved the Forest Licence Renewals, acted contrary to the honour of the Crown in right of British Columbia [“the Crown”] in its dealings with the Gitanyow;
  - C. A Declaration that the Director approved the Forest Licence Renewals in March, 2007 [“Decision”] without fulfilling his constitutional duty to meaningfully consult with the Gitanyow;
  - D. A Declaration that the Decision potentially adversely affected the aboriginal title and aboriginal rights of the Gitanyow with respect to the Gitanyow Territory and resources;
  - E. A Declaration that Gitanyow possess a strong *prima facie* case for their claim that their Wilp system is integral to the Gitanyow way of life.
  - F. A Declaration that Gitanyow are entitled to have their Wilp System effectively recognized through meaningful consultation as part of the reconciliation of Gitanyow pre-existing sovereignty with Crown sovereignty.
  - G. A Declaration that Gitanyow are entitled to have their Wilp System effectively and meaningfully accommodated in the interim prior to the reconciliation of Gitanyow pre-existing sovereignty with Crown sovereignty.
  - H. A Declaration that the Director has failed to effectively recognize the Gitanyow Wilp System prior to making the Decision and has thereby failed to meaningfully consult with the Gitanyow.
  - I. A Declaration that the Director has failed to effectively and meaningfully accommodate the Gitanyow Wilp System prior to making the Decision.
  - J. A Declaration that Gitanyow’s strong *prima facie* case for aboriginal rights and good *prima facie* case for aboriginal title entitles it to have those rights and title effectively and meaningfully recognized and affirmed in the interim prior to the reconciliation of Gitanyow pre-existing sovereignty with the Crown’s sovereignty.
  - K. A Declaration that Gitanyow are entitled to have the Wilp System meaningfully recognized and given meaningful effect in the Approval Decision.

- L. A Declaration that effective and meaningful recognition and affirmation of Gitanyow's rights and title in the consultation process includes the recognition of the right of the Gitanyow:
    - a. to renew and carry on their relationship to the land through the Wilp System;
    - b. to participate through Joint Planning with the Minister and the Crown in deciding how the lands and resources within their Territory will be used; and
    - c. to share in the wealth generated from the resources on Gitanyow Territory.
  - M. A Declaration that Gitanyow are entitled to a fair share in the revenue generated by the exploitation of forest resources on Gitanyow Territory in the interim.
  - N. A Declaration that Gitanyow are entitled to share in the decision making in regard to the management and exploitation of forest resources within their territory, including at the strategic planning level as an interim step in the right of the Gitanyow to determine to which uses their Territory should be put.
  - O. A Declaration that Gitanyow are entitled to have the results of their shared strategic planning given meaningful effect, including meaningful effect in the Forest Licence Replacements.
- 2. *Certiorari Mandamus and Prohibition***
- P. Relief in the nature of *certiorari* to quash the Decision to the extent that the Decision is with respect to forest resources within the Gitanyow Territory.
  - Q. Relief in the nature of *mandamus* to direct the Director to meaningfully consult and seek accommodations with the Gitanyow;
  - R. Relief in the nature of *mandamus* directing the Director to take into account through meaningful consultation the following factors:
    - i. the good *prima facie* case of the Gitanyow to aboriginal title in the Gitanyow Territory, including the areas covered by the Forest Licence Forest Licence Replacements;
    - ii. the strong *prima facie* case of the Gitanyow to aboriginal rights to the resources, including forest resources within Gitanyow Territory, including the areas covered by the Forest Licence Replacements; and

- iii. the Gitanyow system of the exercise of their aboriginal rights and aboriginal title through the management of the lands and resources by the Wilp System.

S. Relief in the nature of *prohibition* prohibiting the Director from further implementing the Approval Decision with respect to any forest resources within Gitanyow Territory until he has fulfilled his constitutional obligation to effectively and meaningfully consult and accommodate Gitanyow aboriginal rights and title.

[251] I am not prepared to grant the relief sought without further submissions from the parties for the following reasons.

[252] First, it is not clear to me that the orders sought for *certiorari* and prohibition could be granted without infringing an agreement reached between Gitanyow and the licensees, and affecting the rights of third parties who played no part in this proceeding. The licensees were served with the petition, but did not participate in the hearing as the petitioners agreed they would not seek an order to quash the replacement FLs themselves, or to amend their terms, or to direct the licensees to participate in any future consultation.

[253] Gitanyow initially argued that if I quashed the decision to replace the FLs, the licences will nevertheless remain in place as they represent a contract between the Crown and the licensees that would not be affected by my order.

[254] In its reply argument, however, Gitanyow described a somewhat different scenario flowing from an order for *certiorari*:

The parties would all be back in the position they were in as though no decision had been made. The Director would be required to address the consultation properly and seek proper accommodation prior to making those decisions. The licensees would be able to operate on

their existing licences which they had in place prior to these forest licence replacements. In short, if the licence replacement decision had not taken place, there would not be forest licence replacements and the former licences would remain in force.

[255] In my view, this flies in the face of the agreement that Gitanyow would not seek an order amending the terms of the licences.

[256] The Crown points out additional uncertainties arising from Gitanyow's position. Section 15(6) of the **Forest Act** states that once the offer to replace a forest licence is accepted, the forest licence formerly in force "expires" on the commencement of the replacement licence. It is therefore unclear that the licensees could revert to operating under their former licences. Further, four of the six licences that preceded the replacement FLs passed their ninth anniversary in the fall of 2007. Those licensees would therefore lose the opportunity to obtain a replacement FL by virtue of the timelines in s. 15 if, as Gitanyow claims, an order for *certiorari* would place the parties in their pre-decision positions.

[257] While the impact of the relief sought by Gitanyow on the licensees was raised at the hearing, neither party addressed it to my satisfaction. If Gitanyow intends to pursue its claim for *certiorari* and prohibition, I wish to have further submissions that clarify the impact of such orders on the replacement FLs in view of the agreement made by Gitanyow with the licensees.

[258] With respect to Gitanyow's claim for *mandamus*, I wish to have submissions on what such relief would add to the Crown's constitutional duty to consult and accommodate.

[259] Finally, Gitanyow seeks extensive declaratory relief. I would find it helpful to have submissions that are directed to that relief in the context of the findings that I have made.

[260] I wish to make it clear that my request for further submissions on the relief sought is not an invitation to raise new issues. Counsel may schedule an appropriate time with the Registry for those submissions.

“K. Neilson J.”

TAB 31

1984

# The Articulation of Native Rights in Canadian Law

Michael Jackson

*Allard School of Law at the University of British Columbia, [jackson@allard.ubc.ca](mailto:jackson@allard.ubc.ca)*

Follow this and additional works at: [http://commons.allard.ubc.ca/emeritus\\_pubs](http://commons.allard.ubc.ca/emeritus_pubs)



Part of the [Criminal Law Commons](#), and the [Indian and Aboriginal Law Commons](#)

---

## Citation Details

Michael Jackson, "The Articulation of Native Rights in Canadian Law" (1984) 18:2 UBC L Rev 255-287.

This Article is brought to you for free and open access by Allard Research Commons. It has been accepted for inclusion in Faculty Publications (Emeriti) by an authorized administrator of Allard Research Commons.

# THE ARTICULATION OF NATIVE RIGHTS IN CANADIAN LAW

MICHAEL JACKSON†

## INTRODUCTION

The natural focus of any discussion in common law jurisdictions on the contribution of the social sciences to the reform of procedural law is the courts. In the common law tradition it is in the context of litigation presided over by an independent judiciary that a framework for the articulation and enforcement of legal rights has developed. In the twentieth century there has been, however, a great elaboration of the forums which are used in the development, interpretation and application of legal rights. In Canada the jurisdiction of the courts has been supplemented, and in some cases all but replaced, by administrative boards dealing with such vitally important matters as labour relations, workers' compensation and social welfare entitlements. Also, both federal and provincial governments have made increasing use of commissions of inquiry to investigate and report on a wide range of issues affecting legal rights. These commissions are often headed by Superior Court judges, lending the imprimatur of an independent judiciary to the commissions' work. The enabling legislation under which these commissions of inquiry are established gives the commissioners considerable discretion in how they conduct the hearings and otherwise gather evidence. Commissioners are authorized to issue subpoenae to compel

† Of the Faculty of Law, University of British Columbia. An earlier version of this article was presented as the Canadian contribution to the VIIth International Congress on Procedural Law: The Contribution of Social Sciences to the Reform of Procedural Law held in Wurzburg, Federal Republic of Germany, September 1983. Reprinted in Gunter H. Roth (ed.), *RECHTS-SOZIOLOGIE UND PROZESSRECHT* (Vienna, Orac 1983) at 223-44.

the attendance of witnesses and to appoint legal counsel to act on behalf of the Commission.<sup>1</sup>

Because of the wide discretion given to the commissioners with respect to the conduct of hearings, commissions of inquiry are capable of receiving evidence which might not be admissible in a court of law operating within the confines of the technical rules of evidence. Also, because the terms of reference of commissions of inquiry may be much wider than the very narrow focus which typically characterizes a cause of action before the courts, a commission may hear evidence which might well be deemed irrelevant in a court case dealing with the same subject matter. Commissions of inquiry typically are concerned with developing "the big picture" while courts focus the issues before them as narrowly as possible and limit consideration of the law and the evidence to those matters essential to a resolution of the dispute. In seeking to develop "the big picture" commissions of inquiry have introduced new procedural mechanisms to ensure that there is a full flow of information coming before the inquiry, procedures which a court of law would not countenance.

In this article I will be reviewing the work of a major commission of inquiry established by the Federal Government of Canada in 1974 to consider the environmental, social and economic impact of the then proposed Mackenzie Valley natural gas pipeline on the land and people in the Yukon and the Northwest Territories—Canada's northland. This commission of inquiry, which is commonly referred to as the Mackenzie Valley Pipeline Inquiry, was presided over by Mr. Justice Thomas Berger, a judge of the Supreme Court of British Columbia. One of the principal issues which quickly emerged in the work of the Inquiry was that of the legal and political rights of the aboriginal peoples of the North. One of the most significant contributions of the Inquiry was the establishment of new procedures which permitted a clear and comprehensive articulation by the aboriginal peoples of how they understood their rights. These procedures were not developed on an a priori basis but were derived from the *volksgeist* and law ways of the aboriginal people. These procedures in turn resulted in the substance of abo-

---

<sup>1</sup> For a discussion of the Canadian legal framework relating to public commissions of inquiry, see G. Le Dain, *The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System*, in Jacob S. Ziegel (ed.), *LAW AND SOCIAL CHANGE* (1973); Law Reform Commission Canada Working Paper 17 *COMMISSION OF INQUIRY* (1978); Law Reform Commission of Canada, *REPORT ON ADVISORY AND INVESTIGATORY COMMISSIONS* (1979).

iginal rights or, as they are generally termed, "native rights", being given a radical content; radical in the sense that the rights as articulated by native peoples, while much broader than those which have been recognized by Canadian courts, reflected the original principles which had governed the relationships between aboriginal peoples and the European colonialists who came amongst them some 400 years ago. An analysis of the Mackenzie Valley Pipeline Inquiry in the context of the articulation of native rights provides, therefore, an opportunity not only to assess within the sociology of law the important role of commissions of inquiry in developing new procedural forums but also to better understand the close relationship between procedural and substantive rights as revealed in the historical evolution of native rights in Canada.

