ONTARIO ENERGY BOARD
EB-2017/0182/0194/0364

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
OF
BLP

To:

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

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 *Clyde River (Hamlet) v Petroleum Geo-Services Inc*, 2017 SCC 40

2 *Grand Renewable Wind LP (Re),* 2011 LNONOEB 325

3 *Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73

4 *Mikisew Cree First Nation v Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69

5 *Quebec (Attorney General) v Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 SCR 159

6 *Re Union Gas Ltd and Quaggiotto et al*, 1973 CanLII 781

7 *Rio Tinto Alcan Ltd v Carrier Sekani Tribal Council,* 2010 SCC 43

8 *Simon v The Queen*, [1985] 2 SCR 387

9 *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, 2014 SCC 44

10 *Wahgoshig First Nation v Her Majesty the Queen in Right of Ontario et al*, 2011 ONSC 7708

11 *West Moberly First Nations v British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247

12 *Wewaykum Indian Band v Canada*, 2002 SCC 79

13 *Yellow Falls Power Ltd (Re),* 2009

TAB 1

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 potentially 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 *Appelants*

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 indépendant 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.

2017 SCC 40 (CanLII)

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

2017 SCC 40 (CanLII)

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

2017 SCC 40 (CanLII)

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 étés 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*

2017 SCC 40 (CanLII)

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; archived version: 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; *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; *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; version archivée : 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.

2017 SCC 40 (CanLII)

Isaac, Thomas, and Anthony Knox. "The Crown's Duty to Consult Aboriginal People" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich Publishing, 2009.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Dawson and Boivin JJ.A.), 2015 FCA 179, [2016] 3 F.C.R. 167, 474 N.R. 96, 94 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] F.C.J. No. 991 (QL), 2015 CarswellNat 3750 (WL Can.), affirming a decision of the National Energy Board, No. 5554587, June 26, 2014. Appeal allowed.

Nader R. Hasan, *Justin Safayeni* and *Pam Hrick*, for the appellants.

Sandy Carpenter and *Ian Breneman*, for the respondents Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest As (MKI) and TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS).

Mark R. Kindrachuk, *Q.C.*, and *Peter Southey*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Manizeh Fancy and *Richard Ogden*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Richard James Fyfe, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Dominique Nouvet, *Marie Belleau* and *Sonya Morgan*, for the intervener Nunavut Tunngavik Incorporated.

Written submissions only by *David Schulze* and *Nicholas Dodd*, for the intervener the Makivik Corporation.

Marie-France Major and *Thomas Slade*, for the intervener the Nunavut Wildlife Management Board.

Kate Darling, *Lorraine Land*, *Matt McPherson* and *Krista Nerland*, for the intervener the Inuvialuit Regional Corporation.

Isaac, Thomas, and Anthony Knox. « The Crown's Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples*, Saskatoon, Purich Publishing, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Dawson et Boivin), 2015 CAF 179, [2016] 3 R.C.F. 167, 474 N.R. 96, 94 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] A.C.F. nº 991 (QL), 2015 CarswellNat 12196 (WL Can.), qui a confirmé une décision de l'Office national de l'énergie, nº 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.

2017 SCC 40 (CanLII)

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] 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 northeast 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.

2017 SCC 40 (CanLII)

[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

2017 SCC 40 (CanLII)

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.[1]

[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

[1] 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[1].

[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

[1] 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*.

2017 SCC 40 (CanLII)

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.

2017 SCC 40 (CanLII)

[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[2] 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[2] 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

[2] 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).

[2] 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).

2017 SCC 40 (CanLII)

"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 influerait 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

2017 SCC 40 (CanLII)

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 (*Haïda*, par. 53).

2017 SCC 40 (CanLII)

[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 (*Haïda*, 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; *Haïda*, 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

2017 SCC 40 (CanLII)

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 remonstration 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 (*Haïda*, 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),

2017 SCC 40 (CanLII)

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 *Haïda*, « [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 (*Haïda*, 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

2017 SCC 40 (CanLII)

of the *NEB Act*[3] (*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:

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*[3] (*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* (4e 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 :

[3] *National Energy Board Act*, S.C. 1959, c. 46.

[3] *Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.C. 1959, c. 46.

2017 SCC 40 (CanLII)

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

[TRADUCTION] La couronne, en tant qu'objet, est une coiffure ornée de bijoux conservée sous garde à la tour de Londres. Mais elle symbolise les pouvoirs du gouvernement qui étaient auparavant exercés par la personne portant la couronne; c'est ainsi qu'au 13e 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*, 2e 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,

2017 SCC 40 (CanLII)

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 habilitent 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

2017 SCC 40 (CanLII)

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).[4]

[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

[4] 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).

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)[4].

[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

[4] 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).

2017 SCC 40 (CanLII)

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).

2017 SCC 40 (CanLII)

[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

2017 SCC 40 (CanLII)

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 (*Haïda*, 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

2017 SCC 40 (CanLII)

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 (*Haïda*, 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 (*Haïda*, 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 *Haïda* ». 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

2017 SCC 40 (CanLII)

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 *Haïda*, 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)

2017 SCC 40 (CanLII)

[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 » (*Haïda*, par. 44). Malgré les vastes pouvoirs que la *LOPC* confère à l'ONÉ pour offrir de telles mesures avantageuses, les appelants n'ont bénéficié

2017 SCC 40 (CanLII)

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.[5] 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

[5] 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.

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[5]. Quoique ces garanties procédurales constituent des caractéristiques d'un processus contradictoire, elles peuvent être nécessaires pour qu'une véritable consultation ait lieu (*Haïda*, 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

[5] 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.

2017 SCC 40 (CanLII)

basic questions about the effect of the proposed testing on marine mammals. The proponents did eventually respond to these questions; however, they did so in a 3,926 page document which they submitted to the NEB. This document was posted on the NEB website and delivered to the hamlet offices in Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak and Iqaluit. Internet speed is slow in Nunavut, however, and bandwidth is expensive. The former mayor of Clyde River deposed that he was unable to download this document because it was too large. Furthermore, only a fraction of this enormous document was translated into Inuktitut. To put it mildly, furnishing answers to questions that went to the heart of the treaty rights at stake in the form of a practically inaccessible document dump months after the questions were initially asked in person is not true consultation. "'[C]onsultation' in its least technical definition is talking together for mutual understanding" (T. Isaac and A. Knox, "The Crown's Duty to Consult Aboriginal People" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, at p. 61). No mutual understanding on the core issues — the potential impact on treaty rights, and possible accommodations — could possibly have emerged from what occurred here.

[50] The fruits of the Inuit's limited participation in the assessment process here are plain in considering the accommodations recorded by the NEB's environmental assessment report. It noted changes made to the project as a result of consultation, such as a commitment to ongoing consultation, the placement of community liaison officers in affected communities, and the design of an Inuit Qaujimajatuqangit (Inuit traditional knowledge) study. The proponents also committed to installing passive acoustic monitoring on the ship to be used in the proposed testing to avoid collisions with marine mammals.

de nombreuses questions, y compris des questions de base sur les effets des essais proposés sur les mammifères marins. Les promoteurs ont finalement répondu à ces questions; cependant, ils l'ont fait dans un document de 3 926 pages, qu'ils ont soumis à l'ONÉ. Ce document a été affiché sur le site Web de l'ONÉ et remis aux bureaux des hameaux de Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak et Iqualuit. 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.

2017 SCC 40 (CanLII)

[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.

2017 SCC 40 (CanLII)

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.

2017 SCC 40 (CanLII)

TAB 2

User Name: Chris Evans
Date and Time: October 31, 2018 11:52:00 AM EDT
Job Number: 76658196

Document (1)

1. *Grand Renewable Wind LP (Re), 2011 LNONOEB 325*

Client/Matter: 74168
Search Terms: grand renewable wind lp (re), 2011 lnonoeb 325
Search Type: Natural Language
Narrowed by:

Content Type	Narrowed by
Cases	-None-

Grand Renewable Wind LP (Re), 2011 LNONOEB 325

Ontario Energy Board Decisions

Ontario Energy Board

Panel: Paula Conboy, Presiding Member; Ken Quesnelle, Member

Decision: December 8, 2011.

No. EB-2011-0063

2011 LNONOEB 325

IN THE MATTER OF the Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, (Schedule B); AND IN THE MATTER OF an Application by Grand Renewable Wind LP for an Order granting leave to construct a new transmission line and associated facilities for the Grand Renewable Energy Park to be located in Haldimand County.

(82 paras.)

DECISION AND ORDER

I. DECISION

1 For reasons that follow in this decision the Board approves Grand Renewable Wind LP's application for an Order granting it leave to construct the transmission line and associated facilities as described in its February 28, 2011 application. Further and again for reasons that follow the Board finds it necessary to apply certain conditions to its Order granting the leave to construct.

II. SCOPE OF APPLICATION

2 Grand Renewable Wind, LP ("GRWLP") filed an Application with the Ontario Energy Board (the "Board") dated February 28, 2011 under sections 92 and 97 of the *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c.15, (Schedule B), (the "Act") seeking an Order of the Board to construct transmission facilities and approval of a form of easement agreement. The transmission facilities are required to connect the Grand Renewable Energy Park (the "GREP"), to be located in Haldimand County, to the IESO-controlled grid. The transmission facilities consist of approximately 19 kilometres of 230 kilovolt ("kV") transmission line, a collector substation consisting of two step-up transformers (34.5kV:230 kV), two transition stations to accommodate construction of an underground portion of the proposed 230 kV transmission line, and an interconnection station to connect to an existing Hydro One Networks Inc. owned 230 kV transmission line (collectively referred to as the "Transmissions Facilities" or the "Project").

3 GRWLP is seeking leave to construct the Project for the GREP, which covers an area of 7600 hectares of mainly agricultural land, and will comprise a 153 MW wind power generating facility (the "Wind Project"), and a 100 MW solar photovoltaic generating facility (the "Solar Project").

4 This Application is for approval to construct the Transmission Facilities and the form of easement only. GRWLP is not seeking any approvals from the Board through this Application for the GREP itself. All issues relating to the GREP, the Wind Project or the Solar Project, therefore, are outside the scope of this proceeding.

5 The Board assigned File No. EB-2011-0063 to the application.

III. THE BOARD'S JURISDICTION

6 The Board's power to grant an applicant leave to construct transmission facilities arises from section 92 (1) of the

Act which states:

> 92 (1) No person shall construct, expand or reinforce an electricity transmission line or an electricity distribution line or make an interconnection without first obtaining from the Board an order granting leave to construct, expand or reinforce such line or interconnection.

7 In discharging its duties in this proceeding the Board is also bound by the provisions of section 96 of the Act which states:

> 96 (1) If, after considering an application under section 90, 91 or 92 the Board is of the opinion that the construction expansion or reinforcement of the proposed work is in the public interest, it shall make an order granting leave to carry out the work.
>
> (2) In an application under section 92, the Board shall only consider the following when, under subsection 1, it considers whether the construction, expansion or reinforcement of the electricity transmission line or electricity distribution line or the making of the interconnection, is in the public interest:
>
> 1. The interests of consumers with respect to prices and the reliability and quality of electricity service.
> 2. Where applicable and in a manner consistent with the policies of the government of Ontario the promotion of the use of renewable energy resources.

8 As discussed in further detail below, issues that might broadly be described as environmental issues are not within the Board's jurisdiction. These issues are dealt with through the separate Renewable Energy Approval ("REA") process, which does not involve the Board.

IV. THE PROCEEDING

9 The Board has chosen to summarize the record to the extent necessary to provide context to its findings. The full record of the proceeding is available on the Board's website.

10 The Board issued a Notice of Application and Written Hearing on April 1, 2011 and GRWLP served and published the Notice as directed by the Board.

Haldimand County Hydro Incorporated Motion

11 On April 29, 2011 Haldimand County Hydro Incorporated ("HCHI") filed a notice of motion under this proceeding and the Summerhaven proceeding (EB-2011-0027) seeking an order or orders of the Board to defer any final decision in EB-2011-0063 and EB-2011-0027 until the Board has conducted a generic proceeding. The generic proceeding would deal amongst other things with the development of transmission lines in municipal rights-of-way ("ROW"); would establish procedures for the publication notice, participation and scheduling such proceeding; and would provide such other relief as the Board deems just and reasonable.

12 On May 30, 2011, the Board dismissed HCHI's Motion without a hearing. The Board held that the individual Board panels assigned to the Summerhaven and GRWLP applications were not empowered to initiate a generic proceeding. Only the Board as a whole could make such a decision. Although parties can request that the Board consider initiating a generic proceeding, that determination lies solely with the Board. The Board determined that the best place to hear many of the issues raised in the motion was through the existing hearing processes on the individual applications.

The Proceeding

13 The Board received several requests for intervenor and observer status as well as letters of comment. A

number of these requests appeared to raise concerns about issues that are outside the scope of the Board's jurisdiction.

14 On May 18, 2011, the Board sent out a letter to all intervention applicants who filed their requests prior to that date reminding each party of the scope of the Board's jurisdiction in section 92 applications. The Board advised parties that:

* Environmental issues with respect to this project are considered through the separate Renewable Energy Approval ("REA") process that was being undertaken outside of the leave to construct application before the Board;
* The Board would be asking GRWLP to file an update on the status of the REA process, and that the Board will provide information on GRWLP's update; and
* The Board might seek further information regarding the nature of the proposed intervention in the Board's process. Specifically, how the expressed interest of intervenors relate to the matters that fall within the Board's jurisdiction.

15 By letter to GRWLP issued May 18, the Board sought further information from GRWLP in order to better inform all parties on the REA process. The Board also asked for clarification of the extent to which the route identified in the application before the Board is expected to be the final route subject to the REA approval.

16 In its response filed on May 26, GRWLP confirmed that the route in the leave to construct application and pre-filed evidence is the final route, subject to REA approval. GRWLP also indicated that it would update the Board on progress with respect to such Ground Leases as it became available.

17 On June 7, the Board issued another letter to provide parties with additional information it received from GRWLP with respect to the REA process. The Board's intention was to clarify the appropriate avenue for parties to bring forward any environmental concerns with the Transmission Facilities. The Board also used the letter to reiterate the scope of the Board's jurisdiction in applications of this kind.

18 On June 17, 2011 the Board issued Procedural Order No.1 requesting all previous intervention applicants to re-file with the Board no later than Monday, June 27, to clarify how their interests are within the Board's jurisdiction. Several of the original intervention applicants re-filed their requests with the Board. Procedural Order No.1 also specified dates for the filing of interrogatories, and for responses to be submitted by GRWLP.

19 The Board granted intervention status to HCHI, Hydro One Networks Inc ("Hydro One"), the Independent Electricity System Operator ("IESO"), the Six Nations Council, Haldimand Federation of Agriculture, the Corporation of Haldimand County, Norm Negus, Quinn Felker, Bruce Genery, Doug Maxwell and Geraldine Ratcliff & Lee Russell. The Board granted cost eligibility to the Six Nations Council, Nathan Armstrong, Quinn Felker and the Haldimand Federation of Agriculture to the extent that any evidence or submissions filed by those intervenors pertains to matters within the scope of the proceeding. Ms. Linda S. Link requested and was granted observer status. There were also numerous letters of comment and information from interested parties.

20 Procedural Order No.2 was issued on August 3, 2011 following a request from GRWLP for an extension of time to submit interrogatory responses, which the Board granted.

21 By letter dated August 18, 2001, HCHI advised the Board that it intended to file evidence relating to the need for a new transformer station in Haldimand County. HCHI argued that the evidence was necessary because the Transmission Facilities that are the subject of the current application would provide an ideal connection to the new transformer station. Absent a requirement that the GRWLP be a licensed transmitter, it would presumably have no obligation to connect HCHI and allow it to use the Transmission Facilities, an issue of concern to HCHI. The evidence supporting the need for a new transformer station was filed on August 30, 2011.

22 On September 6, 2011 GRWLP filed a letter with the Board asking it to strike the evidence filed by HCHI on the ground that it had no relevance to the proceeding.

23 As indicated by the Board in Procedural Order No. 3, issued on September 8, 2011, this proceeding represents one of the first times since the enactment of the *Green Energy and Green Economy Act, 2009* that the Board has considered a leave to construct application from a renewable generation facility. Throughout the proceeding there appeared to be a level of disagreement amongst the parties regarding exactly what was within the scope of the proceeding. Although the Board received a number of submissions (in the form of letters to the Board secretary's office) regarding parties' views on jurisdictional issues, it did not occur in a structured manner throughout this proceeding rendering it difficult for the Board to make any interim rulings. As a result, the Board sought as part of final argument submissions which addressed the following questions:

1. What are the responsibilities, if any, of the applicant to provide access to its proposed Transmission Facilities?
2. Are broader transmission planning issues (i.e. beyond the Transmission Facilities proposed in the application) relevant considerations in this proceeding? What responsibilities does the applicant have, if any, with respect to broader transmission planning issues?
3. Does the fact that the proposed facilities will be located largely within a municipal ROW have any bearing on the applicant's obligation regarding future requests for connection?
4. Does section 96(2) permit the Board to consider the impact of the proposed Transmission Facilities on the reliability of the current or future distribution system owned and operated by HCHI?

24 The Board's findings with respect to these questions, where applicable, are found in the relevant sections below.

V. EVIDENCE AND BOARD FINDINGS

a. Prices and the reliability and quality of electricity service

25 The proposed Transmission Facilities are noteworthy in that the proposed route is along a municipal ROW, parts of which already accommodate the electrical distribution system owned and operated by HCHI. There have been claims made that the introduction of a high voltage transmission system in close proximity to an existing distribution system can result in negative impacts on the distribution system.

26 In Procedural Order No. 3, the Board asked parties to make submission on whether section 96(2) permitted the Board to consider the impact of the Project on the reliability of the current or future distribution system owned and operated by HCHI. The Board's assessment of the prices, reliability and quality of electricity service with a transmission leave to construct application does not typically necessitate consideration of these factors as they relate to electricity distribution. This is due to the fact that distribution systems are usually not located close to the transmission facilities in question. However, the Act does not specifically limit the section 96(2) considerations to the transmission system or the customers thereof. The Board therefore finds that the consideration of prices, reliability and quality of electricity service can include consideration of impacts on neighbouring transmission and distribution electricity systems and the customers connected to them.

Transmission System

Price Impacts

27 In regard to the impact on transmission rates, GRWLP indicated in its pre- filed evidence[1] that there would be no adverse impact on ratepayers as it would pay the entire cost of the proposed Transmission Facilities. GRWLP

further re-stated this position in its Argument in Chief[2] where it said that:

> *"The Facility, including the Interconnection Station, will be entirely paid for by GRWLP. As such, the Facility will not impact transmission rates in Ontario".*

28 No party disputed GRWLP's submission in regard to its claim that the proposed facility will not impact transmission rates in Ontario.

29 The Board accepts that there is no negative price impact arising from the costs associated with this project as they relate to the transmission system.

System Impact Assessment

30 System Impact Assessments ("SIA") are conducted by the IESO to assess whether a connection applicant's proposed connection with the IESO-controlled grid would have an adverse impact on the reliability of the integrated power system and whether the IESO should issue a notice of approval or disapproval of the proposed connection under Chapter 4, section 6 of the Market Rules. This is a technical document intended to provide a detailed review of the components of the proposal and its impacts on system operating voltage, system operating flexibility and the implications for other connections to deliver and withdraw power from the transmission system. GRWLP filed the final SIA on August 2, 2011, as required by the Filing Requirements for Transmission and Distribution Applications (the "Filing Requirements") as they relate to leave to construct proceedings. The SIA Report[3] indicated that the scope of its study focused on the evaluation of the impact of the two sources of generation, from the wind and solar power projects via the Hydro One owned 230 kV circuit N5M, on the reliability of the IESO-controlled grid. The SIA Report also included a Protection Impact Assessment Report[4] carried out by Hydro One for the IESO, which confirmed that it is feasible to connect the proposed 154 MW of wind and 100 MW of solar generation to circuit N5M as long as certain proposed changes are implemented[5]. The SIA Report indicated also that the proposed Project will not have a material adverse impact on the reliability of the IESO-controlled grid and recommended that a notification of conditional approval be issued subject to implementation of the requirements listed in the report[6].

31 GRWLP indicated[7] that it is in contact with the IESO in regard to various issues including "unbundling" the SIA given that the Solar Project and Wind Project will be owned by different entities. GRWLP also indicated that the Board may also take it under advisement that the unique metering configuration for the Project has been developed in conjunction with the IESO, and therefore meets the IESO's approval, and the fact that the Solar Project will be owned by an affiliate of GRWLP does not change the findings of the SIA, which are technical in nature.

32 The IESO in its submission[8] indicated that the IESO is not able to approve a specific metering configuration. GRWLP maintains that it is not required to obtain a transmitter licence, and that approval of the metering configuration will be granted during the Facility Registration and Market Entry process.

Customer Impact Assessment

33 As required by the Filing Requirements for leave to construct proceedings, a final Customer Impact Assessment Report ("CIA") conducted by Hydro One was filed on August 2, 2011. This study is designed to assess the implications of the project for other transmission customers of the transmission system. The assessment confirmed that the project is not expected to have any significant negative implications for other specific customers of the transmission system.

34 The Board notes that GRWLP confirmed[9] that it will make its required contribution towards the cost of short circuit mitigation measures at Caledonia TS. This requirement is triggered by the increase in short circuit levels at Caledonia TS to within a 5% limit of the maximum allowed level.

35 The Board accepts that the impacts on both the transmission system and its directly connected customers have been identified as well as the mitigation measures required to overcome those impacts. The Board conditions its

granting of the leave to construct the project on GRWLP's execution of the required mitigations identified in the SIA and CIA reports.

Distribution System (HCHI)

36 The Board notes that GRWLP in its Argument in Chief[10] indicated that in the event that any of HCHI's existing distribution infrastructure needed to be relocated, GRWLP would be responsible for any costs incurred related to such a re-location. GRWLP further indicated in its argument that studies carried out in Summerhaven proceeding (EB-2011-0027) demonstrated that it was evident that the issues raised by HCHI in that proceeding regarding induced voltage or grounding could be mitigated and addressed in the design of the proposed Project. GRWLP also indicated in its argument that as currently designed, the majority of the Transmission Facilities would be on the opposite side of the road from any HCHI distribution infrastructure. As a result GRWLP asserted that it did not anticipate that any potential problem would occur that could not be mitigated.

37 In its submission HCHI indicated that[11] GRWLP's evidence[12] included a map of the transmission line which was devoid of any specific information regarding the alignment of the proposed transmission line within the municipal ROW or the extent of impact on the HCHI distribution system. HCHI further indicated that the application also included the cross-section of the tangent steel pole[13] which made no provision for joint use, and thus, HCHI was left without sufficient information to understand how the project would impact HCHI and its ratepayers.

38 In reply to HCHI's noted concerns, GRWLP[14] indicated that HCHI's ratepayers would not be impacted. GRWLP further indicated that it will absorb not only the cost of construction and operation of the Transmission Facilities, but also the costs related to the relocation (including burial and crossing) of any existing HCHI infrastructure that is necessitated by the Transmission Line[15]. GRWLP also indicated[16] that reliability and quality of service of HCHI's distribution infrastructure would not be adversely affected, and that GRWLP has taken steps to ensure that the Transmission Facilities are located on the opposite side of the Municipal ROW as much as possible and it would absorb the cost of relocating HCHI infrastructure to the other side of the municipal ROW in instances where the Transmission Facilities are co-located adjacent to HCHI infrastructure. Furthermore GRWLP stated that it would meet all applicable codes and standards.

39 In its assessment of impacts on prices, reliability and quality of electricity service the Board considers it appropriate that GRWLP be responsible to pay for any direct impacts its Project causes to the quality or reliability of the electricity service provided by HCHI's existing system. HCHI has made claims that both its current and future use of its system will (or may) be negatively impacted. In the context of the current proceeding, the Board does not consider it appropriate that GRWLP be held responsible for any alteration that HCHI may have to make to its future plans. This consideration would be beyond the scope of this proceeding and is not supported by any governing planning framework.

40 It is not necessary for the Board to make findings here as to the exact extent of what accommodation is required by GRWLP to mitigate any negative impacts that its project will have on the existing distribution system. The existence of applicable construction standards and/or codes as well as any requirements of the Electrical Safety Authority, in its role pursuant to Ontario Regulation 22/04, to ensure compliance of distributors in managing distribution systems in accordance with the noted regulation should serve to identify what accommodation is required.

41 The Board conditions its granting of the leave to construct on GRWLP providing the financial contributions to HCHI necessary to accommodate any mitigation measures to existing distribution facilities deemed necessary to ensure compliance with any relevant code, standard or Electrical Safety Authority requirement.

b. Project Need

42 As observed above, the Board's jurisdiction in a section 92 application is limited to a consideration of the interests of consumers with respect to prices, the reliability and quality of electricity service, and where applicable

and in a manner consistent with the policies of the provincial government, the promotion of the use of renewable energy resources. "Project Need" is not itself listed as a consideration for the Board. In cases where a proponent will be seeking to recover the costs of a project through rates, the Board typically considers the "need" issue through the lens of price -- in other words ensuring that consumers are not saddled with costs where a project is not actually needed. Similarly, routing alternatives are often considered from the perspective of price to ensure that the option chosen is the most cost effective. In the current case, all of the costs of the Project itself are being covered by GRWLP. GRWLP will not be seeking any rate to recover these costs, and therefore the costs of the Project will not be passed directly to ratepayers (as well see finding above on possible project costs associated with potential impacts to the existing distribution system). The typical "price" consideration, therefore, does not necessarily apply in this case.

43 Regardless, the Board observes that there is a strong case for both the need for the Project and the route proposed by GRWLP. GRWLP indicated that it has executed two power purchase agreements with the Ontario Power Authority for the power delivery expected from the Wind Project and the Solar Project, respectively, to the IESO-controlled grid[17]. The Project is required to convey the electricity produced by these facilities to the IESO-controlled grid. GRWLP further indicated that the proposed Project is therefore consistent with government policy in respect of the promotion of renewable energy sources as the transmission line would be used to connect the two projects to the transmission system owned by Hydro One.

44 Six Nations Council disagreed with GRWLP's rationale for its need for the transmission line[18]. Six Nations Council stated in paragraph 10 of its submission that:

> *10. By definition, there is no Project Need for the Transmission Line if both the proposed Wind Project and Solar Project are not permitted to be built.*

45 Six Nations Council further indicated that since neither the contemplated Wind Project nor the contemplated Solar Project have received the required REA from the Ontario Ministry of the Environment, the Board should defer consideration of this application until the REA is secured. In its reply, GRWLP noted that it expected that the receipt of a REA would be a condition of approval in any order issued by the Board.

46 The Board accepts that the Project is needed in order to transmit the electricity generated by the two generation facilities. The Board's approval will be conditioned, however, on the two generation projects receiving the REA and any other approvals necessary for their construction.

c. Project Routing

47 GRWLP provided evidence[19] that it examined six different routing options, and that it has chosen the route with the least impact to the environment and landowners. GRWLP submitted that the chosen route will meet all regulatory standards.

48 Board staff noted in its submission that GRWLP's response to a HCHI interrogatory[20], provided a step by step description along with a map depicting the six alternatives and the process of elimination which ended with the selected proposed route. Based on that response, Board staff indicated agreement with GRWLP's selected route.[21]

49 HCHI noted in its submission[22] that GRWLP's proposed route is located within a few kilometres of two other significant renewable energy generation projects: (1) Summerhaven Wind Energy Centre ("Summerhaven"), subject of a separate leave to construct proceeding EB-2011-0027 and (2) the Port Dover and Nanticoke Windfarm ("PDNW"). HCHI's position[23], apart from generally not supporting the location of transmission facilities within municipal ROWs, is that the proposed route has not been demonstrated to be superior to another abandoned option, notably GRWLP's Option 1 or the HCHI's proposed Modified Option 1. HCHI indicated in its submission that its Modified Option 1 would allow for the sharing of a common connection amongst the three projects, with no usage of a municipal ROW and a requirement for a shorter transmission (25 km versus 28 km) line. HCHI further submitted that for the Board to meet its objectives and to ensure integrated system planning, the current route

should not be approved. Rather, as a result of the proximity of GRWLP's project to the Summerhaven and the PDNW projects, a common connection for the three projects should be considered.

50 GRWLP in its reply submission[24] addressed HCHI's concerns in regard to the proposed route stated in part that:

> *"there are many reasons that a route that attempted to coordinate with the Summerhaven and Port Dover project was not possible, including but not limited to: (i) the risk associated that one of the three projects does not (sic) proceed; (ii) all three projects have different commercial operation dates, with a spread of more than 18 months between all three projects; (iii) financing issues related to risk, which risk substantially increases when there are elements that are outside of the control of the developer (such as the development of neighbouring projects and transmission lines); (iv) protection and control coordination given that the proponents are using different technologies and different procurement methods, etc".*

51 GRWLP also indicated in its reply submission[25] that the concerns raised by HCHI seem to be related to matters of electricity policy rather than issues contemplated within the scope of section 96(2), and that a leave to construct for a privately owned generation connection transmission line is not the forum to carry out regional planning, to raise issues that are of general importance to the regulatory framework governing the connection of renewable projects.[26]

52 In Procedural Order No. 3, the Board asked parties to make submissions on relevance in this proceeding of broader transmission planning issues, and what responsibilities GRWLP has, if any, with respect to these broader transmission planning issues.

53 The Board has provided the context in which it typically reviews the route in the "Project Need" section above. To reiterate, the Board's focus would typically be on the cost effectiveness of the route where the price consideration is triggered by a cost to ratepayers. Given the findings in this decision as they relate to cost responsibilities there is no need for the Board to consider the route from a price perspective. As well, the Board has earlier communicated its views on the route considerations in the context of the REA process.

54 The Board considers the other routing issues that have been raised to either be beyond the scope of this proceeding or in the case of the municipal ROW dealt with by the appropriate parties outside of this proceeding.

55 With respect to the issues raised by HCHI concerning the consideration of other area projects, the Board has found, on the matter of cost responsibility for any impact on HCHI's future distribution system plans, that there is no governing planning framework in place that conditions the Board's review of section 92 applications.

56 The Board notes Hydro One's submission that the Board's current Regional Planning for Electricity Infrastructure initiative (EB-2011-0043) or some other generic forum would be a more appropriate venue for a review of common issues arising from multiple projects in the same general proximity. The Board expects that the participants in the Board's Regional Planning initiative will take note of this application and decision in the context of that consultation.

57 With respect to the use of the municipal ROW, the Board notes that GRWLP indicated in its Argument in Chief[27] that Haldimand County, the owner of the municipal ROW in which 95% of the Transmission Line will be built, although an approved intervenor, did not submit any interrogatories in this process. The Board also notes that the Haldimand County did not make any submissions in regard to the proposed route and that GRWLP in its Reply Submission[28] stated in part that:

> *Haldimand County has agreed to allow GRWLP to use the Municipal ROW and has entered into a Community Vibrancy Fund Agreement, which provides a form of road use agreement.*[29]

58 There does not appear to be any dispute between GRWLP and the owner of the municipal ROW on which the Board would need to consider its responsibility to make findings in the resolution of such a dispute.

d. Form of easement

59 Section 97 of the Act states:

> In an application under section 90, 91 or 92, leave to construct shall not be granted until GRWLP satisfies the Board that it has offered or will offer to each owner of land affected by the approved route or location an agreement in a form approved by the Board.

60 Pursuant to this section, GRWLP has provided a form of easement for the Board's approval.

61 The Board notes that the proposed Project will be built across land with three different types of owners, each requiring a distinct type of agreement. The three types of agreement are: three parcels of privately owned land -- each requiring an Option Agreement and Ground Lease[30]; the Haldimand ROW[31] which is owned by Haldimand County; and the Ministry of Infrastructure ("MOI") Lands -- the Option agreements sought by the Ontario Realty Corporation ("ORC") who is the land manager of MOI[32].

Three Landowner Easement Agreements (the "Ground Leases")

62 The Board notes that in regard to the privately held lands, GRWLP in its Argument in Chief[33] indicated that each of the three Landowners was provided with the appropriate Notice of Application. The Board notes that one of the three landowners who is an intervenor was replaced with another landowner as reported by GRWLP in a Board staff interrogatory[34], (where Landowner A was replaced with Landowner D). One of the three landowners has already reached an agreement with GRWLP, and negotiations with the other two landowners continue. A draft version of the Ground Leases was provided with the application.

Haldimand Right of Way ("ROW") Form of Easement Agreement

63 The Board notes that in regard to the Haldimand ROW, GRWLP in its Argument in Chief[35] indicated that it is in the process of finalizing a Community Vibrancy Fund Agreement with Haldimand County. The Community Vibrancy Fund Agreement contemplates the parties concurrently executing a road use agreement for GRWLP's use of the Haldimand ROW. The Board also notes that GRWLP confirmed that it is not seeking exclusive use of the Haldimand ROW[36].

64 In its submission[37] HCHI indicated that GRWLP did not seek approval of the form of agreement for the Haldimand ROW, which is included in GRWLP's pre-filed evidence.[38] HCHI raised the concern that an easement is to be registered against the property identification number and many ROWs do not have such information, and that it is unclear if such information is available in the present circumstances. HCHI is of the view that GRWLP should submit a revised ROW Form of Easement Agreement consistent with its commitment to not seek exclusivity.

65 GRWLP responded[39] to HCHI's concerns indicating that the purpose of the Board's review of land owner agreements is to ensure that the affected landowner is protected. GRWLP further indicated that the Filing Guidelines[40] require GRWLP to file materials that demonstrate "compliance with legislative requirements and respects the rights of affected persons." GRWLP concluded that in the present circumstances, the landowner, Haldimand County, has not raised any concerns in the proceeding.

66 In Procedural Order No. 3, the Board asked parties to make submissions on whether the fact that the proposed facilities will be located largely within a municipal ROW have any bearing on GRWLP's obligation regarding future requirements for connection. GRWLP and Board staff argued that whether a project was to be located on a municipal ROW or not had no bearing on future connection requirements. HCHI argued[41] that:

> *"permitting a private single purpose interest to use that finite asset at no cost and to have no corresponding obligation to ensure the public interest is furthered would be inconsistent with the legislative scheme."*

67 As discussed in further detail below, the Board does not make a determination on this issue.

Option Agreements with Ontario Realty Corporation ("ORC") -- Ministry of Infrastructure

68 The Board notes that GRWLP indicated in its Argument in Chief[42] that the terms of the ORC Option Agreements are currently being negotiated between the ORC and GRWLP's parent company, Samsung Renewable Energy Inc. ("SRE"). The Board also notes that all commercial terms have been agreed to between GRWLP and ORC, with the exception of a few real estate specific clauses, which are being negotiated in order to satisfy legal requirements for leasing land from the government[43].

69 The Board is satisfied with and approves the form of the filed ground lease[44]. The Board will not require re-filing of the ROW Form of Easement Agreement with Haldimand County. The record indicates that Haldimand County is currently working with GRWLP to address any of its concerns and the Board accepts that GRWLP's filed documentation satisfies the Board's filing requirements.

VI. OTHER ISSUES

a. Obligation to Provide Access and Licensing Issues

70 In Procedural Order No. 3, the Board asked parties to make submissions on (amongst other things): what are the responsibilities, if any, of GRWLP to provide access to its proposed facilities?

71 While the transmission facilities will be used to transmit the electricity generated from both the Wind Project and the Solar Project to the IESO-controlled grid, GRWLP submitted that any electricity generated by the Solar Project will be transmitted for a price that is no greater than that required to recover all reasonable costs. In transmitting the electricity generated from the Solar Project, the GRWLP stated that it relies on section 4.0.2(1)(d) of Ontario Regulation 161/99, Definitions and Exemptions made pursuant to the Act, to be exempt from the requirement to obtain a transmitter licence under section 57(b) of the Act. GRWLP has also indicated that it considers itself to be a generator pursuant to section 56 of the Act once the Wind Project achieves commercial operation. GRWLP indicated its intention to submit a notice of proposal to own transmission facilities pursuant to section 81 of the Act when it applies for a generating licence from the Board.

72 In its submissions on this issue, Board staff submitted that a transmitter only has an obligation to connect if it is licensed, and that licensed transmitters must comply with the provisions of the Transmission System Code ("TSC"). Board staff noted GRWLP's position was that it was exempt from the requirement to hold a licence pursuant to section 4.0.2(1)(d) of *O. Reg. 161/99*, and therefore did not have any formal duty to provide access to its proposed facilities. Board staff questioned this interpretation of *O. Reg. 161/99*, and submitted that it was not clear that GRWLP is exempt from holding a transmission licence. However, Board staff also submitted that the licensing status of GRWLP is not a relevant consideration in a leave to construct application, and that the Board need not make a determination on this issue in order to approve the application.

73 In its reply submission GRWLP agreed with Board staff that its licensing status is not a relevant consideration in a leave to construct application and that the Board should not address the issue in this decision. GRWLP did, however, respond to Board staff's arguments and reiterated its position that it is exempt from holding a transmission licence.

74 The question of whether GRWLP is exempt from the requirement to obtain a transmission licence and comply with the provisions of TSC is one that ultimately needs to be addressed. However, due to the scope of the Board's jurisdiction in applications of this kind, the current proceeding is not the appropriate venue to make this determination. The Board accordingly makes no findings on this matter in this decision.

b. Aboriginal Consultation

75 Six Nations Council argued that the Board should defer its decision until (amongst other things) the Crown's duty to consult has been fulfilled. Six Nations Council recognized that there are statutory limits on the Board's jurisdiction to directly address consultation itself; however it submitted that the Board cannot approve the application until the Crown's constitutional duties have been satisfied.

76 GRWLP relies on the Board's decision in EB-2009-0120 ("Yellow Falls"), in which the Board determined that it did not have the jurisdiction to consider Aboriginal consultation issues in a section 92 leave to construct case except possibly where the Aboriginal or treaty right in question could be directly tied to prices, reliability, or the quality of electricity service.[45] The reason for this finding was that section 96(2) of the Act specifically limits the Board's consideration to these factors[46]. The Supreme Court's decision in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council* ("Rio Tinto"), which was issued after Yellow Falls, appears to support the Board's conclusions. The Court stated:

> *"[t]he 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."*[47]

77 The Board does not dispute that, to the extent any Aboriginal or treaty rights are potentially affected by the Project, the Crown's duty to consult will have to be discharged. However, the forum for that discussion is the REA process. One of the conditions to this approval is that construction cannot commence until (amongst other things) GRWLP has obtained an REA approval. The Board can be satisfied, therefore, that the Project will not be built until any duty to consult issues are addressed. To the extent that the Six Nations Council is not satisfied with the results of the REA process, it can pursue its remedies (for example) through the courts. The Board will therefore not defer its decision.

c. HCHI Request for Cost Eligibility

78 In its final submission HCHI requested permission to make submissions in respect of costs in this proceeding citing the considerable expense incurred by HCHI in this proceeding and in light of the public interest and importance of the issues raised by HCHI.

79 In assessing a party's eligibility for costs, the Board is guided by the *Practice Direction on Cost Awards* (the "Practice Direction"). The Board notes that HCHI is a distributor and is explicitly excluded from eligibility as per section 3.05 of the Practice Direction. sections 3.06 and 3.07 of the Practice Direction provide the basis on which the Board will consider exceptions to the applicability of section 3.05. HCHI is not a customer of GRWLP therefore section 3.06 does not apply. In consideration of the applicability of section 3.07 the Board notes HCHI's claim that it raised important matters of public interest. The Board considers HCHI's intervention in this application to have been largely focused on matters respecting its own stated interests. While there may be other entities that would have similar interest in the matters examined in this application if they were to be impacted in a similar fashion by a similar application the Board does not consider this potential scenario to represent special circumstances, as contemplated in section 3.07 that would result in having GRWLP cover HCHI's costs of intervention. The Board therefore finds that HCHI is not eligible for an award of costs.

d. Cost Claims

80 The Board reminds parties that were granted cost eligibility in its July12, 2011 Decision and Order that cost eligibility will be considered to the extent that costs relate to matters directly within the scope of this proceeding as stated in the Notice of Application and Written Hearing dated April 1, 2011, under the section titled Board Jurisdiction. The Board also advises applicants for cost claims to refer to the noted July 12 Decision and Order for guidance as to which costs may or may not be recovered, and to the Practice Direction on Cost Awards and related forms that are available on the Board's website at www.ontarioenergyboard.ca.

81 THE BOARD ORDERS THAT:

1. Grand Renewable Wind LP is granted:
    a. pursuant to section 92 of the Act, leave to construct electricity transmission facilities, as described in the first paragraph of section II. titled "SCOPE OF APPLICATION" in this Decision and Order, connecting the Grand Renewable Energy Park to the IESO-controlled grid subject to the Conditions of Approval attached as Appendix "A" to this Order; and
    b. pursuant to section 97 of the Act, approval of the form of easement agreement included in the pre-filed evidence of Grand Renewable Wind LP.
2. Parties that were granted cost eligibility may file with the Board by **Friday, December 16, 2011**, their cost claims, and deliver a copy to Grand Renewable Wind LP, in accordance with the Board's Practice Direction on Cost Awards.
3. Grand Renewable Wind LP may object to any of the cost claims no later than **Friday, January 6, 2012**, by filing its submission with the Board and deliver a copy to the party whose cost claim is disputed.
4. If an objection to any of the cost claim is filed by Grand Renewable Wind LP, the party whose cost claim is disputed, will have until **Friday, January 13, 2012** to file a reply submission to the Board, with a copy to Grand Renewable Wind LP as to why its cost claim should be allowed.
5. Grand Renewable Wind LP shall pay the Board's costs incidental to this proceeding upon receipt of the Board's invoice.

82 All filings to the Board must quote file number EB-2011-0063, be made through the Board's web portal at www.errr.ontarioenergyboard.ca, and consist of two paper copies and one electronic copy in searchable / unrestricted PDF format. Filings must clearly state the sender's name, postal address and telephone number, fax number and e-mail address. Please use the document naming conventions and document submission standards outlined in the RESS Document Guideline found at www.ontarioenergyboard.ca. If the web portal is not available you may email your document to the address below. Those who do not have internet access are required to submit all filings on a CD in PDF format, along with two paper copies. Those who do not have computer access are required to file 7 paper copies.