## PART I: THE EVOLUTION OF NATIVE RIGHTS IN CANADA

### A. NATIVE RIGHTS IN THE COLONIAL PERIOD, 1600-1763: THE PRINCIPLE OF CONSENT AS THE CONNECTING FACTOR BETWEEN PROCEDURAL AND SUBSTANTIVE LAW

The connection between procedural and substantive law is well illustrated in the early history of native rights in what is now North America. As one English commentator has observed:

It is never quite clear whether the rules of law were sanctioned by an appropriate procedure or whether the rules were developed to explain existing procedure; the truth no doubt in many cases was that law and procedure grew together.<sup>2</sup>

The procedures within which the rights of the Indian tribes of North America were asserted and recognized in colonial law were significantly related to the substance of those rights. The principle of consent was the connecting factor between substance and procedure. It was through the process of consensual treaty-making, in which Indian tribes were recognized as independent nations, that the terms of European settlement and the tribes' continued occupation of their hunting territories were mutually agreed. The basic principle which emerged was that, save for lands that were un-

---

<sup>2</sup> A. W. B. Simpson, *AN INTRODUCTION TO THE HISTORY OF THE LAND LAW* (1961), at 43. See also the much quoted statement by Sir Henry Maine, "Substantive Law has at first the look of being gradually secreted in the intestines of procedure"; Sir H. S. Maine, *DISSERTATIONS ON EARLY LAW AND CUSTOM* (1856), at 386.

occupied or which were acquired by conquest, the consent of the Indian tribes was a prerequisite to the occupation of lands used by the tribes. Similarly, the tribes' right to self-government would not be interfered with save by their express consent. That the principle of consent lay at the heart both of the substance of Indian rights and of the procedures by which such rights were acquired by the European settlers is clearly expressed in some of the later Charters of the English colonies in North America. The Rhode Island Charter of 1663 indicates that the petitioners, upon arriving in America, settled amidst certain Indians, "who, are the most potent princes and people of that country. The petitioners are now seized and possessed, by purchase and consent of the said natives, to their full content."<sup>3</sup>

The evolution of the principle of consent in colonial law is well illustrated in the treaties which were negotiated in the seventeenth and eighteenth centuries on the eastern seaboard of what is now the United States. These treaties show the acceptance by certain of the Indian tribes of a formal protectorate relationship with the English Crown, reserving to the tribes important powers of tribal sovereignty and rights to sell or retain all or part of their traditional lands. The treaties and compacts concluded with the Iroquois Confederacy in the eighteenth century most clearly articulate the nature of native rights in colonial law.<sup>4</sup> The westward expansion of settlement among the British colonies of New England during the eighteenth century and the violation of Indian territorial integrity became a major issue for the colonial authorities. By mid-century, the group of the Six Nations of the Iroquois Confederacy, because of its military strength and political organization, was viewed as the lynch-pin in the security of the British colonies. Their military support, to either the French in Canada or to the British colonies, would threaten the stability, if not the existence, of the other colonial empires. The onset of the Seven Years' War with France in 1754 heightened British awareness of the strategic role which the Indian nations played in relation to the two European combatants.

Recent research into the role of the Indian nations during the

---

<sup>3</sup> F. N. Thorpe, *THE FEDERAL AND STATE CONSTITUTIONS, COLONIAL CHARTERS AND OTHER ORGANIC LAWS* (1909), vol. 1, at 529.

<sup>4</sup> For an excellent review and analysis of these documents see B. Slattery, *THE LAND RIGHTS OF INDIGENOUS CANADIAN PEOPLES AS AFFECTED BY THE CROWN'S ACQUISITION OF THEIR TERRITORIES* (D. Phil. thesis, Oxford University, 1979, reprinted by the University of Saskatchewan Native Law Centre, 1979).

Seven Years' War between England and France not only documents the crucial role that the Indian nations played in the major campaigns of the war but also shows that negotiations with the Indians proceeded upon the assumption that they were independent nations capable of pursuing their own foreign policies.<sup>5</sup> Sir William Johnson, the representative of the British Crown, charged with the primary responsibility of engaging in diplomatic negotiations with the Indian nations, became convinced that the Indian alliance could only be assured by incorporating Indian policy into "a solemn public treaty to agree upon clear and fixed boundaries between our settlements and their hunting grounds so that each party may know their own and be a mutual protection to each other of their respective possessions." In 1758, at Easton in Pennsylvania, a conference was convened which attracted one of the largest and most representative cross-sections of Indian delegates ever to assemble in one council. Spokesmen for each of the Six Nations, the Delawares of the Susquehanna and several other tribes of northern and western Pennsylvania, met with representatives of the colonial and British authorities to hammer out the terms of the continuing alliance between the tribes and the British. Many of the terms of this treaty, reached by mutual accord, were later to be restated in the famous Royal Proclamation of 1763 which has been described as the Magna Carta of native rights in North America.

In 1763, at the conclusion of the Seven Years' War, Britain acquired from the French, through the Treaty of Paris, the French colony of Canada as well as the islands of Cape Breton and St. John (Prince Edward Island). Following the signing of the Treaty of Paris, the British Government sought to address the issues arising from the peace, in particular the organization of the newly acquired territories and the establishment of a consolidated policy with the Indian nations. Both of these objectives were embodied in the Royal Proclamation of 1763. The Proclamation is unilateral in form; however, in its provisions dealing with Indian policy, it is a restatement of the principles which had been previously embodied in compacts with the various Indian nations. Thus the Proclamation acknowledges the protectorate obligation of the Crown towards the Indian nations and recognizes that lands possessed by the Indian nations anywhere in British North America are reserved to them unless and until ceded to the Crown. This terri-

---

<sup>5</sup> J. Stagg, *ANGLO-INDIAN RELATIONS IN NORTH AMERICA TO 1763 AND AN ANALYSIS OF THE ROYAL PROCLAMATION OF 1763* (1981).

torial integrity is protected by restrictions on grants, settlements and purchases. The Proclamation also closes large parts of North America to settlement, reserving them for the use of the Indian nations as their hunting territories, subject to the right of the Crown to acquire the land with Indian consent. These tracts are designated as free trade zones. The recital to the Proclamation states:

And whereas it is just and reasonable, and essential to Our Interest and the Security of Our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians, with whom We are connected, and who live under Our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to, or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds. . . .<sup>6</sup>

It is important to understand the comprehensiveness of this recital. It provides the clearest recognition that Indian nations have rights to territorial integrity in all those areas of North America in which they retain possession of their traditional lands, and where they have not entered into treaties of cession with the Crown for the consensual acquisition of those lands by the Crown.

The Royal Proclamation also formalized the procedure for the acquisition of Indian lands required for future settlement. The principle of consent is firmly entrenched again in this procedure, which required that any purchase be made in the name of the Crown at a public meeting or assembly held by the Governor or Commander-in-Chief of the colony.

When the English Lords of Trade were asked to prepare the Royal Proclamation of 1763 they were also requested to prepare a "general plan to regulate the conduct of free trade with the Indians of North America." A "Plan For The Future Management of Indian affairs" was consequently transmitted to the two Superintendents of Indian Affairs. The forty-second clause of the plan provides:

That proper measures be taken *with the consent and concurrence of the Indians* to ascertain and define the precise and exact boundary and limits of the lands which it may be proper to reserve to them and where no settlement whatsoever shall be allowed.<sup>7</sup>

This principle was implemented by further communication of the

---

<sup>6</sup> Reprinted in R.S.C. 1970, Appendices, at 123-29, and cited in K. M. Narvey, *The Royal Proclamation of 7 October 1763, the Common Law and Native Rights within the Territory Granted to the Hudson's Bay Company* (1973) 38 SASK. L. REV. 123, at 130.

<sup>7</sup> *Id.*, at 140 (emphasis added).

Lords of Trade in a letter to the King of England on the 7th of March, 1768. They reported:

In a plan for the management of the Indian affairs prepared by this Board in 1764, the fixing a boundary between the settlements of Your Majesty's subjects and the Indian country was proposed to be established by compact with the Indians, as essentially necessary to the gaining of their goodwill and affection and to preserving the tranquility of the colonies.<sup>8</sup>

The Lords of Trade communication provides the clearest evidence that the implementation of the Royal Proclamation was conceived as a compact between the Indian nations and the Crown.

#### B. THE TREATY-MAKING PROCESS IN THE NINETEENTH CENTURY: THE DISSONANCE BETWEEN THE INDIAN AND EURO-CANADIAN LEGAL TRADITIONS

It is the procedure formalized by the Royal Proclamation of 1763 which has provided the constitutional basis for the hundreds of land cession treaties which have since been negotiated with the Indian nations across much of Canada. Up until 1850, the treaties covered relatively small areas and the terms of the treaty were limited in scope. In the period after 1850, as settlement moved westward, there was a dramatic increase in geographical scale. Moreover, post-1850 treaties contain provisions relating to the establishment of Indian reserves, Indian education and medical services, the payment of annuities and the supply of agricultural and farm implements as well as ammunition and twine for use in hunting and fishing. The treaties also guarantee to the Indians their continuing right to hunt, fish and trap.

Recent research undertaken by the Indian nations themselves, with the help of social scientists, has revealed some of the continuities between the treaty negotiations involving the Indian nations of western Canada in the late nineteenth century and the negotiations involving the Iroquois Confederacy in the previous century in the eastern colonies. As with the treaties negotiated in the eighteenth century with the Iroquois, the post-confederation treaties negotiated by the Indian nations of western Canada were viewed by them as establishing compacts to deal with the issues of territorial and political integrity within the framework of a protectorate relationship with the Crown. However, what had changed in the intervening century was the balance of power between the Indian nations and

<sup>8</sup> *Id.*, at 142.

the colonial authorities, and the condition of the Indians as the result of the encroachment of European civilization. More specifically, the Indians were facing increasing white settlement, devastating epidemics, the influx of whisky traders and the disappearance of the buffalo, the staple of the tribes' economy. The protectorate role embodied in the treaties was accordingly not confined, in the Indians' eyes, to preserving their territorial and political integrity within the lands which they were not prepared to cede, but also extended to the protection of the traditional Indian economy and assistance in the development of new forms of Indian economic self-sufficiency.<sup>9</sup>

The Canadian Government had a different view of what the treaties were intended to accomplish. They did not regard them as anything like a social contract in which different ways of life were to be accommodated within mutually acceptable limits. The government regarded the treaties primarily as the surrender of Indian rights to their land so that settlement and development could proceed. The payment of annuities, the provision of agricultural implements, the offers of medical and educational services and the establishment of reserves were conceived of in part as compensation but primarily as the means of change. The government's expectation was that a backward people would, in time, abandon their semi-nomadic ways and, with the benefit of the white man's religion, education and agriculture, take their place in the mainstream of the economic and political life of Canada.