ISSUED at Toronto on December 8, 2011

ONTARIO ENERGY BOARD

Original Signed By

Kirsten Walli
Board Secretary

* * * * *

APPENDIX "A"

Conditions of Approval

1 0 General Requirements

1.1. Grand Renewable Wind LP ("GRWLP") shall construct the Project in accordance with its Leave to Construct application, and evidence, except as modified by this Order and these Conditions of Approval.

1.2. Unless otherwise ordered by the Board, authorization for Leave to Construct shall terminate December 31, 2012 unless construction of the Project has commenced prior to that date.

1.3. GRWLP shall satisfy the Independent Electricity System Operator ("IESO") requirements and recommendations as reflected in the System Impact Assessment document dated May 5, 2011, and such further and other conditions which may be imposed by the IESO.

1.4. GRWLP shall satisfy the Hydro One Networks Inc. requirements as reflected in the Customer Impact Assessment document dated May 6, 2011,

1.5. GRWLP shall advise the Board's designated representative of any proposed material change in the Project, including but not limited to material changes in the proposed route,

1.6. GRWLP shall obtain all necessary approvals, permits, licences, certificates and easement rights required to construct, operate and maintain the Project, and shall provide copies of all such written approvals, permits, licences and certificates upon the Board's request.

2.0 Reliability Considerations - Transmission and Distribution Lines

2.1 GRWLP shall be responsible to pay for the mitigation requirements to avoid any direct impacts its Transmission Facilities causes to the quality or reliability of the electricity service provided by Haldimand County Hydro Incorporated's ("HCHI") existing system. Such requirements are to be determined through an assessment of construction standards and/or codes as well as any requirements of the Electrical Safety Authority, in its role pursuant to Ontario Regulation 22/04.

3.0 Project and Communications Requirements

3.1 The Board's designated representative for the purpose of these Conditions of Approval shall be the Manager, Electricity Facilities and Infrastructure Applications.

3.2 GRWLP shall designate a person as Project engineer and shall provide the name of the individual to the Board's designated representative. The Project engineer will be responsible for the fulfillment of the Conditions of Approval on the construction site. GRWLP shall provide a copy of the Order and Conditions of Approval to the Project engineer, within ten (10) days of the Board's Order being issued.

3.3 GRWLP shall develop, as soon as possible and prior to the start of construction, a construction plan. The construction plan shall cover all material construction activities. GRWLP shall submit two (2) copies of the construction plan to the Board's designated representative at least ten (10) days prior to the commencement of construction. GRWLP shall give the Board's designated representative ten (10) days written notice in advance of the commencement of construction.

3.4 GRWLP shall furnish the Board's designated representative with all reasonable assistance needed to ascertain whether the work is being or has been performed in accordance with the Board's Order.

3.5 GRWLP shall furnish the Board's designated representative with two (2) copies of written confirmation of the completion of Project construction. This written confirmation shall be provided within one month of the completion of construction.

---

1 Exh. A/Tab 2/Sch. 1/par. 21

2 Argument in Chief, September 16, 2011, par. 38

3 IESO's SIA Final Report, May 5, 2011 (Filed August 2, 2011), page 6

4 IESO's SIA Final Report, May 5, 2011 (filed August 2, 2011), pages 68 - 72

5 Ibid, page 70, Executive Summary

6 IESO's SIA Final Report, May 5, 2011 (filed August 2, 2011), page 10

7 Argument in Chief, September 16, 2011, paragraph 27

8 IESO's submission, September 23, 2011/pp. 2-3/

9 Argument in Chief, September 16, 2011, paragraph 28

10 Argument in Chief, September 16, 2011, paragraph 22

11 HCHI's Submission, September 23, 2011, page 2

12 Exh. B/Tab 3/Sch. 2/

13 Exh. B/Tab 4/Sch. 5

14 Reply Submission, October 7, 2011, par.19

15 Applicant's Interrogatory Reponses to HCHI ("HCHI IRRs") filed August 15, 2011, IRR# 1(d).

16 Ibid

17 Argument in Chief, September 16, 2011, paragraph 19.

18 Submissions of Six Nations Council, September 23, 2011, pages 4-5, paragraphs 9 - 17

19 Argument in Chief, September 16, 2011, paragraphs 20 - 21

20 Applicant Response to HCHI Interrogatory # 2, Question (h), August 15, 2011, pages 6 -8

21 Board staff submission, September 23, 2011, p. 4, section B.2

22 HCHI's Submission, September 23, 2011, page 4

23 HCHI's Submission, September 23, 2011, pages 5-9

24 Applicant reply Submision, October 7, 2011, par. 25

25 Applicant reply Submision, October 7, 2011/par. 16

26 HCHI Submission, September 23/p. 3/par. 16

27 Argument inChief, September 16, 2011/pp. 2 -3/par. 5

28 Applicant reply Submission, October 7, 2011/par. 20

29 See Applicant's Submissions, filed September 16, 2011/par. 30.

30 Exh. A/Tab 2/Sch. 1/paragraph 13 & Exh. B/Tab 3/Sch. 1/paragraphs 41, 43

31 Exh. A/Tab 2/Sch. 1/paragraphs 14 and 15 & Exh. B/Tab 3/Sch. 1/par. 54 & Exh. B/Tab 3/Sch. 3, Form of Easement _ Haldimand ROW

32 Exh. B/Tab 3/Sch. 1/paragraphs 44, 45,46

33 Argument in Chief, September 16, 2011/par. 31

34 Applicant Response to Board staff interrogatory # 3 Question (ii)

35 Argument in Chief, September 16, 2011/par, 30

36 ibid

37 HCHI's Submission, September 23, 2011/pp. 8 - 9/paragraphs 49 - 53

38 Exh. B/Tab 3/Sch. 3

39 Reply Submission, October 7, 2011/par.27

40 EB-2006-0170: Filing Guidelines for Transmission and Distribution Applications/s. 4.3.6./p. 28.

41 HCHI Submission, September 23, 2011/p.18/par. 97

42 Argument in Chief, September 16, 2011/par. 32

43 Applicant Response to Board staff Interrogatory #6, Question (i)

44 Exh. B/Tab 3/Sch. 2

45 Yellow Falls decision, p. 9 and p. 11.

46 section 96(2) of the Act has been amended since then by adding "Where applicable and in a manner consistenet with policies of the Government of Ontario, the promotion of the use of renewable energy sources."

47 Rio Tinto, *2010 SCC 43*, para. 69 (emphasis added).

End of Document

TAB 3

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 *Appelants*

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

2004 SCC 73 (CanLII)

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 peoples 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 Couronne 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

2004 SCC 73 (CanLII)

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

2004 SCC 73 (CanLII)

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

2004 SCC 73 (CanLII)

2004 SCC 73 (CanLII)

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 Mäori*. 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^e^ et du XX^e^ 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 Mäori*. 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 Gudsllaay* 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 Gudsllaay* 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.

2004 SCC 73 (CanLII)

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

1 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.

2 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

2004 SCC 73 (CanLII)

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

2004 SCC 73 (CanLII)

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?

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?

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

7 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.

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.

8 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.

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.

9 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.

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

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

13 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.

14 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

2004 SCC 73 (CanLII)

and Aboriginal interests. For all these reasons, interlocutory injunctions may fail to adequately take account of Aboriginal interests prior to their final determination.

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

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.

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

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

18 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.

19 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

2004 SCC 73 (CanLII)

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 . . .".

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.

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".

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).

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 . . . ».

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.

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 ».

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).

2004 SCC 73 (CanLII)

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).

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). 23

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.

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. 24

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.

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. 25

2004 SCC 73 (CanLII)

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

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

29 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).

30 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

2004 SCC 73 (CanLII)

government also suggests that it is impractical and unfair to require consultation before final claims determination because this amounts to giving a remedy before issues of infringement and justification are decided.

s'entendre sur le degré de consultation lorsque des revendications et des droits sont contestés? Et si elles n'arrivent pas à s'entendre, comment les tribunaux judiciaires ou administratifs sont-ils censés trancher la question? Le gouvernement affirme également qu'il est irréaliste et injuste d'imposer une consultation avant que les revendications soient réglées de façon définitive, car cela revient à accorder réparation avant que la question de l'atteinte et celle de la justification aient été tranchées.

31 The government's arguments do not withstand scrutiny. Neither the authorities nor practical considerations support the view that a duty to consult and, if appropriate, accommodate arises only upon final determination of the scope and content of the right.

Les arguments du gouvernement ne résistent pas à un examen minutieux. Ni les précédents ni les considérations d'ordre pratique n'appuient la thèse selon laquelle l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder ne prend naissance que lorsqu'une décision définitive a été rendue quant à la portée et au contenu du droit.

32 The jurisprudence of this Court supports the view that the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution. Reconciliation is not a final legal remedy in the usual sense. Rather, it is a process flowing from rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. This process of reconciliation flows from the Crown's duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples, which arises in turn from the Crown's assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of land and resources that were formerly in the control of that people. As stated in *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, at para. 9, "[w]ith this assertion [sovereignty] arose an obligation to treat aboriginal peoples fairly and honourably, and to protect them from exploitation" (emphasis added).

La jurisprudence de la Cour étaye le point de vue selon lequel l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications. La conciliation ne constitue pas une réparation juridique définitive au sens usuel du terme. Il s'agit plutôt d'un processus découlant des droits garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce processus de conciliation découle de l'obligation de la Couronne de se conduire honorablement envers les peuples autochtones, obligation qui, à son tour, tire son origine de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple. Comme il est mentionné dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 9, « [c]ette affirmation de souveraineté a fait naître l'obligation de traiter les peuples autochtones de façon équitable et honorable, et de les protéger contre l'exploitation » (je souligne).

33 To limit reconciliation to the post-proof sphere risks treating reconciliation as a distant legalistic goal, devoid of the "meaningful content" mandated by the "solemn commitment" made by the Crown in recognizing and affirming Aboriginal rights and

Limiter l'application du processus de conciliation aux revendications prouvées comporte le risque que la conciliation soit considérée comme un objectif formaliste éloigné et se voie dénuée du « sens utile » qu'elle doit avoir par suite de l'« engagement

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

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.

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

34 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.

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.

35 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.

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

36 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

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

2004 SCC 73 (CanLII)

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*

39 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.

40 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.

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

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.

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.

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.

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

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

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

44 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.

45 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

2004 SCC 73 (CanLII)

may be required to make decisions in the face of disagreement as to the adequacy of its response to Aboriginal concerns. Balance and compromise will then be necessary.

46 Meaningful consultation may oblige the Crown to make changes to its proposed action based on information obtained through consultations. The New Zealand Ministry of Justice's *Guide for Consultation with Mäori* (1997) provides insight (at pp. 21 and 31):

> Consultation is not just a process of exchanging information. It also entails testing and being prepared to amend policy proposals in the light of information received, and providing feedback. Consultation therefore becomes a process which should ensure both parties are better informed . . . .
>
> . . .
>
> . . . genuine consultation means a process that involves . . .:
>
> - gathering information to test policy proposals
> - putting forward proposals that are not yet finalised
> - seeking Mäori opinion on those proposals
> - informing Mäori of all relevant information upon which those proposals are based
> - not promoting but listening with an open mind to what Mäori have to say
> - being prepared to alter the original proposal
> - providing feedback both during the consultation process and after the decision-process.

47 When the consultation process suggests amendment of Crown policy, we arrive at the stage of accommodation. Thus the effect of good faith consultation may be to reveal a duty to accommodate. Where a strong *prima facie* case exists for the claim,

intérêts de la société et ceux des peuples autochtones lorsqu'elle prend des décisions susceptibles d'entraîner des répercussions sur les revendications autochtones. Elle peut être appelée à prendre des décisions en cas de désaccord quant au caractère suffisant des mesures qu'elle adopte en réponse aux préoccupations exprimées par les Autochtones. Une attitude de pondération et de compromis s'impose alors.

À la suite de consultations véritables, la Couronne pourrait être amenée à modifier la mesure envisagée en fonction des renseignements obtenus lors des consultations. Le *Guide for Consultation with Mäori* (1997) du ministère de la Justice de la Nouvelle-Zélande fournit des indications sur la question (aux p. 21 et 31):

> [TRADUCTION] La consultation n'est pas seulement un simple mécanisme d'échange de renseignements. Elle comporte également des mises à l'épreuve et la modification éventuelle des énoncés de politique compte tenu des renseignements obtenus ainsi que la rétroaction. Elle devient donc un processus grâce auquel les deux parties sont mieux informées . . .
>
> . . .
>
> . . . de véritables consultations s'entendent d'un processus qui consiste . . . :
>
> - à recueillir des renseignements pour mettre à l'épreuve les énoncés de politique;
> - à proposer des énoncés qui ne sont pas encore arrêtés définitivement;
> - à chercher à obtenir l'opinion des Mäoris sur ces énoncés;
> - à informer les Mäoris de tous les renseignements pertinents sur lesquels reposent ces énoncés;
> - à écouter avec un esprit ouvert ce que les Mäoris ont à dire sans avoir à en faire la promotion;
> - à être prêt à modifier l'énoncé original;
> - à fournir une rétroaction tant au cours de la consultation qu'après la prise de décision.

S'il ressort des consultations que des modifications à la politique de la Couronne s'imposent, il faut alors passer à l'étape de l'accommodement. Des consultations menées de bonne foi peuvent donc faire naître l'obligation d'accommoder. Lorsque la

2004 SCC 73 (CanLII)

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".

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 ».

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.

48 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.

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.

49 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.

The Court's decisions confirm this vision of accommodation. The Court in *Sparrow* raised

50 La jurisprudence de la Cour confirme cette conception d'accommodement. Dans *Sparrow*, la Cour

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

2004 SCC 73 (CanLII)

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?*

52 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.

53 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.

54 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

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

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

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.

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

2004 SCC 73 (CanLII)

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".

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 ».

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.

56 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. *The Province's Duty*

F. *L'obligation de la province*

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

57 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.

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

58 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

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

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. *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

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.

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

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.

2004 SCC 73 (CanLII)

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

62

Le processus lui-même devrait vraisemblablement être examiné selon la norme de la décision raisonnable. La perfection n'est pas requise; il s'agit de se demander si, « considéré dans son ensemble, le régime de réglementation [ou la mesure gouvernementale] respecte le droit ancestral collectif en question » : *Gladstone*, précité, par. 170. Ce qui est requis, ce n'est pas une mesure parfaite mais une mesure raisonnable. Comme il est précisé dans *Nikal*, précité, par. 110, « [l]e concept du caractère raisonnable doit [. . .] entrer en jeu pour ce qui [. . .] concern[e] l'information et la consultation. [. . .] Dans la mesure où tous les efforts raisonnables ont

to inform and consult. This suffices to discharge the duty.

63 Should the government misconceive the seriousness of the claim or impact of the infringement, this question of law would likely be judged by correctness. Where the government is correct on these matters and acts on the appropriate standard, the decision will be set aside only if the government's process is unreasonable. The focus, as discussed above, is not on the outcome, but on the process of consultation and accommodation.

H. *Application to the Facts*

(1) Existence of the Duty

64 The question is whether the Province had knowledge, real or constructive, of the potential existence of Aboriginal right or title and contemplated conduct that might adversely affect them. On the evidence before the Court in this matter, the answer must unequivocally be "yes".

65 The Haida have claimed title to all of Haida Gwaii for at least 100 years. The chambers judge found that they had expressed objections to the Province for a number of years regarding the rate of logging of old-growth forests, methods of logging, and the environmental effects of logging. Further, the Province was aware since at least 1994 that the Haida objected to replacement of T.F.L. 39 without their consent and without accommodation with respect to their title claims. As found by the chambers judge, the Province has had available evidence of the Haida's exclusive use and occupation of some areas of Block 6 "[s]ince 1994, and probably much earlier". The Province has had available to it evidence of the importance of red cedar to the Haida culture since before 1846 (the assertion of British sovereignty).

été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l'obligation de justifier. » Le gouvernement doit déployer des efforts raisonnables pour informer et consulter. Cela suffit pour satisfaire à l'obligation.

Si le gouvernement n'a pas bien saisi l'importance de la revendication ou la gravité de l'atteinte, il s'agit d'une question de droit qui devra vraisemblablement être jugée selon la norme de la décision correcte. Si le gouvernement a raison sur ces points et agit conformément à la norme applicable, la décision ne sera annulée que si le processus qu'il a suivi était déraisonnable. Comme il a été expliqué précédemment, l'élément central n'est pas le résultat, mais le processus de consultation et d'accommodement.

H. *L'application aux faits*

(1) L'existence de l'obligation

Il s'agit de savoir si la province connaissait, concrètement ou par imputation, l'existence potentielle d'un droit ou titre ancestral et envisageait des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou titre. Compte tenu de la preuve présentée à la Cour en l'espèce, il ne fait aucun doute qu'il faut répondre « oui » à cette question.

Les Haïda revendiquent depuis au moins 100 ans le titre sur l'ensemble des îles Haida Gwaii. Le juge de première instance a conclu que les Haïda se plaignaient depuis plusieurs années auprès de la province du rythme d'exploitation des vieilles forêts, des méthodes d'exploitation et des répercussions de l'exploitation forestière sur l'environnement. De plus, la province savait, depuis au moins 1994, que les Haïda s'opposaient à ce qu'on remplace la CFF 39 sans leur consentement et sans que leurs revendications aient fait l'objet de mesures d'accommodement. Comme l'a constaté le juge en son cabinet, la province disposait, [TRADUCTION] « [d]epuis 1994, et peut-être bien avant », d'éléments de preuve établissant que les Haïda utilisaient et occupaient à titre exclusif certaines régions du Bloc 6. Depuis au moins 1846 (affirmation de la souveraineté britannique), elle possède des preuves témoignant de l'importance du cèdre rouge dans la culture haïda.

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

66 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.

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.

67 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) Scope of the Duty

(2) L'étendue de l'obligation

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.

68 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) *Strength of the Case*

(i) *Solidité de la preuve*

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

69 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

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

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.

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.

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.

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).

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).

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.

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.

2004 SCC 73 (CanLII)

(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*

72 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.

73 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.

74 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.

75 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]

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

2004 SCC 73 (CanLII)

(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?

78 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] « [l]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.

79 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

80 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.

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

2004 SCC 73 (CanLII)

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.

2004 SCC 73 (CanLII)

TAB 4

2005 SCC 69 (CanLII)

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*

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 nº 8, Treaty 8 Tribal Association, Premières nations de Blueberry River et Assemblée des Premières Nations *Intervenants*

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.

Répertorié : Première nation crie Mikisew *c.* Canada (Ministre du Patrimoine canadien)

Référence neutre : 2005 CSC 69.

Nº 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.

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 intervener — New argument.

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 nº 8.

Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones.

Appel — Rôle de l'intervenant — Nouvel argument.

2005 SCC 69 (CanLII)

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, northwestern 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".

Aux termes du Traité n^{o} 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 ».

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 injuction 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*.

La réserve des Mikisew se trouve sur le territoire visé par le Traité n^{o} 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 Haïda* et *Première nation Tlingit de Taku River.*

Held: The appeal should be allowed. The duty of consultation, which flows from the honour of the Crown, was breached.

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^{o} 8 plutôt que de le faire progresser. [4]

Lorsque la Couronne exerce son droit issu du Traité n^{o} 8 de « prendre » des terres, son obligation d'agir honorablement 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^{o} 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

2005 SCC 69 (CanLII)

"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 intervener 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 intervener 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 nº 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*

2005 SCC 69 (CanLII)

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 JJ.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 intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Robert J. Normey and *Angela J. Brown*, for the intervener 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, nº 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, nº 1.
Traité nº 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 nº 8, dans *Traité nº 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. nº 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. nº 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.

2005 SCC 69 (CanLII)

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 nº 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

1 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.

2 Le Traité nº 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

2005 SCC 69 (CanLII)

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 nº 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

2005 SCC 69 (CanLII)

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'orignal) 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.

4 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

5 Environ 5 p. 100 du territoire cédé en vertu du Traité nº 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.

2005 SCC 69 (CanLII)

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^{o} 8 le 21 juin 1899. Il est établi que ses membres ont droit aux avantages conférés par le Traité n^{o} 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^{o} 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

2005 SCC 69 (CanLII)

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".

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 ».

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".

10 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 ».

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.

11 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.

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".

12 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

2005 SCC 69 (CanLII)

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).

2005 SCC 69 (CanLII)

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. 17

II. Dispositions pertinentes

Loi constitutionnelle de 1982 18

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. nº 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 nº 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 nº 8 des Mikisew et ne pouvait être justifiée suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow.* 19

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) : 20

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 Mikisews et qu'elles n'étaient pas conçues pour minimiser les

2005 SCC 69 (CanLII)

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 nº 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.*

2005 SCC 69 (CanLII)

[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 northwest to settlement and development. Treaty 8 itself recites that "the said Indians have been notified and informed by Her Majesty's said Commission that it is Her desire to open for settlement, immigration, trade, travel, mining, lumbering and such other

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.)

23 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 nº 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 nº 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 nº 8. [par. 152]

La juge Sharlow aurait rejeté l'appel.

IV. Analyse

24 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 nº 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

2005 SCC 69 (CanLII)

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".

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 nº 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 ».

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:

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 nº 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 :

> 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)

> [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)

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."

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. »

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:

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 nº 8 en date du 22 septembre 1899, la Couronne avait intérêt à laisser les peuples autochtones vivre de la terre :

2005 SCC 69 (CanLII)

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.

[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.

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).

27 Aucune des parties signataires ne s'attendait donc en 1899 que le Traité nº 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. *Interpretation of the Treaty*

A. *Interprétation du traité*

28 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:

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 :

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.]

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.]

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.

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.

29 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

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

2005 SCC 69 (CanLII)

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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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

2005 SCC 69 (CanLII)

2005 SCC 69 (CanLII)

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.

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 nº 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 nº 8, le maintien des modes d'utilisation des terres établis au XIXe siècle. Tel n'est pas le cas, comme l'indiquent clairement tant le contexte historique dans lequel le Traité nº 8 a été conclu que la période de transition qu'il annonçait.

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

B. *Le processus de mise en œuvre du traité*

33

Tant le contexte historique que les inévitables tensions sous-jacentes à la mise en œuvre du Traité nº 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 Haïda*, 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 . . .".

. . .

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.

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.

C. *The Mikisew Legal Submission*

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

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 . . . ».

. . .

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.

Dans le cas d'un traité, la Couronne, en tant que partie, a toujours connaissance de son contenu. La question dans chaque cas consiste donc à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur ces droits de manière à rendre applicable l'obligation de consulter. Le critère retenu dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River* est peu rigoureux. La souplesse ne réside pas tant dans le fait que l'obligation devient applicable (on envisage des mesures « susceptibles d'avoir un effet préjudiciable » sur un droit) que dans le contenu variable de l'obligation une fois que celle-ci s'applique. Au minimum, « les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis » (*Nation Haïda*, par. 43). Les Mikisew affirment que l'on n'a pas respecté même le contenu minimum de l'obligation en l'espèce.

C. *L'argument juridique des Mikisew*

Les appelants, les Mikisew, ont essentiellement rappelé à la Cour ce qu'elle a dit dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River*. La preuve en l'espèce, affirment-ils, est plus solide. Dans ces affaires, contrairement au présent pourvoi, l'intérêt autochtone sur les terres était revendiqué mais n'était pas encore prouvé. En l'espèce, les intérêts des

2005 SCC 69 (CanLII)

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).

Autochtones sont protégés par le Traité nº 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. *The Minister's Response*

D. *La réponse de la ministre*

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.

36 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. 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.

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 nº 8 l'autorisait à faire. La Couronne, comme les premières nations, a des droits en vertu du Traité nº 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. 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.

2. La Couronne a procédé à de vastes consultations auprès des premières nations au moment de la négociation du Traité nº 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. In the event further consultation was required, the process followed by the Minister through Parks Canada in this case was sufficient.

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.

37 For the reasons that follow, I believe that each of these propositions must be rejected.

Pour les motifs qui suivent, j'estime que chacune de ces propositions doit être rejetée.

2005 SCC 69 (CanLII)

(1) In "taking up" Land for the Winter Road the Crown Was Doing No More Than It Was Entitled To Do Under the Treaty

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).

39 The "Crown rights" argument was initially put forward in the Federal Court of Appeal by the Attorney General of Alberta as an intervener. 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 intervener 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.

(a) *Preliminary Objection: Did the Attorney General of Alberta Overstep the Proper Role of an Intervener?*

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 intervener 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 intervener is in no worse a position than a party who belatedly discovers some legal

(1) En « prenant » des terres pour construire la route d'hiver, la Couronne ne faisait que ce que le traité l'autorisait à faire

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).

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) *Objection préliminaire : le procureur général de l'Alberta a-t-il outrepassé le rôle d'un intervenant?*

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^{o} 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

2005 SCC 69 (CanLII)

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.

41 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 ».

2005 SCC 69 (CanLII)

(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^o^ 8*

La disposition du Traité n^o^ 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^o^ 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 "requises 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^o^ 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

2005 SCC 69 (CanLII)

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".)

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 ».)

2005 SCC 69 (CanLII)

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:

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^{o} 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 :

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.

[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.

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

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^{o} 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^{o} 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

2005 SCC 69 (CanLII)

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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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.

47
2005 SCC 69 (CanLII)

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 nº 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 nº 8. Selon lui :

2005 SCC 69 (CanLII)

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.

[TRADUCTION] 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*

51

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 nº 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.

2005 SCC 69 (CanLII)

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 nº 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 nº 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

2005 SCC 69 (CanLII)

2005 SCC 69 (CanLII)

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.

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 nº 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.

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.

56 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 nº 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 assujetti 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 nº 8 ainsi que par l'honneur de la Couronne.

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

57 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 nº 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 nº 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 nº 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

2005 SCC 69 (CanLII)

(Sask. C.A.), at pp. 440-41. In any event, as noted earlier, the opening recital of Treaty 8 refers to "travel".

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 nº 8.

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):

61 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) :

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.]

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.]

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):

62 Dans l'arrêt *Nation Haïda*, la Cour a examiné les types d'obligations qui peuvent découler de différentes situations dans le contexte de revendications non encore prouvées, et la juge en chef McLachlin a utilisé la notion de continuum comme fondement de son analyse (par. 43-45) :

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. . . .

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. . .

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

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

2005 SCC 69 (CanLII)

2005 SCC 69 (CanLII)

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. . . .

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. . .

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.]

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.]

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

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^{o} 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.

64

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.]

2005 SCC 69 (CanLII)

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

2005 SCC 69 (CanLII)

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]

68 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).

69 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

70 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.

2005 SCC 69 (CanLII)

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^{o} 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.

2005 SCC 69 (CanLII)

TAB 5

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 *Appelants*

c.

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, Hydro-Québec et l'Office national de l'énergie *Intimés*

et

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*

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) *c.* CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE)

N° du greffe: 22705.

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.

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-

1994 CanLII 113 (SCC)

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 validement qu'il y aurait récupération de tous les coûts, et les appelants ont eu

1994 CanLII 113 (SCC)

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

1994 CanLII 113 (SCC)

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. 12*d*) 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.

1994 CanLII 113 (SCC)

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. 1re 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. 1re 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*).

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*).

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.

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.

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.

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* and *Johanne Mainville*, for the appellants.

Robert Mainville, *Peter W. Hutchins* et *Johanne Mainville*, pour les appelants.

Jean-Marc Aubry, *Q.C.*, and *René LeBlanc*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Jean-Marc Aubry, *c.r.*, et *René LeBlanc*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Pierre Lachance and *Jean Robitaille*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Pierre Lachance et *Jean Robitaille*, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Pierre Bienvenu, *Jean G. Bertrand* and *Bernard Roy*, for the respondent Hydro-Québec.

Pierre Bienvenu, *Jean G. Bertrand* et *Bernard Roy*, pour l'intimée Hydro-Québec.

1994 CanLII 113 (SCC)

Judith B. Hanebury, for the respondent the National Energy Board.

Gregory J. McDade and *Stewart A. G. Elgie*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

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.

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").

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.

Judith B. Hanebury, pour l'intimé l'Office national de l'énergie.

Gregory J. McDade et *Stewart A. G. Elgie*, pour les intervenants.

Version française du jugement de la Cour rendu par

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.

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»).

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.

1994 CanLII 113 (SCC)

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

1994 CanLII 113 (SCC)

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

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 contravention 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

1994 CanLII 113 (SCC)

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.

1994 CanLII 113 (SCC)

119.093 (1) The Board may revoke or suspend a permit or licence issued in respect of the exportation of electricity

. . .

(*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.

National Energy Board Part VI Regulations, C.R.C. 1978, c. 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.

(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

. . .

(*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;

(*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,

(ii) would not be less than the price to Canadians for equivalent service in related areas, and

(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

(*aa*) evidence on any environmental impact that would result from the generation of the power for export.

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-

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.

Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI), C.R.C. 1978, ch. 1056:

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

. . .

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) 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) ne sera pas inférieur au prix exigé des Canadiens pour un service équivalent dans des régions connexes, et

(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

aa) un témoignage quant aux répercussions que pourrait avoir sur l'environnement la production de la puissance destinée à l'exportation.

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-

1994 CanLII 113 (SCC)

ality of the foregoing, is subject to every statement set out by the Board in the licence respecting

. . .

(*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

. . .

treindre la portée générale de ce qui précède, toute stipulation dans ladite licence concernant

. . .

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:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent aux présentes lignes directrices.

. . .

«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.

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.

4. (1) Lors de l'examen d'une proposition selon l'article 3, le ministère responsable étudie:

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

b) les préoccupations du public qui concernent la proposition et ses effets possibles sur l'environnement.

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.

(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.

6. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux propositions

. . .

1994 CanLII 113 (SCC)

(*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 11*a*) [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 11*b*) [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

1994 CanLII 113 (SCC)

(*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

A. *National Energy Board*, Decision No. EH-3-89, August 1990 (Fredette, Gilmour and Bélanger, members)

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.

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.

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

III. Les juridictions inférieures

A. *L'Office national de l'énergie*, Décision nº EH-3-89, août 1990 (les membres Fredette, Gilmour et Bélanger)

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.

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.

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

1994 CanLII 113 (SCC)

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-

1994 CanLII 113 (SCC)

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.

tions environnementales appropriées, il a assujetti 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. *Federal Court of Appeal*, [1991] 3 F.C. 443 (Pratte, Marceau and Desjardins JJ.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.

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.

1994 CanLII 113 (SCC)

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 assujetti 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

1994 CanLII 113 (SCC)

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

1994 CanLII 113 (SCC)

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.

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-

1994 CanLII 113 (SCC)

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

1994 CanLII 113 (SCC)

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

1994 CanLII 113 (SCC)

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.

Interveners 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 devancement 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

1994 CanLII 113 (SCC)

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.

1994 CanLII 113 (SCC)

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.

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.

1994 CanLII 113 (SCC)

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

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 validement 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

1994 CanLII 113 (SCC)

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-

1994 CanLII 113 (SCC)

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 superadded 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 fiduci-

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 national 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. 1ère 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 fidu-

1994 CanLII 113 (SCC)

ary 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*

1994 CanLII 113 (SCC)

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.

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, empiéteront 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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

1994 CanLII 113 (SCC)

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-

1994 CanLII 113 (SCC)

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,

vrance 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,

1994 CanLII 113 (SCC)

(ii) would not be less than the price to Canadians for equivalent service in related areas. . .

(*aa*) evidence on any environmental impact that would result from the generation of the power for export.

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.

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.

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

(ii) ne sera pas inférieur au prix exigé des Canadiens pour un service équivalent dans des régions connexes . . .

aa) un témoignage quant aux répercussions que pourrait avoir sur l'environnement la production de la puissance destinée à l'exportation.

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.

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.

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*

1994 CanLII 113 (SCC)

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 quant 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

1994 CanLII 113 (SCC)

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 indûment 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,

1994 CanLII 113 (SCC)

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*

crée 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 davantage 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

1994 CanLII 113 (SCC)

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.

1994 CanLII 113 (SCC)

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. 15*m*). 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

1994 CanLII 113 (SCC)

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 6*b*) 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

1994 CanLII 113 (SCC)

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-

1994 CanLII 113 (SCC)

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

1994 CanLII 113 (SCC)

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. 12*d*) 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. 1re 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:

1994 CanLII 113 (SCC)

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-

1994 CanLII 113 (SCC)

Board neither exceeded nor avoided the scope of the Board's review in the area of the environmental impact of the proposed exports.

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.

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.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Robert Mainville & Associés, Montréal.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Jean-Marc Aubry, Ottawa.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Pierre Lachance and Jean Bouchard, Ste-Foy.

Solicitors for the respondent Hydro-Québec: Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitor for the respondent the National Energy Board: Judith B. Hanebury, Calgary.

nance rendue par l'Office n'outrepassait ni ne contournait la portée de l'examen en matière d'incidences environnementales des exportations proposées.

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.

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.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants: Robert Mainville & Associés, Montréal.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada: Jean-Marc Aubry, Ottawa.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec: Pierre Lachance et Jean Bouchard, Ste-Foy.

Procureurs de l'intimée Hydro-Québec: Ogilvy Renault, Montréal.

Procureur de l'intimé l'Office national de l'énergie: Judith B. Hanebury, Calgary.

1994 CanLII 113 (SCC)

Solicitor for the interveners: Gregory J. McDade, Vancouver.

Procureur des intervenants: Gregory J. McDade, Vancouver.

1994 CanLII 113 (SCC)

TAB 6

Re Union Gas Ltd. and Quaggiotto et al.*

[1973] 3 O.R. 447

ONTARIO
HIGH COURT OF JUSTICE
DIVISIONAL COURT
WELLS, C.J.H.C., MOORHOUSE and HUGHES, JJ.
21ST MARCH 1973

1973 CanLII 781 (ON SC)

*Leave to appeal from this decision to the Court of Appeal was granted April 24, 1973.

Expropriation -- Procedure -- Application for leave to construct transmission line -- Subsequent application to vary route of line -- Ontario Energy Board ordering hearing and treating application as fresh application for leave -- Board hearing application for leave and application for authority to expropriate simultaneously -- Whether procedure proper -- Ontario Energy Board Act, ss. 38, 40, 41.

In 1971, Union Gas Limited 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. One year later an application was made to expropriate lands to

provide the easement necessary for the transmission line and, following difficulties in securing agreement from the landowners affected, the application to expropriate was postponed and subsequently Union Gas made an ex parte application seeking to vary the original order by obtaining leave to construct over the appellants' lands. At the same time Union Gas applied to expropriate that portion of the appellants' lands required for the easement. As the appellants 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 appellants 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 appellants, to hear evidence material to the issue whether the appellants' lands should be expropriated. Held, on an application for leave to appeal and on appeal from an order of the Board allowing an amendment to its order to vary the location of the line and allowing the application to expropriate the appellants' lands, leave to appeal should be granted and, Moorhouse, J., dissenting, the appeal should be allowed.

Per Hughes, J., Wells, C.J.H.C., concurring: Under s. 38(2) of the Act, where authority to use additional lands is necessary for a transmission line an applicant must make a new application for leave to construct and until such leave has been granted the Board has no jurisdiction to hear an application for authority to expropriate lands. Furthermore, since by virtue of s. 41(1) of the Act the hearing of the application for authority to expropriate may not be held until 14 days from the date of application, the Board, by considering the application for leave and the application for authority to expropriate simultaneously failed to proceed in the two stages as required.

Per Moorhouse, J., dissenting: The appellants were not entitled to notice of the application to vary since the variation proposed fell, in any event, within the "general location" with respect to which leave to construct was given.

1973 CanLII 781 (ON SC)

While the obtaining of leave to construct was a condition precedent to an application for expropriation it was not necessary to obtain leave to construct specifically over the appellants' lands as that condition had been fulfilled by the order granting leave. In any event the appellants were in fact given notice of the application to vary and the requirements of natural justice were accordingly met. Moreover, the failure to grant an adjournment did not prejudice the appellants as they would have an opportunity at the expropriation proceedings to make representation.

APPLICATION for leave to appeal and by way of appeal from an order of the Ontario Energy Board granting an application for leave to construct a transmission line and an application for authority to expropriate.

H.J. Bliss, for appellants, Baggio and Quaggiotto.

L.H. Mandel, for appellant, Union Gas Co. of Canada Ltd.

R.A. Scott, Q.C., for respondent, Ontario Energy Board.

WELLS, C.J.H.C., concurs with HUGHES, J.

MOORHOUSE, J. (dissenting):-- This is an application for leave to appeal from an order of the Ontario Energy Board made on November 22, 1972, and if leave is granted by way of appeal therefrom. This Court extended the time to appeal to January 17th and now extended it to this day. We unanimously agreed that leave to appeal should be granted, and I now proceed to consider the main application.

The appellants' counsel raises four points in respect of the appeal:

1. That leave to construct the pipeline was a condition precedent to the application for expropriation and was not satisfied; that that may involve the interpretation of the words "general location" under s. 40 of the Ontario Energy

1973 CanLII 781 (ON SC)

Board Act, R.S.O. 1970, c. 312.

2. That there was insufficient notice to the appellants.

3. That there was no fair hearing and natural justice had been denied.

4. That there was an improper delegation of the right to choose the location.

There are some sections of the Act which should be set out to which I may refer. They are 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.

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.

(3) The Board may, if in its opinion the special circumstances of a particular case so require, without a hearing exempt a person from the requirements of subsection 1.

39. Any person may, before he contructs a production line, distribution line or station, apply to the Board for an order granting leave to construct the production line, distribution line or station.

40(1) An applicant for an order granting leave to construct a transmission line, production line, distribution line or a station shall file with his application a map showing the general location of the proposed line or station and the municipalities, highways, railways, utility lines and

1973 CanLII 781 (ON SC)

navigable waters through, under, over, upon or across which the proposed line is to pass.

(2) Notice of the application shall be given by the applicant in such manner as the Board directs and shall be given to the Department of Agriculture and Food, the Department of Municipal Affairs, the Department of Highways and such persons as the Board may direct.

(3) Where an interested person desires to make objection to the application, such objection shall be given in writing to the applicant and filed with the Board within fourteen days after the giving of notice of the application and shall set forth the grounds upon which such objection is based.

(4) A reply to an objection may be given to the objector in writing and filed with the Board within fourteen days after the giving of the objection.

(5) Where an application is opposed, it shall not be heard for at least thirty days after the day on which it was filed with the Board.

(6) Where an application is unopposed, it shall not be heard for at least fourteen days after the day on which it was filed with the Board.

(7) Notice of the time and place fixed by the Board for the hearing shall be given in accordance with subsection 2.

(8) Where after the hearing the Board is of the opinion that the construction of the proposed line or station is in the public interest, it may make an order granting leave to construct the line or station.

(9) Leave to construct the line or station shall not be granted until the applicant satisfies the Board that it has offered or will offer to each landowner an agreement in a form approved by the Board.

(10) Any person to whom the Board has granted leave to

1973 CanLII 781 (ON SC)

construct a line or station, his officers, employees and agents, may enter into or upon any land at the intended location of any part of the line or station and may make such surveys and examinations as are necessary for fixing the site of the line or station, and, failing agreement, any damages resulting therefrom shall be determined in the manner provided in section 42.

41(1) Any person who has leave to construct a line or station under this Part of a predecessor of this Part may apply to the Board for authority to expropriate land for the purposes of the line or station, and the Board shall thereupon set a date for the hearing of such application, and such date shall be not fewer than fourteen days after the date of the application, and upon such application the applicant shall file with the Board a plan and description of the land required, together with the names of all persons having an apparent interest in the land.

(2) The applicant shall serve notice of the application and notice of the hearing on such persons and in such manner as the Board may direct.

(3) Where 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.

(The emphasis is mine.)

Before I proceed further and since I have already referred to the words "general location" I think it might be well to look to the definitions of those two words in the Shorter Oxford English Dictionary. "Location" means a local position, situation, the laying out of a road or the like; and the adjective "general" means pertaining to all, or most, of the parts of a whole -- completely or approximately universal within implied limits; true in most instances but not without exceptions; on a general view in the main.

The procedure in respect of the construction of a pipeline

1973 CanLII 781 (ON SC)

under the Ontario Energy Board Act involves certain steps. First, there must be leave to construct, s. 39. Then in s. 40(1) the applicant is to file with the application for leave to construct a route map showing the "general location". Subsection (2) deals with the matter of notice of the application for such leave to the Department of Agriculture and Food, to the Department of Municipal Affairs, to the Department of Highways and to such persons as the Board directs. This is not intended, in my respectful opinion, to necessarily apply to the owners of the lands through which the pipeline will pass. There is a provision made for objections to be filed by an interested person which I would assume is one of those mentioned in s-s. (2) but may include others. The rest of the subsections in s. 40 are, in my respectful opinion, procedural only in respect of the application for leave to construct. Section 31 gives the power to the Board to rehear or review any application which I assume includes an application for leave to construct, and it may rescind or vary that order.

Union Gas Limited, hereinafter referred to as "the Gas Company", by an order of September 27, 1971, made in compliance with ss. 39 and 40 of the Act was given leave and a plan was filed showing the "general location". The original plan showed the general location as along the south side of the Penn-Central Railway in the Township of Rochester in the City of Windsor to the vicinity of the Cabana Rd.; there it crossed the Penn-Central Railway in a northerly direction, then ran westerly for a short distance and recrossed the railway coming back to the south side again. The original leave order of the board, EBLO 152 was issued subject to the following conditions:

i. 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.

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.

(The emphasis is mine.) Subsection 4 of that order reads as

1973 CanLII 781 (ON SC)

follows:

4. THIS BOARD DOTH FURTHER ORDER that the general location of the said pipe line shall be the location shown on the map hereto attached.

(The emphasis is mine.)

The next step was the preparation for expropriation and that involved determining the owners of the land through which the proposed route would pass. It was found that the City of Windsor owned a parcel of land commencing at the north limit of the railway and running north for 27 feet on the west side of the Cabana Rd. and thence running west for some distance; that that parcel of land was used by it for certain utilities; it was said there was a hydro line and a sewage course and consequently if the pipeline was to go north of the Penn-Central Railway it would have to be moved a further 27 feet north which would involve commencing some 27 feet north from the right of way when the aforementioned order provides that it abut the right of way and be within 60 feet of the right of way. It was then considered that it might be necessary to vary that order and application was made by the Gas Company for that purpose on October 12, 1972.

The discussions between the Board and the Gas Company leading up to this application to vary, in my respectful opinion, are unimportant for the determination of this case for the reason that no statutory notice was required for such application. With an abundance of precaution the Board ordered that notice be given to the appellants as it was suggested that a more direct route for the pipeline would be to expropriate through the appellants' property.

Much of the argument on behalf of the appellants was in respect of this notice and the sufficiency of the notice. I do not concern myself so much with that because of the fact that I think it was unnecessary to give the notice in the first place and a reason I think it was unnecessary is, in my respectful opinion, the continuation of the pipeline along the south side of the Penn-Central Railway came within the meaning of "general

1973 CanLII 781 (ON SC)

location" in the first leave order.

Surely in a matter of something over 20 miles a variation of some few hundred feet at some place comes within that definition. If it does that seems to be the end of the matter. The location continuing south of the railway comes within the Board order of September 27, 1971, as abutting the Penn-Central Railway, and I do not read that order and s-s. 4 thereof and the plan then filed as showing the exact location of the pipeline. The order reads "general location".

At the time of the application to vary the Gas Company had attempted to secure an easement through the appellants' lands. These negotiations were unsuccessful, and when notice of the application to vary was given to the appellants they appeared on November 2, 1972, and took part in the proceedings. The decision was reserved and the reasons were given on November 17, 1972, and on November 22, 1972, an order was taken out permitting the Gas Company to elect whether or not it would go north of the railway or continue south of the railway. At the time of that order no objections were raised to the leave to construct. In my respectful opinion leave to construct is a condition precedent but not necessarily leave to construct through the appellants' lands as that condition had been fulfilled by the granting of the order of September 27, 1971. In so far as insufficiency of notice is concerned, it is my respectful opinion that there is no statutory requirement of notice to the appellants on application to vary. Notice, however, was given, they appeared, and while it is possible they would perhaps have been appreciative of having more information in respect of the whole matter in issue, I cannot see that they have been unfairly dealt with in any manner whatever. I would dismiss the application.

I am not unmindful that the procedural order of the Board of October 13, 1972, recites in the second paragraph that it appears that "the proposed variation would affect the location". Those words are not, in my respectful opinion, an indication of the Board that the variaton would affect the general location. Undoubtedly the specific location would be varied. I am not unmindful of para. 3 of that order where the

1973 CanLII 781 (ON SC)

Board provided that a respondent who intends to oppose the application, as the appellants did, shall not be required to file and serve an answer thereto and they will be heard at the time and place herein appointed notwithstanding lack of any proper notice to the Board or the applicant of his intention to oppose.

The requirements of natural justice were met when notice was given and the appellants appeared and were heard by the Board before the order of November 22, 1972, was made. The appellants have not established any prejudice to them if in opposing the application to vary by the failure to grant an adjournment or by the making of the variation order without hearing further from the appellants. The matter was not final. They will have a full opportunity to make representations at the time of the expropriation proceedings. The appellants object to the Gas Company having the right to choose whether it will proceed north of the railway or south of the railway. In my respectful opinion this was not a delegation of authority but was an indication that either course could be within the meaning of "general location".

I would dismiss the application with costs.

HUGHES, J.:-- On September 27, 1971, the Ontario Energy Board made its order EBLO 152 with respect to an application of the respondent Union Gas Company of Canada Limited approving and giving it leave to construct a 20-inch gas transmission pipeline over a total distance of 22.82 miles from an existing transmission station in the Township of Rochester to a point in the City of Windsor, both in the County of Essex. This was the result of a hearing on August 24th of the same year, described in its reasons dated September 10th, at which it decided that the order would issue subject to two conditions:

1. 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.

2. That the location of the pipe line in the City of Windsor west of Walker Road be parallel with and abut the Penn-

1973 CanLII 781 (ON SC)

> Central Railway right-of-way and be within 60 feet of that right-of-way.

As part of the order of September 27th the following words were used:

> THIS BOARD DOTH FURTHER ORDER that the general location of the said pipe line shall be the location shown on the map hereto attached.

Without going into laborious detail it may be sufficient to say that for reasons which are not material to the appeal, the projected line followed the southerly limit of the Penn-Central Railway right of way until it reached the vicinity of its crossing the Cabana Rd., at which point it was projected to cross the railroad and pass through lands owned by one Micelli and the City of Windsor. The lands of the appellants lying south of the right of way and west of Cabana Rd. were not affected by the projected transmission line, and in consequence the appellants had no notice of the application for leave to construct and did not attend the hearing which considered it.

Almost exactly a year after the application for leave to construct had been heard and determined, Union Gas applied to expropriate sufficient of the lands of Micelli and of the City of Windsor to provide the easement necessary for its transmission line. Resistance from Windsor was encountered and on September 7, 1972, the respondent Board wrote to Union Gas's solicitors postponing its decision on the application to expropriate to enable that company to seek an alternative route, and if necessary to present further evidence. As a result, Union Gas approached the appellants and, with a view to relocationg the proposed line south of the right of way and west of Cabana Rd., attempted to negotiate with them an agreement to grant an easement over their lands. This was unsuccessful, and it is evident that the proposed easement would affect them injuriously. Then, on October 12th, Union Gas made an ex parte application to the Board, setting out the difficulties which had occurred in its attempts to comply with the Board's letter of September 7th and seeking to vary the original order by obtaining leave to construct over the

1973 CanLII 781 (ON SC)

appellants' lands. At the same time, and on the same date, it also applied to expropriate that portion of them required for the easement. The Board then made an order of directions on October 13th providing that notice of the hearing should be given inter alios to the appellants, "it appearing to the Board that the proposed variation would affect the location of the route in the vicinity of the intersection of Cabana Road and the Penn-Central Railway within the City of Windsor". That notice read as follows:

NOTICE OF HEARING

The Ontario Energy Board hereby appoints Thursday, the 2nd day of November, 1972 at 9:30 o'clock in the forenoon, local time, in the Essex County Court House, 245 Windsor Avenue, Windsor, Ontario for the hearing of the above application, a copy of which is hereunto attached, and all persons interested therein.

Further particulars may be obtained from the office of the Applicant, Union Gas Limited, Chatham, Ontario, the Solicitors for the Applicant, Messrs. McNevin, Gee & O'Connor, Chatham, Ontario or from the Ontario Energy Board, Room 910, 790 Bay Street, Toronto.

If any party notified does not attend at the hearing, the Board may proceed in his absence and he will not be entitled to any further notice in the proceedings.

DATED at Toronto this 13th day of October, 1972.

ONTARIO ENERGY BOARD

(sgd) A.B. Jackson
A.B. Jackson
Vice Chairman

(sgd) I.C. MacNabb
I.C. MacNabb
Vice Chairman

1973 CanLII 781 (ON SC)

The final paragraph of the Board's order as to procedure read thus:

> AND THIS BOARD DOTH FURTHER ORDER THAT a respondent who intends to oppose the application shall not be required to file and serve an answer thereto and will be heard at the time and place herein appointed, notwithstanding the lack of any prior notice to the Board or the Applicant of his intention to oppose.

The notice quoted above, and a copy of the application of Union Gas and the Board's order, was served upon the appellants on October 17th. On the return of the application on November 2nd the appellants were represented by Mr. A. Gatti. Since some significance is attached to the position taken by Mr. Gatti it may be useful to examine what transpired. No evidence was called on behalf of Union Gas on the application to vary, which was generally supported by Windsor provided that the line remain within 60 feet of the railroad right of way and, not unnaturally, particularly by counsel for Micelli whose lands would be untouched if the application succeeded. The Board reserved its decision on that application and proceeded to consider the application to expropriate. Mr. Gatti indicated that he might not be prepared to cross-examine the Gas Company's expert witness on that day, as he had previously indicated in general terms that he was not as familar with the background of the original application for leave to construct and the application to vary as the members of the Board and other counsel present. Later he returned to this point and the following exchange took place:

> MR. GATTI: Mr. Chairman, if I understand the point of procedure, am I led to believe the applicant is leading evidence with respect to the merits of the expropriation of our client's property on the south side of the railway?
>
> THE CHAIRMAN: That is my understanding. But the evidence that is being called now will also have a bearing on some of the other applications.

1973 CanLII 781 (ON SC)

MR. GATTI: All right.. Well, let me say this again: it would appear we were served with the material somewhere on the 17th October. I am not prepared at this time to cross-examine this man or to lead evidence. I do not know what he is going to say. I do not know the position the gas company is taking. So I am not in any position at this time either to cross-examine or to lead evidence. And for that I would ask that after he is finished if we could adjourn to some other time to give me the opportunity to appraise myself of the various facts.

You people, I understand, have also had the benefit of hearing the merits with respect to the Micelli property. Although this is an application with respect to the Elma property, it would appear to be an alternative of one of two -- either Micelli's property or the Elma property. Not having had the opportunity to know the merits of the Micelli property, I would ask for an adjournment for some time so that we can appraise ourselves of what has happened, also to lead evidence as to the merits of the application.

THE CHAIRMAN: What does the additional time give you that you have not had in the past two weeks?

MR. GATTI: Well, it would appear to me there were surveys prepared here. I am only anticipating here. The gas company has had a battery of people no doubt attending at the site. The evidence they will lead will be with respect to all kinds of engineers' reports. I have had 14 days and I have not got an idea of what it is about insofar as meeting the application. I would like the opportunity to conduct our own study.

I understand there is an allegation made that it is not feasible to proceed with the line on the north side of the railway. That I don't know. So I would like to have the opportunity to make our own study to determine this so that we too can lead evidence before this Board as to the merits of the line going on both sides of the railway.

THE CHAIRMAN: Well, do you want to hear the evidence of

1973 CanLII 781 (ON SC)

the applicant?

MR. GATTI: Well, the gentleman is here today. You know, I don't think it would serve any purpose if we adjourned right now. I am quite prepared to allow the applicant to lead the evidence, and see what happens then.

THE CHAIRMAN: You need to know the evidence, don't you, in order to do the job of work that you say you need to do?

MR. GATTI: Yes.

THE CHAIRMAN: We will reserve on that proposal, and we will hear further from you and from Mr. O'Connor.

The "Elma property" referred to was that of the appellants.

At the conclusion of the evidence on November 2nd, Mr. Gatti again made strong representations as to the need for an adjournment of a substantial nature, but eventually under some pressure from the Board and counsel for Union Gas, agreed to resumption on November 10th, provided that the latter supply him with copies of materials filed, "including materials filed at the previous hearing" which referred to the hearing on the application for leave to construct in the previous year. On the resumption of these proceedings on November 10th, the chairman (Mr. A.B. Jackson, vice-chairman of the Ontario Energy Board) reviewed the proceedings of November 2nd as follows:

THE CHAIRMAN: On November 2nd we dealt with an application to vary the leave to construct order in order that the conditions in there would be conditions appropriate for a route that would be north of the Penn-Central right of way and north of the 27-foot strip owned by the City that is immediately to the north of that right of way; and would also be appropriate if the Board thought that the better route would be immediately adjacent to the Penn-Central right of way but south of the railway.

And that application might also be interpreted as being a request for the Board to amend it to authorize whatever might

1973 CanLII 781 (ON SC)

be the best route, north or south of the railway, but the City strongly objected to any decision by the Board that would authorize such a wide third alternative.

Then in addition to that application, we heard an application by the Company -- at least an application by the Company was commenced. That was for authorization of the Company to expropriate a 60-foot easement, less a small piece where a house encroaches on the Elma property, this being an easement of unlimited duration in which a pipeline would be laid if the Board thought that a route south of the railway was better than one north.

Also an application by the Company for an extra width on the Elma property behind the house for a limited period of about two years to facilitate construction.

Also an application by the Company for authorization to expropriate a 60-foot easement on the Wonsch property from where it borders the Elma property, the understanding being that the Company does not want the granting of all of these applications but the Board is in a position to make a choice as to where the pipeline ought to be and to then grant such authorization for expropriation as may be appropriate and such amendments to the leave order as may be appropriate.

That is my understanding of the situation.

The Board had reserved its decision on these applications, and was about to proceed with hearing the evidence as to expropriation of the appellants' property and apparently some further evidence on the application to expropriate the Micelli property and one other, when Mr. Gatti objected to the jurisdiction of the Board on the grounds that Union Gas had not received leave to construct its line, a condition precedent to the application to expropriate, and that the Board could not hear the application for leave and the application to expropriate at the same time.

The Board considered these objections and then ruled that it had jurisdiction and would proceed to take evidence with

1973 CanLII 781 (ON SC)

respect to the expropriation of the appellants' lands. Mr. Gatti took part in the cross-examination of witnesses for Union Gas and called a witness of his own. After reserving its decision as to expropriation for the easement, the Board gave written reasons on November 17, 1972, upon which on November 22nd it issued its order allowing an amendment to its order EBLO 152 to vary the location of the transmission line so that it would pass over the appellants' property, and on November 23rd issued reasons for allowing the application to expropriate the appellants' lands in respect of which an order dated November 25, 1972, was then issued. Subsequently, the applications to expropriate on the property of Micelli and of the City of Windsor were dismissed. On December 11th the appellants launched their application for leave to appeal and to appeal to this Court.

At the hearing before this Court on January 31 and February 1, 1973, it was our unanimous opinion that leave to appeal should be granted; at the same time the Court reserved its decision on the merits of the appeal. I have had the advantage of reading my brother Moorhouse's reasons for dismissing it and I do not find it necessary to repeat the grounds on which the appeal was based nor set out the sections of the Ontario Energy Board Act, R.S.O. 1970, c. 312, ss. 31, 38, 39, 40 and 41, since they are there amply displayed. I have, however, come to a contrary conclusion as to the disposal of the appeal for the following reasons.

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'

1973 CanLII 781 (ON SC)

property by requiring a new application to amend order No. 152. In view of the terms of s-ss. (1) and (2) of s. 38 it could hardly do otherwise.

> 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.

Although the whole of s-s. (2) does not deal with the exact situation before us, it is clear that where "authority to use additional land is necessary" fresh leave to construct is required. On this assumption ss. 40 and 41 must be looked at to see what the Legislature has provided for the protection of persons whose property rights and interests are to be affected. After saying that notice shall be given to the applicant in such manner as the Board directs in s-s. (2) of s. 40, s-s. (3) provides that an interested person desiring to make objection to the application shall make it in writing to the applicant, and file it with the Board, within 14 days after notice of the application has been given, setting forth the grounds upon which the objection is based. By s-s. (4) a reply may be given to such an objection; it must also be in writing and filed with the Board within 14 days after the objection itself has been made. Finally, by s-s. (5) it is provided that an application which is opposed shall not be heard for at least 30 days after the day on which it was filed with the Board, and by s-s. (6) this time is reduced to 14 days in the case of unopposed applications. The procedure for use on expropriation is set out in s. 41, and, by s-s. (1), a person who has leave to construct may apply to the Board for authority to expropriate. It is then imperative that the Board set a date for the hearing which is not fewer than 14 days after the date of that application. Subsection (2) provides for the applicant serving notice of the application and of the hearing "on such persons and in such manner as the Board may direct".

1973 CanLII 781 (ON SC)

It is not contended that Union Gas did not file all the maps and descriptions required, both on the application to vary the original order for leave to construct and the application to expropriate. The peculiar difficulty under the statute is that, when the application to vary was made, Union Gas did not, in my view, have leave to construct over the lands for which expropriation was sought. If it is said that the appellants, whose decision to object was well known to the Board at least from the time when it was disclosed in the application of Union Gas to vary, were delinquent in not filing objection in writing within 14 days, it must be said also that they were entitled by the terms of the statute to rely on the fact that the Board would proceed according to its provisions in two stages, and that no application for expropriation could ever be made or considered before the application to vary -- treated by the Board itself as an application for leave to construct -- had been made and determined. What they got in fact was notice of both the application to vary and the application to expropriate on the same day, 15 days before the date set for the return of both applications, and contrary to the provisions of ss. 40 and 41 of the Ontario Energy Board Act.

I am quite unable to say that what I have found to be a failure to comply with the express terms of the statute did not prevent counsel for the appellants from making as full a defence of the appellants' position as he could have done had the proper procedure been observed. Much has been said on behalf of the respondents to the effect that it did not and that his actions amounted to waiver of the appellants' right in this respect. With these contentions I cannot agree. The appellants received no notice of the application of 1971 for which order No. 152 was issued. On the application of 1972 to vary that order only references by the way were made to the evidence of public interest in the construction of the transmission line as a whole. A transcript of those proceedings in 1971, of which Micelli had notice but not the appellants, was not made available to Mr. Gatti until November 3, 1972. Reading the transcript of the proceedings of which they did have notice and in which their counsel took part, it seems to me that, within the narrow limits of the time allowed him, he made two things clear: first, that he was not as

1973 CanLII 781 (ON SC)

familiar as everybody else who took part with what had transpired, particularly with the arguments and evidence in favour of taking the line through the property of Micelli and the City of Windsor which would have saved that of his clients from eventual expropriation, and second, that the Board deprived itself of jurisdiction by failing to comply with the provisions of ss. 38, 40 and 41. I do not think it is necessary to consider the other grounds upon which the appeal and the application for judicial review are based. The respondent Union Gas should begin again, and the Ontario Energy Board reconsider the applications in the order, and subject to the time-limits prescribed in the statute, on the assumption that the application to vary EBLO 152 was an application for leave to construct de novo and not such a variation of an order as is contemplated in s. 31. The orders appealed from should be set aside and the matter remitted to the Board for this purpose. The respondent company should pay the costs of the appeal.

Leave granted; appeal allowed.

1973 CanLII 781 (ON SC)

TAB 7

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*

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*

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.

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.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Honour of the Crown — Aboriginal peoples — Aboriginal rights — Right to consultation — British Columbia authorized project altering timing and flow of water in area claimed by First Nations

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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 la 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.

2010 SCC 43 (CanLII)

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*

2010 SCC 43 (CanLII)

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 JJ.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

2010 SCC 43 (CanLII)

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.

2010 SCC 43 (CanLII)

Peter W. Hutchins and *David Kalmakoff*, for the intervener the Assembly of First Nations.

Written submissions only by *Mervin C. Phillips*, for the intervener the Standing Buffalo Dakota First Nation.

Arthur C. Pape and *Richard B. Salter*, for the intervener 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 intervener the Independent Power Producers Association of British Columbia.

Written submissions only by *Harry C. G. Underwood*, for the intervener Enbridge Pipelines Inc.

Written submissions only by *C. Kemm Yates*, *Q.C.*, for the intervener 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.

2010 SCC 43 (CanLII)

[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 nº 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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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 intervener 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 Power 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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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 JJ.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).

2010 SCC 43 (CanLII)

[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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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* :

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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*

2010 SCC 43 (CanLII)

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 Haïda*, 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 Haïda* (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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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.

2010 SCC 43 (CanLII)

(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 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 Haïda*, 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

2010 SCC 43 (CanLII)

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 nonrespect de l'obligation de consulter peut donner droit à diverses réparations, dont l'indemnisation. Pour que naisse une nouvelle obligation de

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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.

2010 SCC 43 (CanLII)

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 Haïda*, 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

2010 SCC 43 (CanLII)

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 prévoie 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 équivaudrait 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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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 raisonnabilité. 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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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.

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] 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.

[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 raisonnabilité (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 raisonnabilité, 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] 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

[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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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

2010 SCC 43 (CanLII)

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.

2010 SCC 43 (CanLII)

[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

2010 SCC 43 (CanLII)

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 resevoir 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 nº 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

2010 SCC 43 (CanLII)

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.

2010 SCC 43 (CanLII)

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.

2010 SCC 43 (CanLII)

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.

2010 SCC 43 (CanLII)

TAB 8

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.*

File No.: 17006.

1984: October 23; 1985: November 21.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

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

James Matthew Simon *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et

L'Union of New Brunswick Indians, Inc., le Native Council of Nova Scotia, Procureur général du Canada, Procureur général de l'Ontario et Procureur général du Nouveau-Brunswick *Intervenants.*

N° du greffe: 17006.

1984: 23 octobre; 1985: 21 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Indiens — Droits issus des traités — Droit de chasse — Loi provinciale qui limite ce droit — Les droits issus des traités prévalent-ils? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88 — Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, chap. 163, art. 150(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

L'appelant, un Indien micmac inscrit, a été déclaré coupable aux termes du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act* de la Nouvelle-Écosse, de possession d'une carabine et de cartouches de fusil. Bien qu'il ait admis tous les éléments essentiels des accusations, l'appelant a allégué que le droit de chasser, établi dans le Traité de 1752, combiné avec l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, lui offrait l'immunité à l'égard de poursuites fondées sur la loi provinciale. L'article 4 de ce traité prévoit que les Micmacs auront la «Liberté de chasser et de pêcher comme de coutume» et l'art. 88 prévoit que les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux Indiens, sous réserve des termes d'un traité. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance selon laquelle le Traité de 1752 n'exemptait pas l'appelant de l'application des dispositions de la *Lands and Forests Act* provinciale. La question soulevée en l'espèce est de savoir si l'appelant jouit de droits de chasse, en vertu du Traité de 1752 et de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui empêchent qu'il soit poursuivi à l'égard de certaines infractions à la *Lands and Forests Act*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le gouverneur Hopson et les Micmacs avaient compétence pour conclure le Traité de 1752 et ils l'ont fait

1985 CanLII 11 (SCC)

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.

avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires. Le traité constitue une source positive de protection contre les violations des droits de chasse et le fait que ces droits existaient avant le traité en vertu du droit général autochtone ne nie ni ne diminue l'importance des droits protégés par le traité. Bien que le droit de chasse ne soit pas absolu, il doit, pour être efficace, comprendre les activités qui sont raisonnablement accessoires, comme se déplacer jusqu'au terrain de chasse avec le matériel nécessaire et posséder une carabine de chasse et des munitions placées de manière sûre.

Le Traité de 1752 continue d'être en vigueur. Les principes du droit international qui se rapporte à la résolution des traités ne sont pas déterminants, car un traité avec les Indiens est unique et *sui generis*. En outre, rien dans la conduite britannique postérieure à la conclusion du traité ni dans les hostilités de 1753 n'indique que la Couronne considérait que le traité avait pris fin. L'extinction des droits de chasse protégés par le traité n'a pas non plus été établie. La Cour n'exprime pas d'opinion sur la question de savoir si les droits peuvent être éteints.

L'appelant est un Indien visé par le traité. C'est un Indien micmac inscrit qui vit dans la même région que la tribu originaire d'Indiens micmacs qui était partie au traité. Ceci constitue un élément de preuve suffisant pour démontrer le lien entre l'appelant et cette tribu. Compte tenu de la tradition micmaque de ne pas mettre les choses par écrit, exiger plus, comme établir la descendance directe, serait impossible et aurait pour effet de rendre sans valeur tout droit de chasse qu'un Indien micmac d'aujourd'hui aurait par ailleurs.

Le Traité de 1752 constitue une obligation exécutoire entre les Indiens et la Couronne et par conséquent est visé par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. L'article 88 s'applique à tous les accords conclus par la Couronne avec les Indiens qui seraient par ailleurs des traités exécutoires, qu'il y ait ou non cession de terre.

La possession par l'appelant d'une carabine et de munitions placées de manière sûre est liée à son droit de chasse issu d'un traité et n'est pas limitée par le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui ne s'applique qu'aux lois provinciales, a pour effet d'exempter les Indiens de l'application de textes législatifs qui limitent les termes d'un traité ou qui contreviennent à ceux-ci et doit prévaloir sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

Il n'est pas nécessaire d'examiner l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* puisque l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* vise la présente situation et accorde la protection nécessaire à l'appelant.

1985 CanLII 11 (SCC)

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* (1969), 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. M'Intosh*, 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. (2d) 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), (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.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *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* (1969), 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 c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, confirmé par [1965] R.C.S. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; *Pawis c. La Reine*, [1980] 2 C.F. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *Johnson v. M'Intosh*, 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. (2d) 449; *R. v. George*, [1966] R.C.S. 267; *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 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; distinction d'avec l'arrêt *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89.

Lois et règlements cités

Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, chap. 163, art. 150.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13), (16).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88.

Doctrine citée

MacKenzie, N. A. M. «Indians and Treaties in Law» (1929), 7 *R. du B. can.* 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.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1982), 49 N.S.R. (2d) 566, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité par le juge Kimball. Pourvoi accueilli.

Bruce H. Wildsmith et *Graydon Nicholas*, pour l'appelant.

1985 CanLII 11 (SCC)

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.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—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

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;

Robert E. Lutes et *Brian Norton*, pour l'intimée.

Graydon Nicholas, pour l'intervenant l'Union of New Brunswick Indians, Inc.

J. P. Merrick, c.r., et *Bruce Clarke*, pour l'intervenant le Native Council of Nova Scotia.

John Rook et *Martin Freeman*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

J. T. S. McCabe, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

J. T. Keith McCormick, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La présente affaire soulève la question importante de l'interaction entre les droits des peuples autochtones découlant des traités et la loi provinciale. Le droit de chasse, qui demeure important pour la subsistance et le mode de vie du peuple micmac, est entré en conflit avec la loi sur la protection de la faune en vigueur dans la province de la Nouvelle-Écosse. La question principale dont est saisie cette Cour est de savoir si, en vertu d'un traité, conclu en 1752 entre la Couronne britannique et les Micmacs, et de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, l'appelant, James Matthew Simon, jouit de droits de chasse qui font en sorte qu'il ne peut être poursuivi pour des infractions à la *Lands and Forests Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 163.

I

Les faits

L'appelant est membre de la bande Shubenacadie Indian Brook (nº 2) du peuple micmac et est un Indien inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Il a été accusé, en vertu du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*, de possession d'une carabine et de cartouches. Voici le texte des deux accusations:

[TRADUCTION] Le 21 septembre 1980 sur la route West Indian, dans le comté de Hants en Nouvelle-Écosse, (il) a commis l'infraction de possession illégale d'une cartouche chargée de plombs d'un calibre supérieur au calibre AAA, contrairement au paragraphe 150(1) de la *Lands and Forests Act*;

1985 CanLII 11 (SCC)

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.

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

et

[TRADUCTION] Le 21 septembre 1980 sur la route West Indian, dans le comté de Hants en Nouvelle-Écosse, [il] a commis l'infraction de possession illégale d'une carabine en dehors de la saison de chasse, contrairement au paragraphe 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

Le paragraphe 150(1) de la *Lands and Forests Act* prévoit:

[TRADUCTION] **150** (1) À l'exception de ce qui est prévu dans le présent article, nul ne doit prendre, transporter ou avoir en sa possession une cartouche de fusil chargée d'une balle ou de plombs d'un calibre supérieur au calibre AAA ou une carabine,

a) dans une forêt, un bois ou tout autre refuge d'orignal ou de cerf; ou

b) sur une route qui traverse ou longe cette forêt, ce bois ou cet autre refuge; ou

c) dans une tente, dans un camp ou tout autre abri (à l'exception de son lieu de résidence permanente habituelle) dans une forêt, un bois ou un autre refuge.

Au procès devant le juge R.E. Kimball, l'appelant a reconnu les principaux faits suivants:

1. L'appelant James Matthew Simon est un Indien inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* et un membre adulte de la bande d'Indiens micmacs Shubenacadie Indian Brook. Il est membre de la bande Shubenacadie numéro 02.

2. Le 21 septembre 1980 vers 15 h 30, il conduisait un camion Chevrolet sur la route West Indian, une voie publique dans le comté de Colchester en Nouvelle-Écosse. Cette route n'est pas située dans une réserve indienne mais est contiguë à la réserve indienne Shubenacadie.

3. Simon a été arrêté par la G.R.C. Il a été trouvé en possession d'une carabine de calibre .243 en état de fonctionner et munie d'un télescope, et d'une cartouchière en cuir contenant six cartouches pleines et deux cartouches vides de calibre .243, ainsi que deux cartouches pour fusil de calibre 12 chargées de plombs d'un calibre supérieur au calibre AAA, et ce en dehors de la saison de chasse, le tout au sens du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act* et des autres dispositions et règlements pris en vertu de la Loi.

4. Un spécialiste des armes à feu a essayé la carabine et a jugé qu'elle était en état de fonction-

1985 CanLII 11 (SCC)

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.

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*.

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.)

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 Acadie. Vice Admiral of the same & Colonel of one of His Majesty's

ner. Toutes les cartouches pleines ont également été examinées et jugées en état de fonctionner. On a conclu que toutes les cartouches avaient été éjectées de la chambre de la carabine et non de son magasin. Les deux cartouches vides ont été déchargées au moyen de la carabine.

5. Simon n'avait aucun permis ni aucune autre autorisation en vertu de la *Lands and Forests Act* lui permettant d'être en possession de la carabine, des cartouches de carabine et des cartouches de fusil.

6. La route West Indian traverse ou longe une forêt, un bois ou un autre refuge fréquenté par l'orignal ou le cerf.

Bien que tous les éléments essentiels des accusations aient été admis par Simon, on a allégué pour son compte au procès que le droit de chasser, énoncé dans le Traité de 1752, combiné avec l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, lui conférait l'immunité contre des poursuites fondées sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

Voici le texte de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*:

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant.

(C'est moi qui souligne.)

Le Traité de 1752, dont la partie pertinente prévoit à l'article 4 que les Micmacs auront la [TRADUCTION] «Liberté de chasser et de pêcher comme de coutume», est ainsi rédigé:

Traité ou
Articles de la Paix et de L'Amitié Renouvellée
«Entre»

Son Excellence Peregrine Thomas Hopson Ecuyer Capitaine Général du Gouverneur en Chef pour le Roy de la Grande Bretagne de la Province de la Nouvelle Écosse de L'Acadie Vice Admiral de la ditte Province et Colo-

1985 CanLII 11 (SCC)

Regiments of Foot, and His Majesty's Council on behalf of His Majesty.

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 Norridgwolk & 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 promisses for the Strickt 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 Truck-

nel d'un Régiment d'Infanterie et le Conseil de sa Majesté Dans cette Province en faveur de la ditte Majesté d'une Part —

et

Le Major Jean Baptiste Cope Chef Sachem de la Tribu des Sauvages Mick Mack habitans les Côtes de l'Est de la ditte province et Andrew Hadley Martin, Gabriel Martin et François Jeremie Membres et envoyés de la susdite Tribu pour eux mêmes et leurs héritiers et les Héritiers de leurs Héritiers à Jamais d'une autre Part le dit Traité commencé fait et conclu dans la manière Forme et Teneur qui s'ensuivent.

1°. On Est convenu que les Articles de Soumission et d'Agrément fait à Boston dans le Nouvelle Angleterre par les Sauvages députés de Penobscot Norridgwolk et de la Rivière de S^t Jean dans l'Année 1725 ratifié et confirmé par toutes les Tribus de la Nouvelle Écosse à Annapolis Royale dans le Mois de Juin 1726 et dernièrement renouvellés avec le Gouverneur Cornwallis à Halifax et ratifés de la rivière S^t Jean maintenant lus entièrement, expliqués et interprétés sont et seront de ce Jour et aux Jours à venir renouvellés réitérés et Conformés pour toujours par les susdits Sauvages et leur Tribu et que les susdits sauvages pour eux mêmes pour leur Tribu et pour leurs descendants susdits font et Renouvellent les mêmes soumissions solemnelles et les mêmes promesses pour l'étroite Observance de tous les Articles Contenus dans ces Traités comme il a été fait jusqu'à présent.

2°. Que tout ce qui est passé de part et d'autre pendant la dernière guerre sera entièrement oublié des deux Cotés, et que la Hache sera enterrée et que le Gouvernement de sa Majesté dans cette province Accordera toute sorte d'Amitié de faveur et de Protection aux lesdits Sauvages.

3°. Que la Tribu susditte fera tout son possible pour engager les autres sauvages à renouveller et à ratifier cette présente paix, qu'ils avertiron découvriront et feront sçavoir tous les Dessins ou les Enterprizes que pourroient faire les autres Sauvages ou quelqu'autres Enemis que ce soit contre les Sujets de sa Majesté habitans dans cette Province et cela aussitôt qu'ils en auront connissance. Et de plus, ils feront tous leurs Efferts pour s'y opposer D'une autre part si quelques Sauvages refusants de ratifier cette Paix fait la Guerre à la Tribu qui vient de la Confirmer, aussitôt que cette ditte Tribu en aura porté ses plaintes elle recevra du Gouvernment telle Assistance et tel Secours que le cas pourroit le requérir.

4°. On est plus Convenu que la susditte Tribu des Sauvages, ne sera aucunement empêchée mais au contraire, aura une entière Liberté de chasser et de pêcher

1985 CanLII 11 (SCC)

house 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 Majesty's 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.

comme de coutume. Et qu'au cas que les dits Sauvages demandassent quil leur fut alloué un Magazin d'Echange sur la Rivière Chubenaccadie, ou dans toute autre Place de leurs Habitations, ils en aurront un de batis remplis des Marchandizes convenables pour être échangées avec celles des Sauvages, et qu'au même tems les dits Sauvages auront un entière Liberté d'apporter vendre à Halifax ou dans quelqu'autre Plantation que ce soit dans cette Province, les Pelletries, Vollailles Poissons, et toute autre Chose quils auront à vendre et le tout a tel Avantage quils en pourront tirer.

5°. Que l'on donnera aux susdits Sauvages chaque six Mois à venir telle Quantité de Biscuits, Fleure et telles autres Provisions qui seront Jugées nécessaires et que l'on pourra avoir dans le Temps pour leurs familles et à proportion de leurs nombre, et qu'on aura les mêmes égards pour les autres Tribus de Sauvages qui dans la Suitte pourroient ou voudroient accéder renouveller et ratifier cette présente Paix dans les Termes et sous les Conditions ci mentionnées.

6°. Que pour entretenir une bonne Harmonie et une Correspondence mutuelle entre les susdits Sauvages et ce Gouvernement, Son Excellence Peregrine Thomas Hopson Ecuyer, Capitaine Général et Gouverneur en Chef pour La Majesté de la Province de la Nouvelle Écosse ou Acadie vice Admiral de la ditte Province et Colonel d'un Régiment d'Infanterie, promet, pour Sa Majesté Brittannique de donner en présents audits Sauvages chacque Année au premier d'Octobre aussi longtems que les dits Sauvages observeront les Articles susdits mentionés et demeureront Amis, des Couvertures (c'est-à-dire) Blanquets, du Tabac, de la Poudre et du petit Plomd. Que d'autre part les susdits Sauvages promettent de venir chacque Année au premier du susdit mois d'Octobre eux mêmes ou leurs Députés recevoir les susdits Présents et renouveller leurs Amitiés et leurs Soumissions.

7°. Que les susdits Sauvages feront tout ce qui sera en leur pouvoir pour sauver la vie et les Effets de quelque personne que ce soit, dont les vaisseaux viendroient a échouer sur les Côtes qu'ils habitent, et amèneront, les peuples et les Effects, qu'ils auront sauvés à Halifax où ils seront récompensé selon la valeur de susdits Effets.

8°. Que toutes les disputes de quelque nature qu'elles soient qui pourroient arriver ou s'élever entre les Sauvages actuellement en paix et quelqu'autres Sujets de sa Majesté que se soit, seront ameneas devant la Court de Justice de sa Majesté pour les Causes Civils devant laquelle Court lesdits Sauvages Jouiront des mêmes Bénéfices, Privilèges et Advantages que toute autre Sujet de sa Majesté.

1985 CanLII 11 (SCC)

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

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.

En Foi et en Témoignage de Quoi on a apposé le Grand Seau de ladite Province et les Parties y ont réciproquement souscroites et Signés dans la Chambre du Concel à Halifax le 22me Novembre 1752 dans la 26me Année du Règne de sa Majesté.

(Signatures supprimées.)

(C'est moi qui souligne.)

II

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse

Pour les fins de sa décision, le juge Kimball a présumé que le document de 1752 était un traité valide et que l'appelant avait le droit de réclamer sa protection à titre de descendant direct de la bande d'Indiens micmacs originaire. Néanmoins, il a déclaré l'appelant coupable. La meilleure façon de résumer sa conclusion, fondée en grande partie sur l'arrêt *R. v. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460 (C.A.N.-É.), est de reprendre ses propres termes:

[TRADUCTION] Je suis convaincu qu'aucun droit que le défendeur peut avoir de chasser en dehors de la réserve ne s'applique à l'endroit où l'infraction a été commise. À mon avis, le droit que peut avoir le défendeur de chasser sur ledit terrain a été éteint «par concession de la Couronne à d'autres ou par occupation de l'homme blanc». Il y a peu d'éléments de preuve pour établir la nature de l'endroit en question, toutefois les faits admis établissent que le défendeur était à ce moment-là le seul occupant d'un véhicule qui circulait sur la route West Indian, une voie publique dans le comté de Colchester en Nouvelle-Écosse et que la route n'est pas située dans une réserve indienne mais est contiguë à la réserve indienne Shubenacadie. Je suis convaincu que l'endroit en question est une région largement occupée et cultivée par l'homme blanc en tant que région rurale d'agriculture mixte et d'industrie laitière. Je suis disposé à admettre d'office le fait que la région est constituée de terres où le droit de chasser n'existe désormais plus parce que les terres ont été colonisées et occupées par l'homme blanc à des fins d'agriculture et que les concessions de la Couronne ont été accordées aux agriculteurs depuis longtemps, de sorte que le droit d'utiliser ou d'occuper lesdites terres à des fins de chasse, qui aurait pu à une certaine époque exister au profit du défendeur ou de ses ancêtres, est depuis longtemps éteint.

1985 CanLII 11 (SCC)

Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division

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?

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*.

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".

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.

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

Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel

Un appel par voie d'exposé de cause à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été rejeté (publié à (1982), 49 N.S.R. (2d) 566). La question posée par le juge Kimball en vue d'obtenir un avis était la suivante:

[TRADUCTION] Ai-je commis une erreur de droit en statuant que le Traité de 1752 n'exempte pas l'accusé, un Indien micmac, de l'application des dispositions du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*?

Le juge Macdonald (avec l'appui du juge Hart) a rejeté, pour trois motifs, l'argument de l'appelant selon lequel le Traité de 1752 était un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, ce qui lui aurait accordé une immunité à l'égard des dispositions de la *Lands and Forests Act*.

D'abord, il a conclu que le Traité de 1752 n'accordait aucune source positive de protection aux droits de chasse. Sur ce point, le juge Macdonald a cité l'arrêt *R. v. Cope* (1982), 49 N.S.R. (2d) 555 (C.A.N.-É.), dans lequel le juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse a conclu à la p. 564 que la clause du Traité de 1752 qui reconnaissait la liberté de chasser et de pêcher était [TRADUCTION] «par ses termes et par le fond, très loin de constituer la concession par la Couronne d'une franchise ou d'un privilège spécial remplaçant des droits autochtones plus vagues» et que le document ne pouvait [TRADUCTION] «être considéré comme un traité accordant ou conférant de nouveaux droits permanents».

Ensuite, le juge Macdonald a conclu que, même si le traité a été valide à une certaine époque, il avait effectivement pris fin en 1753, lorsque le chef micmac, Major Jean Baptiste Cope, et sa bande ont tué six Anglais à Jeddore. Le juge Macdonald a souligné qu'il s'agissait d'un traité de paix et que la reprise des hostilités par les Indiens en Nouvelle-Écosse mettait fin automatiquement et pour toujours aux obligations envers eux qui découlaient du traité.

Enfin, le juge Macdonald a déclaré que, même si sa conclusion selon laquelle le traité avait pris fin à cause des actions des Indiens était erronée, l'appelant ne pouvait de toute façon pas réclamer la protection du traité parce qu'il n'avait pas établi

1985 CanLII 11 (SCC)

any connection by "descent or otherwise" with the original group of Indians.

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.

The appeal was accordingly dismissed and the convictions were affirmed.

III

The Issues

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*?

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*?

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*.

de relation par [TRADUCTION] «descendance ou autrement» avec le groupe d'Indiens originaire.

Dans un jugement au même effet, le juge Jones a ajouté qu'il ressortait clairement de la jurisprudence, en particulier de l'arrêt *R. v. Isaac*, précité, que tous les droits de chasse et de pêche des Indiens en vertu de l'expression [TRADUCTION] «tout traité ou autrement» ont été limités aux réserves. En outre, le juge Jones a conclu qu'il incombait à l'appelant, quand il demande d'être soustrait à l'application des lois générales de la province en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, de démontrer qu'il exerçait un droit de «chasser ... comme de coutume» en vertu du traité. À son avis, il ne s'est pas acquitté de cette obligation.

Par conséquent, l'appel a été rejeté et les déclarations de culpabilité ont été confirmées.

III

Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes:

1. Le Traité de 1752 a-t-il été validement créé par des parties compétentes?
2. Le traité contient-il un droit de chasse et quelle est la nature et la portée de ce droit?
3. Le traité a-t-il pris fin ou a-t-il été limité?
4. L'appelant est-il visé par le traité?
5. Le traité est-il un «traité» au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?
6. Les droits de chasse prévus au traité protègent-ils l'appelant contre une poursuite fondée sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*?

De plus, la question constitutionnelle suivante a été formulée par le juge en chef Laskin:

Les droits de chasse visés dans le document intitulé «Traité ou Articles de la Paix et de L'Amitié Renouvellée» qui a été signé le 22 novembre 1752, sont-ils des droits existants issus de traités reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans son mémoire, l'appelant demande à cette Cour de disposer du pourvoi sur le seul fondement de l'effet du Traité de 1752 et de l'art. 88 de la *Loi*

1985 CanLII 11 (SCC)

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?

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.

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.

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.

sur les Indiens. Par conséquent, si le traité ne soustrait pas l'appelant à l'application du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*, il demande que le pourvoi soit rejeté, sous réserve de la position des Micmacs fondée sur les autres traités et les droits autochtones. L'intimée est d'accord avec cette manière de procéder. Par conséquent, je limiterai mes observations au Traité de 1752 et à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Il ne sera pas nécessaire de traiter des droits autochtones, de la Proclamation royale de 1763 ou des autres droits issus des traités.