As the result of the recent research conducted by Indian nations it has now become clear that the dissonance between the Indian understanding of the treaties and the government's understanding, as that is reflected in the text of the treaties, is directly related to the different legal conceptions about how agreements are negotiated, recorded and interpreted. For the Indian negotiators, who brought to the negotiations an oral tradition, the promises and discussions during the negotiations formed the centrepiece of the agreements. For the negotiators on the Canadian Government's side, it was the written text of the treaty which determined its scope and meaning.

It has also become clear from the Indian nations' research that basic Indian values relating to the sharing of resources and distinctive concepts about the nature of land informed their view of the treaty negotiations. According to the text of Treaty #6, which was

---

<sup>9</sup> For an excellent review of the Indian understanding of the 19th century treaties, see D. Opekokew, *THE FIRST NATIONS: INDIAN GOVERNMENT AND THE CANADIAN CONFEDERATION* (1980), ch. 2.

negotiated in 1876, the Indians, in the language of the treaty, "hereby cede, release, surrender and yield up to the Government of the Dominion of Canada for Her Majesty the Queen and her successors forever, all their rights, titles and privileges whatsoever, to the lands included within the following limits." A more comprehensive surrender of rights would be difficult to draft. Compare this wording in the text of the treaty with the statement made by Chief Crowfoot during the treaty negotiations:

Our land is more valuable than your money. It will last forever. It will not perish as long as the sun shines and the waters flow, and through all the years it will give life to men and beasts.

We cannot sell the lives of men and animals and therefore, we cannot sell the land. It was put here by the Great Spirit and we cannot sell it, because it does not really belong to us. You can count your money and burn it with the nod of a buffalo's head, but only the Great Spirit can count the grains of sand and the blades of grass on these plains. As a present to you, we will give you anything we have that you can take with you, but the land we cannot give.<sup>10</sup>

The divergence between the text of the treaty and the Indians' understanding of the negotiations is illustrated in other areas. The treaty commissioners negotiated with the chiefs of the tribes. The terms of the treaties provide for annual payments to each member of the tribe, with larger payments for the chiefs. The chiefs also were provided with medals. To the Indians, in the context of negotiations in which their tribal governments negotiated with the Government of the Queen, these provisions affirmed the authority of their tribal governments and provided a diplomatic protocol for the annual review of the treaty agreements. The text of the treaty provides that each tribe shall be provided with a specific number of agricultural resources such as ploughs, scythes, oxen, cows and other farming animals. To the Indian negotiators, this was understood in terms of the protectorate relationship as a clause of economic aid, a prototype for the treaties of economic assistance which are now regularly entered into by the richer western countries with their allies in the Third World. The Indian negotiators understood these clauses to be a sharing by the white man of his forms of economic development to assist the Indian nations as they experienced increasing hardship in maintaining their traditional economies in the face of increased settlement.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> *Id.*, at 12.

<sup>11</sup> *Id.*, ch. 5.

In one area the divergence between the text of the treaty and the oral negotiations has been specifically acknowledged by the treaty commissioners who negotiated on behalf of the Canadian Government. The Indian nations were insistent throughout the treaty negotiations that their traditional economy based upon hunting, fishing and trapping be protected. Recent research has shown that some of the treaty negotiations would have broken down had not the government negotiators given guarantees that hunting, fishing and trapping rights would not be curtailed.<sup>12</sup> However, the actual text of the treaties in relation to these rights is qualified. In Treaty #8, for example, the clause reads,

And Her Majesty the Queen hereby agrees with the said Indians that they shall have the right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract 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 or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.* (emphasis added)<sup>13</sup>

The treaty commissioners, in their report to the Government of Canada, make specific reference to the oral negotiations regarding the hunting, fishing and trapping rights clause:

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 . . . 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 furbearing 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 any treaty would not lead to any forced interference with their mode of life . . .* The Indians were generally adverse 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.<sup>14</sup>

In the eighteenth century, in the context of English and French colonial rivalry and Indian military strength, the Indian nations in

---

<sup>12</sup> R. Fumoleau, *AS LONG AS THIS LAND SHALL LAST: A HISTORY OF TREATY 8 AND TREATY 11, 1870-1939* (1975); see also R. Price, *THE SPIRIT OF THE ALBERTA INDIAN TREATIES* (1979).

<sup>13</sup> Treaty No. 8, 1899, *Id.*, at 71-72.

<sup>14</sup> *REPORT OF TREATY COMMISSIONERS*, Treaty No. 8, at 84-85 (emphasis added).

the eastern parts of North America had the power to compel the colonial governments with whom they negotiated treaties to respect their understanding of these treaty negotiations. The Indians in the west of Canada, one hundred years later, lacked this power to compel. Government Indian policy proceeded along lines which breached the Indians' understanding of their treaties: the role of traditional Indian governments was replaced by the authority of Indian agents, traditional religious ceremonies were prohibited and punished as offences, the traditional Indian economies were undermined by the encroachment of agriculture development and game laws, and the promised agricultural economic assistance was not forthcoming. In the years since the signing of these treaties, when Indian nations have gone to the courts to enforce their rights under the treaties, the Canadian courts have, with rare exceptions, looked to the literal text of the treaties and have disregarded the oral promises or the Indians' understanding of the negotiations.

The process of judicial revision of treaty rights as they were understood by native peoples is well illustrated by cases interpreting the relationship between federal and provincial game laws and Indian hunting. Notwithstanding the solemn assurances given by the treaty commissioners that Indian hunting would not be interfered with, the Canadian Government, in the years following the signing of Treaty #8, passed legislation restricting native hunting and trapping. In 1917, closed seasons were established in the Northwest Territories and Alberta on moose, cariboo and other animals essential to the economy of the Dene. In 1918, the Migratory Birds Convention Act further restricted their hunting. The violation of the treaty promises by this legislation has been recognized by Canadian courts which, contrary to the Indians' conception of the binding character of the treaties, have consistently held that treaty promises may, as a matter of Canadian law, be abrogated by federal legislation without prior Indian consent. Canadian courts have thus sanctioned the federal government's unilateral alteration of treaty promises.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> *R. v. Sikyea* [1964] S.C.R. 642; *R. v. George* [1966] S.C.R. 267. For another example of judicial focusing on the text of the treaty rather than the oral understanding, see *R. v. Johnston* (1966) 56 D.L.R. (2d) 749 (Sask. C.A.) which deals with the "medicine chest" clause. See also R. Gumming and N. Mickenberg, *NATIVE RIGHTS IN CANADA* (2nd ed. 1972), ch. 14. For detailed accounts of the abrogation of the hunting and trapping guarantees of Treaty #8 by federal and provincial legislation, see Fumoleau, *supra*, note 12 and H. Brady, *MAPS AND DREAMS, INDIANS AND THE BRITISH COLUMBIA FRONTIER* (1981).

C. NATIVE RIGHTS AS ARTICULATED BY THE CANADIAN COURTS :  
THE PROCESS OF JUDICIAL REVISION

The Canadian courts have not only failed to adequately reflect the Indians' understanding of the treaties but have also engaged in a process of judicial revision of the original principles of native rights. Those principles developed in the treaty relationships entered into in the seventeenth and eighteenth centuries received their first judicial interpretation in decisions of the United States Supreme Court in a series of judgments in the 1820s and 1830s, culminating in the landmark decision of Chief Justice Marshall in *Worcester v. Georgia* (1832).<sup>16</sup> This case reviewed the colonial law antecedents of native rights in North America and affirmed that the Indian tribes had legal rights to their lands which could only be acquired in the name of the Crown by consensual cession by the Indians. Paralleling this principle of consent to the cession of lands was the recognition that the Indians retained their rights to self-government as nations, notwithstanding their assumption of a protectorate relationship with the colonial governments in North America.

Canadian courts, while purporting to rely upon the Marshall decision, have departed from these principles in significant ways. The Canadian courts have given no recognition to the principle of Indian self-government as a part of native rights. On the issue of native rights to lands and resources traditionally used and occupied by them, the Canadian courts have rejected the principle of consent as the basis for the acquisition of these lands and resources.

In the leading case of *St. Catherine Milling and Lumber Company v. The Queen* (1889),<sup>17</sup> the Privy Council, while affirming the existence of the concept of aboriginal or native title to the land based on the Royal Proclamation of 1763, stated that "the tenure of the Indians was a personal and usufructory right, dependent upon the goodwill of the sovereign."<sup>18</sup> According to the interpretation which has been given to this passage in subsequent cases, native rights to lands and resources are not in fact rights but rather privileges which exist at the sufferance of the Crown. It is important to note that the *St. Catherine Milling* case, which until 1973 provided

---

<sup>16</sup> (1832) 31 U.S. (6 Pet.) 515. For analyses of the early United States cases see R. Barsh and J. Henderson, *THE ROAD: INDIAN TRIBES AND POLITICAL LIBERTY* (1980); H. Berman, *The Concept of Aboriginal Rights in the Early Legal History of the United States* (1978) 27 *BUFF. L. REV.* 63.

<sup>17</sup> (1889) 14 A.C. 46 (J.C.P.C.).

<sup>18</sup> *Id.*, at 54.

the judicial centrepiece for the Canadian concept of native rights, involved a dispute between federal and provincial governments arising from the ownership of lands which had been ceded by the Salteaux Indians in a treaty; there was, however, no Indian representation before the courts.