IV

Le Traité de 1752 a-t-il été validement créé par des parties compétentes?

L'intimée a soulevé la question de la capacité des parties pour deux raisons qui sont indiquées à la p. 8 du mémoire:

[TRADUCTION] La question de la capacité est soulevée afin de souligner que le Traité de 1752 avait un statut inférieur à celui d'un traité international et par conséquent pouvait prendre fin plus facilement. La question est également soulevée pour donner au document un contexte juridique historique étant donné que cette question a déjà été soulevée dans des affaires antérieures.

La question de savoir si le Traité de 1752 constitue un traité de type international est pertinente seulement en ce qui a trait à l'argument de l'intimée concernant les critères juridiques applicables à l'extinction du traité. Par conséquent, j'examinerai cette question en relation avec la question de savoir si le Traité de 1752 a pris fin en raison des hostilités entre les Britanniques et les Micmacs en 1753.

Le contexte juridique historique fourni par l'intimée est principalement constitué par la décision de 1929 du juge Patterson *R. v. Syliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307 (C. de Cté) et les commentaires doctrinaux qu'elle a entraînés immédiatement après qu'elle a été rendue. Dans l'affaire *Syliboy*, le juge Patterson a examiné la question de la capacité des parties de conclure un traité aux pp. 313 et 314:

[TRADUCTION] Deux considérations entrent en ligne de compte. Premièrement, les Indiens de la Nouvelle-Écosse avaient-ils qualité pour conclure un traité? Deuxièmement, le gouverneur Hopson avait-il le pouvoir d'en conclure un avec eux? D'après moi, il faut répondre par la négative aux deux questions.

1985 CanLII 11 (SCC)

(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 Britian 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.

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.

1) «Les traités sont des actes libres de puissances indépendantes». Toutefois les Indiens n'ont jamais été considérés comme une puissance indépendante. Une nation civilisée qui découvre la première un pays peuplé de gens non civilisés ou de sauvages considère ce pays comme le sien jusqu'à ce qu'il soit cédé par traité à une autre nation civilisée. Les droits de souveraineté et même de propriété des sauvages n'ont jamais été reconnus. La Nouvelle-Écosse est passée à la Grande-Bretagne non pas par cadeau ou par achat aux Indiens ni même par leur conquête, mais par traité avec la France qui l'avait acquise par priorité de découverte et possession ancienne; et les Indiens sont passés avec elle.

En réalité, le simple fait que certains Indiens ont cherché à obtenir du gouverneur le privilège ou le droit de chasser comme de coutume en Nouvelle-Écosse indique qu'ils ne prétendaient pas constituer une nation indépendante qui possédait des terres ou qui en était propriétaire. S'ils l'étaient, pourquoi demander ce privilège ou ce droit à une autre nation et promettre de bien se conduire s'ils l'obtiennent? À mon avis, le Traité de 1752 n'est absolument pas un traité et il ne doit pas être considéré comme tel; il s'agit tout au plus d'un simple accord conclu entre le gouverneur et le conseil et une poignée d'Indiens leur donnant, en échange de leur bonne conduite, de la nourriture, des présents et le droit de chasser et de pêcher comme de coutume — un accord qui, comme nous l'avons vu, a été rompu peu après.

2) Le gouverneur Hopson avait-il le pouvoir de conclure un traité? Je ne le crois pas. «Les traités ne peuvent être conclus que par les autorités constituées des nations ou par des personnes spécialement désignées par elles à cette fin». De toute évidence, notre traité n'a pas été conclu avec les autorités constituées de la Grande-Bretagne. Toutefois, le gouverneur Hopson était-il spécialement désigné par celles-ci? La commission de Cornwallis constitue le mandat confié non seulement à lui-même, mais à ses successeurs et vous y chercherez en vain le pouvoir de signer des traités.

Il convient de remarquer que le langage utilisé par le juge Patterson, illustré dans ce passage, traduit les préjugés d'une autre époque de notre histoire. Un tel langage n'est désormais plus acceptable en droit canadien et est en effet incompatible avec une sensibilité grandissante à l'égard des droits des autochtones au Canada. En ce qui a trait au fond de l'exposé du juge Patterson, si on laisse de côté pour le moment la question de savoir si les traités sont des documents de type international, ses conclusions à l'égard de la capacité ne sont pas convaincantes.

1985 CanLII 11 (SCC)

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. 100 (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.

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

Aucun tribunal, à l'exception de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse en l'espèce, n'a souscrit de façon explicite à la conclusion du juge Patterson selon laquelle les Indiens et le gouverneur Hopson n'avaient pas la capacité nécessaire pour conclure un traité exécutoire. On a implicitement présumé que le Traité de 1752 avait validement été créé dans *R. v. Simon* (1958), 124 C.C.C. 110 (C.A.N.-B.); *R. v. Francis* (1969), 10 D.L.R. (3d) 189 (C.A.N.-B.); *R. v. Paul* (1980), 30 N.B.R. (2d) 545 (C.A.); *R. v. Cope*, précité; *R. v. Atwin and Sacobie*, [1981] 2 C.N.L.R. 99 (C.P.N.-B.); *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 (C. Prov.) Dans *R. v. Isaac*, précité, le juge Cooper, après avoir souligné les conclusions du juge Patterson sur la validité du Traité de 1752, a exprimé un doute sur leur justesse à la p. 496:

> [TRADUCTION] Le *Traité de 1752* a été examiné dans *Rex v. Syliboy* ... Dans cette affaire, le juge suppléant Patterson de la Cour de comté a conclu qu'il ne s'étendait pas aux Indiens du Cap Breton et en outre qu'il ne s'agissait pas vraiment d'un traité. J'ai certains doutes quant à la seconde conclusion et je n'exprime aucune opinion à ce sujet, toutefois je n'ai aucun doute quant à la justesse de la première conclusion.

N. A. M. MacKenzie dans «Indians and Treaties in Law» (1929), 7 *R. du B. can.* 561, a exprimé son désaccord avec la décision du juge Patterson selon laquelle les Indiens n'avaient pas la capacité et le gouverneur, le pouvoir, de conclure un traité valide. MacKenzie dit à la p. 565:

> [TRADUCTION] Quant à la capacité des Indiens de contracter et au pouvoir du gouverneur Hopson de conclure un tel accord, avec tout le respect à l'égard de son honneur, il semble que les deux aient été présents. De nombreux traités et accords d'un caractère semblable ont été conclus par la Grande-Bretagne, la France, les États-Unis d'Amérique et le Canada avec des tribus indiennes habitant ce continent et ces traités et accords ont été et sont toujours considérés comme exécutoires. Le gouverneur Hopson n'avait pas non plus besoin de «pouvoirs» spéciaux pour conclure un tel accord. D'habitude, les «pouvoirs complets» qui sont conférés spécialement sont essentiels pour négocier de façon appropriée un traité, toutefois les Indiens n'étaient pas sur un pied

1985 CanLII 11 (SCC)

representative of His Majesty and as such had sufficient authority to make an agreement with the Indian tribes.

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?

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?

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

d'égalité avec un état souverain et moins de formalités étaient nécessaires dans leur cas. Le gouverneur Hopson était le représentant de Sa Majesté et, à ce titre, il avait le pouvoir nécessaire pour conclure un accord avec les tribus indiennes.

Le traité a été conclu dans l'intérêt de la Couronne britannique et du peuple micmac, pour maintenir la paix et l'ordre ainsi que pour reconnaître et confirmer les droits de chasse et de pêche existants des Micmacs. À mon avis, le gouverneur et les Micmacs ont conclu le traité avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires qui seraient solennellement respectées. Il prévoyait également un mécanisme pour régler les litiges. Le chef micmac et les trois autres signataires micmacs, à titre de délégués du peuple micmac, possédaient l'entière capacité de conclure un traité exécutoire pour le compte des Micmacs. Le gouverneur Hopson était le délégué et le représentant légal de Sa Majesté Le Roi. Il est juste de présumer que les Micmacs ont cru que le gouverneur Hopson, agissant pour le compte de Sa Majesté Le Roi, avait le pouvoir nécessaire pour conclure un traité valide avec eux. Je suis d'avis de conclure que le Traité de 1752 a été validement créé par des parties compétentes.

V

Le traité contient-il un droit de chasse et quelle est la nature et la portée de ce droit?

L'article 4 du Traité de 1752 prévoit, «On est plus Convenu que la susditte Tribu des Sauvages, ne sera aucunement empêchée mais au contraire, aura une entière Liberté de chasser et de pêcher comme de coutume.» Quelle est la nature et la portée de la «Liberté de chasser et de pêcher» contenue dans le traité?

Les juges de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse à la majorité ont semblé estimer que le traité contenait simplement une reconnaissance générale de droits autochtones préexistants non issus des traités et ne constituait pas une source indépendante de protection des droits de chasse sur lesquels l'appelant pourrait se fonder. À mon avis, le traité, en prévoyant que les Micmacs ne seraient pas empêchés de chasser et de pêcher mais auraient la liberté de le faire comme de coutume,

1985 CanLII 11 (SCC)

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.

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".

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.

First of all, I do not read the phrase "as usual" as refering 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.

constitue une source positive de protection contre les violations des droits de chasse. Le fait que le droit de chasse existait déjà au moment où le traité a été conclu en vertu du droit général autochtone des Micmacs de chasser ne nie ni ne diminue l'importance de la protection des droits de chasse expressément compris dans le traité.

Une telle interprétation est conforme à l'opinion généralement acceptée selon laquelle les traités avec les Indiens doivent être interprétés en faveur de ceux-ci de façon juste, large et libérale. Ce principe d'interprétation a été très récemment confirmé par cette Cour dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29. Voici ce que j'ai eu l'occasion de dire à la p. 36:

> Selon un principe bien établi, pour être valide, toute exemption d'impôts doit être clairement exprimée. Il me semble toutefois que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens . . . Dans l'affaire *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), on a conclu que les traités avec les Indiens [TRADUCTION] «doivent . . . être interprétés non pas selon le sens strict de [leur] langage . . . mais selon ce qui serait, pour les Indiens, le sens naturel de ce langage».

Ayant déterminé que le traité contient le droit de chasse, il est nécessaire d'examiner l'argument de l'intimée que le droit de chasse est limité à la chasse pour les fins habituelles en 1752 et au moyen des méthodes habituelles à cette époque à cause de l'inclusion de l'expression modificative «comme de coutume» après le droit de chasse.

Premièrement, je ne vois pas dans l'expression «comme de coutume» une référence aux types d'armes qui doivent être utilisées par les Micmacs ni une restriction à celles utilisées en 1752. Une telle interprétation imposerait une contrainte inutile et artificielle à la capacité des Micmacs de chasser qui ne correspondrait pas au principe que les traités avec les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale. En effet, l'inclusion de l'expression «comme de coutume» paraît traduire la préoccupation de voir le droit de chasse interprété d'une manière souple qui puisse évoluer avec les pratiques normales de chasse. L'expression assure ainsi que le traité constituera une source efficace de protection à l'égard des droits de chasse.

1985 CanLII 11 (SCC)

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.

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

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

Deuxièmement, l'intimée a soutenu que l'expression «comme de coutume» devrait être interprétée de manière à limiter la protection du traité à la chasse pour des fins non commerciales. Il est difficile de voir le fondement de cet argument en l'absence de preuve quant à la fin pour laquelle l'appelant chassait. De toute façon, l'article 4 du traité paraît viser la chasse pour des fins commerciales lorsqu'il mentionne la construction d'un poste de traite en tant que lieu d'échange et mentionne la liberté des Micmacs d'apporter du gibier pour le vendre: voir *R. v. Paul*, précité, à la p. 563, le juge Ryan, dissident en partie.

Il faudrait préciser à ce stade que, pour être réel, le droit de chasser doit comprendre les activités qui sont raisonnablement accessoires à l'acte de chasser lui-même, par exemple, se déplacer jusqu'au terrain de chasse avec le matériel de chasse nécessaire. En l'espèce, l'appelant n'a pas été accusé de chasser d'une manière contraire à la sécurité du public en violation de la *Lands and Forests Act*, mais de possession illégale d'une carabine et de munitions alors qu'il se trouvait sur une route qui traverse ou longe une forêt, un bois ou un refuge d'orignal ou de cerf contrairement au par. 150(1) de la Loi. L'appelant circulait simplement dans son camion sur une route avec une arme et des munitions. Il a soutenu qu'il allait chasser dans les environs. À mon avis, il ressort implicitement du droit accordé par l'article 4 du Traité de 1752 que l'appelant a le droit de posséder une arme et des munitions placées en sécurité pour lui permettre d'exercer son droit de chasse. Par conséquent, je conclus que l'appelant exerçait son droit de chasser en vertu du traité.

VI

Le traité a-t-il pris fin ou a-t-il été limité?

a) Résolution due aux hostilités

Conformément à la conclusion de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, le ministère public a soutenu que le Traité de 1752 avait pris fin et avait été rendu inapplicable lors de la reprise des hostilités entre les Micmacs et les Britanniques en 1753. L'appelant soutient que les hostilités alléguées avaient été isolées et mineures et n'avaient par conséquent pas annulé le traité ou mis fin à

1985 CanLII 11 (SCC)

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.

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.

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.

I would note that there is nothing in the British conduct subsequent to the conclusion of the Treaty

celui-ci. L'appelant a en outre soutenu, en se fondant sur l'ouvrage de L. F. S. Upton, *Micmac and Colonists: Indian - White Relations in the Maritimes 1713-1867* (1979), que les Anglais avaient commencé les hostilités et que, par conséquent, il ne devrait pas être permis au ministère public de se fonder sur celles-ci pour justifier l'extinction du traité. Finalement, l'appelant a soutenu que, même si la Cour conclut qu'il y avait eu des hostilités suffisantes pour avoir un effet sur le traité, il était tout au plus suspendu et non éteint.

Dans l'étude de l'effet des hostilités subséquentes sur le Traité de paix de 1752, les parties ont examiné le droit international applicable à l'extinction des traités. Bien qu'il puisse être utile dans certains cas de faire une analogie entre les principes du droit international des traités et les traités avec les Indiens, ces principes ne sont pas déterminants. Un traité avec les Indiens est unique; c'est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international. *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), aux pp. 617 et 618, confirmé par [1965] R.C.S. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, à la p. 631; *Pawis c. La Reine* [1980] 2 C.F. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602, à la p. 607.

Il se peut que dans certaines circonstances un traité puisse être éteint par la violation de l'une de ses clauses fondamentales. Il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce puisque les exigences en matière de preuve pour établir une telle extinction n'ont pas été remplies. Lorsqu'il a été établi qu'un traité valide a été conclu, la partie qui soutient qu'il a pris fin a le fardeau de démontrer les circonstances et les événements qui justifient son extinction. Les éléments de preuve contradictoires et non concluants présentés par les parties ne permettent pas à cette Cour de dire avec certitude ce qui s'est produit sur la côte est de la Nouvelle-Écosse il y a 233 ans. Par conséquent, la Cour n'est pas en mesure de trancher cette question historique. Le ministère public n'a pas réussi à démontrer que, à cause des hostilités subséquentes au Traité de 1752, celui-ci avait pris fin.

Il convient de souligner que rien dans la conduite britannique postérieure à la conclusion du

1985 CanLII 11 (SCC)

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.

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

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. M'Intosh*, 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.

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

Traité de 1752 et dans les hostilités alléguées n'indique que la Couronne considérait que le Traité avait pris fin. En effet, les directives royales de Sa Majesté du 9 décembre 1761 adressées notamment au gouverneur de la Nouvelle-Écosse, déclaraient que la Couronne [TRADUCTION] «était déterminée dans toutes les occasions à appuyer et à protéger les ... Indiens en ce qui a trait à leurs justes droits et possessions et à assurer l'inviolabilité des traités et des pactes qui ont été conclus avec eux ...» Ces directives royales constituaient le fondement de la proclamation publiée le 4 mai 1762 par Jonathan Belcher, lieutenant-gouverneur de la Nouvelle-Écosse, qui reprenait également les termes qui précèdent.

Je conclus de ce qui précède que le Traité de 1752 n'a pas pris fin à cause des hostilités de 1753. Le traité est tout aussi en vigueur aujourd'hui qu'il l'était au moment où il a été conclu.

b) Résolution par extinction

L'intimée fonde son argument que le Traité de 1752 s'est éteint sur les arrêts *R. v. Isaac*, précité, aux pp. 476 et 479, *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 321; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941), à la p. 347; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), aux pp. 586 à 588 et *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). L'intimée allègue que la Couronne détient la propriété absolue des terres visées par le traité et qu'elle a donc le droit d'éteindre tous droits des Indiens sur ces terres. Se fondant sur l'arrêt *Isaac*, l'intimée allègue en outre qu'en octroyant des concessions ou des baux entraînant l'occupation par l'homme blanc, la Couronne a effectivement éteint les droits autochtones en Nouvelle-Écosse sur le territoire situé hors des réserves. L'intimée fait valoir que, comme l'appelant a été arrêté sur la route en dehors de la réserve Shubenacadie, le Traité de 1752 ne lui offre aucune défense, indépendamment de la validité du traité en soi.

À mon avis, il n'est pas nécessaire de trancher de façon définitive l'argument de l'intimée. Vu la portée et la gravité des conséquences d'une conclusion selon laquelle le droit issu du traité a été

1985 CanLII 11 (SCC)

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".

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.

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".

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 unéteint, il semble approprié d'exiger une preuve absolue du fait qu'il y a eu extinction dans chaque cas où la question se pose. Comme le juge Douglas l'a dit dans l'arrêt *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, précité, à la p. 354 [TRADUCTION] «une extinction ne s'infère pas à la légère».

En l'espèce, l'appelant est accusé de possession d'une carabine et de munitions sur une route qui traverse ou longe une forêt, un bois ou un autre refuge. L'exposé conjoint des faits ne révèle pas si l'appelant avait chassé ou allait le faire, ni à quel endroit le cas échéant. Il n'y a notamment pas d'élément de preuve pour appuyer la conclusion que l'appelant avait chassé ou allait le faire sur la route, ce qui pourrait bien soulever des considérations différentes. Ainsi, l'arrêt de cette Cour *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89, n'est pas pertinent.

Il semble clair qu'à tout le moins, le traité reconnaît certains droits de chasse en Nouvelle-Écosse dans la réserve Shubenacadie et que tout Indien micmac qui en bénéficie a le droit accessoire de transporter un fusil et des munitions vers les endroits où il peut légalement les exercer. Dans cette optique, il importe de noter que les deux parties ont convenu que la route sur laquelle l'appelant a été arrêté «est contiguë à la réserve indienne Shubenacadie» et «traverse ou longe une forêt, un bois ou un autre refuge fréquenté par l'orignal ou le cerf».

L'intimée essaie de réfuter le droit apparent de l'appelant de transporter un fusil et des munitions en affirmant que les droits de chasse issus du traité ont été éteints. Pour que cet argument l'emporte, il est absolument essentiel, à mon avis, que l'intimée fasse la preuve de l'endroit où l'appelant chassait ou voulait chasser et de l'utilisation passée et actuelle de ces terres. Cette Cour ne peut pas examiner la doctrine d'extinction «en l'air»; l'intimée doit ancrer cet argument dans des terres déterminées. Ce n'est pas le cas en l'espèce. En l'absence de preuves relatives à l'endroit où la chasse a eu lieu ou devait avoir lieu et à l'utilisation des terres en question, il est impossible de déterminer s'il y a eu extinction des droits de chasse de l'appelant découlant du traité. De plus, il n'est pas nécessaire que cette Cour détermine si

1985 CanLII 11 (SCC)

necessary 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

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.

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.

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

ces droits ont été éteints parce que, à tout le moins, ils s'appliquaient à la réserve Shubenacadie voisine. Je ne veux pas que l'on considère que j'ai exprimé une opinion sur la question de savoir si, en droit, il peut y avoir eu extinction des droits issus du traité.

VII

L'appelant est-il un Indien visé par le traité?

L'intimée soutient que l'appelant n'a pas démontré qu'il est un descendant direct d'un membre de la bande d'Indiens micmacs originaire visée par le Traité de 1752. Le juge du procès a présumé que l'appelant était un descendant direct des Indiens micmacs qui étaient parties au traité. Par ailleurs, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse s'est fondée sur la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *R. v. Simon*, précité et a conclu que l'appelant n'avait pas établi de liens par «descendance ou autrement» avec le groupe originaire d'Indiens micmacs qui habitait la partie orientale de la Nouvelle-Écosse dans la région de Shubenacadie.

Avec égards, je ne suis pas d'accord sur ce point avec la Division d'appel. À mon avis, l'appelant a établi un lien suffisant avec la bande indienne signataire du Traité de 1752. Comme je l'ai mentionné précédemment, ce traité a été signé par Major Jean Baptiste Cope, chef de la tribu micmaque de Shubenacadie et trois autres membres et délégués de la tribu. Les signataires micmacs ont été décrits comme habitant la côte est de la Nouvelle-Écosse. L'appelant a admis au procès qu'il était un Indien inscrit aux termes de la *Loi sur les Indiens* et qu'il était un «membre adulte de la bande d'Indiens micmacs Shubenacadie-Indian Brook . . . [et était] membre de la bande Shubenacadie numéro 02». Par conséquent l'appelant est un Indien micmac Shubenacadie vivant dans la même région que la tribu originaire d'Indiens micmacs partie au Traité de 1752.

À mon avis, cet élément de preuve en lui-même est suffisant pour démontrer le lien existant entre l'appelant et la tribu visée à l'origine par le traité. Il est vrai que cet élément de preuve ne constitue pas une preuve concluante que l'appelant est un descendant direct des Indiens micmacs visés par le

1985 CanLII 11 (SCC)

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.

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*?

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 ...."

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.

Most of these arguments have already been addressed in this judgment and can be dealt with

Traité de 1752. Toutefois, il doit être suffisant, sinon aucun Indien micmac ne serait en mesure d'établir sa descendance. Les Micmacs ne tenaient aucun registre. Les traditions micmaques sont en grande partie de nature orale. L'imposition d'un fardeau de preuve impossible enlèverait effectivement toute valeur au droit de chasse qu'un Indien micmac Shubenacadie d'aujourd'hui aurait par ailleurs le droit d'invoquer en se fondant sur ce traité.

L'appelant, Simon, à titre de membre de la bande d'Indiens micmacs Shubenacadie-Indian Brook résidant dans l'est de la Nouvelle-Écosse, la région visée par le Traité de 1752, peut par conséquent invoquer le traité dans sa défense.

VIII

Le traité est-il un «traité» au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* prévoit: «Sous réserve des dispositions de quelque traité ... toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard ...»

La Division d'appel à la majorité a jugé qu'il était extrêmement douteux que le Traité de 1752 soit un «traité» au sens de l'art. 88, principalement parce qu'il constituait simplement une confirmation générale des droits autochtones et n'accordait ni ne conférait de [TRADUCTION] «nouveaux droits permanents». De plus, le juge Macdonald a conclu que le document de 1752 ne pouvait être considéré comme un «traité» au sens de l'art. 88 parce qu'il n'avait été conclu que par une petite partie de la nation micmaque et qu'il ne définissait aucun territoire ni aucune région où les droits devaient être exercés. L'intimée avance cette opinion devant cette Cour. L'intimée soutient en outre que le mot «traité» à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* ne comprend pas le Traité de 1752 même au sens de la définition étendue du terme «traité» énoncée dans l'affaire *R. v. White and Bob*, précitée, parce que le traité ne porte pas sur la cession de terres ou la délimitation de frontières.

La plupart de ces arguments ont déjà été examinés dans ce jugement et peuvent être traités brièvе-

1985 CanLII 11 (SCC)

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 the 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.

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

ment à ce stade-ci. En premier lieu, le fait que le traité ne crée aucun droit de chasse ou de pêche mais reconnaisse des droits préexistants ne rend pas l'art. 88 inapplicable. À ce sujet, le juge Davey a déclaré dans l'affaire *R. v. White and Bob*, précitée, à la p. 616:

> [TRADUCTION] La force du premier argument semble reposer sur l'hypothèse que l'art. 87 [maintenant art. 88] devrait être interprété comme s'il visait seulement les droits créés par un traité; cela aurait pour effet de retrancher de la clause restrictive des droits qui sont déjà en vigueur et qui ont été exclus par un traité ou confirmés par celui-ci. Cet argument n'accorde pas à l'expression «sous réserve des *dispositions* de quelque traité . . . » tout le sens qui lui revient. À mon avis, une exception, une réserve ou une confirmation sont tout autant une condition d'un traité qu'une concession, (je fais remarquer entre parenthèse qu'une réserve peut être une concession), et le dispositif de l'article n'étend pas aux Indiens des lois d'application générale en vigueur dans une province au détriment des droits qui font l'objet d'une exception, d'une réserve ou d'une confirmation.

(C'est moi qui souligne.)

Cette décision a été suivie par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *R. v. Paul*, précité. Voir également *R. v. Polchies and Paul*; *R. v. Paul and Paul* (1982), 43 N.B.R. (2d) 449 (C.A.), à la p. 453. Comme je l'ai conclu précédemment, le traité a été créé validement par des représentants du peuple micmac et il couvre le territoire visé dans le présent pourvoi.

En ce qui a trait à l'argument de l'intimée qu'une certaine forme de cession de terres est nécessaire avant qu'un accord puisse être qualifié de traité en vertu de l'art. 88, je ne vois aucun fondement de principe qui permettrait d'interpréter l'art. 88 de cette manière. J'adopterais le commentaire utile du juge Norris de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. White and Bob*, précité, confirmé en appel à cette Cour. Dans un jugement au même effet, il a déclaré aux pp. 648 et 649:

> [TRADUCTION] La question ne doit pas, à mon humble avis, être tranchée par l'application de règles d'interprétation rigides, sans tenir compte des circonstances qui existaient lorsque le document a été rédigé, ni selon les critères des rédacteurs modernes. Afin de déterminer

1985 CanLII 11 (SCC)

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.

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.

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 to 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*?

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 what was the intention of the legislature at the moment of the adoption of s. 87 [now s. 88] of the *Loi sur les Indiens*, it must be presumed that the legislature 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 humble 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.

À mon avis, le législateur a voulu appliquer l'art. 88 à tous les accords conclus par la Couronne avec les Indiens qui seraient autrement des traités exécutoires, qu'il y ait ou non cession de terres. Aucun des traités conclus au XVIII[e] siècle dans les Maritimes ne portait cession de terres. Conclure que l'art. 88 ne s'applique qu'à des traités portant cession de terres restreindrait sérieusement sa portée et serait contraire au principe que les traités avec les Indiens et les lois relatives aux Indiens doivent être interprétés de façon libérale et que les ambiguïtés doivent être résolues en faveur des Indiens.

Enfin, il convient de souligner que plusieurs décisions ont considéré que le Traité de 1752 était un «traité» valide au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* (par ex., *R. v. Paul*, précité, et *R. v. Atwin and Sacobie*, précité). Le traité était un échange de promesses solennelles entre les Micmacs et le représentant du Roi conclu pour faire la paix et la garantir. Il s'agit d'une obligation exécutoire entre les Indiens et l'homme blanc et, comme telle, elle est visée par le mot «traité» à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

IX

Les droits de chasse prévus au traité protègent-ils l'appelant contre une poursuite fondée sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*?

Vu ma conclusion que l'appelant exerçait validement son droit de chasse en vertu du Traité de 1752 et l'admission de l'appelant que sa conduite constitue par ailleurs une infraction à la *Lands and Forests Act*, il faut maintenant déterminer ce qui

1985 CanLII 11 (SCC)

mined 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".

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.)

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.

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.

se produit lorsqu'un droit issu d'un traité entre en conflit avec un texte législatif provincial. Cette question est régie par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui, on se le rappellera, déclare que «Sous réserve des dispositions de quelque traité . . . toutes lois d'application générale et en vigueur . . . dans une province sont applicables aux Indiens».

Il est maintenant évident que les termes «toutes lois» à l'art. 88 visent les lois provinciales et non les lois fédérales. Voici ce que le juge Martland a déclaré dans l'arrêt *R. v. George*, [1966] R.C.S. 267, à la p. 281, en ce qui a trait à l'art. 88:

> [TRADUCTION] Cet article ne vise pas à déclarer la suprématie des traités sur la législation fédérale. Le renvoi aux traités a été inclus dans un article dont l'objet est de rendre les lois provinciales applicables aux Indiens, de façon à empêcher tout conflit entre les droits reconnus par les traités et l'effet des lois provinciales.

(C'est moi qui souligne.)

En vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, lorsque les termes d'un traité entrent en conflit avec un texte législatif fédéral, ce dernier prévaut, sous réserve de l'effet potentiel de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On a jugé que le Parlement a le pouvoir exclusif, en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de déroger à certains droits reconnus dans un traité conclu avec les Indiens. Voir *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150; *R. v. George*, précité; *R. v. Cooper*, précité; *R. v. White and Bob*, précité, à la p. 618.

Toutefois, en l'espèce nous traitons d'un texte législatif provincial. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* a pour effet de soustraire les Indiens à l'application de lois provinciales qui limitent les termes d'un traité ou qui contreviennent à ceux-ci. Dans l'arrêt *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, la Cour a statué à la p. 99:

> Cet article a pour effet de rendre applicables aux Indiens, sauf les exceptions prévues, toutes les lois d'application générale en vigueur à l'occasion dans une province, y compris les lois provinciales sur la protection de la faune, sous réserve toutefois des dispositions des traités ou de toute autre loi du Parlement du Canada

1985 CanLII 11 (SCC)

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.

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.

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.

De même, dans l'arrêt *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, la Cour a statué aux pp. 111 et 112:

> Peu importe l'ampleur du droit des Indiens de chasser et de pêcher, il ne fait aucun doute qu'il peut être réglementé et restreint par l'organe législatif compétent. Le but et l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* sont clairs. S'ils ne sont pas protégés par un traité ou par une loi, les Indiens sont assujettis à la législation et à la réglementation provinciales.

et aux pp. 114 et 115 la Cour a conclu relativement au traité avec les Indiens et à l'art. 88:

> Les termes du traité prévalent; en l'absence d'un traité, les lois provinciales d'application générale s'appliquent.

Par conséquent, la question qui se pose en l'espèce est de savoir si le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*, une loi provinciale d'application générale en Nouvelle-Écosse, limite le droit de chasse prévu à l'article 4 du Traité de 1752 ou contrevient à ce droit. Dans l'affirmative, le droit de chasse issu du traité prévaut et l'appelant est soustrait de l'application de ce texte législatif provincial sur la faune.

Le paragraphe 150(1) prévoit que nul ne doit prendre, transporter ou posséder une carabine ou des cartouches de fusil chargées d'une balle ou de plombs d'un calibre supérieur au calibre AAA dans certaines régions de la province, sous réserve de ce qui est prévu à l'article. Les exceptions sont établies aux par. 150(2) à 150(4) que voici:

> [TRADUCTION] **150.** ...
>
> (2) Toute personne peut chasser avec un fusil qui utilise des cartouches chargées d'une balle ou avec une carabine pendant la saison de chasse au gros gibier s'il est titulaire d'un permis de chasse valide au gros gibier.
>
> (3) Toute personne peut transporter des cartouches de fusil chargées de balle ou des carabines qui sont démontées ou rendues inutilisables dans une forêt, un bois ou sur une route qui est la voie d'accès habituelle à un camp de chasse que cette personne doit occuper deux jours avant l'ouverture et deux jours après la fermeture de la saison de chasse au gros gibier.
>
> (3A) Le Ministre ou une personne qu'il autorise peut délivrer un permis à une personne lui permettant de prendre, transporter ou avoir en sa possession une carabine au cours de la période d'interdiction pour les fins indiquées sur le permis et en conformité avec celles-ci.

1985 CanLII 11 (SCC)

(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*.

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.

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.

(4) Toute personne peut prendre, transporter ou avoir en sa possession dans une forêt, un bois ou une garenne, une carabine de calibre .22 ou inférieur qui est munie d'un mécanisme à percussion annulaire du 16 novembre au 15 février suivant.

Comme je l'ai mentionné, l'appelant a admis au procès qu'il n'avait aucun permis ou autre autorisation lui permettant d'être en possession de la carabine et des cartouches en vertu de la *Lands and Forests Act*.

On a jugé que le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act* visait [TRADUCTION] «à la prévention de la chasse au gros gibier par une personne sans permis et hors saison» (*R. v. Isaac*, précité, à la p. 491). On a également jugé que la Partie III de la *Lands and Forests Act*, qui comprend le par. 150(1), est une [TRADUCTION] «loi provinciale valide ... conçue fondamentalement pour la protection de la faune dans la province ... relevant des par. 92(13) et (16) de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique* ...» (*R. v. Paul and Copage* (1977), 24 N.S.R. (2d) 313 (C.A.N.-É.), à la p. 320). Il ressort de l'examen de cette loi provinciale qu'en adoptant le par. 150(1), l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse voulait promouvoir la conservation de la faune dans la province en limitant la chasse à certaines saisons de l'année et en exigeant des permis.

À mon avis, l'art. 150 de la *Lands and Forests Act* de la Nouvelle-Écosse limite le droit de chasse de l'appelant qui découle du traité. L'article impose clairement, aux fins de la conservation de la faune, des restrictions saisonnières et des exigences en matière de permis sur le droit de posséder une carabine et des munitions pour chasser. Par conséquent, les restrictions imposées en l'espèce entrent en conflit avec le droit de l'appelant de posséder une arme à feu et des munitions afin d'exercer sa liberté de chasser sur les terres visées par le traité. Comme il a été mentionné, il est évident qu'en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, un texte législatif provincial ne peut limiter les droits autochtones issus d'un traité. S'il survient un conflit, les termes du traité prévalent. Par conséquent, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, les termes clairs de l'article 4 du traité

1985 CanLII 11 (SCC)

150(1) of the provincial *Lands and Forests Act*.

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.)

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*.

I would accordingly quash the convictions and enter verdicts of acquittal on both charges.

X

Constitutional Question: Section 35 of the *Constitution Act, 1982*

By order of Chief Justice Bora Laskin, 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*?

doivent prévaloir sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act* provinciale.

Plusieurs décisions sont particulièrement pertinentes. On y retrouve des accusations semblables à celles en l'espèce; des Indiens y étaient accusés de possession illégale de certains objets sans le permis exigé en vertu de lois provinciales. Dans chaque cas, les Indiens accusés ont soulevé en défense leurs droits issus de traités et on a jugé qu'ils devaient être acquittés parce qu'ils n'étaient pas liés par les conditions des lois provinciales: voir *R. v. White and Bob*, précité; *R. v. Paul*, précité; *R. v. Atwin and Sacobie*, précité; *R. v. Paul and Polchies*, précité; *R. v. Batisse* (1978), 19 O.R. (2d) 145 (C. Dist.); *R. v. Taylor and Williams* (1982), 34 O.R. (2d) 360 (C.A. Ont.); *R. v. Moses* (1969), 13 D.L.R. (3d) 50 (C. Dist. Ont.); *R. v. Penasse and McLeod* (1971), 8 C.C.C. (2d) 569 (C. Prov. Ont.); *Cheeco v. The Queen*, [1981] 3 C.N.L.R. 45 (C. Dist. Ont.)

Je conclus que l'appelant a un droit de chasser valide issu du Traité de 1752 qui, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, ne peut être limité par un texte législatif provincial. Il en découle donc que la possession par l'appelant d'une carabine et de munitions placées en sécurité, possession liée à son droit de chasse issu d'un traité, ne peut être limitée par le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

Par conséquent, je suis d'avis d'annuler les déclarations de culpabilité et d'enregistrer des verdicts d'acquittement à l'égard des deux accusations.

X

Question constitutionnelle: L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

En vertu d'une ordonnance du juge en chef Bora Laskin, en date du 12 mai 1983, la question constitutionnelle suivante, que je répète par souci de commodité, a été formulée afin d'être examinée par cette Cour:

Les droits de chasse visés dans le document intitulé «Traité ou Articles de la Paix et de L'Amitié Renouvellée» qui a été signé le 22 novembre 1752, sont-ils des droits existants issus de traités reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

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.

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).

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*.

Accordingly, the constitutional question will not be answered.

Conclusions

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*.

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit:

35.(1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Le procureur général du Canada et l'Union of New Brunswick Indians, Inc., qui ont obtenu l'autorisation d'intervenir dans le pourvoi, ont demandé que l'on réponde par l'affirmative. Les procureurs généraux du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario, qui ont également obtenu l'autorisation d'intervenir, ont demandé que l'on réponde par la négative. L'intervenant, le Native Council of Nova Scotia, a adopté la position selon laquelle le présent pourvoi n'exige ni une interprétation au fond ni l'application du par. 35(1) parce que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* accorde une protection à l'appelant sans qu'il soit nécessaire qu'on ait recours au par. 35(1).

À mon avis, l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* régit la présente situation et accorde la protection nécessaire à l'appelant, Simon. Il n'est donc pas nécessaire pour trancher le présent pourvoi d'examiner le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En conséquence, la question constitutionnelle ne recevra pas de réponse.

Conclusions

Pour résumer:

1. Le Traité de 1752 a été validement créé par des parties compétentes.
2. Le traité contient un droit de chasse qui vise les activités auxquelles s'est livré l'appelant.
3. Le traité n'a pas pris fin à cause des hostilités subséquentes de 1753. L'extinction du droit de chasser protégé par le traité n'a pas non plus été établie.
4. L'appelant est un Indien micmac visé par le traité.
5. Le Traité de 1752 est un «traité» au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.
6. En vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, l'appelant ne peut faire l'objet de poursuites fondées sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

7. In light of these conclusions, it is not necessary to answer the constitutional question raised in this appeal.

I would, therefore, allow the appeal, quash the convictions of the appellant and enter verdicts of acquittal on both charges.

Appeal allowed.

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.

7. Compte tenu de ces conclusions, il n'est pas nécessaire de répondre à la question constitutionnelle soulevée dans le présent pourvoi.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité de l'appelant et d'enregistrer des verdicts d'acquittement à l'égard des deux accusations.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Aronson et MacDonald, Halifax.

Procureur de l'intimée: Robert E. Lutes, Halifax.

Procureur de l'intervenant l'Union of New Brunswick Indians, Inc.: Graydon Nicholas, Fredericton.

Procureurs de l'intervenant le Native Council of Nova Scotia: Burchell, MacAdam, Hayman & Merrick, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: J. T. Keith McCormick, Fredericton.

1985 CanLII 11 (SCC)

TAB 9

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

2014 SCC 44 (CanLII)

British Columbia Indian Chiefs, Okanagan Nation Alliance, Shuswap Nation Tribal Council and their member communities, Okanagan, Adams Lake, Neskonlith and Splatsin 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 Splatsin, 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

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

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.

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.

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.

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.

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.

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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).

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

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.

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

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.

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).

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, 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.

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'appelant.

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.

2014 SCC 44 (CanLII)

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 Splatsin 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 Splatsin.

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

2014 SCC 44 (CanLII)

Table of Contents

		Paragraph
I.	Introduction	1
II.	The Historic Backdrop	3
III.	The Jurisprudential Backdrop	10
IV.	Pleadings in Aboriginal Land Claims Cases	19
V.	Is Aboriginal Title Established?	19
A.	*The Test for Aboriginal Title*	24
(1)	Sufficiency of Occupation	33
(2)	Continuity of Occupation	45
(3)	Exclusivity of Occupation	47
(4)	Summary	50
B.	*Was Aboriginal Title Established in This Case?*	51
VI.	What Rights Does Aboriginal Title Confer?	67
A.	*The Legal Characterization of Aboriginal Title*	69

Table des matières

		Paragraphe
I.	Introduction	1
II.	Le contexte historique	3
III.	Le contexte jurisprudentiel	10
IV.	Les actes de procédure dans les instances relatives aux revendications territoriales des Autochtones	19
V.	L'existence du titre ancestral est-elle établie?	24
A.	*Le critère applicable en matière de titre ancestral*	24
(1)	La suffisance de l'occupation	33
(2)	La continuité de l'occupation	45
(3)	L'exclusivité de l'occupation	47
(4)	Résumé	50
B.	*L'existence du titre ancestral a-t-elle été établie en l'espèce?*	51
VI.	Quels droits confère le titre ancestral?	67
A.	*La qualification juridique du titre ancestral*	69

B. *The Incidents of Aboriginal Title*.....73

C. *Justification of Infringement*.....77

D. *Remedies and Transition*.....89

E. *What Duties Were Owed by the Crown at the Time of the Government Action?*.....93

VII. Breach of the Duty to Consult.....95

VIII. Provincial Laws and Aboriginal Title.....98

A. *Do Provincial Laws of General Application Apply to Land Held Under Aboriginal Title?*.....101

B. *Does the Forest Act on its Face Apply to Aboriginal Title Land?*.....107

C. *Is the Forest Act Ousted by the Constitution?*.....117

(1) Section 35 of the *Constitution Act, 1982*.....118

(2) The Division of Powers.....128

IX. Conclusion.....153

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

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

B. *Les attributs du titre ancestral*.....73

C. *La justification de l'atteinte*.....77

D. *Mesures de réparation et période transitoire*.....89

E. *Quelles étaient les obligations de la Couronne au moment de la prise de la mesure gouvernementale?*.....93

VII. Le manquement à l'obligation de consultation.....95

VIII. Les lois provinciales et le titre ancestral.....98

A. *Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles aux terres visées par un titre ancestral?*.....101

B. *À première vue, la Forest Act s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral?*.....107

C. *La Forest Act est-elle écartée par la Constitution?*.....117

(1) L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.....118

(2) Le partage des compétences.....128

IX. Conclusion.....153

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[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

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

land unjustifiably infringed their rights under that title.

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. The Jurisprudential Backdrop

III. Le contexte jurisprudentiel

[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.

[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] 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.

[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] 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

[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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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 assujetti 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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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 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.