Subsequent to the *St. Catherine Milling* decision, in the wake of government policy designed to assimilate the Indians, the Canadian law of native rights went into an almost total eclipse. For example, in the Province of British Columbia, where with a few exceptions no treaties have ever been negotiated, the Indian nations found themselves faced with land policies of the Provincial Government which denied any entitlement of the Indians to their traditional lands, the policy of the Federal Government which denied them the right to maintain their traditional forms of government, and the policies of missionaries which, assisted by penal legislation enacted by the Federal Government, denied the Indians the right to maintain their most important religious ceremony, the Potlatch. The Potlatch, which is regarded by anthropologists as the hallmark of Northwest Coast Indian distinctiveness, combining elements of religious, economic and social organization, became an outlawed institution for the participation in which (for example, by dancing at the ceremony) Indian people were imprisoned in the 1920s. As part of this government policy of suppression and repression of the Indians' way of life, legislation was introduced in 1926, following a Federal Parliamentary Committee Report which found that the Indians of British Columbia had no rights to their land, *which made it a criminal offence to raise funds for the purpose of pressing any Indian claims*.<sup>19</sup>

Even in the face of such draconian legislation Indian leaders never gave up their struggle to have their rights recognized. But from the 1920s until the early 1970s the issue of native rights ceased to be of major concern to Canadian politicians and ceased to exist in the minds of the legal profession. As late as 1969 a Federal Government policy paper on the issue of aboriginal rights' claims stated "These are so general and undefined that it is not realistic to think

---

<sup>19</sup> S.C. 1927, c. 32, s. 6. For an overview of the history of the anti-potlatch legislation and government land policies in British Columbia see M. Jackson, *The Rights of the Native People*, in R. St. J. Macdonald and J. Humphrey (eds.), *THE PRACTICE OF FREEDOM: CANADIAN ESSAYS ON HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS* (1979); see also R. Fisher, *CONTACT AND CONFLICT: INDIAN EUROPEAN RELATIONSHIPS IN BRITISH COLUMBIA 1774-1890* (1977); F. E. LaViolette, *THE STRUGGLE FOR SURVIVAL: INDIAN CULTURE AND THE PROTESTANT ETHIC IN BRITISH COLUMBIA* (1973).

of them as specific claims capable of remedy."<sup>20</sup> Indeed, in that same year the Prime Minister of Canada, Mr. Trudeau, a lawyer and former professor of law, stated in a speech in Vancouver:

Aboriginal rights, this really means saying "We were here before you. You came and you took the land from us and perhaps you cheated us by giving us some worthless things in return for vast expanses of land and we want to reopen this question. We want you to preserve our aboriginal rights and to restore them to us." And our answer — it may not be the right one and may not be one which is accepted . . . our answer is 'No'.<sup>21</sup>

In the same year as the Prime Minister so categorically denied the legal viability of aboriginal rights, a case was initiated by the Nishga Indian Nation in British Columbia (the *Calder* case) which was to cause the federal government to acknowledge the historical and legal reality of aboriginal rights to land. The Nishgas, who had never signed a treaty of cession with either the colonial or Canadian governments, sought a declaration that their aboriginal title to the Nass Valley, their homeland, had never been extinguished. The *Calder* case went to the Supreme Court of Canada which, in 1973, split on this issue.<sup>22</sup> Three judges held that the aboriginal title of the Nishgas had been extinguished by colonial land legislation. Three other judges held that the Nishga rights had not been extinguished. A seventh judge held against the Nishgas on the purely procedural point that they needed the fiat or permission of the government to bring their case. While the *Calder* case is viewed as a major victory for native people in restoring to the legal and political lexicon the concept of aboriginal rights — all six judges who ruled on the merits acknowledged that such a concept existed in law — it is important to understand the limitations of the case from the perspective of the original principle of consent. The three judges who ruled that the Nishga aboriginal title had not been extinguished did so on the basis that an aboriginal title to land, once proven to exist by evidence of exclusive use and occupation by an Indian nation, could only be extinguished by specific legislation which showed a clear and plain intention to end the Indian rights. In the opinion of these judges there was no such legislation in British Columbia. Those

---

<sup>20</sup> STATEMENT OF THE GOVERNMENT OF CANADA ON INDIAN POLICY (1969).

<sup>21</sup> Reprinted in NATIVE RIGHTS IN CANADA, *supra*, note 15, at 331.

<sup>22</sup> (1973) 34 D.L.R. (3d) 145. For a discussion of the history of the *Calder* case, see D. Sanders, *The Nishga Case* (1973) 19 B.C. STUDIES 3; for a detailed legal analysis, see K. Lysyk, *The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder* (1973) 51 CAN. B. REV. 450.

judges who ruled in favour of the Nishgas did not, however, affirm the principle that Nishga lands could only be taken with their consent. The judgment in favour of the Nishgas conceives of their claims in this way:

They claim the right to remain in possession themselves and to enjoy the fruits of that possession. They do not deny the right of the Crown to dispossess them but say the Crown has not done so.<sup>23</sup>

This statement is of great importance. It is quite clear that the Nishga Nation, as a matter of fact, does dispute the right of Canadian federal or provincial governments to dispossess them of their homeland. They have always asserted, and continue to assert, that their consent is a prerequisite to any changes in their territorial rights within their traditional homeland. As a matter of law, asserting their claims in court within the context of the Canadian jurisprudence on native rights, they felt compelled to acknowledge that their rights could be taken without their consent. The dissonance between the Indians' understanding of their treaty rights and the courts' interpretation of those rights is thus closely paralleled by the dissonance in the non-treaty areas between native and judicial articulation of aboriginal rights.

## PART II: THE MACKENZIE VALLEY PIPELINE INQUIRY: THE DEVELOPMENT OF AN ALTERNATIVE FORUM FOR THE ARTICULATION OF NATIVE RIGHTS

The lawyer who represented the Nishga Nation in the *Calder* case was Thomas Berger. Shortly after his final argument in the case, he was appointed to the Supreme Court of British Columbia. Several years later, in 1974, he was asked by the Government of Canada to act as the Commissioner of the Mackenzie Valley Pipeline Inquiry. His mandate was to review the environmental, social and economic impact of the largest privately funded industrial project ever proposed in the western world, designed to bring natural gas from the north slope of Alaska across the Yukon Territory and down the Mackenzie Valley to markets in the United States. It was heralded by government and industry as the megaproject of the century, one which would show the measure of Canadian-U.S. economic co-operation and one which would pay rich economic dividends to the

---

<sup>23</sup> *Id.*, at 174.

economies of Canada and the United States. It was, however, a project which was viewed with the greatest alarm by the native people of the Canadian North who saw the project in apocalyptic terms as the culmination of a process of cultural genocide.

Mr. Justice Berger, in carrying out his mandate, held a series of preliminary hearings in which he sought advice on, among other things, how he should go about conducting hearings in the North. Representations were made to the Inquiry by organizations representing the Dene (the Indians of the Northwest Territories refer to themselves as the Dene, meaning "the people"), the Métis (the descendants of the interrelationship of Indians and whites) and the Inuit (or Eskimos). These groups proposed that the Inquiry hold hearings in the communities in which the native people lived. Furthermore they requested that these hearings not be held for at least one year to permit the native organizations to provide information to the communities concerning the proposed pipeline development and in order to prepare fully for the hearings.

At these preliminary hearings the issue of whether native rights were within the terms of reference of the Inquiry was raised by the pipeline companies who argued that native rights was a matter to be dealt with between the native people themselves and the Federal Government of Canada and that the Inquiry was limited to the assessment of environmental, social and economic impact with a view to recommending terms and conditions to be imposed upon the pipeline companies. Terms and conditions relating to native rights, they argued, was therefore beyond the jurisdiction of the Inquiry. Mr. Justice Berger rejected this argument and, in a series of preliminary rulings, further defined his terms of reference and established a structure for the Inquiry's hearings.

This structure distinguished two types of hearings. The one kind was formal hearings to be held in the main centre of the Northwest Territories, Yellowknife, in which the evidence of experts — engineers, biologists, economists, sociologists, anthropologists — would be heard, subject to full cross-examination by lawyers. The second kind was community hearings which would be held in the towns and villages of the North, which would be subject to special procedural rules to be worked out by a committee consisting of Commission staff and all participants in the Inquiry. It was my task as Special Counsel to Mr. Justice Berger to co-ordinate the work of this committee. Mr. Justice Berger also ruled that the hearings would not begin for a period of nine months in order to permit all participants to prepare fully for the hearings.

At one of the preliminary hearings George Kodakin, a Dene chief from Fort Franklin, a native community of some 400 people on the shore of Great Bear Lake, told Mr. Justice Berger that if he really wanted to understand how native people felt about the proposed pipeline he should come and live for a summer in his village. The Judge, however, was committed to visiting as many places as possible in the Canadian North prior to the hearings to familiarize himself with the rich complexity of the land and all its people. It was agreed, however, by the native organizations, that in my capacity as Special Counsel with primary responsibility for the organization of the community hearings, my family and I would move to the North and spend as much time as possible living in several villages, including Fort Franklin, in order to better understand how existing procedures for holding hearings should be modified to enable the native people to make a full contribution to the Inquiry.

In the course of the next nine months, from a base in two of the native villages, I travelled with Mr. Justice Berger to many of the northern communities to discuss the issue of community hearings. While in Fort Franklin I sought the advice of people within the village: the elected chief and council, the elders and the young people. I went out on a number of occasions with hunting, fishing and trapping parties and visited groups who had established hunting, fishing and trapping camps in the bush. During this time I also consulted with native field workers, who had been hired by the native organizations with the assistance of monies provided by the Government of Canada on the specific recommendation of the Commission, whose task it was to help people in the communities prepare for the hearings. I also observed how meetings were held within the village, both amongst the people themselves on such issues as organizing the community caribou hunt and those which the chief and council regularly had with government officials. There was a stark contrast between the two kinds of meetings. The meetings with government officials typically dealt with agendas predetermined by the government upon which the chief and council were being "consulted". Typically, government officials would fly into Fort Franklin (the only other access was by boat) and, while their planes waited on the runway or lake, the meeting would be hurriedly conducted. The meeting would be attended only by the chief and a few councillors and was held in a small room in the village office. On several occasions, when the temperature was forty degrees below zero, the engines of the waiting plane kept running and pro-

vided a noisy accompaniment to the consultation process being held in the office.

By contrast, meetings held by the Dene themselves dealt with agendas of their own making and were carried out in conformity with traditional patterns of decision-making. I quickly found out that the Dene not only have a rich oral tradition, which naturally develops oratory skills, but also have an entrenched pattern of decision-making which operates by consensus. Issues are discussed by heads of families and others who are respected for their skills and knowledge and eventually a position or decision will emerge to which everyone can subscribe. It is a participatory democracy which puts the democratic traditions of most western societies to shame. Issues are not necessarily settled at a single sitting. There is much informal discussion within the community to ensure that all members of the community are involved. The formal meetings are not held in the village office but in the large log community hall which is also used for traditional dances and other community events. A meeting on an important issue will often be preceded by a community feast or followed by a community dance.

It was clear from my discussions with Chief Kodakin and other people in Fort Franklin that when they heard that the hearings would be held in communities to enable them to speak on the impact of the Mackenzie Valley Pipeline they assumed that these meetings would follow the government model. Their expectation was that Mr. Justice Berger would fly in with his entourage, spend a few hours talking with the chief and council, and leave. Such was the accumulated experience of the Dene, Métis and Inuit with the process of government consultation and as a result it was a major task to persuade them that, in this inquiry, things could be done differently. I encouraged the community leaders to help fashion a procedure which would ensure that their traditional model of holding meetings would be respected by the Inquiry, consistent with the carrying out of its mandate.

In many ways my work during this period was indistinguishable from the anthropologist who was spending the year in Fort Franklin studying how native people use their traditional social structures in formulating hunting strategies. Like him I was to be seen visiting people in the village, sitting in their homes drinking tea, inviting them to my log cabin to share a meal, going to meetings and undertaking hunting trips. However, his task was to write an academic treatise for his university, whereas mine was to fashion a procedure to ensure that the Inquiry provided native people with a real oppor-

tunity to express their views on matters relevant to the work of the Inquiry.

It is here again that the integral relationship between procedure and substance emerges. Prior to my visits to the communities, meetings had already taken place between the native people, the government, and pipeline company representatives concerning the proposed Mackenzie Valley Pipeline. Native people had been asked to provide their views on the location of construction camps, compressor stations and landing strips in relation to their communities, the location of the pipeline route in relation to their traplines, employment opportunities and other matters to do with specific aspects of the pipeline infrastructure. This process conceived of the potential impact of the pipeline project in very limited ways. The pipeline was analogized to "a string across a football field". In these meetings government representatives sought to put to one side the issue of native rights as being irrelevant to the task at hand which, as they saw it, was to understand the specific impacts which the development of the project would have on Indian communities and, to a limited extent, on Indian economic activities. However, in my meetings with native people it became clear that they did not view the pipeline and its impact in this limited way. What emerged through many hours of discussions was that the pipeline development could not be separated from all the other developments which native people had experienced since the time of their first contact with the agents of colonialism. The pipeline was the latest and potentially the most extensive intrusion into their traditional territory but it was part of a continuous process. They talked of the treaties which they had negotiated in 1900 and 1921 with the Canadian Government. Although these treaties in their text, like the others, state that the Indians surrender all their rights to the land, the Dene insisted that they understood the treaty to be one of peace and friendship, which through its recognition of their rights to hunt and fish and trap amounted to a guarantee of their rights to the lands and resources on which their survival depended. They explained that their elders had told the treaty commissioners that they would not sign the treaty unless the government guaranteed that there would be no interference with their way of life and with their right to govern themselves. They described how, contrary to these treaty promises, government and industry had moved into their territory, how their traditional economic activities had been interfered with by mining and oil and gas exploration undertaken without their consent, and how they had been pressured into moving from their hunting camps

into villages made in the image (albeit a poor image) of white settlements. Young people explained how their forced exposure to an educational system modelled exclusively upon white southern lifestyles had alienated them from their own communities and, in many cases, undermined their ability to communicate in their native language with their parents and grandparents. Most of all they talked of the sense of injustice and oppression which they felt as the original people of the North whose views and rights to govern themselves in their own homeland had been systematically disregarded again and again. They saw the pipeline project as the final assault on their right to territorial and political integrity, because it would bring about an influx of whites into the area and because the massive scale of the project would generate other industrial activity.

It also became very clear in my discussions with native people in their communities that not only did their concept of native rights extend far beyond the narrow one articulated in the *Calder* case but it also comprised claims to self-determination within Canadian confederation and the essential right to determine the pace and scale of development within their homeland.

What emerged from all this was that if the Inquiry was to understand the social and economic impact of the pipeline project it must understand the history of the native peoples, their cumulative experience with previous developments, the nature of their claims and the impact which the project would have on the settlement of those claims. In this way, the work of fashioning a procedure which permitted native people to fully express their views resulted in a much expanded conception of the substantive issues underlying the mandate of the Mackenzie Valley Pipeline Inquiry.

The structure of the community hearings grew out of an understanding of the native procedures for decision-making. Thirty-five community hearings were held in the Mackenzie Valley and the Western Arctic at which over 1,000 witnesses gave evidence. Instead of a typical government hearing lasting a few hours, hearings in many of the villages went on for two and three days. Hearings would start in the early afternoon and often would go into the early hours of the morning. In many villages a traditional dance would be held after the hearing to which the judge and the Inquiry staff would be invited. The hearings in the villages were scheduled to accommodate the natural rhythm of the native economy, revolving around the caribou, muskrat, seal or polar bear hunt, trapping of fine furs, and fishing. Thus the hearing in a particular village was not scheduled at times when the people were heavily involved in

these activities. In several cases where a number of families had established camps in the bush away from the main village, hearings were held in these camps. At one hearing at Willow Lake Mr. Justice Berger, accompanied by a court reporter and representatives from the pipeline company and the press, flew in to such a bush fishing camp and, after a meal of trout and moose meat, held the hearing in a tent. The meeting ended after midnight and the Judge and his party were then transported by canoe down river to the main village of Fort Norman where a hearing was held the next day. The hearing at Willow Lake was held in the middle of summer at a time when the northern sun does not set. Another such hearing was held in the Inuit hunting camp of North Star Harbour high above the Arctic Circle in February at a time when the sun barely arcs above the horizon. Though it was forty degrees below zero, the plane's engines were shut down and there was no mechanical accompaniment to the voices of the Inuit hunters who described for Mr. Justice Berger what life on the land meant to them.

The content of the hearings varied from village to village. In Fort Franklin elders spoke of their life before extensive contact with white people, before the establishment of the settlement. The most respected hunters were chosen to explain to the Judge the logistics of hunting and the impact of oil and gas exploitation on this activity. Similarly, the most proficient fishermen explained the impact of sports fishing by non-natives on fish populations in Great Bear Lake. Young people told of their experiences with the educational system. At this hearing and at many others people spoke about their relationship with the land: as security, the basis of identity, pride and self-respect. They spoke of their relationship with animals as the primary source of their distinctive economy, their value system, the sharing ethic which underpinned their community life, the role of the elders in maintaining cultural and historical continuity, their hopes for the future of their children and their demand that the Government of Canada recognize their rightful claims to self-government.<sup>24</sup>

While every effort was made to ensure that the hearing process accommodated native procedures for decision-making, there was also the need to ensure that the process was perceived as having integrity by other participants in the Inquiry and by the public. One issue that had to be confronted was the question of cross-

---

<sup>24</sup> See T. Berger, *THE REPORT OF THE MACKENZIE VALLEY PIPELINE INQUIRY* (1977) vol. 1, esp. chs. 8, 10 and 11.

examination of witnesses. This was a feature of the formal hearings and in most Inquiries is usually regarded as a necessary part of the hearing process. However, cross-examination by a lawyer in the context of an adversary process was calculated to intimidate native witnesses and effectively prevent their full participation. For the community hearings an accommodation was reached whereby all witnesses were sworn to tell the truth and in a case where one of the participants wished to ask questions of a witness these questions were referred to either Mr. Justice Berger or myself. During the course of the Inquiry other alternatives were developed, for example a representative from the pipeline company was permitted to make a statement at a suitable point in the hearing to deal with matters which had been raised through the evidence of other witnesses.

All evidence was recorded and reproduced in the form of a permanent transcript of proceedings in exactly the same way as in the formal hearings. There was to be no repetition of the treaty experience. Much of the evidence of the native people was given in their own native languages and the Inquiry paid for native interpreters chosen by the community. Due to the uniqueness of the Inquiry's procedures and the intense national interest which the Mackenzie Valley Pipeline Inquiry had generated, representatives of the Canadian press corps were in attendance at almost every hearing. Part of the media coverage was provided by the Northern Service of the Canadian Broadcasting Company, the national radio and television network, which provided a full-time team of reporters to cover the Inquiry's hearings. This team included native reporters who provided daily broadcasts of the proceedings in the five native languages spoken in the North. This meant that native people in all the villages were able to understand in their own language what had taken place in other communities. This had the effect of reinforcing the idea that the Inquiry process was indeed a break from the typical government consultation meetings and that the Inquiry was serious in seeking native people's views.

The exposure of the hearings to the media meant that, over a three-year period, people in southern Canada saw for the first time on television and heard on radio broadcasts a clear articulation by native people of their rights as original people in North America and their demands that these rights be respected. The degree of articulation was so great indeed that allegations were made that these statements could not possibly be those of the native people themselves, that their speeches were being written by white advisers. No one in attendance at the community hearings would, however,

make such an allegation. The depth of feeling conveyed in the speeches of the native people of the North speaking in the main without notes, in their own languages, left no doubt as to authorship. To anyone who had spent time in the communities or who had come to understand the richness of native cultures it was not surprising that people steeped in the oral tradition were able to produce so many orators. Yet to the majority of Canadians this was all new. For the native people, of course, their concept of their rights was not new. However, as one native spokesman said, "While the people have always held these views, there was never a place for these views to come out." The Mackenzie Valley Pipeline Inquiry provided such a place. Perhaps the most complete articulation of how native people perceive their rights was given by Robert Andre of the community of Arctic Red River in the Mackenzie Delta. He told Mr. Justice Berger the following:

We are saying we have the right to determine our own lives. This right derives from the fact that we were here first. We are saying we are a distinct people, a nation of people, and we must have a special right within Canada. We are distinct in that it will not be an easy matter for us to be brought into your system because we are different. We have our own system, our own way of life, our own cultures and traditions. We have our own languages, our own laws, and a system of justice. . . .

Land claims . . . [mean] our survival as a distinct people. We are a people with a long history and a whole culture, a culture which has survived. . . . We want to survive as a people, [hence] our stand for maximum independence within your society. We want to develop our own economy. We want to acquire political independence for our people, within the Canadian constitution. We want to govern our own lives and our own lands and its resources. We want to have our own system of government, by which we can control and develop our land for our benefit. We want to have the exclusive right to hunt, to fish and to trap. We are saying that on the basis of our [aboriginal] land rights, we have an ownership and the right to participate directly in resource development.

We want, as the original owners of this land, to receive royalties from [past] developments and for future developments, which we are prepared to allow. These royalties will be used to fund local economic development, which we are sure will last long after the companies have exhausted the non-renewable resources of our land. The present system attempts to put us into a wage economy as employees of companies and governments over which we have no control. We want to strengthen the economy at the community level, under the collective control of our people. In this way many of our young people will be able to participate directly in the community and not have to move elsewhere to find employment.

We want to become involved in the education of our children in the communities where we are in the majority. We want to be able to control the local schools. We want to start our own schools in the larger centres in the North where we are in the minority. . . .

Where the governments have a continuing role after the land settlement, we want to have a clear recognition as a distinct people, especially at the community level. Also at the community level, powers and control should lie with the chief and band council. To achieve all this is not easy. Much work lies ahead of us. . . .

We must again become a people making our own history. To be able to make our own history is to be able to mould our own future, to build our society that preserves the best of our past and our traditions, while enabling us to grow and develop as a whole people.