2014 SCC 44 (CanLII)

[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 par. 89 :

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

[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 Aborigènes possédaient en vertu des lois ou coutumes traditionnelles peuvent trouver leur juste expression en common law.

[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.

[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. Sufficiency of Occupation

1. La suffisance de l'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?

[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] 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.

[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.

2014 SCC 44 (CanLII)

[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

2014 SCC 44 (CanLII)

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 seminomadic.

[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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

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] 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.

[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] 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*.

[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*.

2014 SCC 44 (CanLII)

[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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

[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

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

2014 SCC 44 (CanLII)

[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).

2014 SCC 44 (CanLII)

- 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).

[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

- 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^2 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] 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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

uses can be reconciled with the communal and ongoing 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 assujetti.

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,

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

2014 SCC 44 (CanLII)

[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.

[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] 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.

[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] 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*.

[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*.

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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 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 [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.]

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] 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.

[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] 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.

[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] 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.

[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] Second, the Crown's fiduciary duty infuses an obligation of proportionality into the justification process. Implicit in the Crown's fiduciary duty

[87] Deuxièmement, l'obligation fiduciaire de la Couronne insuffle une obligation de proportionnalité dans le processus de justification. Il ressort

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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*.

2014 SCC 44 (CanLII)

[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.

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

2014 SCC 44 (CanLII)

[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*.

2014 SCC 44 (CanLII)

[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

2014 SCC 44 (CanLII)

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* (5e 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

2014 SCC 44 (CanLII)

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* (5e éd. 2010), p. 245; *Black's Law Dictionary* (9e 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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

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. Section 35 of the *Constitution Act, 1982*

1. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 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.

[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] 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:

[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 :

> 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

> 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^{e} siècle, devient de plus en plus complexe et interdépendante et où il est nécessaire

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

2014 SCC 44 (CanLII)

[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.

2014 SCC 44 (CanLII)

[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

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

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] First, the doctrine of paramountcy 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.

[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] 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.*

[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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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.

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] 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.

[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] 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.

[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] 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.

[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.

2014 SCC 44 (CanLII)

[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.

2014 SCC 44 (CanLII)

[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

2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

(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

2014 SCC 44 (CanLII)

the Aboriginal right while permitting effective regulation of forests by the province, as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

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] 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.

[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

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.

[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.

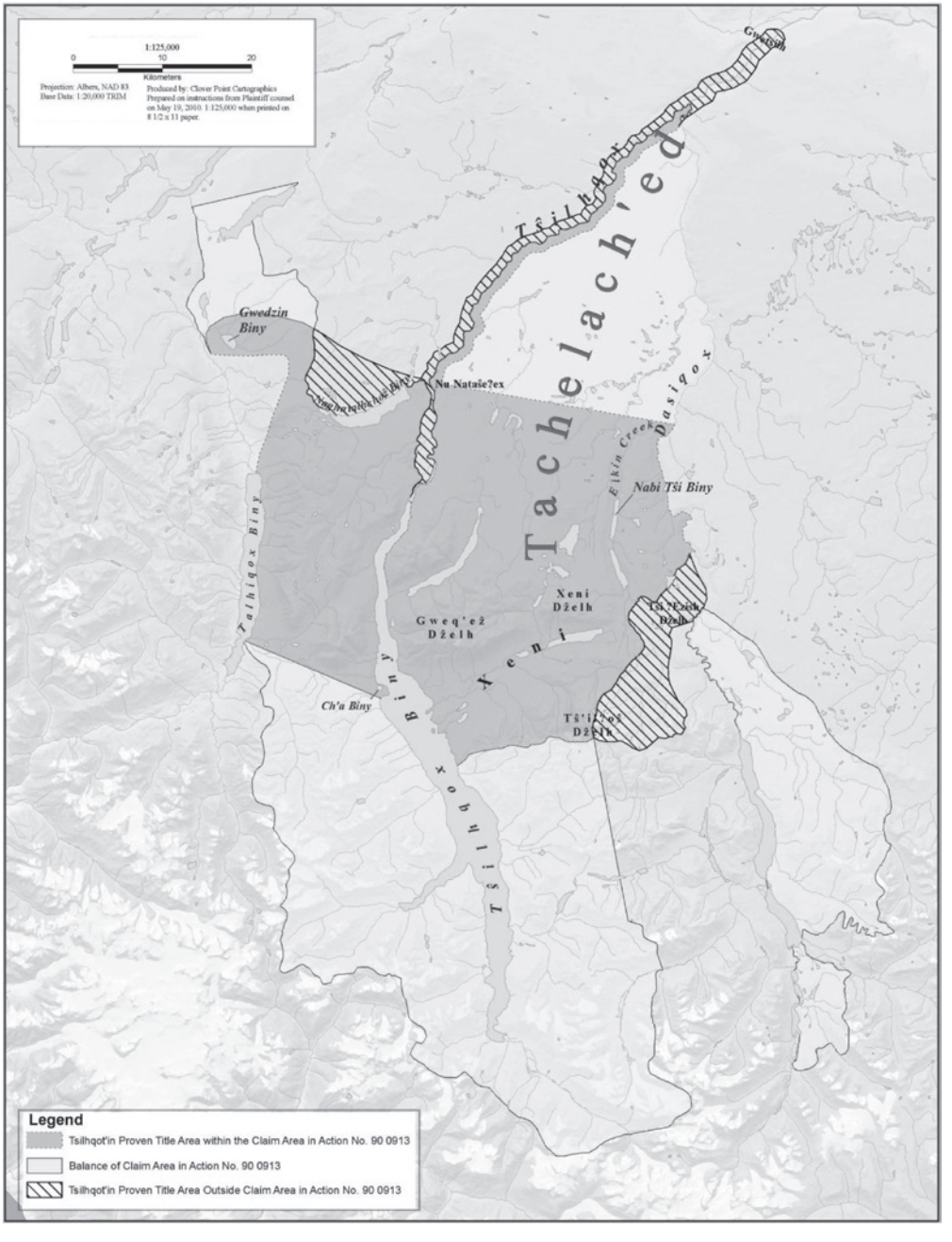
2014 SCC 44 (CanLII)

APPENDIX

PROVEN TITLE AREA – VISUAL AID

ANNEXE

TERRITOIRE SUR LEQUEL L'EXISTENCE DU TITRE EST ÉTABLIE – SUPPORT VISUEL



2014 SCC 44 (CanLII)

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

2014 SCC 44 (CanLII)

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 Splatsin 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 Splatsin : 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.

2014 SCC 44 (CanLII)

TAB 10

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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)

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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").

2011 ONSC 7708 (CanLII)

[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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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 injective 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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

[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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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.

2011 ONSC 7708 (CanLII)

[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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

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

2011 ONSC 7708 (CanLII)

[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.

2011 ONSC 7708 (CanLII)

TAB 11

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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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)

2011 BCCA 247 (CanLII)

Reasons for Judgment of the Honourable Chief Justice Finch:

I. Introduction

2011 BCCA 247 (CanLII)

[1] The Province of British Columbia ("B.C.") appeals from the order of the Supreme Court of British Columbia pronounced 19 March 2010 declaring the Crown to be in breach of its duties to consult and accommodate the petitioners, West Moberly First Nations, who are Treaty 8 First Nations, concerning decisions made by government officials at the request of the respondent First Coal Corporation. Two of those decisions, made by officials in the Ministry of Energy, Mines and Petroleum Resources ("MEMPR") on 1 September 2009, and 14 September 2009, amended existing permits to allow First Coal to obtain a 50,000 tonne bulk sample of coal, and to engage in a 173 drill hole, five trench Advanced Exploration Program.

[2] The petitioners say those two decisions were made without proper consideration of their right to hunt caribou in the affected area as part of their traditional seasonal round, and without making adequate provision for the protection and restoration of those caribou, described as the Burnt Pine caribou herd.

[3] The order granted by the chambers judge is in the following terms:

> THIS COURT DECLARES THAT:
>
> 1. The Respondent, Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia, as represented by Al Hoffman, Chief Inspector of Mines, Victor Koyanagi, Inspector of Mines and Dale Morgan, District Manager, Peace Forest District ("British Columbia") failed to consult adequately and meaningfully and failed to accommodate reasonably the Petitioners' hunting rights provided by Treaty No. 8 with respect to the Bulk Sample amendments and Advanced Exploration amendments to mining permit CX-9-022 and with respect to Occupant Licences to Cut L48261 and L48269.
>
> THIS COURT ORDERS THAT:
>
> 2. The effect of the issuing of the amendment of September 14, 2009 permitting the Advanced Exploration Program is stayed and the effect of the Occupant Licenses to Cut is suspended for 90 days from March 19, 2010;
>
> 3. Within the said 90 day period, British Columbia, in consultation with the Petitioners, will proceed expeditiously to put in place a

> reasonable, active plan for the protection and augmentation of the Burnt Pine caribou herd, taking into account the views of the Petitioners, as well as the reports of British Columbia's wildlife ecologists and biologists Dr. Dale Seip and Pierre Johnstone; ...
>
> [Emphasis added.]

[4] No stay was ordered in respect of the amended Bulk Sample Permit of 1 September 2009 but, as will appear below, it has not been acted upon.

[5] The third decision challenged by the petitioners in the court below, made on 8 October 2009 by the Deputy Minister of the Ministry of Forests and Range ("MOFR"), permitted First Coal to cut and clear up to 41 hectares of woodlands to facilitate the Advanced Exploration Program. The learned chambers judge held that the Deputy Minister's decision was made in accordance with the relevant statutory powers granted to him (paras. 65-70 of the reasons), but he stayed action under that permit for 90 days as well. This aspect of his ruling is not in issue on appeal, and we need not address that decision further in these reasons.

[6] On this appeal, as in the court below, B.C. acknowledges its duty to consult, and says that it was fulfilled. The Province says the learned chambers judge erred in interpreting the petitioners' Treaty 8 right to hunt as a "species specific right", and in holding that the petitioners' interests could only be accommodated in one specific way. It says the chambers judge also erred in holding the departmental officials to an unreasonable standard with regard to the scope of their delegated authority. They were not authorized to address all Aboriginal issues and concerns.

[7] As a result, B.C. says the chambers judge erred in holding that the Crown's consultation and accommodation was unreasonable.

[8] First Coal supports B.C.'s appeal against the judge's order. First Coal says the chambers judge erred in holding that the scope of the Crown's duty to consult included consideration of the cumulative effect of "past wrongs", and potential future developments, instead of focusing on the potential impact of the challenged permits. First Coal says further that the learned chambers judge erred in law by rejecting the

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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".

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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":

2011 BCCA 247 (CanLII)

> 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.]

2011 BCCA 247 (CanLII)

[43] The Considerations document records the petitioners' submissions, and the Crown's obligations flowing from the *Constitution Act*, *1982*, and from Treaty 8. It refers to the petitioners' cultural connection to caribou, and the risk of potential extirpation of the Burnt Pine caribou herd.

[44] The document ends with a summary of the accommodation measures proposed respectively by West Moberly First Nations and by MEMPR:

> Accommodation Measures proposed by WMFN
>
> The following are drawn from statements from the Initial Submissions that could be considered as proposed accommodation measures.
>
> - Accommodation should include rejection of FCC application;
> - WMFN should be given the opportunity to participate in the decision making process;
> - Consultation as a form of accommodation;
> - Recovery of the Burnt-Pine Caribou herd; and
> - Re-location of FCC activities.
>
> Accommodation Measures Taken or Proposed by MEMPR
>
> - Consultation at the higher end of the spectrum;
> - Application of CMMP;
> - Reduction of the Bulk Sample permit by 50%;
> - Closures of the Spine Road;
> - Use of ADDCAR system;
> - Consideration of WMFN's extensive input including the Initial Submissions in the decision making process;
> - Through promotion, facilitation and participation in planning processes flowing from the EBA [Economic Benefits Agreement] as well as through the Caribou Task Force, MEMPR will work towards addressing the issues of:
>
> - cumulative impacts;
> - a Caribou Recovery Plan;
> - land use planning; and
> - the location of FCC and other companies' activities.

D. Rationale for MEMPR's Decisions

[45] On 1 September 2009, the Chief Inspector of Mines, Al Hoffman, issued the amendment to Permit CX-9-022, permitting First Coal to obtain the 50,000 tonne bulk sample from the "Goodrich Properties". On 14 September the Inspector of

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.
>
> ...

2011 BCCA 247 (CanLII)

2011 BCCA 247 (CanLII)

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 20th, 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).

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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.]

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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 Columba (Utilities Commission),* 2009 BCCA 68, [2009] 9 W.W.R. 92. However, I conclude such

> an order in this case would not constitute a proper balancing of the rights of the petitioners with other First Nations, and the public, including First Coal.
>
> [79] Rather, I conclude that a pragmatic and reasonable step is to stay the effect of the issuing of the amendment of September 14, 2009 permitting the Advanced Exploration Program, and to suspend the effect of the licence to cut, for a determined period to permit and to mandate a proper accommodation of West Moberly's concerns with respect to the Burnt Pine herd.
>
> ...
>
> [82] When considering a constitutional right, it is open to the court rather than to stay the effect of the decisions pending proper accommodation, to stay the impugned decisions for a determined period and to give directions as to the accommodation which should be put in place within that time: see *Platinex Inc. v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation* (2006), 272 D.L.R. (4th) 727, [2006] 4 C.N.L.R. 152, (Ont. S.C.J.).
>
> [83] In the circumstances, I conclude that the stay which I have ordered should be in effect for 90 days from the date of these reasons.

IV. Treaty 8

[53] The relevant provision of Treaty 8 is as follows:

> And Her Majesty the Queen hereby agrees with the said Indians that they shall have <u>right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered</u> 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, <u>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</u>. [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 ...
>
> <u>We pointed out</u> that the Government could not undertake to maintain Indians in idleness; <u>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</u> ...
>
> Our chief difficulty was the apprehension that the hunting and fishing privileges were to be curtailed. <u>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</u>, for they admitted that it would be unreasonable to

2011 BCCA 247 (CanLII)

> 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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.,

2011 BCCA 247 (CanLII)

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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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 <u>any adverse</u> 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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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:

2011 BCCA 247 (CanLII)

> 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

2011 BCCA 247 (CanLII)

> 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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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).

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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"

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

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 Furmoleau, 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*

2011 BCCA 247 (CanLII)

> 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]

2011 BCCA 247 (CanLII)

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

2011 BCCA 247 (CanLII)

potential adverse consequence affecting the Aboriginal right. It follows that where this test is met, the duty to accommodate should only be concerned with addressing the potential adverse affects of the current proposed Crown conduct, and not with remedying harm caused by past events. That is not to say, as the Court in *Rio Tinto* noted at para. 49 above, that past harms are without remedy, only that those harms are not properly addressed by way of consultation and accommodation undertaken in connection with current Crown conduct.

[181] While I fully agree with the Chief Justice that "the historical context is essential to a proper understanding of the seriousness of the potential impacts on the petitioners' treaty right to hunt", I do not understand that the duty to accommodate, as explained in *Rio Tinto*, obliges the Crown to accommodate the effects of prior impacts upon the treaty rights of the West Moberly. Accommodation with respect to the prior decimation of the Burnt Pine caribou herd from events prior to the First Coal project is not required *vis a vis* the First Coal Project. Certainly the loss of the large numbers of caribou in the area in general, and the decimation of the Burnt Pine caribou herd in particular should inform the scope of the necessary consultation process, but cannot, in my view, justify an obligation on the part of the Crown to restore or augment the number of ungulates that have been reduced as a result of activities or events prior to 2005 when First Coal began seeking approval for its project.

[182] The need for the rehabilitation of the Burnt Pine caribou herd arose from events prior to the 1970s when the herd was all but extirpated. The emphasis placed by the chambers judge upon the need for the rehabilitation of the Burnt Pine caribou herd cannot, in my view, be considered as an accommodation that arises from the project proposed by First Coal, and thus cannot be the basis for the order granted by the chambers judge. The protection of what remains of the Burnt Pine caribou herd is an appropriate matter to be considered when the accommodation of the treaty rights of the West Moberly is addressed.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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"

2011 BCCA 247 (CanLII)

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,

2011 BCCA 247 (CanLII)

> 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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

> 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*.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

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),

2011 BCCA 247 (CanLII)

> 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.]

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

(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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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*

2011 BCCA 247 (CanLII)

> *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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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

2011 BCCA 247 (CanLII)

> 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 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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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

2011 BCCA 247 (CanLII)

> 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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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

2011 BCCA 247 (CanLII)

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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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

2011 BCCA 247 (CanLII)

> 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

2011 BCCA 247 (CanLII)

> 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.

2011 BCCA 247 (CanLII)

[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"

2011 BCCA 247 (CanLII)

TAB 12

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts and John Henderson, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaykum Indian Band (also known as the Campbell River Indian Band) *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu and James D. Wilson, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaikai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band) *Respondents/Appellants*

and between

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, Godfrey Price, Allen Chickite, and Lloyd Chickite, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaikai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band) *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of British Columbia, the Gitanmaax Indian Band, the Kispiox Indian Band and the Glen Vowell Indian Band *Interveners*

INDEXED AS: WEWAYKUM INDIAN BAND *v.* CANADA

Neutral citation: 2002 SCC 79.

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts et John Henderson, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaykum (également connue sous le nom de Bande indienne de Campbell River) *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu et James D. Wilson, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaikai (également connue sous le nom de Bande indienne de Cape Mudge) *Intimés/Appelants*

et entre

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, Godfrey Price, Allen Chickite et Lloyd Chickite, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaikai (également connue sous le nom de Bande indienne de Cape Mudge) *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Colombie-Britannique, la Bande indienne Gitanmaax, la Bande indienne Kispiox et la Bande indienne de Glen Vowell *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANDE INDIENNE WEWAYKUM *c.* CANADA

Référence neutre : 2002 CSC 79.

2002 SCC 79 (CanLII)

File No.: 27641.

2001: December 6; 2002: December 6.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Indians — Reserves — Crown's fiduciary duty — Content of Crown's fiduciary duty before and after reserve is created.

Indians — Reserves — Crown's fiduciary duty — Two B.C. Indian bands claiming each other's reserve land — Both bands alleging that they would possess both reserves but for breaches of fiduciary duty by federal Crown — Bands seeking declarations against each other and equitable compensation from Crown in Federal Court — Whether Crown breached its fiduciary duty — Whether "equitable" remedies available — Whether defences of laches and acquiescence apply.

Limitation of actions — Federal Court — Indian claims — Two B.C. Indian bands claiming each other's reserve land — Both bands alleging that they would possess both reserves but for breaches of fiduciary duty by federal Crown — Bands seeking declarations against each other and equitable compensation from Crown in Federal Court — Whether bands' claims statute barred — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 39 — Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, c. 123, s. 16 — Limitations Act, S.B.C. 1975, c. 37, ss. 3(4), 8, 14(3).

Two bands of the Laich-kwil-tach First Nation claim each other's reserve land. Each reserve has been possessed by the incumbent band since the end of the 19th century. Neither band claims title based on an existing aboriginal or treaty right but each band, resting its claim on contemporaneous documentation of the Department of Indian Affairs, says it would possess *both* reserves but for breaches of fiduciary duty by the federal Crown. The bands seek declarations against each other and equitable compensation from the federal Crown. The Cape Mudge Band, the Wewaikai, seeks Reserve 11

N^{o} du greffe : 27641.

2001 : 6 décembre; 2002 : 6 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Indiens — Réserves — Obligation de fiduciaire de la Couronne — Étendue de cette obligation avant et après la création des réserves.

Indiens — Réserves — Obligation de fiduciaire de la Couronne — Revendication mutuelle par deux bandes indiennes de la C.-B. de leur réserve respective — Chaque bande prétend qu'elle posséderait les deux réserves n'eût été des manquements de la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire — Dépôt en Cour fédérale par chaque bande d'une action sollicitant un jugement déclaratoire contre l'autre et une indemnité en equity de la part de la Couronne — La Couronne a-t-elle manqué à son obligation de fiduciaire? — Des recours en « equity » peuvent-ils être exercés? — Les défenses d'acquiescement et de manque de diligence s'appliquent-elles?

Prescription — Cour fédérale — Actions intentées par des Indiens — Revendication mutuelle par deux bandes indiennes de la C.-B. de leur réserve respective — Chaque bande prétend qu'elle posséderait les deux réserves n'eût été des manquements de la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire — Dépôt en Cour fédérale par chaque bande d'une action sollicitant un jugement déclaratoire contre l'autre et une indemnité en equity de la part de la Couronne — Les actions des bandes sont-elles prescrites par la loi? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 39 — Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, ch. 123, art. 16 — Limitations Act, S.B.C. 1975, ch. 37, art. 3(4), 8, 14(3).

Deux bandes appartenant à la Première nation Laich-kwil-tach se réclament mutuellement leur réserve respective. Chacune de ces réserves est en la possession de la bande qui l'occupe depuis la fin du dix-neuvième siècle. Aucune des deux bandes ne revendique de titre sur les terres litigieuses sur le fondement de droits existants — ancestraux ou issus de traités —, mais chacune d'elles, appuyant sa revendication sur des documents contemporains du ministère des Affaires indiennes, prétend que, n'eût été divers manquements de la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire, elle serait en possession

2002 SCC 79 (CanLII)

and the Campbell River Band, the Wewaykum, claims Reserve 12.

The claim of the Cape Mudge Band starts with the 1888 report of a federal government surveyor which recommended the creation of Reserves 11 and 12. These reserves were not identified as allocated to a particular band, but rather to the "Laich-kwil-tach (Euclataw) Indians". The 1892 schedule of Indian reserves published by the Department of Indian Affairs, listing reserve allocations to bands, repeated this allocation. By 1900, Reserves 11 and 12 were shown on the schedule as allocated to the "Wewayakai [Cape Mudge] band". On numerically ordered lists of reserves, the name We-way-akay was inscribed opposite Reserve 7 and ditto marks were inscribed below that name opposite Reserves 8 to 12. The Cape Mudge Band on that basis claims both reserves although it was not, and never had been, in occupation of Reserve 11.

The claim of the Campbell River Band flows from a 1905 dispute between the two bands over fishing rights, which led to a dispute over possession of Reserve 11. In a 1907 Resolution, the Cape Mudge Band ceded any claim over Reserve 11 to the Campbell River Band subject to the retention of common fishing rights. The effect of the resolution was recorded in a change to the departmental schedule. The name of the "We-way-akum band" was entered opposite Reserve 11, but in what became known as the "ditto mark error", the ditto marks against Reserve 12, directly beneath it, remained unchanged. The Campbell River Band relies on the departmental schedule, as changed, as evidence of its right to both Reserve 11 and Reserve 12.

In 1912, the McKenna McBride Commission visited the proposed reserves in the Campbell River area. It acknowledged that Reserve 11 was properly allocated to the Campbell River Band and noted the error with respect to Reserve 12 which, because of the ditto marks, appeared in the schedule as being also allocated to that band. In their respective submissions to the Commission, in accordance with actual incumbency, the Campbell River Band made no claim to Reserve 12 and the Cape

des *deux* réserves. Chaque bande sollicite un jugement déclaratoire contre l'autre et une indemnité en equity de la part de la Couronne. La bande de Cape Mudge (les Wewaikai) revendique la réserve n^{o} 11 et la bande de Campbell River (les Wewaykum) revendique la réserve n^{o} 12.

L'origine de la revendication de la bande de Cape Mudge remonte au rapport préparé en 1888 par un arpenteur fédéral et recommandant la création des réserves n^{os} 11 et 12. Les réserves n'étaient attribuées à aucune bande en particulier, mais plutôt aux « Indiens Laich-kwil-tach (Euclataw) ». Cette information fut répétée dans le répertoire des réserves indiennes publié par le ministère des Affaires indiennes en 1892, document indiquant à quelle bande était attribuée telle ou telle réserve. En 1900, le répertoire précisait que les réserves n^{os} 11 et 12 étaient attribuées à la « bande Wewayakai (Cape Mudge) ». Sur des listes énumérant les réserves en ordre numérique, le nom We-way-akay a été inscrit en regard de la réserve n^{o} 7 et des guillemets de répétition ont été inscrits sous ce nom vis-à-vis des réserves n^{os} 8 à 12. S'appuyant sur ces inscriptions, la bande de Cape Mudge revendique les deux réserves, même si elle n'occupait pas la réserve n^{o} 11 à l'époque et ne l'a jamais occupée.

La revendication de la bande de Campbell River découle d'un différend qui a éclaté en 1905 entre les deux bandes au sujet de droits de pêche et qui s'est étendu à la possession de la réserve n^{o} 11. Dans une résolution datée de 1907, la bande de Cape Mudge a cédé tout droit sur la réserve n^{o} 11 à la bande de Campbell River, conservant toutefois des droits de pêche conjoints. L'effet de la résolution a été consigné au moyen d'une modification apportée au répertoire ministériel. Le nom « bande We-way-akum » a été inscrit en regard de la réserve n^{o} 11, mais, par suite de ce qu'on a appelé l'« erreur des guillemets de répétition », les guillemets inscrits vis-à-vis de la réserve n^{o} 12, juste au-dessous du nom de la bande susmentionnée, n'ont pas été remplacés. La bande de Campbell River invoque le répertoire ministériel ainsi modifié comme preuve de son droit à la possession de la réserve n^{o} 11 et de la réserve n^{o} 12.

En 1912, la Commission McKenna McBride a visité les réserves dont on projetait l'établissement dans la région de Campbell River. La Commission a reconnu que la réserve n^{o} 11 avait à juste titre été attribuée à la bande de Campbell River et a relevé l'erreur commise relativement à la réserve n^{o} 12 qui, en raison des guillemets de répétition, était inscrite dans le répertoire comme étant attribuée à cette bande. Devant la Commission, respectant l'occupation qu'elles faisaient des réserves

2002 SCC 79 (CanLII)

Mudge Band made no claim to Reserve 11. However, the "ditto mark error" on the schedule was not corrected.

In 1924, by Orders-in-Council, the British Columbia government and the federal government adopted the McKenna McBride recommendations with respect to Reserves 11 and 12. In 1928, the Indian Commissioner recommended that Reserve 12, which had always been claimed by the Cape Mudge Band, should officially be recognized as belonging to that band and the federal schedule modified accordingly. Both bands retained legal counsel to investigate. In 1936 and 1937, each band issued a declaration listing its reserves. Neither band listed the other's reserve it now claims.

In 1938, British Columbia issued Order-in-Council 1036 which transferred administration and control of the subject lands to the Crown in right of Canada. In 1943, Indian Affairs published a corrected schedule of reserves listing Reserve 11 for the Campbell River Band and Reserve 12 for the Cape Mudge Band. No formal amendments were made to orders-in-council that had appended the previous faulty schedules. The dispute resurfaced in the 1970s and, in 1985, the Campbell River Band initiated its action against the Crown and the Cape Mudge Band. The Cape Mudge Band counterclaimed for exclusive entitlement to both reserves and, in 1989, added a claim against the Crown. After 80 days of evidence and submissions, the Federal Court, Trial Division dismissed both bands' claims and the Federal Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeals should be dismissed.

The legal requirements to create a reserve within the meaning of the *Indian Act* include an act by the Crown to set apart Crown land for use by a band, an intent to create a reserve on the part of persons with the authority to bind the Crown, and practical steps by the Crown and the Indian band to realize that intent.

Reserve Creation in British Columbia

When British Columbia joined Confederation in 1871, Article 13 of the *Terms of Union* provided for the

concernées, la bande de Campbell River n'a pas revendiqué la réserve n^{o} 12 et la bande de Cape Mudge n'a pas revendiqué la réserve n^{o} 11. Toutefois, l'« erreur des guillemets de répétition » figurant dans le répertoire n'a pas été corrigée.

En 1924, le gouvernement de la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral ont, par décret, adopté les recommandations de la Commission McKenna McBride relativement aux réserves n^{os} 11 et 12. En 1928, le commissaire des Affaires indiennes a recommandé que la réserve n^{o} 12, qui avait toujours été revendiquée par la bande de Cape Mudge, soit officiellement déclarée comme appartenant à cette bande et que le répertoire fédéral soit modifié en conséquence. Les deux bandes ont alors chargé des avocats d'examiner la question. En 1936 dans un cas et en 1937 dans l'autre, les bandes ont chacune signé une déclaration faisant état de leurs réserves respectives. Aucune des deux bandes n'a mentionné dans sa liste la réserve occupée par l'autre et qu'elle revendique aujourd'hui.

En 1938, la Colombie-Britannique a pris le décret 1036 qui transférait la maîtrise et l'administration des terres visées à la Couronne du chef du Canada. En 1943, le ministère des Affaires indiennes a publié un répertoire des réserves modifié indiquant que la réserve n^{o} 11 était attribuée à la bande de Campbell River et que la réserve n^{o} 12 était attribuée à la bande de Cape Mudge. Aucune modification officielle n'a été apportée aux divers décrets qui avaient été joints aux répertoires antérieurs erronés. Le différend a repris dans les années 1970 et, en 1985, la bande de Campbell River a intenté une action contre la Couronne et contre la bande de Cape Mudge. Dans une demande reconventionnelle, la bande de Cape Mudge a revendiqué le droit exclusif aux deux réserves et, en 1989, elle y a ajouté une réclamation contre la Couronne. Au terme de 80 jours d'audience, la section de première instance de la Cour fédérale a rejeté les actions des deux bandes. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Parmi les conditions légales de création d'une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*, mentionnons l'existence d'un acte de la Couronne ayant pour effet de mettre de côté des terres domaniales à l'usage d'une bande indienne, l'intention de créer une réserve, manifestée par des personnes ayant le pouvoir de lier la Couronne, et l'accomplissement par celle-ci et par la bande indienne de démarches concrètes pour réaliser cette intention.

La création des réserves en Colombie-Britannique

Lorsque la Colombie-Britannique a adhéré à la Confédération en 1871, l'article 13 des *Conditions de*

2002 SCC 79 (CanLII)

creation of reserves. Federal-provincial cooperation was thus required because Crown lands from which reserves would be established were retained as provincial property yet the federal government had jurisdiction over Indians and lands reserved for Indians. The reserve-creation process was completed in 1938 by virtue of B.C. Order-in-Council 1036 which transferred to the federal Crown administration and control of land on which the reserves were to be established. When the subject lands were transferred, the federal Crown intended to set apart each reserve for the beneficial use and occupation of the present incumbent. Each band accepted the *status quo* and made use of the reserves allocated to it.

The surrender provisions of the *Indian Act* did not apply to these pre-1938 adjustments because (i) the resolution of a "difference of opinion" between sister bands of the same First Nation to which the land had been allocated in the first instance should not be characterized as a surrender, (ii) the lands were not Indian Reserves within the meaning of the *Indian Act* prior to 1938, and (iii) in any event the operation of the surrender provisions of the *Indian Act* had been suspended (to the extent they were capable of application) by Proclamation of the Privy Council made December 15, 1876.

Rectification of Orders in Council

The Federal Court purported to "rectify" the faulty Schedule to Order-in-Council 1036. Judicial correction of perceived errors in legislative enactments, in the rare instances where they can be justified, is performed on the basis that the corrected enactment expresses the intent of the enacting body. The clerical error is generally apparent on the face of the enactment itself. Here, however, the mistake was made at the federal level in the Department of Indian Affairs. It was noted but not corrected by the McKenna McBride Commission. The Schedules in their uncorrected form were attached by the provincial government to its Order-in-Council 1036. The permissible constitutional scope of the provincial "intent" in relation to "lands reserved for Indians" was limited to the size, number and location of reserves to be transferred by it to the administration and control of the Crown in right of Canada. The federal Order-in-Council has been interpreted, in practice, without regard to the "ditto mark error". In these circumstances, rectification was not an appropriate remedy. The solution to these appeals does not lie in the law of rectification but in the law governing

l'adhésion pourvoyait à la création de réserves. Il était en conséquence nécessaire que le fédéral et la province coopèrent dans le cadre du processus de création des réserves, étant donné que, si le gouvernement fédéral avait compétence à l'égard des Indiens et des terres réservées aux Indiens, les terres domaniales où serait établie toute réserve appartenaient à la province. Le processus de création des réserves a été complété en 1938 par la prise du décret 1036 de la Colombie-Britannique, qui a transféré à la Couronne fédérale l'administration et la maîtrise des terres où seraient établies les réserves. Lorsque les terres visées ont été transférées, la Couronne fédérale entendait mettre de côté chacune des réserves en litige pour l'usage bénéficiaire et l'occupation de la bande qui l'habite actuellement. Chaque bande a accepté le statu quo et utilisé les réserves qui lui étaient attribuées.

Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de cession ne s'appliquaient pas à ces mesures antérieures à 1938, et ce (i) parce qu'on ne saurait qualifier de cession le règlement d'une « divergence d'opinions » entre bandes sœurs appartenant à la Première nation qui s'était vue attribuer les terres en premier lieu, (ii) parce que les terres litigieuses n'étaient pas des réserves indiennes au sens de la *Loi sur les Indiens* avant 1938, et (iii) parce que, de toute manière, l'application des dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de cession avait été suspendue (dans la mesure où elles étaient applicables) par une proclamation du Conseil privé datée du 15 décembre 1876.

La rectification des décrets

La Cour fédérale a dit qu'elle entendait rectifier le répertoire erroné accompagnant le décret 1036. Dans les rares cas où une telle mesure peut se justifier, la rectification par les tribunaux de ce qu'on considère comme une erreur figurant dans un texte législatif ou réglementaire est effectuée au motif que le texte rectifié exprimera l'intention de son auteur. Une erreur d'écriture est généralement une erreur qui ressort à la lecture du texte lui-même. En l'espèce, toutefois, l'erreur a été commise au niveau fédéral, par le ministère des Affaires indiennes. La Commission McKenna McBride a relevé l'erreur, mais elle ne l'a pas corrigée. Le gouvernement provincial a annexé les répertoires non rectifiés à son décret 1036. Constitutionnellement, la seule « intention » qui peut être prêtée à la province en matière de « terres réservées aux Indiens » se limite à la détermination de la taille, du nombre et de l'emplacement des réserves dont elle transférait la maîtrise et l'administration à la Couronne du chef du Canada. Dans les faits, le décret fédéral a été interprété sans tenir compte de l'« erreur des guillemets de répétition ». Dans ces circonstances, la rectification n'est pas une réparation qui convenait. Ce n'est pas

2002 SCC 79 (CanLII)

the fiduciary duty alleged and the equitable remedies sought by the appellant bands.

The Existence of a Fiduciary Duty

The existence of a public law duty does not exclude the possibility that the Crown undertook, in the discharge of that public law duty, obligations "in the nature of a private law duty" towards aboriginal peoples. A fiduciary duty, where it exists, is called into existence to facilitate supervision of the high degree of discretionary control gradually assumed by the Crown over the lives of aboriginal peoples.

However, even in the traditional trust context, not all obligations existing between the parties to a well-recognized fiduciary relationship are themselves fiduciary in nature. Equally, not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same. They are shaped by the demands of the situation. These observations are of particular importance in a case where the fiduciary is also the government.

The Content of the Fiduciary Duty

The content of the Crown's fiduciary duty towards aboriginal peoples varies with the nature and importance of the interest to be protected. 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. Fiduciary protection accorded to Crown dealings with aboriginal interests in land (including reserve creation) has not to date been recognized by this Court in relation to Indian interests other than land outside the framework of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Prior to reserve creation, the Crown exercises a public law function under the *Indian Act*, which is subject to supervision by the courts exercising public law remedies. At that stage, a fiduciary relationship may also arise but, in that respect, the Crown's duty is limited to the basic obligations of loyalty, good faith in the discharge of its mandate, providing full disclosure appropriate to the subject matter, and acting with ordinary prudence with

dans le droit applicable en matière de rectification que se trouve la solution des présents pourvois, mais dans celui régissant l'obligation de fiduciaire invoquée par les bandes appelantes et les réparations en equity sollicitées par celles-ci.

L'existence d'une obligation de fiduciaire

L'existence d'une obligation de droit public n'exclut pas la possibilité que, dans l'accomplissement de cette obligation de droit public, la Couronne soit également tenue envers les peuples autochtones à des obligations tenant « de la nature d'[obligations] de droit privé ». Lorsqu'elle existe, l'obligation de fiduciaire vise à faciliter le contrôle de l'exercice par la Couronne de l'autorité et des pouvoirs discrétionnaires considérables qu'elle a graduellement assumés à l'égard de divers aspects de la vie des peuples autochtones.

Toutefois, même dans le cadre d'une fiducie traditionnelle, les obligations qui existent entre les parties à des relations généralement reconnues comme fiduciaires n'ont pas nécessairement toutes un caractère fiduciaire. En outre, les relations et les obligations de fiduciaires ne sont pas toutes identiques, mais sont plutôt tributaires des exigences de la situation. Ces observations sont particulièrement importantes lorsque le fiduciaire est le gouvernement.

Le contenu de l'obligation de fiduciaire

Le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones varie selon la nature et l'importance des intérêts à protéger. Les appelantes semblent parfois invoquer « l'obligation de fiduciaire » comme si celle-ci 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. Jusqu'à présent, notre Cour n'a pas élargi la protection de l'obligation de fiduciaire applicable aux actes accomplis par la Couronne à l'égard de droits fonciers autochtones (notamment la création de réserves) à d'autres intérêts des Indiens, à l'exception de terres ne faisant pas l'objet de droits visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Avant la création d'une réserve, la Couronne accomplit une fonction de droit public prévue par la *Loi sur les Indiens*, laquelle fonction est assujettie au pouvoir de supervision des tribunaux compétents pour connaître des recours de droit public. Des rapports fiduciaires peuvent également naître à cette étape, mais l'obligation de la Couronne à cet égard se limite aux devoirs élémentaires de loyauté, de bonne foi dans l'exécution de son

2002 SCC 79 (CanLII)

a view to the best interest of the aboriginal beneficiaries. Once a reserve is created the Crown's fiduciary duty expands to include the protection and preservation of the band's quasi-proprietary interest in the reserve from exploitation. The Crown must use diligence to protect a band's legal interest from exploitative bargaining with third parties or from exploitation by the Crown itself.

When exercising ordinary government powers in matters involving disputes between Indians and non-Indians, the Crown was (and is) obliged to have regard to the interest of all affected parties, not just the Indian interest. The Crown can be no ordinary fiduciary; it wears many hats and represents many interests, some of which cannot help but be conflicting.

Here, the federal Crown's mandate was to create a new interest for the bands in lands not subject to treaty or aboriginal rights claims. 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 a fiduciary duty on the Crown but there is no persuasive reason to conclude that the obligations of loyalty, good faith and disclosure of relevant information were not fulfilled. After the creation of the reserve, the Crown did preserve and protect each band's legal interest in its allocated reserve.

By the time the reserves creation process was completed in 1938, each of the appellant bands had formally abandoned the claim it now asserts to the other's reserve. They had manifested on several occasions their acknowledgement that the beneficial interest in Reserve 11 resided in the Campbell River Band and the beneficial interest in Reserve 12 resided in the Cape Mudge Band. The Band leadership in those years, whose conduct is now complained of, were autonomous actors, apparently fully informed, who intended in good faith to resolve a "difference of opinion" with a sister band. They were not dealing with non-Indian third parties. It is patronizing to suggest, on the basis of the evidentiary record, that they did not know what they were doing, or to reject their evaluation of a fair outcome.

mandat, de communication complète de l'information, eu égard aux circonstances, et d'exercice de la prudence ordinaire dans l'intérêt des bénéficiaires autochtones de l'obligation. Après la création de la réserve, la portée de l'obligation de fiduciaire de la Couronne s'élargit et vise la préservation de l'intérêt quasi propriétal de la bande dans la réserve et la protection de la bande contre l'exploitation à cet égard. La Couronne doit faire montre de la diligence ordinaire requise pour protéger l'intérêt en common law de la bande contre les marchés abusifs avec des tiers ou les mesures qui seraient prises par la Couronne elle-même et constitueraient de l'exploitation.

Dans l'exercice de ses pouvoirs ordinaires de gouvernement dans le cadre de différends opposant des Indiens et des non-Indiens, la Couronne avait (et a encore) l'obligation de prendre en considération les intérêts de toutes les parties concernées, non pas seulement les intérêts des Indiens. La Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont immanquablement opposés.

En l'espèce, la Couronne avait pour mandat de créer, en faveur des bandes, un intérêt nouveau visant des terres non revendiquées en vertu de droits ancestraux ou issus de traités. La nature et l'importance de l'intérêt des bandes appelantes dans ces terres avant 1938 ainsi que l'intervention de la Couronne en tant qu'intermédiaire exclusif auprès des tiers, y compris la province, ont imposé à la Couronne une obligation de fiduciaire, mais il n'y a aucune raison justifiant de conclure que les obligations de loyauté, de bonne foi et de communication complète de l'information eu égard aux circonstances n'ont pas été respectées. Après la création de la réserve, la Couronne a effectivement préservé et protégé l'intérêt en common law de chacune des bandes dans la réserve qui lui avait été attribuée.

Lorsque le processus de création des réserves a été complété en 1938, chaque bande avait formellement abandonné la revendication qu'elle fait valoir aujourd'hui contre la réserve de sa bande sœur. À plusieurs reprises, les bandes appelantes avaient reconnu que l'intérêt bénéficiaire relatif à la réserve n^{o} 11 appartenait à la bande de Campbell River et que celui relatif à la réserve n^{o} 12 appartenait à la bande de Cape Mudge. À cette époque, les dirigeants des bandes, dont on critique maintenant la conduite, étaient des acteurs autonomes, apparemment bien informés, qui voulaient de bonne foi résoudre une « divergence d'opinions » avec une bande sœur. Ils ne traitaient pas avec des tiers non indiens. Il est condescendant de prétendre, sur la foi de la preuve au dossier, qu'ils ne savaient pas ce qu'ils faisaient, ou encore de rejeter ce qu'ils ont considéré être un résultat juste.

2002 SCC 79 (CanLII)

Defences to Equitable Remedies

Enforcement of equitable duties by equitable remedies is subject to the usual equitable defences, including laches and acquiescence. Equitable remedies require equitable conduct by the claimant and are always subject to the discretion of the court.