We want a society where all are equal, where people do not exploit others. We are not against change, but it must be under our terms and under our control. . . . We ask that our rights as a people for self-determination be respected.<sup>25</sup>

It was on the basis of such statements by the native people that Mr. Justice Berger in his report, *Northern Frontier, Northern Homeland*,<sup>26</sup> was able to expand upon the definition of aboriginal rights which, as a lawyer, he had urged upon the Canadian courts, to encompass much broader rights which relate to the original concept of aboriginal rights in North America. This is how the Report of the Mackenzie Valley Pipeline Inquiry characterized this broader conception of aboriginal rights and its place in the Canadian legal and political system:

The Native People are seeking a fundamental reordering of the relations between themselves and the rest of Canada. They are seeking a new confederation in the North. The concept of native self-determination must be understood in the context of native claims. When the Dene people refer to themselves as a nation, as many of them have, they are not renouncing Canada or Confederation. Rather they are proclaiming that they are a distinct people, who share a common historical experience, a common set of values, and a common world view. They want their children and their children's children to be secure in that same knowledge of who they are and where they come from. They want their own experience, traditions and values to occupy an honourable place in the contemporary life of our country. Seen in this light, they see their claims will lead to the enhancement of Confederation — not to its renunciation.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> *Id.*, at 171-72.

<sup>26</sup> *Supra*, note 24.

<sup>27</sup> *Id.*, at 172.

Mr. Justice Berger urged that no pipeline be built for at least ten years to permit the native people and the Canadian Government to negotiate and implement a settlement of native claims which would ensure the achievement of this new confederation in the North.

### PART III: RECENT EXPERIENCE WITH THE NEW PROCEDURAL FORUMS

The lessons learned from the Mackenzie Valley Pipeline Inquiry in the shaping of a hearing process to permit native people a full opportunity to articulate their experiences as colonized peoples and their rights to self-determination as distinct peoples have not ended with the Inquiry. The lessons have been applied and sharpened in other subsequent public inquiries and more recently attempts have been made by lawyers acting for native people to incorporate some of these lessons into the conduct of court hearings. A review of two instances of this in which I was directly involved illustrates the importance of developing procedural forums which draw upon the experience and knowledge of native people and how in turn such forums extend and enhance an understanding of the cultures, societies and economies of the native people and a full appreciation of the substance of their rights.

The first instance concerns a public inquiry established in 1980 by the Federal Minister of Health and Welfare, charged with the mandate to inquire into Indian health and health care services in the Alert Bay region of British Columbia. This region is some 250 miles north of the Province's largest city, Vancouver, and is the home of about 2500 Indians of the Kwakiutl Nation. The inquiry was precipitated by a number of deaths of young Indian children which the Kwakiutl believed to be attributable to the incompetence of the local medical practitioner. The Commissioner appointed to head the inquiry was a doctor who had personal experience working with Indian people. The procedure adopted by the inquiry was to hold a series of community hearings in the main village of Alert Bay which lasted for one week. Although the focus of the inquiry to many outside observers seemed to be highly specific — the extent to which Indians received proper medical care — the native people in their evidence drew upon their own interpretations of health to develop a broader focus for the inquiry. Defining health in Indian terms as cultural, social and economic strength they described for

the Commissioner their experiences with those who, over the past one hundred years, had tried to draw the Kwakiutl's strength from them; how missionaries and Indian agents tried to accomplish this by changing the Indians' spiritual being by prohibiting the central institution of their legal, economic and cultural tradition, the Potlatch, by taking over the education of their children through the system of residential schools at which the speaking of native languages was punished. They described how the strength the Kwakiutl drew from their traditional reliance upon natural resources, particularly the fishery, had been weakened by the activities of government and industry, both of which drained away those resources and restricted Indian involvement in activities which predated the presence of non-Indians by many thousands of years. The Indian witnesses explained that the root causes of their lack of strength, poor health and alcoholism were directly related to the undermining of their spiritual, cultural and economic self-sufficiency. They described how in all these areas of non-Indian intrusions, they had resisted, that they had asserted that, as original people, they had a distinctive culture, a distinctive economy and distinctive rights. They told the Commissioner that, as Indian people, they must regain control over those matters central to their survival as Kwakiutl. Only then would they regain their strength.

They explained to the Commissioner how they saw their health in terms of the development of strong independent Indian communities drawing on the traditions of the past as their children faced the challenge of tomorrow. Their recommendations therefore went beyond the delivery of medical services and embraced the call for the recognition of their rights to the heartland of their traditional territory, the Nimpkish River Valley. They asserted that as original people the Kwakiutl were the rightful owners and custodians of the watershed and its resources, that they must be recognized as the people who have the right to a controlling voice in the development of those resources, that in the river was the source of their traditions, the representation of their cultural continuity, the sustenance of their people in the fish it provided for food and commerce, and in the rich resource it offered to their children in their education. They insisted that Indian priorities in the form of the enhancement of the river system as a salmon resource be recognized by both federal and provincial governments, that the competing activities of logging, mining, recreation and settlement must be controlled in recognition of the rights which the Kwakiutl have and the immense

significance that the river valley represented to them in economic and cultural terms.<sup>28</sup>

Because the inquiry came about due to a crisis in the delivery of medical services, the community hearings also resulted in the presentation to the Commissioner of a set of proposals related to the delivery of medical services. In formulating these proposals, the native people had been assisted by a two-day workshop which had been incorporated into the hearing process. This workshop, sponsored by the inquiry, brought to the community of Alert Bay individuals involved both in Canada and the United States with Indian health care programmes. These individuals related their experiences and the problems which their communities had encountered in seeking to take over and direct the delivery of medical services. Based on the workshop and upon their own ideas, the native people of Alert Bay proposed the establishment of a native-controlled health board which would take over from existing government services and shape a health care delivery service fully responsive to native people's needs. The health board would operate as an agency of Indian government. In addition to taking on the usual responsibilities of a health board the Kwakiutl envisaged that a native health board would, in terms of research, look to the important area of traditional Indian medicine — the native health sciences — and consider ways in which an understanding of this knowledge could be integrated into the treatment of Indian people.

Following the report of the Commissioner which broadly endorsed the Kwakiutl's proposals, the Kwakiutl signed an agreement with the Minister of Health and Welfare for the establishment of the first full-time native health board in Canada. As a direct result of the work of this health board and of the broader understanding reached with the Federal Government on the distinctive health needs of Indian people, a new Indian health centre has recently been completed in Alert Bay. The underlying problems which gave rise to this inquiry have not gone away but, as a result of the inquiry process, there has emerged a much more complete understanding of these problems and of how real solutions to them can be achieved.

The second example concerns litigation on the issue of Indian

---

<sup>28</sup> See final submission of the Nimpkish Band Council to the Federal Inquiry into Health Care in Alert Bay, transcript of proceedings, vol. 3, at 906 et seq.

hunting rights. Broadly speaking, the Canadian courts have provided little legal recognition for traditional Indian hunting rights and have subjected them to both federal and, with some exceptions in the case of treaty guaranteed hunting rights, provincial wildlife regulation. In large measure this represents an ethnocentric lack of understanding of the cultural, social and economic roles which hunting and fishing still continue to play in the life of native communities; hunting and fishing are not simply recreational activities but are the very stuff of a distinctive native identity. As I have described, the kind of evidence presented at community hearings is capable of clearly articulating the essence of native identity and the relationship of Indian hunting and fishing to that identity. It is not wholly surprising therefore that lawyers acting for native people have sought to expand on the type of evidence which is presented to the court in the defence of Indian hunting rights against the intrusion of wildlife regulation.

*R. v. Jack and Charlie*<sup>29</sup> illustrates this process. The case, which started in 1979 and is now on appeal to the Supreme Court of Canada, is unique in Canadian jurisprudence in that for the first time Indian religious practices as they relate to hunting were put before a court of law. In this case the two defendants, members of the Tsartlip Indian Band of the Coast Salish Nation of Vancouver Island, accompanied by the wife of one of them, were involved in a hunt for deer which was required for a religious ceremony practiced by the Coast Salish Indians. This ceremony involves the ritual burning of food for the dead in the belief that the smoke therefrom will provide sustenance for the deceased person for whose benefit the burning is undertaken. It is part of this religious practice that the food which is burnt be of a kind that the deceased person usually ate. In the *Jack and Charlie* case the burning was for Mrs. Jack's great-great-grandfather who died last century and whose usual food was deer meat. Mrs. Jack had endeavoured to obtain such meat from other members of the Indian band without success. The hunt therefore had been organized as a religious mission. The charges which were laid against the defendants involved the possession of deer meat outside of the open season for the hunting of deer.

The defence of freedom of Indian religion had never been raised before and it was only after the most careful deliberation that the

---

<sup>29</sup> The judgments of the B.C. County Court and Court of Appeal are reported at (1982) 67 C.C.C. (2d) 289.

chief and elders of the Tsartlip Indian Band decided that they would describe for the court the nature of their religious practices. Their great concern was that these practices would be ridiculed and, in the process, their most cherished beliefs and spiritual values would be shown the same lack of respect as non-Indians had shown other integral aspects of Indian life. At the trial, elders of the Band described for the court the distinctive nature of the religious ceremony of burning food for the dead and the spiritual basis of the ceremony, that the deceased depart only in body but their spirits remain and require continuing sustenance. They described how this religious ceremony provided the necessary link over time between generations that already had passed and those that were yet to come and how the elders were seeking to use traditional religious ceremonies, including the burning ceremony, to help those members of the band who were experiencing difficulty with alcohol or drugs by reaffirming their roots as Indian people and their ties to the Indian community. Evidence was also given by the most respected elder of the Coast Salish people, the medicine man, who officiated at the burning ceremony and who visited the Coast Salish people both in Canada and the United States as a religious leader, cementing the historical, religious and cultural ties between peoples whose relationships had been established many thousands of years prior to the formation of the Canadian-United States boundary. The trial was attended by over one hundred Indian people from the Band who lent the weight of their presence to the commitment of the Indian witnesses to the way of life they were seeking to defend. What emerged clearly from this evidence was that the hunting of deer in this case was in pursuit of a religious quest, was integrally related to the practice of Indian religion and was rooted in the fabric of Coast Salish life.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> The evidence at trial is summarized by the Provincial Court Judge at (1981) 50 C.C.C. (2d) 337. The B.C. Court of Appeal (67 C.C.C. (2d), at 297), in a two to one decision affirming the conviction of Jack and Charlie, held that "while freedom of religion is a fundamental right, the authorities binding on us make it clear that the freedom must be exercised in accordance with the general law." Mr. Justice Hutcheon, dissenting, held at 307 that "the Wildlife Act ought to be read so as to acknowledge the right of Jack and Charlie on these facts to practise their religion where no competing interest of society exists."

A second hunting case, *R. v. Dick* (1983) 3 C.C.C. (3d) 481, illustrates the importance of introducing the evidence of native people as to the special significance of their traditional economic activities in order to permit a court to understand fully the legal issues involved. In this case, Arthur Dick, a member of the Alkali Lake Band, was charged with killing a deer out of

It is significant that in the *Jack and Charlie* case the evidence of anthropologists, which has been the primary evidence relied upon in cases in the United States where freedom of Indian religion has been raised, was given a secondary role. The evidence of an anthropologist was used in *Jack and Charlie* to provide ethnographic support for the primary evidence of the people themselves who were the rightful source of their own history and religion. This was in keeping with what took place in the Mackenzie Valley Pipeline Inquiry. I have described how, in addition to the community hearings, there were also formal hearings in which experts gave evidence. Many of these experts were anthropologists and sociologists who told Mr. Justice Berger about their research on the cultures and economies of the people of the North. Although this evidence was given careful consideration by the Judge, it was placed in the context of his direct exposure to the life of the native people and to the evidence of the one thousand witnesses who spoke at the community hearings. The new procedural forum of community hearings leaves no doubt as to who are the true experts on the history, culture, society and economy of the native people of Canada.

---

season. Nine members of the Alkali Lake Band and three members of the Canoe Creek Band gave evidence describing their lives and the significance of the rituals of food gathering. They told of their dependence on moose and deer for food and for traditional and valued items of daily and ceremonial clothing. Mr. Justice Lambert, in summarizing the evidence, concluded at 491, "It is impossible to read the evidence without realizing that killing fish and animals for food and other uses gives shape and meaning to the lives of the members of the Alkali Lake Band. It is at the centre of what they do and what they are." The legal argument of Arthur Dick was directly related to this evidence. That argument was, firstly, that "there is a central core of Indianness that cannot be touched by provincial legislation but only by the Parliament of Canada under ss. 24 of s. 91 [of the Constitution Act, 1867] 'Indians and lands reserved for Indians'. Foraging for food by the active hunters of the Alkali Lake Band was an activity within that central core of Indianness. It was beyond the scope of the Wildlife Act" (at 485-86). The second and closely related argument was derived from the judgment of Mr. Justice Dickson in *R. v. Manuel and Kruger* (1977) 34 C.C.C. (2d) 377, where he identified the indices by which a provincial law of general application which, under s. 88 of the Indian Act, is made applicable to Indians, would cease to be such a law. The argument was that in relation to the hunting activities of the Alkali Lake Band members, the Wildlife Act was not a law of general application but rather one which impaired their status and capacities as Indians. Mr. Justice Lambert alone of the three member Court of Appeal accepted this argument. As in *R. v. Jack and Charlie*, the issue is now before the Supreme Court of Canada. It is significant that in both the *Jack and Charlie* and the *Dick* cases, counsel for the Indian hunters had been involved in the West Coast Oil Ports Inquiry. This Inquiry, presided over by Dr. Andrew Thompson, had made extensive use of the community hearing process in order to better understand the relationship of Indian people to the fishery resources of the coast and rivers of British Columbia.

## CONCLUSION

The Canadian experience illustrates how procedural forums which respect and reflect the law ways of native peoples can be developed, that through these procedural forums a fuller understanding of native societies and native rights can emerge, an understanding which, in the words of Mr. Justice Berger, can enhance the nature of Canadian Confederation. Canada has now given constitutional recognition to the rights of native people but has done so in highly equivocal terms. In the Constitution Act of 1982 it is provided in section 35 that:

The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.<sup>31</sup>

The equivocation in this form of constitutional recognition relates directly to the central issues of this article. Whose concept of aboriginal and treaty rights is entrenched in section 35 of the Constitution Act, the concept of the aboriginal people themselves or that of the Canadian courts?<sup>32</sup> To resolve what will otherwise be a collision course between these two concepts of substantive rights, the Constitution Act establishes a procedural mechanism in section 37. It provides that there shall be convened a constitutional conference which shall have included in its agenda an item respecting constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, including the identification and definition of the rights of those peoples to be included in the Constitution of Canada. This constitutional conference was held in March 1983. Native people, in approaching the Section 37 Conference, formulated proposals which reflected their concept of their rights. They sought to entrench

---

<sup>31</sup> Constitution Act 1982, as enacted by the Canada Act 1982, c. 11 (U.K.) proclaimed in force 17 April 1982.

<sup>32</sup> For a further analysis of this equivocation see D. Sanders, *The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada* (1983) 61 CAN. B. REV. 314; K. Lysyk, *The Rights and Freedoms of the Aboriginal Peoples of Canada*, in W. Tarnopolosky and L. Beaudoin (eds.), *THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS* (1982), at 467; M. B. Slattery, *The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights* (1983) 8 QUEEN'S L.J. 232. The original version of s. 35 did not contain the word "existing". This version was dropped from the patriation package in the interests of achieving provincial consent to patriation. In the face of national protest the clause was reinstated. However, at the insistence of some of the provincial Premiers, the word "existing" was added to qualify the rights affirmed and recognized. To native people this only reinforced the argument that the form proposed of entrenchment ensured that native rights would be interpreted within the narrow contours of Canadian case law.

definitions of aboriginal and treaty rights which went beyond the narrow court interpretations and which included rights to self-government, rights to practise their own distinctive laws and religions, and rights to their traditional lands, waters and resources. They sought to entrench the principle of consent into the constitutional amending formula in relation to matters which affected native rights. Finally, they sought to entrench an ongoing process for future constitutional conferences to complete the task of constitutional renewal with native people. Underlying the discreet elements of their proposals was the assertion by Canada's native peoples that they have the right to self-determination. They have sought to buttress this claim, not only by reference to their status as the original peoples of Canada but also by reference to international covenants to which Canada is a signatory. In particular, the International Covenant on Civil and Political Rights provides:

All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they should freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.<sup>33</sup>

Until the eighteenth century the native peoples of North America through diplomatic procedures girded by military strength were able to compel recognition of this right. The two hundred years since the Royal Proclamation of 1763 have witnessed in Canada the abrogation of this right by governments and the courts. Much has been learned through the new procedural forums exemplified by the community hearings of the Mackenzie Valley Pipeline Inquiry as to the original nature of native peoples' right to self-determination and the process of colonialism which has led to its abrogation. The Constitutional Accord of March 1983 provides for further constitutional conferences to discuss constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada.<sup>34</sup> The true measure of the accords which will emerge from future constitutional conferences will be whether they can reverse the process of internal colonization and pour real substance into the right of the original peoples of

---

<sup>33</sup> Canada acceded to the International Covenant on Civil and Political Rights on 19 May 1976. For a discussion of developments in international law and native rights, see D. Opekokew, *THE FIRST NATIONS: INDIAN GOVERNMENT IN THE COMMUNITY OF MAN* (1982); D. Sanders, *The Re-Emergence of Indigenous Questions in International Law* (1983) 1 *CANADIAN YEARBOOK OF HUMAN RIGHTS*.

<sup>34</sup> 1983 Constitutional Accord on Aboriginal Rights, First Ministers' Conference on Aboriginal Constitutional Matters.

Canada to self-determination within the framework of a new Canadian Constitution.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Judged by this measure, the second First Ministers' Conference was not a progressive step. In November 1983, the Report of the Parliamentary Committee on Indian Self-Government (the "Penner Report") recommended that the right of Indian peoples to self-government be entrenched in the Constitution. In March 1984, on the first day of the two-day First Ministers' Conference, the Prime Minister tabled a constitutional amendment which, as explained by the Minister of Justice, was designed to entrench in a non-justiciable form a commitment to the principle of native self-government which would bind the federal and provincial governments only to an ongoing process of negotiation with native peoples to determine the content of the principle. Yet, even this limited proposal, which fell far short of the native people's own proposals, did not win the support of any more than three provinces. The conference ended without any Accord.



TAB 32

## (e) Reasonable time for consultation

**5§2040 Crown must allow time for consultation to run its course.** The Crown must give the aboriginal group a reasonable amount of time to respond to a referral and to engage in consultation.<sup>240</sup> The Crown must be prepared to let consultation run its course; it cannot abort the consultation process because of other time pressures where the aboriginal group is actively engaged in the consultation process, there remain outstanding issues, and there is value to further discussions.<sup>241</sup> There may be exceptions in cases of emergency,<sup>242</sup> though this matter yet to be conclusively decided by the courts.

**5§2050 “Reasonable time” in light of the aboriginal group’s time pressures.** A reasonable consultation period is required to give aboriginal groups time to consider the proposed decision, gather any internal information, and seek any outside advice on technical issues. A reasonable time period must also take into account the volume of referrals that the aboriginal group is handling (which in some cases is extremely high) as well as its capacity level (in many cases, there is no person designated to handle referrals due to the group’s inability to fund such a position). The British Columbia Supreme Court recognized in *Tsilhqot’in v. British Columbia* that even where an aboriginal group has adequate resources, the volume of referrals may make it impossible for the group to respond in a timely fashion.<sup>243</sup> In *Moulton Contracting Ltd. v. British Columbia*, the British Columbia Supreme Court found that British Columbia breached the duty to consult by failing to extend consultation timelines on a forestry referral in light of the First Nation’s inability to handle to the high volume of referrals that it was receiving.<sup>243.1</sup>

239 In *Saulteau First Nation v. British Columbia (Oil & Gas Commission)*, 2004 CarswellBC 1276, 2004 BCCA 286 (B.C. C.A.), leave to appeal refused (2005), 2005 CarswellBC 459, 2005 CarswellBC 460 (S.C.C.), the British Columbia Court of Appeal rejected the proposition of the Saulteau First Nation that the Oil and Gas Commission needed to ensure the conduct of a cumulative impact assessment before approving a sour gas test well (paras. 22 and 27).

240 This sentence in Native Law was cited with approval and relied upon in *Squamish Nation v. British Columbia (Minister of Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991, 2014 CarswellBC 1583 (B.C. S.C.) at para. 214; *Dene Tha’ First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 CarswellNat 3642, 2006 FC 1354 (F.C.) at para. 116.

241 This sentence in Native Law was cited with approval and relied upon in *Squamish Nation v. British Columbia (Minister of Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991, 2014 CarswellBC 1583 (B.C. S.C.) at para. 214; *Homalco Indian Band v. British Columbia (Minister of Agriculture, Food & Fisheries)*, 2005 CarswellBC 438, 2005 BCSC 283 (B.C. S.C.) at para. 108.

242 This suggestion is made in *Tsui T’ina Nation v. Alberta (Minister of the Environment)*, 2008 CarswellAlta 1182, 2008 ABQB 547 (Alta. Q.B.) at para. 108 and in *R. v. Lefthand*, 2007 CarswellAlta 850, 2007 ABCA 206 (Alta. C.A.) at para. 35 [defendant was a member of Bears paw Band]. See paragraph 5§1840 above.