Both branches of the doctrine of laches and acquiescence are applicable in this case: conduct equivalent to a waiver is found in the declarations, representations and failures to assert the alleged rights in circumstances that required assertion; and prosecution of the claim would, in each case, be unreasonable because each band relied on the *status quo* and improved its reserve under the understanding that the other band made no further claim. All of this was done with sufficient knowledge of the underlying facts relevant to a possible claim.

On the evidence, no fiduciary duty has been breached and no "equitable" remedy is available either to dispossess an incumbent band that is entitled to the beneficial interest, or to require the Crown to pay "equitable" compensation for its refusal to bring about such a wrongful dispossession.

Application of Limitation Periods

In any event, the appellant bands' claims are barred by the expiry of the applicable limitation periods. Section 39(1) of the *Federal Court Act* incorporates by reference the applicable British Columbia limitation legislation. The Campbell River Band's claim for possession of Reserve 12 was complete no later than in 1938 and was subject to a 20-year limitations period under s. 16 of the 1897 B.C. *Statute of Limitations*. The Cape Mudge Band's claim for possession of Reserve 11 arose when the Campbell River Band went into possession of that reserve prior to 1888 and was extinguished around the time the band signed the 1907 Resolution. Even if the running of the limitation periods was postponed due to a lack of pertinent information, all relevant facts were known to both bands when they made their declarations in 1936 and 1937. The limitation periods applicable to the claims for possession, therefore, expired no later than 1957.

Les moyens de défense opposables aux recours en equity

Les recours en equity exercés pour obtenir l'exécution d'obligations en equity donnent ouverture aux moyens de défense habituels de cette nature, notamment celui fondé sur l'acquiescement et le manque de diligence. Les recours en equity exigent une conduite équitable de la part de celui qui demande réparation et dépendent toujours du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

Les deux éléments de la règle de l'acquiescement et du manque de diligence sont respectés en l'espèce, à savoir : il y eu conduite assimilable à renonciation du fait des déclarations qui ont été signées, des observations qui ont été formulées et du défaut des intéressées de faire valoir les droits qu'elles invoquaient, alors que les circonstances commandaient qu'elles le fassent; les poursuites sont dans les deux cas déraisonnables du fait que chaque bande s'est appuyée sur le statu quo et a apporté des améliorations à sa réserve, considérant que sa bande sœur ne la revendiquait plus. Tout cela s'est produit alors que les bandes connaissaient suffisamment les faits sous-jacents qui pouvaient donner lieu à un recours en justice.

Eu égard à la preuve, il n'y a pas eu de manquement à quelque obligation de fiduciaire et il n'y a ouverture à aucun recours en « equity », soit pour déposséder la bande rivale de son intérêt bénéficiaire dans la réserve qu'elle occupe, soit pour obliger la Couronne à verser une indemnité en equity en raison de son refus de procéder à une telle dépossession.

L'application des délais de prescription

De toute manière, les actions des bandes appelantes sont prescrites par suite de l'écoulement des délais de prescription applicables. Le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* incorpore par renvoi les dispositions législatives de la Colombie-Britannique applicables en matière de prescription. Le droit de la bande de Campbell River de revendiquer la possession de la réserve n^{o} 12 a pris naissance au plus tard en 1938 et était assujetti au délai de prescription de 20 ans prévu par l'art. 16 de la Loi de 1897 de la C.-B. intitulée *Statute of Limitations*. Le droit de la bande de Cape Mudge de revendiquer la possession de la réserve n^{o} 11 a pris naissance lorsque la bande de Campbell River est entrée en possession de cette réserve avant 1888 et était donc prescrit vers la date à laquelle la bande a signé la résolution de 1907. Même si le manque de renseignements pertinents a pu reporter le point de départ du délai de prescription, les deux bandes connaissaient tous les faits pertinents lorsqu'elles ont signé leur déclaration respective en 1936 et en 1937. Le délai de prescription applicable aux actions en revendication de la possession a donc expiré au plus tard en 1957.

2002 SCC 79 (CanLII)

As to breach of fiduciary duty, the 1897 *Statute of Limitations*, in force between 1897 and 1975, imposed no limitation on such claims. The transitional provisions of the 1975 *Limitations Act* therefore apply. By virtue of ss. 3(4) and 14(3) of the 1975 Act, the actions based on breach of fiduciary duty were barred as of July 1, 1977. In any case, the claims asserted in these proceedings were all caught by the 30-year "ultimate limitation period" in s. 8 of the 1975 Act.

Cases Cited

Explained: *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; **referred to:** *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Ross River Dena Council Band v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 816, 2002 SCC 54; *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73; *Dunstan v. Hell's Gate Enterprises Ltd.*, [1986] 3 C.N.L.R. 47; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, aff'g (1887), 13 S.C.R. 577; *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1899), 31 O.R. 386, aff'd (1900), 32 O.R. 301, aff'd (1901), 32 S.C.R. 1, aff'd [1903] A.C. 73; *Morishita v. Richmond (Township)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 609; *R. v. Liggetts-Findlay Drug Stores Ltd.*, [1919] 3 W.W.R. 1025; *Cameron v. The King*, [1927] 2 D.L.R. 382; *Morris v. Structural Steel Co.* (1917), 35 D.L.R. 739; *Rennie's Car Sales & R. G. Hicks v. Union Acceptance Corp.*, [1955] 4 D.L.R. 822; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1997] 1 F.C. 689; *Southeast Child & Family Services v. Canada (Attorney General)*, [1997] 9 W.W.R. 236; *B.C. Native Women's Society v. Canada*, [2000] 1 F.C. 304; *Paul v. Kingsclear Indian Band* (1997), 137 F.T.R. 275; *Mentuck v. Canada*, [1986] 3 F.C. 249; *Deer v. Mohawk Council of Kahnawake*, [1991] 2 F.C. 18; *Chippewas of the Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 116

Quant au manquement à l'obligation de fiduciaire, la Loi de 1897 intitulée *Statute of Limitations*, en vigueur de 1897 à 1975, ne fixait aucun délai de prescription à cet égard. Ce sont en conséquence les dispositions transitoires de la *Limitations Act* de 1975 qui s'appliquent. Par l'effet des par. 3(4) et 14(3) de cette loi, les actions pour manquement à l'obligation fiduciaire étaient prescrites le 1er juillet 1977. Quoi qu'il en soit, les demandes présentées en l'espèce sont toutes visées par le « délai ultime de prescription » trentenaire prévu par l'art. 8 de la Loi de 1975.

Jurisprudence

Arrêt expliqué : *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; **arrêts mentionnés :** *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 816, 2002 CSC 54; *Ontario Mining Co. c. Seybold*, [1903] A.C. 73; *Dunstan c. Hell's Gate Enterprises Ltd.*, [1986] 3 C.N.L.R. 47; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, conf. (1887), 13 R.C.S. 577; *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1899), 31 O.R. 386, conf. par (1900), 32 O.R. 301, conf. par (1901), 32 R.C.S. 1, conf. par [1903] A.C. 73; *Morishita c. Richmond (Township)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 609; *R. c. Liggetts-Findlay Drug Stores Ltd.*, [1919] 3 W.W.R. 1025; *Cameron c. The King*, [1927] 2 D.L.R. 382; *Morris c. Structural Steel Co.* (1917), 35 D.L.R. 739; *Rennie's Car Sales & R. G. Hicks c. Union Acceptance Corp.*, [1955] 4 D.L.R. 822; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S 1075; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360, autorisation d'appeler refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *Bande indienne de Batchewana (membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689; *Southeast Child & Family Services c. Canada (Attorney General)*, [1997] 9 W.W.R. 236; *B.C. Native Women's Society c. Canada*, [2000] 1 C.F. 304; *Paul c. Bande indienne de Kingsclear*, [1997] A.C.F. no 1358 (QL); *Mentuck c. Canada*, [1986] 3 C.F. 249;

2002 SCC 79 (CanLII)

F.T.R. 37, aff'd (1999), 251 N.R. 220; *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143; *Timiskaming Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1997), 132 F.T.R. 106; *Ominayak v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 174; *Tuplin v. Canada (Indian and Northern Affairs)* (2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292; *G. (A.P.) v. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511; *Lac La Ronge Indian Band v. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638; *Cree Regional Authority v. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84; *Tsawwassen Indian Band v. Canada (Minister of Finance)* (1998), 145 F.T.R. 1; *Westbank First Nation v. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70*; Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302; *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, [2001] 3 S.C.R. 746, 2001 SCC 85; *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *Harris v. Lindeborg*, [1931] S.C.R. 235; *Canada Trust Co. v. Lloyd*, [1968] S.C.R. 300; *Blundon v. Storm*, [1972] S.C.R. 135; *L'Hirondelle v. The King* (1916), 16 Ex. C.R. 193; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353, aff'd on other grounds (1989), 68 O.R. (2d) 394, aff'd [1991] 2 S.C.R. 570; *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641; *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *Zakrzewski v. The King*, [1944] 4 D.L.R. 281; *Parmenter v. The Queen*, [1956-60] Ex. C.R. 66; *Bera v. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1; *Mathias v. Canada* (2001), 207 F.T.R. 1, 2001 FCT 480; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3; *Costigan v. Ruzicka* (1984), 13 D.L.R. (4th) 368; *Lower Kootenay Indian Band v. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241; *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48.

Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake, [1991] 2 C.F. 18; *Première nation Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1996] A.C.F. n^{o} 991 (QL), conf. par [1999] A.C.F. n^{o} 1822 (QL); *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143; *Bande indienne de Témiscamingue c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1997] A.C.F. n^{o} 676 (QL); *Ominayak c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 174; *Tuplin c. Canada (Indian and Northern Affairs)* (2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292; *G. (A.P.) c. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511; *Lac La Ronge Indian Band c. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638; *Administration régionale crie c. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84; *Bande indienne des Tsawwassen c. Canada (Ministre des Finances)*, [1998] A.C.F. n^{o} 370 (QL); *Westbank First Nation c. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70*; Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302; *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 746, 2001 CSC 85; *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *Harris c. Lindeborg*, [1931] R.C.S. 235; *Canada Trust Co. c. Lloyd*, [1968] R.C.S. 300; *Blundon c. Storm*, [1972] R.C.S. 135; *L'Hirondelle c. The King* (1916), 16 R.C. de l'É.193; *Ontario (Attorney General) c. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353, conf. pour d'autres motifs par (1989), 68 O.R. (2d) 394, conf. par [1991] 2 R.C.S. 570; *Chippewas of Sarnia Band c. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641; *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Zakrzewski c. The King*, [1944] 4 D.L.R. 281; *Parmenter c. The Queen*, [1956-60] R.C. de l'É. 66; *Bera c. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1; *Bande indienne de Squamish c. Canada*, [2000] A.C.F. n^{o} 1568 (QL), 2001 CFPI 480; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3; *Costigan c. Ruzicka* (1984), 13 D.L.R. (4th) 368; *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241; *Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48.

2002 SCC 79 (CanLII)

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Indian Lands Settlement Act, S.C. 1920, c. 51.
British Columbia Order-in-Council No. 911, July 26, 1923.
British Columbia Order-in-Council No. 1036, July 29, 1938.
British Columbia Order-in-Council No. 1334.
British Columbia Terms of Union, R.S.C. 1985, App. II, No. 10, Art. 13.
Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Exchequer Court Act, R.S.C. 1952, c. 98, s. 31.
Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 39(1).
Federal Court Act, S.C. 1970-71-72, c. 1 [reproduced in R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], s. 38(1).
Federal Real Property Act, S.C. 1991, c. 50, ss. 2 "federal real property", 13, 14.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 2(1) "reserve".
Indian Act, *1876*, S.C. 1876, c. 18, s. 3(6).
Indian Affairs Settlement Act, S.B.C. 1919, c. 32.
Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, ss. 2, 14(1).
Limitations Act, S.B.C. 1975, c. 37, ss. 3(4), 8, 9, 14(3).
Order-in-Council P.C. 1088, November 10, 1875.
Order-in-Council P.C. 1265, July 19, 1924.
Royal Proclamation, 1763, R.S.C. 1985, App. II, No. 1.
Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, c. 123, ss. 16, 39.

Lois et règlements cités

Acte des Sauvages, 1876, S.C. 1876, ch. 18, art. 3(6).
Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. 1985, App. II, nº 10, art. 13.
Décret C.P. 1088, 10 novembre 1875.
Décret C.P. 1265, 19 juillet 1924.
Décret de la Colombie-Britannique nº 911, 26 juillet 1923.
Décret de la Colombie-Britannique nº 1036, 29 juillet 1938.
Décret de la Colombie-Britannique nº 1334.
Indian Affairs Settlement Act, S.B.C. 1919, ch. 32.
Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 2, 14(1).
Limitations Act, S.B.C. 1975, ch. 37, art. 3(4), 8, 9, 14(3).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi du règlement relatif aux terres des sauvages de la Colombie-Britannique, S.C. 1920, ch. 51.
Loi sur la Cour de l'Échiquier, S.R.C. 1952, ch. 98, art. 31.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 39(1).
Loi sur la Cour fédérale, S.C. 1970-71-72, ch. 1 [reproduite dans S.R.C. 1970 (2e suppl.), ch. 10], art. 38(1).
Loi sur les immeubles fédéraux, L.C. 1991, ch. 50, art. 2 « immeuble fédéral », 13, 14.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 2(1) « réserve ».
Proclamation royale, 1763, L.R.C. 1985, App. II, nº 1.
Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, ch. 123, art. 16, 39.

Authors Cited

British Columbia. Law Reform Commission of British Columbia. *Report on the Ultimate Limitation Period: Limitation Act, Section 8.* Vancouver: The Commission, 1990.
La Forest, Gerard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.
Maxwell on the Interpretation of Statutes, 4th ed. by J. Anwyl Theobald. Toronto: Carswell, 1905.
McMurtry, William R., and Alan Pratt. "Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guerin* in Perspective", [1986] 3 C.N.L.R. 19.
Proclamation of the Privy Council, December 15, 1876, *The Canada Gazette*, December 30, 1876, vol. X, No. 27.
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

Doctrine citée

British Columbia. Law Reform Commission of British Columbia. *Report on the Ultimate Limitation Period : Limitation Act, Section 8*. Vancouver : The Commission, 1990.
La Forest, Gerard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto : University of Toronto Press, 1969.
Maxwell on the Interpretation of Statutes, 4th ed. by J. Anwyl Theobald. Toronto : Carswell, 1905.
McMurtry, William R., and Alan Pratt. « Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution : *Guerin* in Perspective », [1986] 3 C.N.L.R. 19.
Proclamation du Conseil privé, 15 décembre 1876, *Gazette du Canada*, 30 décembre 1876, vol. X, nº 27.
Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.
Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.

2002 SCC 79 (CanLII)

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.
Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.
Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 3 C.N.L.R. 303, 247 N.R. 350, 27 R.P.R. (3d) 157, [1999] F.C.J. No. 1529 (QL), affirming a decision of the Trial Division (1995), 99 F.T.R. 1, [1995] F.C.J. No. 1202 (QL). Appeals dismissed.

Michael P. Carroll, *Q.C.*, *Malcolm Maclean*, *Emmet J. Duncan* and *Monika B. Gehlen*, for the appellants Roy Anthony Roberts et al.

John D. McAlpine, *Q.C.*, and *Allan Donovan*, for the respondents/appellants Ralph Dick et al.

J. Raymond Pollard, *Mitchell R. Taylor* and *Georg Daniel Reuter*, for the respondent Her Majesty the Queen.

E. Ria Tzimas and *J. T. S. McCabe*, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Patrick G. Foy, *Q.C.*, and *Richard J. M. Fyfe*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Peter R. Grant and *David Schulze*, for the interveners the Gitanmaax Indian Band, the Kispiox Indian Band and the Glen Vowell Indian Band.

The judgment of the Court was delivered by

1 BINNIE J. — Two Indian bands on the east coast of Vancouver Island lay claim to each other's reserve land. The reserves, which have been in the possession of the incumbent band since about the end of the 19th century, are located two miles from each other. The inhabitants of both reserves are members of the Laich-kwil-tach First Nation which, in the mid-1800s, managed to displace the Comox First Nation from this area of British Columbia.

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 1984.
Weinrib, Ernest J. « The Fiduciary Obligation » (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 3 C.N.L.R. 303, 247 N.R. 350, 27 R.P.R. (3d) 157, [1999] A.C.F. nº 1529 (QL), qui a confirmé une décision de la Section de première instance (1995), 99 F.T.R. 1, [1995] A.C.F. nº 1202 (QL). Pourvois rejetés.

Michael P. Carroll, *c.r.*, *Malcolm Maclean*, *Emmet J. Duncan* et *Monika B. Gehlen*, pour les appelants Roy Anthony Roberts et autres.

John D. McAlpine, *c.r.*, et *Allan Donovan*, pour les intimés/appelants Ralph Dick et autres.

J. Raymond Pollard, *Mitchell R. Taylor* et *Georg Daniel Reuter*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

E. Ria Tzimas et *J. T. S. McCabe*, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Patrick G. Foy, *c.r.*, et *Richard J. M. Fyfe*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Peter R. Grant et *David Schulze*, pour les intervenantes la Bande indienne Gitanmaax, la Bande indienne Kispiox et la Bande indienne de Glen Vowell.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Deux bandes indiennes de la côte est de l'île de Vancouver se réclament mutuellement leur réserve respective. Ces réserves — dont chacune est en la possession de la bande qui l'occupe depuis la fin du dix-neuvième siècle environ — sont distantes de deux milles l'une de l'autre. Les occupants des deux réserves appartiennent à la Première nation Laich-kwil-tach, laquelle était parvenue à déplacer la Première nation Comox de cette région de la Colombie-Britannique au milieu des années 1800.

2002 SCC 79 (CanLII)

Each band claims that but for various breaches of fiduciary duty on the part of the federal Crown, its people would be in possession of *both* reserves. Members of the other band, on this view, should be in possession of neither.

There is no assertion of any entitlement in these lands under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* ("existing aboriginal and treaty rights").

Although the bands seek formal declarations of trespass and possession and injunctive relief against each other, each acknowledges the hardship that such a result would cause the other, and each band therefore says it would be satisfied with financial compensation from the federal Crown. The Cape Mudge appellants say *their* compensation should be in the range of $12.2 to $14.8 million for Reserve No. 11 and the Campbell River appellants say *their* claim is about $4 million for Reserve No. 12. In short, if the appellant bands' claims are allowed, each band will stay where it is but will receive substantial funds by way of "equitable compensation" plus costs on a solicitor-client scale.

We are therefore required to consider (i) the scope of the fiduciary duty of the Crown in the process of the *creation* of Indian reserve lands; (ii) whether the acts of government officials in this case breached any fiduciary duty; and (iii) what equitable remedies (including equitable compensation) are available to remedy such breaches, if any.

It is clear that neither of the bands is guilty of any wrongdoing towards the other. These are paper claims, based on dissecting the performance of the Department of Indian Affairs in its sometimes awkward attempts to establish reserves to accord with late 19th century patterns of Indian occupation on the west coast. The appellant bands rely

2

Chaque bande prétend que, n'eût été divers manquements de la Couronne fédérale à ses obligations de fiduciaire, ses membres seraient en possession des *deux* réserves. Suivant cet argument, les membres de l'autre bande ne seraient en conséquence en possession d'aucune des réserves.

3

Aucune bande n'a revendiqué de droit sur les terres litigieuses en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (« droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones »).

4

Bien que chaque bande sollicite contre l'autre une injonction ainsi qu'un jugement déclarant qu'elle a droit à la possession de la réserve et que l'autre bande est coupable d'intrusion, chacune reconnaît les difficultés qu'un tel résultat causerait à l'autre et affirme qu'elle se satisferait d'une indemnité pécuniaire de la Couronne fédérale. La bande de Cape Mudge appelante prétend que *son* indemnité devrait être de l'ordre de 12,2 à 14,8 millions de dollars pour la réserve n^{o} 11, alors que la bande de Campbell River appelante affirme que *sa* réclamation s'élève à 4 millions de dollars environ pour la réserve n^{o} 12. Bref, si les demandes des bandes appelantes sont accueillies, chacune restera où elle est actuellement mais recevra une somme considérable constituée d'une « indemnité en equity » et des dépens taxés sur la base procureur-client.

5

La Cour est donc appelée à statuer (i) sur l'étendue de l'obligation de fiduciaire de la Couronne dans le cadre du processus de la *création* des réserves indiennes, (ii) sur la question de savoir si les actes accomplis par des représentants du gouvernement en l'espèce ont constitué un manquement à quelque obligation de fiduciaire et (iii), à supposer qu'il y ait eu manquement, sur les réparations en equity (y compris l'indemnité en equity) susceptibles d'être accordées pour remédier à ce manquement.

6

Il est clair qu'aucune des bandes n'a commis de faute à l'endroit de l'autre. Leurs revendications reposent sur des documents et sur une analyse minutieuse des efforts parfois maladroits déployés par le ministère des Affaires indiennes pour établir des réserves correspondant aux terres qu'occupaient, à la fin du dix-neuvième siècle, les peuples

2002 SCC 79 (CanLII)

on disputed inferences from contradictory records respecting which band was entitled to what, and when its entitlement arose. It is apparent that there were occasional gaps of understanding between what was happening on Vancouver Island and what appeared to be happening in the government records in Ottawa. That said, the trial judge, after 80 days of evidence and submissions, concluded that the Crown had acted fairly and honourably. The wishes of the Indians themselves had been sought out and respected.

7 As will be seen, by the time the reserves-creation process was completed by provincial Order-in-Council 1036 dated July 29, 1938, each of the appellant bands had formally abandoned the claim it now asserts to the other's reserve. Over the intervening 60 or more years, band members have relied on the *status quo* to make improvements to the reserves on which they reside. In these circumstances, in my view, no fiduciary duty has been breached and no "equitable" relief is available either by way of injunction or equitable compensation. In any event, all such claims would have been barred by the expiry of the applicable limitation periods.

8 I would therefore dismiss both appeals with costs.

Facts and Analysis

9 The Laich-kwil-tach First Nation, comprising four different bands, is itself part of a larger group of Indians who speak the Kwakwala language. They inhabit parts of the east coast of Vancouver Island, parts of the west coast of the mainland, and some of the offshore islands in between. Their livelihood and much of their culture was traditionally based on fishing the rich waters of what we now call the Straits of Georgia.

autochtones de la côte ouest. Les bandes appelantes avancent des conclusions contestées, tirées d'inscriptions contradictoires concernant l'identité de la bande ayant droit à tel ou tel territoire et la date à laquelle le droit en question a pris naissance. Il est évident qu'il y a eu, à l'occasion, des divergences entre la situation qui existait sur l'île de Vancouver et la façon dont elle était consignée dans les dossiers du gouvernement à Ottawa. Cela dit, au terme de 80 jours d'audience, le juge de première instance a conclu que la Couronne avait agi de façon juste et honorable, après avoir demandé aux Indiens eux-mêmes ce qu'ils désiraient et respecté les souhaits exprimés par ceux-ci.

Comme nous le verrons plus loin, lorsque le processus de création des réserves a pris fin, c'est-à-dire par la prise du décret provincial 1036 le 29 juillet 1938, chacune des bandes appelantes avait officiellement abandonné la revendication — qu'elle fait maintenant valoir — contre la réserve de l'autre. Pendant les 60 ans et plus qui se sont écoulés depuis, leurs membres ont respecté le statu quo et apporté des améliorations à la réserve qu'ils occupent. Dans ces circonstances, j'estime qu'il n'y a pas eu de manquement à quelque obligation de fiduciaire et qu'il n'y a ouverture à aucun recours en « equity », qu'il s'agisse d'injonction ou d'indemnisation. De toute manière, l'écoulement des délais de prescription applicables fait obstacle à l'exercice de tels recours.

Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois, avec dépens.

Les faits et l'analyse

La Première nation Laich-kwil-tach, qui comprend quatre bandes différentes, fait elle-même partie d'un groupe plus large d'Indiens de langue kwakwala qui habitent certaines régions de la côte est de l'île de Vancouver et de la côte ouest de la Colombie-Britannique continentale, ainsi que certaines îles situées entre les deux. Traditionnellement, leur subsistance et une grande partie de leur culture étaient basées sur la pêche dans les eaux poissonneuses de ce que nous appelons maintenant le détroit de Georgia.

2002 SCC 79 (CanLII)

Unlike the historical disputes that reached back to time immemorial in such cases as *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, the epicentre of these appeals lies in the late 19th and early 20th century paperwork of the Department of Indian Affairs and the records collected since then by the contending bands. The resulting bureaucratic paper trail is outlined comprehensively in the careful 275-page trial judgment of Teitelbaum J.: (1995), 99 F.T.R. 1. His findings of fact were not successfully challenged before the Federal Court of Appeal: (1999), 247 N.R. 350. I will deal only with those facts essential for an understanding of the legal issues that we are required to resolve.

10 Contrairement aux différends remontant aux temps immémoriaux qui étaient à l'origine d'affaires comme *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, le nœud des présents pourvois réside dans des écritures administratives consignées par le ministère des Affaires indiennes à la fin du dix-neuvième siècle et au début du vingtième siècle, ainsi que dans les dossiers montés depuis par les bandes rivales. En première instance, le juge Teitelbaum a exposé en détail, dans son jugement soigné de 275 pages ([1995] A.C.F. nº 1202 (QL)), la piste documentaire laissée par cette filière bureaucratique, et la Cour d'appel fédérale a refusé d'infirmer ses conclusions de fait ([1999] A.C.F. nº 1529 (QL)). Je n'examinerai ici que les faits nécessaires à la compréhension des questions de droit que la Cour doit résoudre.

The contending bands are the Cape Mudge Indian Band (traditionally known as the "Wewaikai") some of whom live on Reserve No. 12, and the Campbell River Indian Band (traditionally known as the "Wewaykum") some of whom live on Reserve No. 11. Each band also has reserves elsewhere. The reserves in dispute are quite small. Reserve 11, located at the mouth of the Campbell River, has about 350 acres and 120 inhabitants. Reserve No. 12, located inland on a tributary of the Campbell River, has less than 300 acres and fewer inhabitants. The multiplicity of relatively small reserves is characteristic of coastal British Columbia, where strategic access to plentiful fishing and other resources was thought to be more important than simple acreage.

11 Les bandes concernées sont la bande indienne de Cape Mudge (traditionnellement appelée « Wewaikai »), dont certains membres vivent dans la réserve nº 12, et la bande indienne de Campbell River (traditionnellement appelée « Wewaykum »), dont certains membres vivent dans la réserve nº 11. Chaque bande compte également des réserves situées à d'autres endroits. Les réserves en litige sont très petites. Située à l'embouchure de la rivière Campbell, la réserve nº 11 compte environ 350 acres et 120 habitants. La réserve nº 12 se trouve à l'intérieur des terres, le long d'un affluent de la rivière Campbell; sa superficie est inférieure à 300 acres et elle compte moins d'habitants que la précédente. Les réserves de faible taille abondent dans les régions côtières de la Colombie-Britannique, où l'on considérait plus important de disposer de points d'accès stratégiques aux abondantes ressources halieutiques et autres que de posséder de vastes étendues de territoire.

It appears the first members of the Laich-kwil-tach First Nation to take up residence in the disputed area was Captain John Quacksister (or Kwaksistal) and his family, in or about 1875.

12 Les premiers membres de la Première nation Laich-kwil-tach à s'installer sur le territoire litigieux, vers 1875, semblent avoir été le capitaine John Quacksister (ou Kwaksistal) et sa famille.

A. *Creation of Reserve Lands*

A. *La création des réserves*

The legal requirements for the creation of a reserve within the meaning of the *Indian Act* were

13 Dans l'arrêt *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 816, 2002 CSC

2002 SCC 79 (CanLII)

considered by this Court in *Ross River Dena Council Band v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 816, 2002 SCC 54, released June 20, 2002. They include an act by the Crown to set apart Crown land for use of an Indian band combined with an intention to create a reserve on the part of persons having authority to bind the Crown and practical steps by the Crown and the Indian band to realize that intent (para. 67). In that case it was found that the Crown never intended to establish a reserve within the meaning of the Act. At para. 68, LeBel J. noted "that the process of reserve creation, like other aspects of its relationship with First Nations, requires that the Crown remain mindful of its fiduciary duties and of their impact on this procedure, and taking into consideration the *sui generis* nature of native land rights". The role of the Crown's fiduciary duty in reserve creation was not argued in that case. It is squarely raised in the appeals now before us.

54, rendu le 20 juin 2002, notre Cour a examiné les conditions légales de création d'une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*. Parmi ces conditions, mentionnons l'existence d'un acte de la Couronne ayant pour effet de mettre de côté des terres domaniales à l'usage d'une bande indienne, l'intention de créer une réserve, manifestée par des personnes ayant le pouvoir de lier la Couronne, et l'accomplissement par celle-ci et par la bande indienne de démarches concrètes pour réaliser cette intention (par. 67). Dans cette affaire, la Cour a conclu que la Couronne n'avait jamais eu l'intention d'établir une réserve au sens de la Loi. Au paragraphe 68, le juge LeBel a signalé « que, dans le cadre de la procédure de création des réserves, comme dans les autres aspects de ses rapports avec les Premières nations, la Couronne doit rester consciente de ses obligations de fiduciaire et de leur incidence sur cette procédure, et prendre en considération la nature *sui generis* des droits fonciers des Autochtones ». La question du rôle de l'obligation de fiduciaire de la Couronne dans la création des réserves n'a pas été débattue dans cette affaire, alors qu'elle se soulève clairement dans les présents pourvois.

B. *Reserve Creation in British Columbia*

B. *La création des réserves en Colombie-Britannique*

14 When British Columbia joined Confederation in 1871, Article 13 of the *British Columbia Terms of Union*, R.S.C. 1985, App. II, No. 10, provided:

> The charge of the Indians, and the trusteeship and management of the lands reserved for their use and benefit, shall be assumed by the Dominion Government, and a policy as liberal as that hitherto pursued by the British Columbia Government shall be continued by the Dominion Government after the Union.
>
> To carry out such policy, tracts of land of such extent as it has hitherto been the practice of the British Columbia Government to appropriate for that purpose, shall from time to time be conveyed by the Local Government to the Dominion Government in trust for the use and benefit of the Indians on application of the Dominion Government; and in case of disagreement between the two Governments respecting the quantity of such tracts of land to be so granted, the matter shall be referred for the decision of the Secretary of State for the Colonies. [Emphasis added.]

Lorsque la Colombie-Britannique a adhéré à la Confédération en 1871, l'article 13 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. 1985, App. II, n^{o} 10, était rédigé ainsi :

> Le soin des Sauvages, et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice, incomberont au Gouvernement Fédéral, et une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici par le gouvernement de la Colombie Britannique sera continuée par le Gouvernement Fédéral après l'Union.
>
> Pour mettre ce projet à exécution, des étendues de terres ayant la superficie de celles que le gouvernement de la Colombie Britannique a, jusqu'à présent, affectées à cet objet, seront de temps à autres transférées par le Gouvernement Local au Gouvernement Fédéral au nom et pour le bénéfice des Sauvages, sur demande du Gouvernement Fédéral; et dans le cas où il y aurait désaccord entre les deux gouvernements au sujet de la quantité des étendues de terre qui devront être ainsi concédées, on devra en référer à la décision du Secrétaire d'État pour les Colonies. [Je souligne.]

2002 SCC 79 (CanLII)

Federal-provincial cooperation was required in the reserve-creation process because, while the federal government had jurisdiction over "Indians, and Lands reserved for the Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, Crown lands in British Columbia, on which any reserve would have to be established, were retained as provincial property. Any unilateral attempt by the federal government to establish a reserve on the public lands of the province would be invalid: *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73 (P.C.). Equally, the province had no jurisdiction to establish an Indian reserve within the meaning of the *Indian Act*, as to do so would invade exclusive federal jurisdiction over "Indians, and Lands reserved for the Indians".

15 La coopération fédérale-provinciale était nécessaire dans le cadre du processus de création des réserves, étant donné que, si le gouvernement fédéral avait compétence à l'égard des « Indiens et [d]es terres réservées aux Indiens » aux termes du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les terres domaniales en Colombie-Britannique, où serait nécessairement établie toute réserve, appartenaient à la province. Toute tentative unilatérale du gouvernement fédéral de créer une réserve sur des terres publiques de la province aurait été invalide : *Ontario Mining Co. c. Seybold*, [1903] A.C. 73 (C.P.). Par ailleurs, la province ne pouvait établir une réserve indienne au sens de la *Loi sur les Indiens*, car elle aurait alors empiété sur la compétence exclusive du fédéral sur « [l]es Indiens et les terres réservées aux Indiens ».

Implementation of Article 13 therefore required a number of stages preliminary to the federal reserve-creation process described in *Ross River*. First of all, federally appointed Indian Reserve Commissioners undertook to define and survey the proposed reserves. Then the federal government and the provincial government, armed with the surveys, negotiated the size, location and number of reserves. Administration and control of such lands had then to be transferred ("conveyed" is the word used in Article 13) from the new Province of British Columbia to the federal government. The federal government would have to "set apart" the lands for the use and benefit of a band: *The Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18, s. 3(6); *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 2(1) "reserve".

16 La mise en œuvre de l'article 13 requérait donc l'accomplissement de certaines démarches préalables à la mise en branle du processus fédéral-provincial de création des réserves décrit dans l'arrêt *Ross River*. D'abord, des commissaires nommés par le gouvernement fédéral délimitaient et arpentaient les réserves proposées, puis, munis de ces plans, les gouvernements fédéral et provincial négociaient la taille, l'emplacement et le nombre des réserves. La maîtrise et l'administration de ces terres devaient ensuite être cédées (ou « transférées », suivant les termes de l'article 13) par la nouvelle province de la Colombie-Britannique au gouvernement fédéral, lequel devait les mettre de côté à l'usage et au bénéfice d'une bande : *L'Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18, par. 3(6); *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, par. 2(1) « réserve ».

For more than 60 years after the entry of British Columbia into Confederation, the reserve establishment issue remained an on-going source of friction between the federal and provincial governments. The trial judge found, for instance, that the British Columbia government initially considered the federal government's target of 80 acres *per capita* for reserve lands to be excessive. The provincial position was that a *per capita* allocation of 20 acres was sufficient, particularly

17 Plus de 60 ans après l'entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération, la question de l'établissement des réserves constituait toujours une source de frictions entre le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial. Par exemple, le juge de première instance a constaté que le gouvernement de la Colombie-Britannique avait d'abord considéré excessif le chiffre de 80 acres par personne avancé par le gouvernement fédéral pour la constitution des réserves, estimant que 20 acres par personne

2002 SCC 79 (CanLII)

where the principal source of livelihood of a band was fishing. There was even disagreement as to the mechanism to accomplish the "conveyance".

18 The issues were ultimately resolved by federal-provincial agreement and the transfer in 1938 of administration and control to the federal Crown of provincial land on which the reserves were to be established: G. V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), at p. 132. Until then, "[a]ll rested in the realm of bureaucratic recommendation and political intention with nothing conclusive accomplished in any effective legal sense": *Dunstan v. Hell's Gate Enterprises Ltd.*, [1986] 3 C.N.L.R. 47 (B.C.S.C.), *per* Cumming J., at p. 65.

19 I think there is no doubt on the evidence that when the federal Crown received the B.C. Order-in-Council 1036 dated July 29, 1938, it intended to set apart each of the contested reserves for the beneficial use and occupation of the present incumbent. The claim of each appellant band to *both* reserves is misconceived.

C. *The Indian Reserve Commission (1875-1912)*

20 In 1875, the federal government and the Province of British Columbia established the Indian Reserve Commission whose mandate was in part to

> . . . make arrangements to visit, with all convenient speed, in such order as may be found desirable, each Indian Nation (meaning by Nation all Indian tribes speaking the same language) in British Columbia and after full enquiry on the spot, into all matters affecting the question, to fix and determine for each Nation separately the number, extent and locality of the Reserve or Reserves to be allowed to it. [Emphasis added.]

(Order-in-Council P.C. 1088, November 10, 1875)

21 The mandate of the Indian Reserve Commission was thus to allocate reserves at the level of First Nation, as distinct from subgroupings at the band

suffisait, en particulier lorsque la bande subsistait principalement de la pêche. Les deux ordres de gouvernement différaient même d'avis quant au mécanisme de « transfert » devant être utilisé.

Les diverses questions litigieuses ont finalement été réglées par un accord fédéral-provincial et par la cession à la Couronne fédérale, en 1938, de la maîtrise et de l'administration des terres provinciales devant servir à l'établissement des réserves : G. V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), p. 132. Jusque-là, [TRADUCTION] « [t]out reposait sur une recommandation bureaucratique et l'intention politique, alors que rien qui soit concluant n'était accompli dans quelque sens juridique véritable » : *Dunstan c. Hell's Gate Enterprises Ltd.*, [1986] 3 C.N.L.R. 47 (C.S.C.-B.), le juge Cumming, p. 65.

Selon moi, il est indubitable que, lorsque la Couronne fédérale a reçu le décret 1036 de la Colombie-Britannique, daté du 29 juillet 1938, elle entendait mettre de côté chacune des réserves en litige pour l'usage bénéficiaire et l'occupation de la bande qui l'habite actuellement. La revendication des *deux* réserves par chaque bande est mal fondée.

C. *La Commission des réserves indiennes (1875-1912)*

En 1875, le gouvernement fédéral et le gouvernement de la Colombie-Britannique ont créé la Commission des réserves indiennes, dont les commissaires avaient notamment pour mandat

> [TRADUCTION] . . . de prendre des dispositions pour visiter, dans les meilleurs délais et dans l'ordre qu'ils jugeront opportuns, chaque nation indienne (nation s'entendant de toutes les tribus indiennes qui parlent la même langue) de la Colombie-Britannique et, après un examen exhaustif sur les lieux de toutes les questions pertinentes, pour établir et déterminer à l'égard de chaque nation séparément le nombre, l'étendue et l'emplacement de la réserve ou des réserves qui doivent lui être attribuées. [Je souligne.]

(Décret C.P. 1088, pris le 10 novembre 1875)

La Commission des réserves indiennes avait donc comme mandat d'attribuer les réserves aux Premières nations, plutôt qu'à des sous-groupes

2002 SCC 79 (CanLII)

level. (Arguably, the Commission was required only to allocate reserves at the higher level of Kwakwala-speaking peoples, of which the Laich-kwil-tach grouping was a sub-component, but in practice the Laich-kwil-tach people were dealt with as a First Nation.) The reason for this high level allocation, as found by the trial judge at para. 25, was to secure land quickly for the Indians "before white settlement alienated all the desired locations". Long and complex inquiries by the Commissioners into individual sub-First Nation allocations would have created unacceptable delay. The band level allocation was thus generally to be left to the local Indian agent, a federal official, who possessed the requisite detailed knowledge. The Campbell River Band argues that this view elevates the Indian Agent to the status of a "latter day Solomon with plenary authority to re-allocate reserves", but this is not so. The Indian Agents were the eyes and ears of the senior officials whose ultimate stamp of approval was essential.

correspondant aux bandes. (On peut donc affirmer que la Commission était uniquement tenue d'attribuer des réserves à ce groupement plus large de peuples parlant la langue kwakwala — dont les Laich-kwil-tach étaient un sous-groupe —, mais qu'en pratique elle a traité ces derniers comme une Première nation.) Le juge de première instance a estimé que l'attribution des réserves à ce niveau supérieur d'organisation visait à garantir rapidement des terres aux Indiens « avant que la colonisation par les blancs ne supprime tous les endroits désirés » (par. 25). La tenue d'enquêtes longues et complexes par les commissaires en vue d'attribuer des réserves aux sous-groupes aurait entraîné des délais inacceptables. L'attribution de terres aux bandes relevait donc généralement de l'agent local des Indiens, un fonctionnaire fédéral qui possédait les connaissances précises nécessaires. La bande de Campbell River prétend que cette situation faisait de l'agent des Indiens [TRADUCTION] « un Salomon moderne investi de la plénitude des pouvoirs requis pour réattribuer des réserves », mais ce n'est pas le cas. Les agents des Indiens étaient les yeux et les oreilles des fonctionnaires supérieurs dont l'approbation finale était nécessaire.

In the 1870s, Commissioner Gilbert Sproat, who by then had become the sole member of the Indian Reserve Commission, surveyed a number of reserves in the area in question for the Laich-kwil-tach First Nation. His survey of a proposed reserve was not enough to create a reserve within the meaning of the *Indian Act* but, if approved by the provincial government, the effect was to withdraw the subject lands from other inconsistent uses, such as preemption by settlers. It thus created a measure of what might be termed administrative protection, but this fell well short of the various statutory protections under the federal *Indian Act*.

22 Dans les années 1870, la Commission des réserves indiennes ne comptait plus qu'un seul membre, Gilbert Sproat, qui a arpenté un certain nombre de réserves de la région destinées à la Première nation Laich-kwil-tach. Les levés qu'il préparait ne suffisaient pas à créer des réserves au sens de la *Loi sur les Indiens*, mais, si ces levés étaient approuvés par le gouvernement provincial, ils avaient pour effet d'empêcher toute utilisation incompatible des terres visées, par exemple leur acquisition par préemption par des colons. L'arpentage créait donc une certaine forme de protection administrative, bien inférieure toutefois aux diverses garanties de nature législative prévues par la *Loi sur les Indiens*.

The reserves surveyed by Commissioner Sproat were not approved by the province in any event.

23 Quoi qu'il en soit, la province n'a pas approuvé les réserves arpentées par le commissaire Sproat.

In 1886, Sproat's successor, P. O'Reilly, a former county court judge, recommended the allotment of 10 reserves to the "'Laich kwil tach' (Euclataw) Indians", but he did not deal with the lands now

24 En 1886, P. O'Reilly, ancien juge de cour de comté qui avait succédé à Sproat, a recommandé l'attribution de dix réserves [TRADUCTION] « aux Indiens Laich kwil tach (Euclataw) », mais il n'a

2002 SCC 79 (CanLII)

in dispute because "as the Indians were all absent, I deemed it advisable to delay making reserves until they are present to point out the places they wish to have" (emphasis added). A policy of non-intervention in the *status quo* had been made explicit in O'Reilly's mandate from Ottawa:

> You should in making allotments of lands for Reserves make no attempt to cause any violent or sudden changes in the habits of the Indian band for which you may be setting apart the Reserve land; or to divert the Indians from any legitimate pursuits or occupations which they may be profitably following or engaged in, you should on the contrary encourage them in any branch of industry which you find them so engaged. [Emphasis in original.]

D. *The Ashdown Green Survey*

25 Delay in the setting aside of reserves did in fact exacerbate the potential for conflict between Indians and the influx of settlers. In 1888, a dispute flared up at Campbell River between some homesteaders called Nunns and the resident Laich-kwil-tach Indians, each of whom claimed rights to some valuable timber in the vicinity of what is now Reserve No. 11. The most vocal figure in this dispute, at least on the Indian side, was Captain John Quacksister. He claimed that he had been granted ownership of all of the lands which Commissioner Sproat had provisionally set aside at Campbell River in 1879. He was likely not aware of the federal-provincial intricacies of land transfer. Captain John's band affiliation was the subject of dispute between the parties. The trial judge concluded, at para. 289:

> Men and women passed from one group to another and clearly a person could be a member of more than one subgroup. The attempt to categorize Captain John's tribal affiliation epitomized this difficulty and he was appropriately known as "Smoke All Around".

26 After Commissioner O'Reilly left for England on extended convalescent leave, the federal government

pas pris en compte les terres qui nous intéressent aujourd'hui parce que, a-t-il écrit, [TRADUCTION] « puisque les Indiens étaient tous absents, j'ai jugé plus sage d'attendre, pour établir des réserves, qu'ils soient présents pour m'indiquer les endroits qu'ils souhaitent obtenir » (je souligne). Le mandat confié à O'Reilly par le gouvernement fédéral comportait l'instruction expresse de ne pas changer le statu quo :

> [TRADUCTION] Lorsqu'il s'agit d'attribuer des terres aux fins d'établissement des réserves, évitez de provoquer des changements violents ou soudains dans les habitudes de la bande indienne pour laquelle vous mettez de côté les terres de réserve, et ne détournez pas les Indiens d'une occupation légitime qu'ils pourraient pratiquer à profit; tentez plutôt de les encourager lorsque vous constatez qu'ils travaillent dans quelque secteur d'une industrie. [Souligné dans l'original.]

D. *L'arpentage effectué par Ashdown Green*

Le retard dans la mise de côté des réserves a effectivement exacerbé les risques de conflit entre les Indiens et les colons qui affluaient dans la province. En 1888, un différend a éclaté à Campbell River entre des colons du nom de Nunns et les Indiens Laich-kwil-tach résidant à cet endroit, chaque groupe revendiquant des droits sur de précieuses ressources forestières à proximité de ce qui est à présent la réserve n^{o} 11. Le personnage qui s'est fait le plus entendre dans ce conflit, du moins chez les Indiens, est le capitaine John Quacksister. Il affirmait qu'on lui avait attribué la propriété de toutes les terres que le commissaire Sproat avait provisoirement mises de côté à Campbell River en 1879. Il n'était probablement pas au fait des méandres du processus de transfert foncier entre le gouvernement provincial et le gouvernement fédéral. Les parties ne s'entendaient pas sur la filiation tribale du capitaine John. Le juge de première instance a formulé la conclusion suivante à ce sujet (au par. 289) :

> Les hommes et les femmes passaient d'un groupe à l'autre et, manifestement, pouvaient appartenir à plus d'un sous-groupe. La tentative de catégoriser le lien tribal du capitaine John résume cette difficulté : c'est à juste titre qu'on l'appelait « Smoke All Around ».

Après le départ du commissaire O'Reilly en Angleterre pour une longue convalescence, le

2002 SCC 79 (CanLII)

authorized one of its surveyors, Mr. Ashdown Green, to sort out the boundary between Captain John and the homesteaders. It is his 1888 survey that forms the root of the Cape Mudge Band's claim in this litigation.

E. *The Claim of the Cape Mudge Band (the "Wewaikai")*

After visiting the Campbell River area, Ashdown Green recommended the creation of two additional reserves: Reserve No. 11 (Campbell River) and Reserve No. 12 (Quinsam). However, given the terms of his appointment, and the nature of his mandate (which was to resolve the point of contention between Indians and non-Indians), his report purported to settle only the "extent and boundaries" of Reserves Nos. 11 and 12. In the body of his Report, Reserves Nos. 11 and 12 were not identified as allocated to a particular band, but rather to the "Laich-kwil-tach (Euclataw) Indians". Moreover, in a copy of Green's Report filed with the McKenna McBride Commission, he explains his understanding of the reserve-creation process:

> The Laich-kwil-tach (Euclataw) reserves were re-allotted by Mr. O'Reilly in 1886. No allotments were made to separate bands. The division into bands were made by the agents. [Emphasis in original.]

The trial judge concluded that Ashdown Green did not have, and did not think he had, authority "to allocate reserves to any one subgroup or band" (para. 57). His task was to separate Indian reserve land from land to be taken up by non-Indian settlers.

Even if Ashdown Green had stood in O'Reilly's shoes, all reserves recommended by the Reserve Commissioner were subject to the approval of the Provincial Chief Commissioner of Lands and Works and the Dominion Superintendent pursuant to Order-in-Council No. 1334. The trial judge concluded that whether or not Ashdown Green could be construed as recommending the allocation of Reserve No. 11 and Reserve No. 12 to the Cape Mudge Band, no such higher approval was given. As recently affirmed in *Ross River*, *supra*, the

gouvernement fédéral a autorisé l'un de ses arpenteurs, Ashdown Green, à délimiter les terres du capitaine John et celles des colons. C'est son levé de 1888 qui est à l'origine de la revendication de la bande de Cape Mudge dans la présente affaire.

E. *La revendication de la bande de Cape Mudge (« Wewaikai »)*

27 Après avoir visité la région de Campbell River, Ashdown Green a recommandé la création de deux réserves additionnelles : la réserve n^{o} 11 (Campbell River) et la réserve n^{o} 12 (Quinsam). Toutefois, vu les conditions de sa nomination et la nature de son mandat (résoudre le différend opposant les Indiens et les non-Indiens), son rapport ne visait qu'à établir [TRADUCTION] « l'étendue et les limites » des réserves n^{os} 11 et 12. Le rapport n'attribue les réserves à aucune bande en particulier, indiquant plutôt qu'elles sont octroyées aux [TRADUCTION] « Indiens Laich-kwil-tach (Euclataw) ». De plus, Ashdown Green a expliqué sa conception du processus de création des réserves dans une copie de son rapport déposée devant la Commission McKenna-McBride :

> [TRADUCTION] Les réserves des Laich-kwil-tach (Euclataw) ont été attribuées de nouveau par M. O'Reilly en 1886. Aucune attribution n'a été faite aux bandes séparément. Le partage entre les bandes a été effectué par les agents. [Souligné dans l'original.]

Le juge de première instance a conclu qu'Ashdown Green n'avait pas ni ne croyait avoir le pouvoir « [d']attribuer des réserves à quelque sous-groupe ou bande » (par. 57). Il avait comme tâche de séparer les terres destinées aux réserves indiennes de celles destinées aux colons non-Indiens.

28 Même si Ashdown Green avait été dans la même position qu'O'Reilly, toutes les recommandations faites par le commissaire des réserves étaient néanmoins subordonnées à l'approbation du commissaire principal des Terres et des Travaux publics et du surintendant fédéral, conformément au décret 1334. Or, de conclure le juge de première instance, que Ashdown Green ait ou non recommandé l'attribution des réserves n^{os} 11 et 12 à la bande de Cape Mudge, aucune décision à cet effet n'avait été prise en haut lieu. Comme l'a affirmé récemment notre

2002 SCC 79 (CanLII)

relevant "intention" is the "intention to create a reserve on the part of persons having the authority to bind the Crown" (para. 69).

29 The Cape Mudge Band contends that, notwithstanding the findings of the trial judge, Ashdown Green *did* have authority to allocate reserves within the Laich-kwil-tach First Nation and *did* award both Reserve No. 11 and Reserve No. 12 to them. Their factual argument turns on disputed inferences from a notation on a map of the two reserves attached to Ashdown Green's 1888 Report that was entitled "Laich-kwil-tach (Eu-cla-taw) Indians. We-way-a-kay Band", and by subsequent repetition of this allocation for a short period in the Schedules of Indian Reserves published by the Department of Indian Affairs.

30 The Department officially began publishing these Schedules in 1892. They included a summary of the location and size of the various reserves in British Columbia. The Schedules were not legally mandated and were primarily internal administrative documents. Often they contained errors. The 1892 Schedule (i.e., the first to be published) listed the Reserves Nos. 10, 11 and 12 surveyed by Ashdown Green as belonging to the "Laich-Kwil-Tach Indians" without any indication of how these reserves were to be distributed amongst the four bands composing the Laich-kwil-tach First Nation. By 1902, Reserves Nos. 11 and 12 were shown on the Schedule as allocated to the "Wewayakay" (Cape Mudge) Band.

31 The trial judge found that the Cape Mudge Band had not in fact resided in the area now designated Reserve No. 11. Its members had used the rich fishing grounds in the vicinity in common with other Laich-kwil-tach peoples, but had landed their catch elsewhere along the shoreline.

32 When a particular reserve was provisionally allocated at the band level, the practice was for a departmental official to write out a band's name in full for the first entry, and for every successive reference (in

Cour dans l'arrêt *Ross River*, précité, par. 69, l'« intention » requise est l'intention manifestée par « des personnes ayant le pouvoir de lier la Couronne [. . .] de créer une réserve ».

La bande de Cape Mudge soutient que, malgré les conclusions du juge de première instance, Ashdown Green *avait effectivement* le pouvoir d'attribuer des réserves aux bandes de la Première nation Laich-kwil-tach et qu'il leur *a effectivement* attribué les réserves n^{os} 11 et 12. Leur argument factuel repose sur des inférences contestées, tirées d'une inscription portée sur un croquis des deux réserves joint au rapport de 1888 de Ashdown Green, intitulé [TRADUCTION] « Indiens Laich-kwil-tach (Eu-cla-taw). Bande We-way-a-kay », et sur la mention subséquente de cette attribution, pendant une courte période, dans les répertoires des réserves indiennes publiés par le ministère des Affaires indiennes.

Le ministère a officiellement commencé à publier ces répertoires en 1892. Ils comprenaient un résumé de l'emplacement et de la taille des réserves de la Colombie-Britannique. La préparation de ces répertoires n'était pas requise par la loi, et ceux-ci constituaient d'abord et avant tout des documents administratifs internes. Ils comportaient souvent des erreurs. Le répertoire de 1892 (le premier qui fut publié) indiquait que les réserves n^{os} 10, 11 et 12, arpentées par Ashdown Greene, appartenaient aux [TRADUCTION] « Indiens Laich-Kwil-Tach », sans préciser de quelle façon ces réserves étaient réparties entre les quatre bandes de la Première nation Laich-kwil-tach. Le répertoire de 1902 indiquait que les réserves n^{os} 11 et 12 étaient attribuées à la bande « Wewayakay » (Cape Mudge).

De l'avis du juge de première instance, la bande de Cape Mudge n'avait pas, dans les faits, résidé dans la région maintenant désignée comme étant la réserve n^{o} 11. Les membres de cette bande pêchaient dans les eaux poissonneuses de l'endroit avec les autres peuples Laich-kwil-tach, mais ils déposaient leurs prises ailleurs sur le littoral.

Lorsqu'une réserve donnée était provisoirement attribuée à une bande, la pratique ministérielle était d'inscrire au complet le nom de la bande la première fois, puis (dans un regrettable souci d'économie

2002 SCC 79 (CanLII)

an unfortunate economy of effort) the official would simply put quotation or "ditto" marks. Thus by 1902, the Schedule (unlike the 1892 Schedule) showed an allocation to the Cape Mudge Band ("Wewayakay") of both Reserve No. 11 *and* Reserve No. 12 as follows:

Reserve No	Reserve Name	Tribe or Band
1	Salmon River	Laichkwiltach, Kahkahmatsis band
. . . [*listing of reserves 2 to 6 omitted*]		
7	Village Bay	We-way-akay band
8	Open Bay	" "
9	Drew Harbour	" "
10	Cape Mudge	" "
11	Campbell River	" "
12	Quinsam	" "

(Source: Joint Record, vol. 8, p. 1325)

A note in the margin of the 1902 Schedule stated, "[a]llotted by Mr. Ashdown Green . . . May 7, 1888. Surveyed, 1888. Final confirmation, May 18, 1889". As stated, the trial judge found this information to be erroneous. The only approval given by the Indian Superintendent was approval of the reserves for the Laich-kwil-tach First Nation and not for any of its subgroups. The approval was in any event provisional, as the Indian Superintendent must be taken to have been aware that British Columbia had still not agreed on what provincial Crown lands would be made available for that purpose.

The trial judge's findings of fact were clearly supported by the evidence and collectively are fatal to the Cape Mudge Band claim to both reserves. Appearance of the band name on an Indian Affairs document used for administrative purposes does not create in law a reserve in their favour, particularly where the document is based on erroneous information. The Cape Mudge Band did have, as members of the Laich-kwil-tach First Nation, a claim for the appropriate consideration of their requirements. As

d'effort) d'ajouter simplement des guillemets de répétition pour les inscriptions subséquentes. Ainsi, le répertoire de 1902 (contrairement à celui de 1892) indiquait, de la façon suivante, que la réserve n^{o} 11 *et* la réserve n^{o} 12 avaient été attribuées à la bande de Cape Mudge (« Wewayakay ») :

[TRADUCTION]

Réserve n^{o}	Nom de la réserve	Tribu ou bande
1	Salmon River	Laichkwiltach, bande Kahkahmatsis
. . . [*réserves 2 à 6 omises*]		
7	Village Bay	Bande We-way-akay
8	Open Bay	" "
9	Drew Harbour	" "
10	Cape Mudge	" "
11	Campbell River	" "
12	Quinsam	" "

(Source : Dossier conjoint, vol. 8, p. 1325)

Une note inscrite en marge dans le répertoire de 1902 indiquait : [TRADUCTION] « [a]ttribuées par M. Ashdown Green [. . .] le 7 mai 1888. Arpentées en 1888. Confirmation définitive le 18 mai 1889 ». Comme nous l'avons vu plus tôt, le juge de première instance a estimé que cette information était erronée. La seule approbation donnée par le surintendant des Affaires indiennes concernait les réserves attribuées à la Première nation Laich-kwil-tach et non à ses sous-groupes. Quoi qu'il en soit, il s'agissait d'une approbation provisoire, car il faut supposer que le surintendant savait que la Colombie-Britannique n'avait pas encore décidé des terres domaniales qui devaient servir à cette fin.

Les conclusions du juge de première instance sont clairement étayées par la preuve et, collectivement, elles sont fatales à la revendication des deux réserves par la bande de Cape Mudge. La mention du nom de la bande dans un document des Affaires indiennes servant principalement à des fins administratives ne crée pas juridiquement de réserve au profit de la bande, en particulier lorsque ce document repose sur des renseignements erronés. En tant que membre de la Première nation Laich-kwil-tach,

33

2002 SCC 79 (CanLII)

to Reserve No. 11 in particular, however, their own Chief and Principal Men authoritatively disclaimed any beneficial interest on numerous occasions prior to the lawsuit.

34 As early as March 24, 1896, Indian Agent Pidcock reported:

> At a meeting in the house of the chief yesterday, the Indians of the We-Wai-Ai-Kai [Cape Mudge] band who reside on the Reserve at Cape Mudge, said they had always considered the Reserve at Campbell River to belong to Chief Kwaksista [Quacksister], and they did not claim any of it.

This disclaimer was repeated more authoritatively by formal resolution of the Chief and Principal Men in March 1907. No claim was made to Reserve No. 11 by the Cape Mudge Band either in 1914 when making submissions to the McKenna McBride Commission, or again in response to an Indian Affairs departmental inquiry in 1936. Having on those occasions acknowledged the beneficial interest in Reserve No. 11 to be in the Campbell River Band, equitable relief is not available to the Cape Mudge Band to achieve what would now be a most inequitable dispossession of its sister band. Nor, for the reasons to follow, is "equitable" compensation available against the Crown in substitution for the inequitable dispossession which, quite understandably, the Cape Mudge Band does not really desire.

F. *The Claim of the Campbell River Band ("Wewaykum")*

35 The imputed allocation in the 1902 Schedule of both Reserves Nos. 11 and 12 to the Cape Mudge Band ("Wewayakay") created practical difficulties, as the Cape Mudge Band was not in occupation of Reserve No. 11, and never had been, whereas members of the Campbell River Band had been there for several years.

36 In 1905, a dispute between the two bands over fishing rights in the Campbell River led to a dispute over possession of Reserve No. 11. At about

la bande de Cape Mudge pouvait demander que ses exigences soient dûment prises en considération. À plusieurs reprises avant le début de l'action, toutefois, le chef et les anciens de la bande ont formellement déclaré n'avoir aucun intérêt bénéficiaire relativement à la réserve nº 11 en particulier.

Déjà, le 24 mars 1896, l'agent des Indiens concerné, un certain Pidcock, rapportait ce qui suit :

> [TRADUCTION] Lors d'une réunion tenue dans la maison du chef hier, les Indiens de la bande We-wai-ai-kai qui résident dans la réserve de Cape Mudge ont affirmé qu'ils avaient toujours considéré que la réserve de Campbell River appartenait au chef Kwaksista [Quacksister], et ils n'en revendiquent aucune part.

Cette renonciation a été réitérée plus officiellement dans une résolution formelle du chef et des anciens en mars 1907. La bande de Cape Mudge n'a revendiqué la réserve nº 11 ni dans son mémoire à la Commission McKenna-McBride en 1914 ni dans sa réponse à l'enquête du ministère des Affaires indiennes en 1936. Ayant reconnu, à ces deux occasions, que l'intérêt bénéficiaire relatif à la réserve nº 11 appartenait à la bande de Campbell River, la bande de Cape Mudge ne saurait disposer d'un recours en equity qui, aujourd'hui, aurait pour effet de déposséder de cette réserve une bande sœur d'une manière tout à fait inéquitable. La bande de Cape Mudge ne saurait non plus, pour les motifs qui vont suivre, obtenir de l'État paiement d'une indemnité « en equity » à la place de la dépossession inéquitable qui, on le comprend très bien, n'est pas la solution que désire réellement la bande.

F. *La revendication de la bande de Campbell River (« Wewaykum »)*

L'attribution, dans le répertoire de 1902, des réserves nº 11 et nº 12 à la bande de Cape Mudge (« Wewayakay ») a engendré des difficultés d'ordre pratique, puisque cette bande n'occupait pas la réserve nº 11 et ne l'avait d'ailleurs jamais occupée, alors que des membres de la bande de Campbell River l'habitaient depuis plusieurs années.

En 1905, un différend entre les deux bandes au sujet de droits de pêche dans la rivière Campbell s'est étendu à la possession de la réserve nº 11. Vers

2002 SCC 79 (CanLII)

the same time, the International Timber Company expressed an interest in using the area in conjunction with their logging operations. It thus became necessary to sort out who was (provisionally) entitled to what. The Indian Agent William Halliday reported to Ottawa that "I deemed it necessary to get an expression of opinion from the Indians regarding ownership of this reserve [i.e., Reserve No. 11]".

It is important to note that Halliday did not consider it his mandate to impose a solution. It was "to get an expression of opinion from the Indians". The result was the *1907 Resolution* in March of that year wherein the Cape Mudge Band "ceded" to the Campbell River Band any claim to Reserve No. 11, subject to retaining fishing rights in the area. The Resolution is set out in the trial judgment, at para. 91, as follows:

Resolved that whereas there is a difference of opinion as to the ownership of the reserve known as the Campbell River Reserve [No. 11], this reserve being claimed by both the Wewaiaikai [Cape Mudge] and Wewaiaikum [Campbell River] Bands, and as the reserve is gazetted in the office of the Indian Department as belonging to the Wewaiaikai [Cape Mudge] Band, as the reserve is at present occupied by the Wewaiaikum [Campbell River] Band, as it would entail hardship on the members of the Weiwaiaikum [Campbell River] Band to be obliged to move, and as the first Indians to live on this reserve were of the Wewaiaikum [Campbell River] Band, and as the object of the Wewaiaikai [Cape Mudge] Band in asking for this land for a reserve was to have the use of the river for fishing purposes, therefore, the members of the Wewaiaikai [Cape Mudge] Band in council here assembled, do cede all right to the Campbell River Reserve [No. 11] to the Wewaiaikum [Campbell River] Band forever, with the proviso that at any and all times the Wewaiaikai [Cape Mudge] Band shall have the undisputed right to catch any and all fish in the waters of Campbell River, this right to be in common with the Wewaiaikum [Campbell River] Band.

Resolved further that the Indian Agent who is presiding at this meeting is hereby authorized to take what steps are necessary to have this resolution made official and properly carried out.

la même époque, l'International Timber Company s'est montrée intéressée à utiliser les ressources de la région dans le cadre de ses opérations d'exploitation forestière. Il est donc devenu nécessaire de déterminer (provisoirement) qui avait droit à quoi. Dans un rapport envoyé à Ottawa, l'agent des Indiens William Halliday a indiqué qu'il avait [TRADUCTION] « jugé nécessaire de recueillir l'opinion des Indiens concernant la propriété de la réserve [n^{o} 11] ».

37

Il importe de signaler que, selon Halliday, son mandat ne requérait pas qu'il impose une solution, mais consistait plutôt à [TRADUCTION] « recueillir l'opinion des Indiens ». Le résultat fut la *Résolution de 1907*, prise au mois de mars de l'année en question dans laquelle la bande de Cape Mudge « cédait » à la bande de Campbell River tout droit à la réserve n^{o} 11 sous réserve de la conservation de droits de pêche dans ce secteur. Au paragraphe 91 du jugement de première instance, on cite cette résolution, dont voici en partie le texte :

[TRADUCTION] Il est résolu qu'attendu qu'il existe une divergence d'opinions quant à la propriété de la réserve connue sous le nom de Campbell River [n^{o} 11], cette réserve étant revendiquée par la bande Wewaiaikai [Cape Mudge] et la bande Wawaiaikum [Campbell River]; que, suivant le bureau du ministère des Affaires indiennes, ladite réserve appartient à la bande Wewaiaikai [Cape Mudge]; que la réserve est présentement occupée par la bande Wewaiaikum [Campbell River]; que les membres de la bande Wewaiaikum [Campbell River] subiraient un préjudice s'ils étaient contraints de déménager; que les premiers Indiens à vivre dans cette réserve appartenaient à la bande Wewaiaikum [Campbell River]; et que la bande Wewaiaikai [Cape Mudge] revendique ces terres à titre de réserve dans le but d'utiliser la rivière pour y pêcher. Par conséquent, les membres de la bande Wewaiaikai [Cape Mudge] ici réunis en conseil cèdent tous leurs droits dans la réserve de Campbell River [n^{o} 11] à la bande Wewaiaikum [Campbell River] à jamais, sous réserve du droit incontesté de la bande Wewaiaikai [Cape Mudge] de pêcher en tout temps le poisson dans les eaux de la rivière Campbell, ce droit étant détenu conjointement avec la bande Wewaiaikum [Campbell River].

Il est en outre résolu que l'agent des Indiens qui préside l'assemblée soit, par les présentes, autorisé à prendre les mesures nécessaires pour que la présente résolution revête un caractère officiel et soit convenablement exécutée.

2002 SCC 79 (CanLII)

38 The trial judge was satisfied that the Cape Mudge Indians, either directly or with the assistance of an interpreter, "were capable of communicating in English by March 1907" (para. 430).

39 For my purposes, the key points made in the Resolution adopted by the Cape Mudge Band can be summarized as follows:

1. The Cape Mudge Band acknowledges that Reserve No. 11 is recorded in the departmental Schedule as allocated to it. (There was other corroborating evidence of disclosure by the Crown of the facts known to it as at 1907.)

2. There was however a "difference of opinion" between the bands which needed to be resolved (i.e., the issue here was not one of surrender or alienation but to resolve the "difference of opinion").

3. The members of the Cape Mudge Band recognize that Reserve No. 11 is occupied by the Campbell River Band, who were the first to reside there. (This is consistent with Indian Agent Pidcock's 1896 letter and arguably confirms that in Cape Mudge's then view, Captain John Quacksister was a member of the Campbell River Band.)

4. Members of the Cape Mudge Band acknowledge that it would "entail hardship on the members" of the Campbell River Band "to be obliged to move". (This too is important because it acknowledges that the Campbell River Band had "started to make use of the lands" as contemplated in *Ross River* as an element of reserve creation (para. 67).)

5. The interest of the Cape Mudge Band in Reserve No. 11 "was to have the use of the river for fishing purposes" (i.e., not the reserve for residential purposes).

Le juge de première instance a estimé, au par. 431, que les membres de la bande de Cape Mudge « étaient en mesure de communiquer en anglais en mars 1907 », directement ou par l'intermédiaire d'un interprète.

Pour les besoins des présents motifs, les principaux points de la résolution adoptée par la bande de Cape Mudge peuvent être résumés ainsi :

1. La bande de Cape Mudge y reconnaît que la réserve n^{o} 11 lui est attribuée dans le répertoire du ministère. (D'autres éléments de preuve corroboraient la communication aux intéressés par la Couronne des faits qu'elle connaissait en 1907.)

2. Il existait toutefois entre les bandes une « divergence d'opinions » qu'il fallait résoudre (c'est-à-dire que la question ne portait pas sur une cession ou aliénation, mais consistait à résoudre cette « divergence d'opinions »).

3. Les membres de la bande de Cape Mudge reconnaissent que la réserve n^{o} 11 est occupée par la bande de Campbell River, qui a été la première à y vivre. (Cette admission concorde avec la lettre de 1896 de l'agent des Indiens Pidcock et, peut-on soutenir, confirme que, à cette époque, la bande de Cape Mudge considérait que le capitaine John Quacksister était membre de la bande de Campbell River.)

4. Les membres de la bande de Cape Mudge reconnaissent que les membres de la bande de Campbell River [TRADUCTION] « subiraient un préjudice s'ils étaient contraints de déménager ». (Cette admission est elle aussi importante, car on reconnaît que la bande de Campbell River a « commencé à utiliser les terres en question », situation qui, suivant l'arrêt *Ross River*, constitue un des éléments requis pour la création d'une réserve (par. 67).)

5. La bande de Cape Mudge s'intéressait à la réserve n^{o} 11 [TRADUCTION] « dans le but d'utiliser la rivière pour y pêcher » (et non pour habiter la réserve en question).

2002 SCC 79 (CanLII)

6. The Cape Mudge Band "in council here assembled, do cede all right to the Campbell River Reserve [No. 11] to the Wewaiaikum [Campbell River] Band forever". (This seems to be in the nature of a quit claim deed rather than a "surrender" or purported conveyance of any interest.)

7. Reserving to the Cape Mudge Band "the undisputed right to catch any and all fish in the waters of Campbell River, this right to be in common with" the Campbell River Band;

8. The Indian Agent Halliday was "hereby authorized to take what steps are necessary to have this resolution made official and properly carried out".

6. Les membres de la bande de Cape Mudge [TRADUCTION] « ici réunis en conseil cèdent tous leurs droits dans la réserve de Campbell River [nº 11] à la bande Wewaiaikum [Campbell River] à jamais ». (Il semble s'agir ici d'un acte de transport par renonciation plutôt que de la « cession » ou du transfert d'un quelconque intérêt.)

7. La bande de Cape Mudge se réservait le [TRADUCTION] « droit incontesté [. . .] de pêcher en tout temps le poisson dans les eaux de la rivière Campbell, ce droit étant détenu conjointement avec » la bande de Campbell River.

8. L'agent des Indiens Halliday était [TRADUCTION] « par les présentes, autorisé à prendre les mesures nécessaires pour que la présente résolution revête un caractère officiel et soit convenablement exécutée ».

The trial judge concluded that Halliday must have assumed that no reciprocal Resolution was required from the Campbell River Band disclaiming any interest in Reserve No. 12 because the Schedule at Indian Affairs already listed that reserve as allocated to the Cape Mudge Band and there was at that time no dispute about it.

Le juge de première instance a conclu que M. Halliday avait dû présumer que la bande de Campbell River n'était pas tenue d'adopter une résolution réciproque renonçant à tout droit sur la réserve nº 12, étant donné que le répertoire du ministère des Affaires indiennes indiquait déjà que cette réserve était attribuée à la bande de Cape Mudge et qu'il n'existait à cette époque aucun différend à ce sujet.

Counsel for Cape Mudge argues that the *1907 Resolution* is invalid for non-compliance with the surrender provisions of the *Indian Act* but (i) I do not think resolution of a "difference of opinion" between sister bands of the same First Nation to which the land had been allocated in the first instance should be characterized as a surrender, (ii) the land designated as Reserve No. 11 was not an Indian Reserve within the meaning of the *Indian Act* in 1907; it was still provincial Crown property, and (iii) in any event the operation of the surrender provisions of the *Indian Act* had been suspended (to the extent they were capable of application) by Proclamation of the Privy Council made December 15, 1876 (*The Canada Gazette*, December 30, 1876, vol. X, No. 27).

40

L'avocat de la bande de Cape Mudge affirme que la *Résolution de 1907* est invalide parce qu'elle n'est pas conforme aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de cession, mais (i) je ne crois pas qu'on puisse qualifier de cession le règlement d'une « divergence d'opinions » entre bandes sœurs appartenant à la Première nation qui s'était vue attribuer les terres en premier lieu, (ii) les terres désignées comme étant la réserve nº 11 n'étaient pas une réserve indienne au sens de la *Loi sur les Indiens* en 1907, elles étaient encore des terres de la Couronne provinciale, et (iii), de toute manière, l'application des dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de cession avait été suspendue (dans la mesure où elles étaient applicables) par une proclamation du Conseil privé datée du 15 décembre 1876 (*Gazette du Canada*, 30 décembre 1876, vol. X, nº 27).

2002 SCC 79 (CanLII)

41 The effect of the *1907 Resolution* was ineptly recorded by Indian Affairs in Ottawa in a handwritten addition to the 1902 Schedule as follows:

Reserve No.	**Reserve Name**	**Tribe or Band**
1	Salmon River	Laichkwiltach, Kahkahmatsis band
. . . [*listing of reserves 2 to 6 omitted*]		
7	Village Bay	We-way-akay band
8	Open Bay	" "
9	Drew Harbour	" "
10	Cape Mudge	" "
11	Campbell River	*We-way-akum band*
12	Quinsam	" "

(Source: Joint Record, vol. 9, p. 1453)

42 As is apparent, through a further unfortunate economy of effort, the handwritten note of "We-way-akum band" opposite Reserve No. 11 was not accompanied by any amendment to the Schedule to clarify the status of Reserve No. 12, whose ditto marks remained unchanged. The trial judge characterized this as the "ditto mark error". He found, amply supported by the evidence, that the handwritten correction was intended to refer only to Reserve No. 11, and that there was no intention (or basis) to make any change to Reserve No. 12, which was not part of the *1907 Resolution.* The "difference of opinion", on the evidence, was confined at that time to Reserve No. 11. On a correct interpretation, therefore, the ditto marks opposite Reserve No. 12 *continued* to refer to the "Wewayakay" (Cape Mudge) Band, despite the confusion introduced by the subsequent handwritten notation against Reserve No. 11.

43 In light of the trial judge's findings that the "ditto mark error" was the result of a simple slip, and that there was no demonstrated reason for the

L'effet de la *Résolution de 1907* a été maladroitement consignée par les Affaires indiennes à Ottawa au moyen d'une note manuscrite ajoutée ainsi au répertoire de 1902 :

[TRADUCTION]

Réserve nº	**Nom de la réserve**	**Tribu ou bande**
1	Salmon River	Laichkwiltach, bande Kahkahmatsis
. . . [*réserves 2 à 6 omises*]		
7	Village Bay	Bande We-way-akay
8	Open Bay	" "
9	Drew Harbour	" "
10	Cape Mudge	" "
11	Campbell River	*Bande We-way-akum*
12	Quinsam	" "

(Source : Dossier conjoint, vol. 9, p. 1453)

Comme on le constate, par suite d'un autre regrettable souci d'économie d'effort, l'inscription manuscrite « Bande We-way-akum » insérée en regard de la réserve nº 11 n'a pas été accompagnée d'une modification du répertoire expliquant le statut de la réserve nº 12, pour laquelle on a conservé les guillemets de répétition. Le juge de première instance a qualifié cette bourde d'« erreur des guillemets de répétition ». Il a conclu — conclusion abondamment appuyée par la preuve — que la correction manuscrite ne concernait que la réserve nº 11 et qu'il n'y avait eu aucune intention (ou raison) d'apporter des modifications à la situation de la réserve nº 12, laquelle n'était pas visée par la *Résolution de 1907*. Compte tenu de la preuve, la « divergence d'opinions » ne portait à ce moment que sur la réserve nº 11. Par conséquent, selon l'interprétation qui s'impose, les guillemets placés en regard de la réserve nº 12 *continuaient* de correspondre à la bande « Wewayakay » (Cape Mudge), malgré la confusion créée par l'inscription manuscrite insérée vis-à-vis de la réserve nº 11.

Eu égard à la constatation du juge de première instance que « l'erreur des guillemets de répétition » résultait simplement d'une

2002 SCC 79 (CanLII)

1907 Resolution to have precipitated the reallocation not only of Reserve No. 11 but of Reserve No. 12 as well, which contradicted the intention of the parties, it is difficult not to see the Campbell River Band's position as an overly technical attempt to rely on what it conceives to be "the letter of the law". This, I think, is unfortunate. Our Court has on several occasions emphasized that in dealing with the Indian interest in reserves, "we must ensure that form not trump substance" (*St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657, at para. 16) or allow the true intention of the parties to be frustrated by "technical" rules embodied in the common law (*Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at para. 6).

inadvertance et qu'on n'avait démontré l'existence d'aucune raison pour laquelle la *Résolution de 1907* aurait entraîné la réattribution non seulement de la réserve nº 11 mais également celle de la réserve nº 12 — contrairement à l'intention des parties —, il est difficile de voir dans la position de la bande de Campbell River autre chose qu'une tentative excessivement formaliste d'invoquer ce qu'elle considère être la « lettre de la loi ». Cette situation est, selon moi, malheureuse. Notre Cour a à plusieurs reprises souligné que, dans l'examen des droits des Indiens sur les réserves, « nous devons veiller à ce que la forme ne l'emporte pas sur le fond » (*Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657, par. 16), ou à ce que des règles « de forme » de la common law ne viennent pas frustrer l'intention véritable des parties (*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, par. 6).

In my view, the Campbell River Band's claim to a "legislated entitlement" is misconceived, but in any event it is seeking *equitable* relief against the Crown, and equity has always looked to substance not form, as will be discussed below.

44 Je suis d'avis que la revendication par la bande de Campbell River d'un [TRADUCTION] « droit d'origine législative » n'est pas fondée. De toute manière, elle a intenté un recours en equity contre la Couronne et, en equity, le fond prime toujours sur la forme, comme il sera expliqué plus loin.

It is difficult to see how such a "ditto mark error" could ever form the basis of *equitable* relief.

45 On voit mal comment une « erreur de guillemets de répétition » comme celle commise en l'espèce pourrait fonder un recours en equity.

G. *The McKenna McBride Commission, 1912*

G. *La Commission McKenna-McBride, 1912*

The continuing disagreements between the federal and provincial governments about the size and number of reserves in British Columbia led to the establishment in 1912 of the McKenna McBride Commission. Its mandate included the power to vary "the acreage of Indian Reserves", either to reduce the size of a parcel provincially set aside as a reserve where "the Commissioners are satisfied that more land is included in any particular Reserve as now defined than is reasonably required for the use of the Indians of that tribe or locality", or to add acreage where "an insufficient quantity of land has been set aside for the use of the Indians of that locality", or to "set aside land

46 Comme le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial continuaient à différer d'opinions au sujet de la taille et du nombre des réserves en Colombie-Britannique, on a établi la Commission McKenna-McBride en 1912. Pour l'accomplissement de son mandat, celle-ci avait notamment le pouvoir de modifier [TRADUCTION] « la superficie des réserves indiennes », soit en réduisant la taille d'une parcelle mise de côté par la province pour établir une réserve lorsque, [TRADUCTION] « de l'avis des commissaires, une réserve donnée, telle qu'elle est aujourd'hui délimitée, couvr[ait] une superficie supérieure à ce qui [était] raisonnablement requis pour l'usage des Indiens de cette tribu ou de cet

2002 SCC 79 (CanLII)

for any Band of Indians for whom land has not already been reserved".

47 The McKenna McBride Commission visited the proposed reserves in the Campbell River area. In their analysis of the evidence gathered there, the Commissioners acknowledged that Reserve No. 11 was properly allocated in the federal Schedule to the Campbell River Band, but noted the error with respect to Reserve No. 12:

> This reserve [Quinsam] appears in the Schedule as one of the Wewayakum [Campbell River] Band. It is not so regarded by that Band and is claimed by the Wewayakay [Cape Mudge] Band, with right according to Agent Halliday. It has been counted as in Schedule in estimating per capita acreage.

48 In their respective appearances before the McKenna McBride Commission in 1914, the Campbell River Band made no claim to Reserve No. 12 and the Cape Mudge Band made no claim to Reserve No. 11.

49 The McKenna McBride Commission concluded its business, making no changes to the federal 1913 Schedules, despite noting various allocation errors. Commissioner MacDowall is recorded as having commented with respect to the reserve situations:

> We have to take these reserves as they appear in the government list and we are dealing with the land and not with the distribution of the Tribe at all — That is a matter for the Department to settle.

The McKenna McBride Commission neither added acreage nor subtracted acreage from Reserve No. 11 or Reserve No. 12. This, in the trial judge's view at para. 106, confirmed that the "Commission's role was not to deal with beneficial ownership of reserves, but simply with size. Ownership was a matter to be dealt with by the [federal] Department of Indian Affairs". "In fact", he added, "years

endroit », soit en l'augmentant lorsqu'« une quantité insuffisante de terres a[vait] été mise de côté pour l'usage des Indiens de cet endroit » ainsi que le pouvoir de « mettre de côté des terres pour toute bande indienne à l'intention de laquelle aucune terre n'a[vait] encore été réservée ».

La Commission a visité les réserves dont on projetait l'établissement dans la région de Campbell River. Dans l'analyse de la preuve qu'ils y ont recueillie, les commissaires ont reconnu que la réserve n^{o} 11 avait à juste titre été attribuée à la bande de Campbell River dans le répertoire fédéral, mais ils ont relevé l'erreur commise relativement à la réserve n^{o} 12 :

> [TRADUCTION] Suivant le répertoire, la réserve [Quinsam] appartient à la bande Wewayakum [Campbell River]. Ce n'est pas ainsi que cette bande considère la réserve, que la bande Wewayakay [Cape Mudge] revendique, avec droit selon l'agent Halliday. On a tenu compte de ce qui était écrit dans le répertoire pour estimer la superficie par personne.

Devant la Commission McKenna-McBride en 1914, la bande de Campbell River n'a pas revendiqué la réserve n^{o} 12 et la bande de Cape Mudge n'a pas revendiqué la réserve n^{o} 11.

La Commission a complété son mandat, n'apportant aucune modification au répertoire fédéral de 1913, même si elle avait relevé quelques erreurs d'attribution. On rapporte le commentaire suivant du commissaire MacDowall relativement à l'emplacement des réserves :

> [TRADUCTION] Nous devons tenir ces réserves pour ce qu'elles paraissent dans la liste du gouvernement; nous nous occupons des terres et non de leur distribution par la Tribu — c'est au ministère qu'il appartient de régler cette question.

La Commission n'a ni augmenté ni diminué la superficie des réserves n^{os} 11 ou 12. De l'avis du juge de première instance, au par. 106 ce fait confirmait que « la Commission n'avait pas pour rôle de se pencher sur le droit de propriété bénéficiaire à l'égard des réserves, mais uniquement sur leur superficie. La propriété était une question qui relevait du ministère [fédéral] des Affaires

2002 SCC 79 (CanLII)

after the McKenna McBride Commission hearings, a number of errors with respect to the individual allocation of reserves to bands or subgroups were brought to the attention of various department officials by Halliday as well as by Indian Commissioner [W.E.] Ditchburn." The McKenna McBride Commission did factor the acreage of Reserve No. 12 into the Campbell River Band's entitlement, a point which the Campbell River Band now says shows the allocation of both reserves to it to be deliberate and wholly justified. However, as mentioned, strategic location in relation to the fishery, not acreage, seemed to be of prime importance to the bands.

indiennes ». « En fait », a-t-il ajouté, « plusieurs années après la tenue des auditions de la Commission McKenna-McBride, nombre d'erreurs relativement à l'attribution des réserves à des bandes ou à des sous-groupes ont été portées à l'attention de différents représentants du ministère par Halliday de même que par le commissaire des affaires indiennes [W.E.] Ditchburn. » La Commission a inclus la superficie de la réserve n^{o} 12 dans la superficie attribuée à la bande de Campbell River, ce qui, affirme aujourd'hui la bande, démontre que l'acte par lequel on lui a attribué les deux réserves était délibéré et entièrement justifié. Toutefois, comme nous l'avons mentionné plus tôt, c'est l'emplacement stratégique des terres pour la pratique de la pêche qui semblait être l'aspect le plus important pour les bandes, et non la superficie de ces terres.

H. *The Ditchburn Clark Commission*

H. *La Commission Ditchburn-Clark*

50 Unfortunately, the McKenna McBride Report also failed to obtain provincial approval. The federal and provincial governments then enacted mirror legislation establishing the Ditchburn Clark Commission to attempt to bring closure for a federal-provincial wrangle that at that stage had dragged on for almost 50 years: see *Indian Affairs Settlement Act*, S.B.C. 1919, c. 32, and *British Columbia Indian Lands Settlement Act*, S.C. 1920, c. 51. Its report did not appear until 1923. With respect to Reserves Nos. 11 and 12, it basically restated the position already proposed in the McKenna McBride Report.