243 *Xeni Gwet’in First Nation v. British Columbia*, 2007 CarswellBC 2741, 2007 BCSC 1700 (B.C. S.C.) at para. 1138, affirmed in 2012 BCCA 285, 2012 CarswellBC 1860 (B.C. C.A.), but not on this point.

group negotiated mitigation measures designed to protect its rights or secured economic benefits which can be understood as compensating it for any infringement, a court might conclude that there is little or nothing more for the Crown to consult about or accommodate. Presumably this issue is context-specific and will be considered by the courts on a case-by-case basis.

**5§1820 Procedural fairness to third parties.** In *Taseko Mines Limited v. Canada (Environment)*, 2017 FC 1100, 2017 CarswellNat 6942 (F.C.), project proponent Taseko Mines Ltd raised concerns regarding the procedural fairness of allowing First Nations to consult with government concerning a project approval while excluding the proponent from those same consultations. Justice Phelan accepted that in some circumstances, procedural fairness will require that a proponent be made aware of submissions made in the course of consultations with First Nations - specifically, the proponent should be informed if the Crown intends to alter its position or make a decision that is contrary to (e.g.) an Environmental Assessment Review Panel Report due to new concerns raised by a First Nation. Procedural fairness is also engaged if the Crown is considering information arising from the course of a consultation that is substantially new, that the Crown intends to rely on, and that materially affects that proponent.<sup>217.1</sup> However, the proponent does not have a right to participate directly in consultations between the Crown and a First Nation.<sup>217.2</sup> Particularly where the relationship between a First Nation and a proponent is acrimonious, reconciliation could be adversely impacted by requiring that every interaction between the Crown and a First Nation be provided to a proponent for comment.<sup>217.3</sup> Procedural fairness does not always require symmetry, and the Crown's duty to consult First Nations is one circumstance in which fairness may necessitate a degree of asymmetry – Taseko was not entitled to an identical process as the consultation process afforded to the Tsilhqot'in National Government.<sup>217.4</sup>

[No paras. 5§1830-5§1850.]

## 5. Duty to Consult — Some Topics in Detail

### (a) Early consultation

**5§1860 Ensuring that the momentum of a project does not render consultation meaningless.** The Crown must initiate the consultation process early in its decision-making process, before that process has moved too far along.<sup>218</sup> This

217.1 *Taseko Mines Limited v. Canada (Environment)*, 2017 FC 1100, 2017 CarswellNat 6942 (F.C.) at paras. 86-88.

217.2 *Taseko Mines*, above, at para. 95.

217.3 *Taseko Mines*, above, at para. 100.

217.4 *Taseko Mines*, above, at paras. 165-166.

218 *Musqueam Indian Band v. British Columbia*, 2005 CarswellBC 472, 2005 BCCA 128 (B.C. C.A.) at para. 95 (per Justice Hall).

makes sense, particularly for projects proposed by third parties, which will gain momentum as the proponent begins to interact with government officials, develops the details of the project, and secures financing and preliminary approvals. This fact was recognized by the British Columbia Supreme Court in *Squamish Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*:

The duty of consultation, if it is to be meaningful, cannot be postponed to the last and final point in a series of decisions. Once important preliminary decisions have been made and relied upon by the proponent and others, there is clear momentum to allow a project.<sup>219</sup>

**5§1870 Ensuring that the process allows for meaningful input.** The requirement for early consultation may include the duty to consult about the decision-making process that will be used to decide whether to approve a project. This was held to be the case in *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, where Canada and Alberta had developed a unique regulatory and environmental review process for the proposed Mackenzie Gas Pipeline, a project of a significant size.<sup>220</sup> Thus, at least in the case of major projects with customized review processes, aboriginal groups who stand to see their s. 35 rights affected by the proposed activity are entitled to help design those processes.

**5§1880 Ensuring that higher-level decisions do not render later consultation meaningless.** The need for “early consultation” also means that the Crown must consult about higher-level strategic decisions. *Haida*<sup>221</sup> and *Gitxan*<sup>222</sup> confirm that strategic decisions include the transfer of ownership of forestry licences; *Wii'litswx*<sup>223</sup> confirms the need to consult about the replacement of forestry licences; *Klahoose*<sup>224</sup> confirms the Crown's duty to consult prior to approving forest stewardship plans (which are currently the longer-term, higher-level forestry planning instrument in British Columbia); *Tsuu T'ina*

219 *Squamish Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2004 CarswellBC 2379, 2004 BCSC 1320 (B.C. S.C.) at para. 74; affirmed in *Sambaa K'e Dene Band v. Canada (Minister of Indian Affairs & Northern Development)*, 2012 FC 204, 2012 CarswellNat 570 (F.C.) at para. 165 [applicants included Nahanni Butte Dene Band; respondents included Acho Dene Koe First Nation].

220 *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 CarswellNat 3642, 2006 FC 1354 (F.C.) at paras. 107-110.

221 *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 CarswellBC 2656, 2004 SCC 73 (S.C.C.) [interveners included Squamish Indian Band, Lax-kw'alaams Indian Band, Haisla Nation, Dene Tha' First Nation].

222 *Gitxan First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 CarswellBC 2928, 2002 BCSC 1701 (B.C. S.C.) [respondents included the Lax Kw'alaams Indian Band, and the Metlakatla Indian Band].

223 *Wii'litswx v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 CarswellBC 1764, 2008 BCSC 1139 (B.C. S.C.) [petitioners included Gitanyow].

224 *Brown v. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 CarswellBC 2587, 2008 BCSC 1642 (B.C. S.C.) [petitioners included Klahoose First Nation].

in consultation processes, we can expect the courts to consider this issue further in due course.<sup>260</sup>

[No paras. 5§2240–5§2260.]

## 6. Duty to Accommodate in Detail

**5§2270 Crown must propose accommodation in some, but not all situations.** While the Crown always has a duty to initiate consultation with aboriginal groups whose rights might be affected by a proposed decision or course of action, whether it will also need to accommodate any s. 35 rights will depend on the strength of the aboriginal rights claim and the severity of the potential infringement.

**5§2280 Range of possible measures to accommodate.** If the right at issue is proven or reasonably asserted, and the proposed decision or course of action has a real potential to negatively affect the right, the Crown should probably be looking to accommodate the right (subject, in the case of a modern treaty right, to any relevant treaty terms that limit or exclude the duty to accommodate and that are consistent with the honour of the Crown.)<sup>260.1</sup> However, even at that point, the appropriate nature and level of accommodation will vary significantly from case to case. The following are some general types of accommodations that may be reasonable in the circumstances:

- Measures designed to mitigate the environmental impacts of a project (and, by extension, the impact on s. 35 rights), such as the rerouting of a proposed road, authorizing construction for time periods when there will be reduced impacts on wildlife, reducing the size of a project, creating wildlife corridors, adopting wildlife habitat restoration measures, or developing a plan to rehabilitate a threatened species.<sup>260.2</sup>

260 Crown funding of a consultation process may also help the Crown establish that it engaged in meaningful consultation and help it overcome an aboriginal group's claim that the Crown breached that duty: *Suing v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 297, 2012 CarswellNat 635 (F.C.) at para. 112.

260.1 In *Little Salmon/Carmacks First Nation v. Yukon (Director, Agriculture Branch, Department of Energy, Mines & Resources)*, 2010 SCC 53, 2010 CarswellYukon 140 (S.C.C.) [intervenors included the Kwanlin Dün First Nation, and Tlicho Government], the Supreme Court of Canada held that the Crown did not have a duty to accommodate the First Nation prior to granting a piece of Crown land that was used by First Nation members for harvesting activities. A number of factors led the Court to this conclusion, and two of these related to the terms of the First Nation's modern treaty: (1) the First Nation had surrendered the land at issue in its modern treaty; and (2) the parties had chosen not to include treaty provisions requiring consultation for the particular Crown decision at issue in that case (see para. 57, per Binnie J.).

260.2 The British Columbia Supreme Court ordered the Crown to develop, in consultation with the West Moberly First Nations, a plan to rehabilitate a threatened caribou herd: *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2010 BCSC 359, 2010 CarswellBC 651, [2010] 2 C.N.L.R. 354 (B.C. S.C.). However, the British Columbia Court of Appeal overturned this particular order, holding that the proper remedy was further consultation, without

- Funding for a traditional practices program that helps support traditional land use activities.<sup>260.3</sup>
- Economic accommodation, either in recognition of an aboriginal title right (which includes the right to derive economic benefits from the resources in the aboriginal title area), or to compensate for negative impacts on s. 35 rights; economic accommodation may come in many forms, including land grants, revenue sharing, compensation payments, employment opportunities in a proposed project or investment opportunities in proposed project.
- Environmental monitoring to assess the ongoing impacts of a project and ensure that its impacts do not exceed any pre-agreed environmental thresholds.<sup>260.4</sup>
- A right on the part of the aboriginal group to play a role in decision-making that will affect its traditional territory, such as an opportunity to co-manage a park with government, to co-manage a project or part of a project, or to have a seat on a land use committee.

By no means is the above list meant to be exhaustive. Indeed, it is suggested here that the Crown and aboriginal groups should be creative in trying to reach mutually acceptable settlements.

**5§2281 The role of broader social interests and the need to compromise.** The Supreme Court of Canada stated in *Haida* that in formulating a reasonable accommodation proposal, the Crown must take into consideration “other societal interests”.<sup>260.5</sup> In considering accommodation options, the Crown may take into account how those accommodations would affect other interests and public policy objectives, because “[c]ompromise is inherent to the reconciliation process.”<sup>260.6</sup> The duty to consult does not provide Indigenous groups with a “veto” over final Crown decisions; rather, proper accommodation stresses the need to balance competing societal interests with Aboriginal and treaty rights.<sup>260.7</sup>

---

specifying any specific accommodation outcome: 2011 BCCA 247, 2011 CarswellBC 1238 (B.C. C.A.) at para. 167 (per C.J. Finch).

260.3 *Suing v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 297, 2012 CarswellNat 635 (F.C.) at para. 113.

260.4 See, for example, *Suing v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 297, 2012 CarswellNat 635 (F.C.) at paras. 62-63 and 113.

260.5 *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, 2004 CarswellBC 2656, [2005] 1 C.N.L.R. 72 (S.C.C.) at para. 50 [interveners included Squamish Indian Band, Laxkw’alaams Indian Band, Haisla Nation, Dene Tha’ First Nation]; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, 2004 CarswellBC [2005] 1 C.N.L.R. 366 (S.C.C.) at para. 2 [interveners included the Doig River First Nation]; affirmed in *Suing v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 297, 2012 CarswellNat 635 (F.C.) at para. 120.

260.6 *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, 2004 CarswellBC 2654, [2005] 1 C.N.L.R. 366 (S.C.C.) at para. 2 [interveners included the Doig River First Nation].