50 Malheureusement, le rapport de la Commission McKenna-McBride n'a pas reçu lui non plus l'aval du gouvernement provincial. Le gouvernement fédéral et le gouvernement de la Colombie-Britannique ont, au moyen de lois habilitantes analogues, créé la Commission Ditchburn-Clark dans le but de tenter de mettre un terme au différend fédéral-provincial qui, à cette date, durait depuis presque 50 ans : voir *Indian Affairs Settlement Act*, S.B.C. 1919, ch. 32, et *Loi du règlement relatif aux terres des sauvages de la Colombie-Britannique*, S.C. 1920, ch. 51. La Commission n'a remis son rapport qu'en 1923. Relativement aux réserves n^{os} 11 et 12, elle reformulait en gros la position déjà avancée dans le rapport de la Commission McKenna-McBride.

51 In 1924, the British Columbia government as well as the federal government finally adopted the McKenna McBride recommendations, as modified by the Ditchburn Clark Report. The federal Order-in-Council P.C. 1265, made July 19, 1924, provided that such adoption was in "full and final adjustment and settlement of all differences in [this matter] between the Governments of the Dominion and the Province, in fulfilment of the said Agreement of the 24th day of September, 1912 [establishing the McKenna McBride Commission], and also of Section 13 of the Terms of Union . . .". Provincial

51 En 1924, le gouvernement de la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral ont finalement adopté les recommandations de la Commission McKenna-McBride, telles qu'elles avaient été modifiées par le rapport Ditchburn-Clark. Le décret fédéral C.P. 1265, pris le 19 juillet 1924, précisait que l'adoption du rapport McKenna-McBride avait pour objet le [TRADUCTION] « règlement complet et final de tous les différends [sur la question] entre les gouvernements du Dominion et de la province, conformément au protocole du 24 septembre 1912 [créant la Commission McKenna-McBride] et à l'article 13

2002 SCC 79 (CanLII)

Order-in-Council No. 911 made July 26, 1923, was to the same effect. This eventually led to the issuing of provincial Order-in-Council No. 1036 on July 29, 1938, which transferred administration and control of the subject lands to the Crown in right of Canada. While the Department of Indian Affairs treated the "reserves" in British Columbia as being in existence prior to these formal enactments, there was a good deal of confusion in the early years regarding the precise nature of the federal interest under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. It was not until the Judicial Committee of the Privy Council decision in *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, that it was made clear that under s. 91(24) all "the Dominion had [was] a right to exercise legislative and administrative jurisdiction — while the territorial and proprietary ownership of the soil was vested in the Crown for the benefit of and subject to the legislative control of the Province . . ." (see *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1899), 31 O.R. 386 (H.C.), at p. 395, aff'd (1900), 32 O.R. 301 (Div. Ct.), aff'd (1901), 32 S.C.R. 1, aff'd [1903] A.C. 73 (P.C.)). More importantly, given the critical role of "intention" in the creation of reserves (*Ross River*, *supra*, at para. 67), it was clear that at the highest levels of both governments the *intention* was to proceed by way of mutual agreement. An intention to create a reserve in 1907 on land that might be withdrawn from the federal-provincial package at any time prior to such agreement being concluded cannot reasonably be attributed to the federal Crown.

52 The position of the Campbell River Band is that the series of orders-in-council appending the faulty Schedules placed a legislative seal of approval ("legislative entitlement") on the "ditto mark error", and that the courts are now bound to give it full effect by dispossessing the Cape Mudge Band from Reserve No. 12 (not its preferred solution) or obtaining "equitable compensation" from the Crown in lieu thereof.

des Conditions de l'adhésion ». Le décret provincial nº 911, pris le 26 juillet 1923, était au même effet. Toutes ces mesures ont finalement mené à la prise du décret provincial nº 1036, le 29 juillet 1938, lequel transférait à la Couronne du chef du Canada la maîtrise et l'administration des terres visées. Bien que le ministère des Affaires indiennes considérât que les « réserves » de Colombie-Britannique existaient déjà avant la prise de ces textes officiels, il régna beaucoup de confusion au début de la Confédération au sujet de la nature précise de la compétence fédérale prévue au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce n'est que lorsque le Comité judiciaire du Conseil privé a rendu l'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, qu'il a été établi clairement que le par. 91(24) avait pour effet de conférer au Dominion uniquement [TRADUCTION] « le droit d'exercer des pouvoirs de nature législative et administrative à l'égard des terres visées — alors que la propriété de celles-ci était dévolue à la Couronne pour le bénéfice de la province et relevait de l'autorité législative de cette dernière » (voir *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1899), 31 O.R. 386 (H.C.), p. 395, conf. par (1900), 32 O.R. 301 (C. div.), conf. par (1901), 32 R.C.S. 1, conf. par [1903] A.C. 73 (C.P.)). Facteur plus important encore, vu le rôle crucial de l'« intention » en matière de création de réserves (*Ross River*, précité, par. 67), il est clair que les plus hautes instances des deux gouvernements avaient eu l'*intention* d'agir par voie d'accord mutuel. On ne saurait raisonnablement imputer à la Couronne fédérale, en 1907, l'intention de créer une réserve sur des terres susceptibles d'être soustraites, à tout moment avant la conclusion d'un tel accord, de celles dont conviendraient les gouvernements fédéral et provincial en bout de ligne.

La bande de Campbell River soutient que, par la série de décrets accompagnant les répertoires erronés, les législateurs se sont trouvé à entériner « l'erreur des guillemets de répétition » (créant ainsi un « droit d'origine législative »), et que les tribunaux sont aujourd'hui tenus d'y donner plein effet en dépossédant la bande de Cape Mudge de la réserve nº 12 (solution qui n'est toutefois pas celle que la bande de Campbell River privilégie) ou en ordonnant à la Couronne de lui verser à la place une « indemnité en equity ».

2002 SCC 79 (CanLII)

Orders-in-council are certainly presumptive proof of the Crown's intention to create a reserve as therein stated but they are not conclusive: *Ross River*, at para. 50. The trial judge found that the federal Crown, in whose jurisdiction the final act of reserve creation resided, *intended* that Reserve No. 12 be allocated to the Cape Mudge Band. As stated, substance not form prevails.

53 L'existence de décrets crée certes une présomption que la Couronne avait l'intention de créer les réserves qui y sont mentionnées, mais un tel élément de preuve n'est pas déterminant : *Ross River*, par. 50. Le juge de première instance a conclu que la Couronne fédérale, à qui appartenait le pouvoir d'accomplir le geste final requis pour créer les réserves, *entendait* que la réserve n^{o} 12 soit attribuée à la bande de Cape Mudge. Comme il a été indiqué plus tôt, le fond l'emporte sur la forme, et non le contraire.

Counsel for the Campbell River Band is correct, of course, that a conventional reading of the ditto marks would give both reserves to his client. If this were the usual real estate battle between multinational corporations, which had negotiated extensively each word and punctuation mark in the documentation, the ditto mark argument might be considered a solid point, except that here his client is seeking *equitable* relief, and even as between multinational corporations such an outcome might be regarded as wholly inequitable in light of the factual findings of the trial judge.

54 Naturellement, l'avocat de la bande de Campbell River a raison de faire valoir que si l'on donnait leur effet habituel aux guillemets de répétition, sa cliente obtiendrait les deux réserves. S'il s'agissait d'un litige foncier normal entre deux entreprises multinationales ayant négocié exhaustivement chaque mot et signe de ponctuation des documents pertinents, ces guillemets pourraient constituer un argument solide, mais en l'espèce sa cliente intente un recours en equity et, même entre multinationales, un tel résultat pourrait être considéré comme tout à fait inéquitable compte tenu des conclusions de fait tirées par le juge de première instance.

I. *Correction of the "Ditto Mark Error"*

I. *La correction de l'« erreur des guillemets de répétition »*

The apparent conflict between the official records and the *status quo* occupation by the appellant bands was bound to lead to a measure of agitation.

55 Il était certain que la divergence évidente entre les documents officiels et l'occupation concrète des réserves par les bandes appelantes créerait certains problèmes.

In 1928, Indian Commissioner Ditchburn wrote to the Secretary of the Department of Indian Affairs that

> As Quinsam Reserve No. 12 has always been claimed by the We-way-akay (Cape Mudge) Band and the claim has not been disputed by the Wewayakum (Campbell River) Band, I would recommend that it be officially decided as belonging to the We-way-akay Indians and notations made in the Schedule accordingly.

56 En 1928, le commissaire des Affaires indiennes Ditchburn a écrit ce qui suit au secrétaire du ministère des Affaires indiennes :

> [TRADUCTION] Comme la réserve Quinsam n^{o} 12 a toujours été revendiquée par la bande We-way-akay (Cape Mudge) sans contestation de la part de la bande Wewayakum (Campbell River), je recommande qu'il soit officiellement décidé qu'elle appartient aux Indiens We-way-akay et que les annotations soient faites dans le répertoire en conséquence.

Both bands retained legal counsel in 1932 to investigate. In 1934, Indian Agent Todd, Halliday's replacement, was asked to contact the bands to ascertain accuracy of the sub-tribal allocations in

57 En 1932, les deux bandes ont retenu les services d'avocats pour examiner la question. En 1934, l'agent des Indiens Todd, qui avait succédé à Halliday, s'est vu confier la mission de communiquer

2002 SCC 79 (CanLII)

the federal Schedule. The trial judge found as a fact that during the ensuing discussions, both appellant bands "were informed of the Department's position with respect to Reserves No[s]. 11 and 12, including the circumstances and full text of the 1907 ceding resolution" (para. 131).

58 After the relevant facts had been ascertained and discussed, both bands confirmed the correctness of the *status quo*.

59 On November 23, 1936, a declaration was signed by the chief and principal men of the Wewaikai Band stating: "We the Chiefs and Principal Men of the Cape Mudge Band, do hereby state under oath that the Reserves shown below are the only reserves belonging to this band and this list is complete" (emphasis added). Among these reserves were Reserve No. 10 (Cape Mudge) and Reserve No. 12 (Quinsam). The Campbell River Reserve No. 11 was not mentioned in their list.

60 A parallel declaration was sworn by members of the Campbell River Band in 1937 indicating that "We the Chiefs and Principal Men of the Campbell River Band, do hereby state under oath that the reserves shown below are the only reserves belonging to this band and that this list is complete" (emphasis added). The list referred to in their declaration, while it mentions "Reserve No. 11", makes no claim to Reserve No. 12.

61 That is, both bands made declarations that corresponded to their actual incumbency. The various attacks now made on these declarations and the Indian agents by the respective sets of appellants were rejected by the trial judge. No reason has been shown to interfere with the trial judge's finding in that regard.

62 In 1943, Indian Affairs published a corrected Schedule of Reserves. Corresponding to the sworn declarations, Reserve No. 11 was listed for the Campbell River Band and Reserve No. 12 was listed for the Cape Mudge Band. However, it seems that no formal amendment has been made to the various

avec les bandes pour vérifier l'exactitude des données consignées dans le répertoire fédéral relativement à l'attribution des réserves aux sous-groupes. Le juge de première instance a conclu, au par. 131, qu'à l'issue des discussions qui ont suivi, les deux bandes appelantes « connaissaient la position du ministère relativement aux réserves n^{os} 11 et 12, de même que les circonstances et le texte intégral de la résolution de cession de 1907 ».

Après avoir établi les faits pertinents et en avoir discuté, les deux bandes ont confirmé la validité du statu quo.

Le 23 novembre 1936, le chef et les anciens de la bande Wewaikai ont signé la déclaration suivante : [TRADUCTION] « Nous, chefs et anciens de la bande de Cape Mudge, déclarons par la présente sous serment que seules les réserves mentionnées ci-après appartiennent à notre bande, et que cette liste est exhaustive » (je souligne). Au nombre de ces réserves se trouvaient la réserve n^{o} 10 (Cape Mudge) et la réserve n^{o} 12 (Quinsam). La réserve n^{o} 11 (Campbell River) n'y était pas mentionnée.

Les membres de la bande de Campbell River ont signé sous serment une déclaration analogue en 1937 : [TRADUCTION] « Nous, chefs et anciens de la bande de Campbell River, déclarons par la présente sous serment que seules les réserves mentionnées ci-après appartiennent à notre bande, et que cette liste est exhaustive » (je souligne). La liste en question fait état de la réserve n^{o} 11, mais non de la réserve n^{o} 12.

En conséquence, chaque bande a fait une déclaration correspondant à l'occupation qu'elle faisait des terres. Le juge de première instance a rejeté les diverses attaques des bandes contre ces déclarations et contre les agents des Indiens. Les parties n'ont pas démontré qu'il y avait lieu de modifier cette conclusion.

En 1943, le ministère des Affaires indiennes a publié une version corrigée du répertoire des réserves. Conformément aux déclarations assermentées, le répertoire indiquait que la réserve n^{o} 11 appartenait à la bande de Campbell River et que la réserve n^{o} 12 appartenait à celle de Cape Mudge. Il semble

2002 SCC 79 (CanLII)

orders-in-council that had appended the previous faulty Schedules.

J. *Recent Developments*

The dispute resurfaced in the 1970s. The Campbell River Band, through legal counsel, contacted the Minister of Indian Affairs regarding Reserve No. 12. In response, and after inquiry, Indian Affairs reported: "In view of the evidence available in our records, we have to state that the Quinsam Indian Reserve No. 12 is set apart for the use and benefit of the Cape Mudge [Wewaikai] Band of Indians". The Department attached copies of the *1907 Resolution* and the 1936 and 1937 declarations.

In 1985, the Campbell River Band initiated action against the Crown and the Cape Mudge Band. It did so, as stated in para. 30 of its factum, because of the perceived impact of the decision of this Court in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, where a precedent was set of financial compensation to an Indian band for breach of fiduciary duty in the disposition of part of its reserve. The Cape Mudge Band counterclaimed for exclusive entitlement to both reserves and, in 1989, added a claim against the Crown. In October 1989, the actions were consolidated.

K. *Identification of the Beneficial Interests*

As Commissioner O'Reilly stated in 1886, the job of the Indian Commissioners was to ascertain reserves on the basis of the "places they [the Indians] wish to have".

Whatever was or was not done by Ashdown Green in 1888, the facts remain that (i) under the *1907 Resolution*, (ii) in their evidence to the McKenna McBride Commission and (iii) in their November 23, 1936 declaration, the Chief and Principal Men of the Cape Mudge Band, who were closer in time to

toutefois qu'aucune modification officielle n'ait été apportée aux divers décrets accompagnant les répertoires antérieurs erronés.

J. *Les événements récents*

63 Le différend a repris naissance dans les années 1970. Par l'entremise d'un avocat, la bande de Campbell River a communiqué avec le ministre des Affaires indiennes au sujet de la réserve nº 12. Après enquête, le ministère a répondu que, [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de la preuve disponible dans nos dossiers, nous devons conclure que la réserve indienne Quinsam nº 12 est mise de côté au profit et à l'usage de la bande indienne de Cape Mudge [Wewaikai] », et a joint à sa réponse des copies de la *Résolution de 1907* et des déclarations de 1936 et 1937.

64 En 1985, la bande de Campbell River a intenté une action contre la Couronne et contre la bande de Cape Mudge. Comme elle le précise au par. 30 de son mémoire, elle a agi ainsi en raison de la portée qu'elle attribuait à l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, de notre Cour, lequel avait créé un précédent en accordant une compensation financière à une bande indienne par suite d'un manquement de la Couronne à son obligation de fiduciaire dans le cadre de la cession d'une partie de la réserve de la bande en question. Dans une demande reconventionnelle, la bande de Cape Mudge a revendiqué le droit exclusif aux deux réserves et, en 1989, elle y a ajouté une réclamation contre la Couronne. Au mois d'octobre 1989, les actions ont été réunies.

K. *Les intérêts bénéficiaires en jeu*

65 Comme l'a indiqué le commissaire O'Reilly en 1886, les commissaires aux Affaires indiennes avaient pour tâche de délimiter les réserves en tenant compte des [TRADUCTION] « endroits qu'ils [les Indiens] souhaitent obtenir ».

66 Quoi qu'ait fait ou n'ait pas fait Ashdown Green en 1888, il reste que (i) dans la *Résolution de 1907*, (ii) dans leur témoignage devant la Commission McKenna-McBride et (iii) dans la déclaration du 23 novembre 1936, le chef et les anciens de la bande de Cape Mudge, qui étaient plus contemporains des

2002 SCC 79 (CanLII)

the events in question than the present membership, acknowledged that the beneficial interest in Reserve No. 11 rested with the Campbell River Band.

67 Equally, regardless of the "ditto mark error" in the 1913 Indian Affairs Schedule as subsequently reproduced in various orders-in-council (until corrected in 1943), the Campbell River Band is confronted with the facts that before the McKenna McBride Commission and in their January 24, 1937 declaration, their then "Chief and Principal Men" asserted no beneficial interest in Reserve No. 12.

L. *Rectification of Order-in-Council 1036*

68 The trial judge characterized the "ditto mark error" as a clerical error, and purported to "rectify" the faulty Schedule to Order-in-Council 1036. The Federal Court of Appeal, *per* McDonald J.A., endorsed this approach (para. 150).

69 Judicial correction of perceived errors in legislative enactments, in the rare instances where they can be justified, is performed on the basis that the corrected enactment expresses the intent of the enacting body. The clerical error is generally apparent on the face of the enactment itself. Examples are found in the municipal by-law cases, e.g., in *Morishita v. Richmond (Township)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 609 (B.C.C.A.); *R. v. Liggetts-Findlay Drug Stores Ltd.*, [1919] 3 W.W.R. 1025 (Alta. S.C.A.D.); and is occasionally found in the correction of statutes, *Cameron v. The King*, [1927] 2 D.L.R. 382 (B.C.C.A.); *Morris v. Structural Steel Co.* (1917), 35 D.L.R. 739 (B.C.C.A.); *Rennie's Car Sales & R. G. Hicks v. Union Acceptance Corp.*, [1955] 4 D.L.R. 822 (Alta. S.C.A.D.). See also R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997), at pp. 164-66; *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (4th ed. 1905), at p. 344.

70 I have difficulty in attributing to the provincial government of British Columbia in 1938 a

événements en question que les membres actuels de la bande, ont reconnu que la bande de Campbell River était titulaire de l'intérêt bénéficiaire dans la réserve nº 11.

De même, indépendamment de l'« erreur des guillemets de répétition » commise dans le répertoire des Affaires indiennes de 1913 et reproduite subséquemment dans divers décrets (jusqu'à ce qu'elle soit corrigée en 1943), la bande de Campbell River se heurte au fait que, son « chef et [ses] anciens » de l'époque ont affirmé devant la Commission McKenna-McBride et dans la déclaration du 24 janvier 1937, que la bande ne revendiquait aucun intérêt bénéficiaire dans la réserve nº 12.

L. *La rectification du décret 1036*

Le juge de première instance a qualifié « l'erreur des guillemets de répétition » d'erreur d'écriture, et il a dit qu'il entendait « rectifier » le répertoire accompagnant le décret 1036. La Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge McDonald, a approuvé cette solution (par. 150).

Dans les rares cas où une telle mesure peut se justifier, la rectification par les tribunaux de ce qu'on considère comme une erreur dans un texte législatif ou réglementaire est effectuée au motif que le texte rectifié exprimera l'intention de son auteur. Une erreur d'écriture est généralement une erreur qui ressort à la lecture du texte lui-même. On trouve des exemples de telles erreurs dans des décisions touchant des règlements municipaux, par exemple *Morishita c. Richmond (Township)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 609 (C.A.C.-B.); *R. c. Liggetts-Findlay Drug Stores Ltd.*, [1919] 3 W.W.R. 1025 (C.S.D.A. Alb.), et, à l'occasion, dans des affaires portant sur la rectification de lois : *Cameron c. The King*, [1927] 2 D.L.R. 382 (C.A.C.-B.); *Morris c. Structural Steel Co.* (1917), 35 D.L.R. 739 (C.A.C.-B.); *Rennie's Car Sales & R. G. Hicks c. Union Acceptance Corp.*, [1955] 4 D.L.R. 822 (C.S.D.A. Alb.). Voir également R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997), p. 164-166; *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (4e éd. 1905), p. 344.

Il me paraît difficile de prêter au gouvernement provincial de la Colombie-Britannique l'intention

2002 SCC 79 (CanLII)

"corrected" intent to allocate Reserve No. 12 to the Cape Mudge Band. Allocation of reserves was not a provincial responsibility. The mistake was made at the federal level in the Department of Indian Affairs. It was noted but not corrected by the McKenna McBride Commission. The Schedules in their uncorrected form were attached by the provincial government to its Order-in-Council 1036. We really do not know what intent, if any, the provincial government had. The permissible constitutional scope of the provincial "intent" in relation to "lands reserved for Indians" was limited to the size, number and location of reserves to be transferred by it to the administration and control of the Crown in right of Canada. In these circumstances it seems to me unsafe to "correct" the original Schedules to provincial Orders-in-Council Nos. 911 and 1036. As to federal Order-in-Council P.C. 1265 made July 19, 1924, if read correctly according to the eccentric record-keeping practices of the Department of Indian Affairs at the time (i.e., substance over form), no rectification was necessary.

« rectifiée » d'attribuer la réserve n^{o} 12 à la bande de Cape Mudge. L'attribution des réserves ne relevait pas de la province et l'erreur a été commise au niveau fédéral, par le ministère des Affaires indiennes. La Commission McKenna-McBride a relevé l'erreur, mais elle ne l'a pas corrigée. Le gouvernement provincial a annexé les répertoires non rectifiés à son décret 1036. Nous ne savons pas vraiment quelle était l'intention du gouvernement provincial, si intention il y avait. Constitutionnellement, la seule « intention » qu'on puisse prêter à la province en matière de « terres réservées aux Indiens » se limitait à la détermination de la taille, du nombre et de l'emplacement des réserves dont elle transférait la maîtrise et l'administration à la Couronne du chef du Canada. Dans ces circonstances, il me semble imprudent de « rectifier » les répertoires annexés aux décrets n^{os} 911 et 1036. Quant au décret fédéral C.P. 1265, pris le 19 juillet 1924, si on le lit comme il se doit en tenant compte des pratiques singulières en matière de tenue de dossiers du ministère des Affaires indiennes à l'époque (c'est-à-dire en faisant primer le fond sur la forme), aucune rectification n'était nécessaire.

The solution to these appeals, in my opinion, does not lie in the law of rectification but in the law governing the fiduciary duty alleged and the equitable remedies sought by the appellant bands, as will now be discussed.

71 À mon avis, ce n'est pas dans le droit applicable en matière de rectification que se trouve la solution des présents pourvois, mais dans celui régissant l'obligation de fiduciaire invoquée et les réparations en equity sollicitées par les bandes appelantes, aspects que nous allons maintenant examiner.

M. *The Sui Generis Fiduciary Duty*

M. *L'obligation de fiduciaire sui generis*

If, as we affirm, neither band emerged from the reserve-creation process with *both* reserves, the issue arises whether this outcome establishes in the case of either appellant band a breach of fiduciary duty on the part of the federal Crown.

72 Si, comme nous l'affirmons, aucune des deux bandes n'a obtenu les *deux* réserves à l'issue du processus de création de réserves, il faut se demander dans quelle mesure ce résultat établit l'existence d'un manquement par la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire envers l'une ou l'autre bande.

Prior to its watershed decision in *Guerin*, *supra*, this Court had generally characterized the relationship between the Crown and Indian peoples as a "political trust" or "trust in the higher sense". In *St. Catherines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577, decided just prior to Ashdown Green's trip to Campbell River, Taschereau J. of this

73 Avant son arrêt de principe *Guerin*, précité, notre Cour avait généralement qualifié les rapports entre la Couronne et les peuples autochtones de « fiducie politique » ou de fiducie au sens le plus noble du terme. Dans l'arrêt *St. Catherines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577, rendu juste avant la visite de Ashdown Green à

2002 SCC 79 (CanLII)

Court described the Crown's obligation towards aboriginal people as a "sacred political obligation, in the execution of which the state must be free from judicial control" (p. 649 (emphasis added)). Over 60 years later, in *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211, Rand J. stated at p. 219:

> The language of the statute [*Indian Act*] embodies the accepted view that these aborigenes are, in effect, wards of the State, whose care and welfare are a political trust of the highest obligation. [Emphasis added.]

74 The enduring contribution of *Guerin* was to recognize that the concept of political trust did not exhaust the potential legal character of the multitude of relationships between the Crown and aboriginal people. A quasi-proprietary interest (e.g., reserve land) could not be put on the same footing as a government benefits program. The latter will generally give rise to public law remedies only. The former raises considerations "in the nature of a private law duty" (*Guerin*, at p. 385). Put another way, the existence of a public law duty does not exclude the possibility that the Crown undertook, in the discharge of that public law duty, obligations "in the nature of a private law duty" towards aboriginal peoples.

75 In *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, the Court had recognized for the first time in the modern era that the Indian interest in their ancestral lands constituted a *legal* interest that predated European settlement. Recognition of aboriginal rights could not, therefore, be treated merely as an act of grace and favour on the part of the Crown. These propositions, while brought to the fore in Canadian law relatively recently, are not new. Marshall C.J. of the United States ruled as early as 1823 that the legal rights of Indians in the lands they traditionally occupied prior to European colonization both predated and survived the claims to sovereignty made by various European

Campbell River, le juge Taschereau a décrit l'obligation de la Couronne envers les peuples autochtones d'[TRADUCTION] « obligation politique sacrée dans l'exécution de laquelle l'État doit être libre de tout contrôle judiciaire » (p. 649 (je souligne)). Plus de 60 ans après, dans l'arrêt *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211, le juge Rand a dit ceci, à la p. 219 :

> [TRADUCTION] Le texte de la loi [*Loi sur les Indiens*] renferme la notion acceptée que ces aborigènes sont, en fait, des pupilles de l'État dont le soin et le bien-être constituent une fiducie politique comportant les plus hautes obligations. [Je souligne.]

L'influence durable de l'arrêt *Guerin* a été de reconnaître que la notion de fiducie politique ne fait pas obstacle à la possible reconnaissance du caractère juridique de la myriade de rapports existant entre la Couronne et les peuples autochtones. Un quasi-intérêt propriétal (par exemple des terres faisant partie d'une réserve) ne saurait être assimilé à un programme gouvernemental de prestations. Dans le second cas, seuls des recours de droit public peuvent généralement être intentés, alors que, dans le premier, se soulèvent des considérations participant « de la nature d'une obligation de droit privé » (*Guerin*, p. 385). En d'autres mots, l'existence d'une obligation de droit public n'exclut pas la possibilité que, dans l'accomplissement de cette obligation de droit public, la Couronne soit également tenue envers les peuples autochtones à des obligations tenant « de la nature d'[obligations] de droit privé ».

Dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, la Cour a reconnu pour la première fois, dans l'histoire moderne, que le droit des Indiens sur leurs terres ancestrales constituait un intérêt *en common law* antérieur à l'établissement des Européens. La reconnaissance des droits ancestraux ne saurait donc être considérée simplement comme un acte de bienveillance de la part de la Couronne. Bien que de telles affirmations soient relativement récentes en droit canadien, elles ne sont pas nouvelles. Le juge en chef Marshall des États-Unis avait statué, dès 1823, que les droits en common law des Indiens sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées

2002 SCC 79 (CanLII)

nations in the territories of the North American continent: *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), at pp. 573-74; *Guerin*, *supra*, at pp. 377-78; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, at paras. 141-46.

Thus in *Guerin* itself, where the Crown failed to carry out its mandate to negotiate on particular terms a lease of 162 acres of an existing Indian reserve to the Shaugnessy Heights Golf Club in suburban Vancouver, Dickson J. (as he then was) was able to distinguish the "political trust" cases as inapplicable in a passage that should be set out in its entirety (at pp. 378-79):

> . . . Indian title is an independent legal right which, although recognized by the Royal Proclamation of 1763, nonetheless predates it. For this reason *Kinloch v. Secretary of State for India in Council*, *supra*; *Tito v. Waddell (No. 2)*, *supra*, and the other "political trust" decisions are inapplicable to the present case. The "political trust" cases concerned essentially the distribution of public funds or other property held by the government. In each case the party claiming to be beneficiary under a trust depended entirely on statute, ordinance or treaty as the basis for its claim to an interest in the funds in question. The situation of the Indians is entirely different. Their interest in their lands is a pre-existing legal right not created by Royal Proclamation, by s. 18(1) of the *Indian Act*, or by any other executive order or legislative provision. [Emphasis added.]

Later in his reasons, Dickson J. further pointed out that fiduciary duty was imposed on the Crown *despite* rather than *because* of its government functions, at p. 385:

> As the "political trust" cases indicate, the Crown is not normally viewed as a fiduciary in the exercise of its legislative or administrative function. The mere fact, however, that it is the Crown which is obligated to act on the Indians' behalf does not of itself remove the Crown's obligation from the scope of the fiduciary principle. As

avant la colonisation européenne étaient antérieurs aux revendications de souveraineté des différentes nations européennes sur les territoires du continent nord-américain et avaient survécu à ces revendications : *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), p. 573-574; *Guerin*, précité, p. 377-378; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 141-146.

76

En conséquence, dans l'arrêt *Guerin* lui-même, où la Couronne avait omis de s'acquitter de son mandat et de négocier l'insertion de conditions précises dans un bail, portant sur 162 acres d'une réserve, qui avait été consenti au club de golf Shaugnessy Heights situé en banlieue de Vancouver, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a pu distinguer le pourvoi dont la Cour était saisie des affaires de « fiducie politique » et déclarer cette jurisprudence inapplicable, dans un passage qu'il convient de reproduire en entier (aux p. 378-379) :

> . . . le titre indien est un droit qui a une existence juridique indépendante et qui, bien que reconnu dans la Proclamation royale de 1763, existait néanmoins avant celle-ci. C'est pourquoi les arrêts *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* et *Tito v. Waddell (N^o^ 2)*, précités, ainsi que les autres décisions concernant les « fiducies politiques » ne s'appliquent pas en l'espèce. La jurisprudence en matière de « fiducies politiques » porte essentiellement sur la distribution de deniers publics ou d'autres biens détenus par le gouvernement. Dans chaque cas, la partie qui revendiquait le statut de bénéficiaire d'une fiducie s'appuyait entièrement sur une loi, une ordonnance ou un traité pour réclamer un droit sur les deniers en question. La situation des Indiens est tout à fait différente. Le droit qu'ils ont sur leurs terres est un droit, en *common law*, qui existait déjà et qui n'a été créé ni par la Proclamation royale, ni par le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, ni par aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif. [Je souligne.]

Plus loin dans ses motifs, à la p. 385, le juge Dickson a répété que la Couronne était tenue à des obligations de fiduciaire *malgré* ses fonctions gouvernementales et non *à cause* d'elles :

> Comme il se dégage d'ailleurs des décisions portant sur les « fiducies politiques », on ne prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celle-ci exerce ses fonctions législatives ou administratives. Cependant, ce n'est pas parce que c'est à Sa Majesté qu'incombe l'obligation d'agir pour le compte

2002 SCC 79 (CanLII)

was pointed out earlier, the Indians' interest in land is an independent legal interest. It is not a creation of either the legislative or executive branches of government. The Crown's obligation to the Indians with respect to that interest is therefore not a public law duty. While it is not a private law duty in the strict sense either, it is nonetheless in the nature of a private law duty. Therefore, in this *sui generis* relationship, it is not improper to regard the Crown as a fiduciary.

des Indiens que cette obligation échappe à la portée du principe fiduciaire. Comme nous l'avons souligné plus haut, le droit des Indiens sur leurs terres a une existence juridique indépendante. Il ne doit son existence ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif. L'obligation qu'a Sa Majesté envers les Indiens en ce qui concerne ce droit n'est donc pas une obligation de droit public. Bien qu'il ne s'agisse pas non plus d'une obligation de droit privé au sens strict, elle tient néanmoins de la nature d'une obligation de droit privé. En conséquence, on peut à bon droit, dans le contexte de ce rapport *sui generis*, considérer Sa Majesté comme un fiduciaire.

Wilson J., in a concurring opinion, made similar comments, at p. 352:

Dans son opinion concourante, madame le juge Wilson a fait des commentaires similaires, à la p. 352 :

> It seems to me that the "political trust" line of authorities is clearly distinguishable from the present case because Indian title has an existence apart altogether from s. 18(1) of the *Indian Act*. It would fly in the face of the clear wording of the section to treat that interest as terminable at will by the Crown without recourse by the Band.

> Il me semble que la jurisprudence relative à la « fiducie politique » se distingue nettement de l'espèce parce que le titre indien existe tout à fait indépendamment du par. 18(1) de la *Loi sur les Indien*s. Il serait contraire au texte précis de cette disposition de considérer que Sa Majesté peut, à son gré, mettre fin à ce droit sans que la bande ne dispose d'aucun recours.

77 It is true that Dickson J. also noted, at p. 379, that for purposes of identifying a fiduciary duty:

Il est vrai que dans *Guerin*, p. 379, le juge Dickson a également fait l'observation suivante, relativement à la détermination de l'existence d'une obligation fiduciaire :

> 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 . . . .

> 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 . . .

However, he was speaking of disposition of the Indian band interest in an *existing* Indian reserve in a transaction that predated the *Constitution Act, 1982*. Here we are speaking of a government program to *create* reserves in what was not part of the "traditional tribal lands".

Toutefois, il parlait dans cette affaire de l'aliénation de l'intérêt d'une bande indienne dans une réserve *existante*, dans le cadre d'une opération antérieure à la *Loi constitutionnelle de 1982*. En l'espèce, nous sommes en présence d'un programme gouvernemental qui visait à *créer* des réserves sur des terres ne faisant pas partie des « terres tribales traditionnelles ».

78 The *Guerin* concept of a *sui generis* fiduciary duty was expanded in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, to include protection of the aboriginal people's pre-existing and still existing aboriginal and treaty rights within s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. In that regard, it was said at p. 1108:

Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la portée de la notion d'obligation de fiduciaire *sui generis* énoncée dans *Guerin* a été élargie à la protection des droits existants — ancestraux et issus de traités — des peuples autochtones au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On peut lire ce qui suit à cet égard, à la p. 1108 :

2002 SCC 79 (CanLII)

The *sui generis* nature of Indian title, and the historic powers and responsibility assumed by the Crown constituted the source of such a fiduciary obligation. In our opinion, *Guerin*, together with *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, ground a general guiding principle for s. 35(1). That is, the Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship. [Emphasis added.]

See also: *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, at p. 185.

The "historic powers and responsibility assumed by the Crown" in relation to Indian rights, although spoken of in *Sparrow*, at p. 1108, as a "general guiding principle for s. 35(1)", is of broader importance. All members of the Court accepted in *Ross River* that potential relief by way of fiduciary remedies is not limited to the s. 35 rights (*Sparrow*) or existing reserves (*Guerin*). The fiduciary duty, where it exists, is called into existence to facilitate supervision of the high degree of discretionary control gradually assumed by the Crown over the lives of aboriginal peoples. As Professor Slattery commented:

The sources of the general fiduciary duty do not lie, then, in a paternalistic concern to protect a "weaker" or "primitive" people, as has sometimes been suggested, but rather in the necessity of persuading native peoples, at a time when they still had considerable military capacities, that their rights would be better protected by reliance on the Crown than by self-help.

(B. Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 753)

See also *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 17; W. R. McMurtry and A. Pratt, "Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guerin* in Perspective", [1986] 3 C.N.L.R. 19, at p. 31.

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. [Je souligne.]

Voir aussi : *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, p. 185.

Bien que qualifiée de « principe directeur général d'interprétation du par. 35(1) » dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1108, la notion de « pouvoirs et [. . .] responsabilité historiques de Sa Majesté » à l'égard des droits des Indiens revêt une importance plus grande encore. Dans l'arrêt *Ross River*, précité, tous les juges de notre Cour ont reconnu que la réparation fondée sur l'existence d'une obligation fiduciaire n'était pas limitée aux droits garantis par l'art. 35 (*Sparrow*) ou aux réserves existantes (*Guerin*). Lorsqu'elle existe, l'obligation de fiduciaire vise à faciliter le contrôle de l'exercice par la Couronne de l'autorité et des pouvoirs discrétionnaires considérables qu'elle a graduellement assumés à l'égard de divers aspects de la vie des peuples autochtones. Comme l'a fait observer le professeur Slattery :

[TRADUCTION] L'obligation générale de fiduciaire ne tire donc pas ses origines d'un souci paternaliste de protéger un peuple « primitif » ou « plus faible », comme on le suggère parfois, mais plutôt de la nécessité de convaincre des peuples autochtones, à une époque où ils avaient encore un potentiel militaire considérable, que l'État protégerait mieux leurs droits qu'ils ne sauraient le faire eux-mêmes.

(B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 753)

Voir également : *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 17; W. R. McMurtry et A. Pratt, « Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution : *Guerin* in Perspective », [1986] 3 C.N.L.R. 19, p. 31.

2002 SCC 79 (CanLII)

80 This *sui generis* relationship had its positive aspects in protecting the interests of aboriginal peoples historically (recall, e.g., the reference in *Royal Proclamation, 1763*, R.S.C. 1985, App. II, No. 1, to the "great Frauds and Abuses [that] have been committed in purchasing Lands of the Indians"), but the degree of economic, social and proprietary control and discretion asserted by the Crown also left aboriginal populations vulnerable to the risks of government misconduct or ineptitude. The importance of such discretionary control as a basic ingredient in a fiduciary relationship was underscored in Professor E. J. Weinrib's statement, quoted in *Guerin*, *supra*, at p. 384, that: "the hallmark of a fiduciary relation is that the relative legal positions are such that one party is at the mercy of the other's discretion." See also: *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, *per* Sopinka J., at pp. 599-600; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, *per* La Forest J., at p. 406; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, *per* Wilson J., dissenting, at pp. 135-36. Somewhat associated with the ethical standards required of a fiduciary in the context of the Crown and Aboriginal peoples is the need to uphold the "honour of the Crown": *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A.), *per* MacKinnon A.C.J.O., at p. 367, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *Van der Peet*, *supra*, *per* Lamer C.J., at para. 24; *Marshall*, *supra*, at paras. 49-51.

81 But there are limits. 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. In this case we are dealing with land, which has generally played a central role in aboriginal economies and cultures. Land was also the subject matter of *Ross River* ("the lands

L'aspect positif de l'établissement de ces rapports *sui generis* fut, historiquement, la protection des intérêts des peuples autochtones (qu'il suffise de rappeler, par exemple, le passage de la *Proclamation royale de 1763,* L.R.C. 1985, App. II, nº 1, précisant « qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages »), mais l'étendue de l'autorité et des pouvoirs discrétionnaires assumés par la Couronne à l'égard des populations autochtones sur les plans économique, social et foncier a également eu pour effet d'exposer ces populations aux risques de faute et d'ineptie de la part de la Couronne. L'importance de cette autorité et de ces pouvoirs en tant qu'ingrédients fondamentaux de relations fiduciaires a été soulignée par le professeur E. J. Weinrib dans la phrase suivante, citée dans l'arrêt *Guerin*, précité, p. 384 : [TRADUCTION] « la marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre ». Voir aussi : *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, le juge Sopinka, p. 599-600; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, le juge La Forest, p. 406; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, madame le juge Wilson, dissidente, p. 135-136. L'obligation de préserver [TRADUCTION] « l'honneur de l'État » est liée d'une certaine façon aux normes éthiques que doit respecter un fiduciaire dans le contexte des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones : *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A.), le juge en chef adjoint MacKinnon, p. 367, autorisation d'appeler refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *Van der Peet*, précité, le juge en chef Lamer, par. 24; *Marshall*, précité, par. 49-51.

L'« obligation de fiduciaire » est toutefois assortie de limites. Les appelantes semblent parfois invoquer cette obligation 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, ce sont des terres qui sont en jeu, et

2002 SCC 79 (CanLII)

occupied by the Band"), *Blueberry River* and *Guerin* (disposition of existing reserves). Fiduciary protection accorded to Crown dealings with aboriginal interests in land (including reserve creation) has not to date been recognized by this Court in relation to Indian interests other than land outside the framework of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

les terres jouent généralement un rôle central dans les économies et cultures autochtones. Des terres étaient également en jeu dans les affaires *Ross River* (« les terres occupées par la Bande ») et *Bande indienne de la rivière Blueberry* et *Guerin* (aliénation de réserves existantes). Jusqu'à présent, notre Cour n'a pas élargi la protection de l'obligation de fiduciaire applicable aux actes accomplis par la Couronne à l'égard de droits fonciers autochtones (notamment la création de réserves) à d'autres intérêts des Indiens, à l'exception de terres ne faisant pas l'objet de droits visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2002 SCC 79 (CanLII)

82

Since *Guerin*, Canadian courts have experienced a flood of "fiduciary duty" claims by Indian bands across a whole spectrum of possible complaints, for example:

Depuis l'arrêt *Guerin*, les tribunaux canadiens sont inondés de demandes de tous ordres présentées par des bandes indiennes et fondées sur l'« obligation de fiduciaire », par exemple :

(i) to structure elections (*Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1997] 1 F.C. 689 (C.A.), at para. 60; subsequently dealt with in this Court on other grounds);

(i) action en matière de règles électorales (*Bande indienne de Batchewana (membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689 (C.A.), par. 60, examinée plus tard par notre Cour sur d'autres fondements);

(ii) to require the provision of social services (*Southeast Child & Family Services v. Canada (Attorney General)*, [1997] 9 W.W.R. 236 (Man. Q.B.));

(ii) action concernant la fourniture de services sociaux (*Southeast Child & Family Services c. Canada (Attorney General)* (1997), 9 W.W.R. 236 (B.R. Man.));

(iii) to rewrite negotiated provisions (*B.C. Native Women's Society v. Canada*, [2000] 1 F.C. 304 (T.D.));

(iii) action en modification de dispositions négociées (*B.C. Native Women's Society c. Canada*, [2000] 1 C.F. 304 (1re inst.));

(iv) to cover moving expenses (*Paul v. Kingsclear Indian Band* (1997), 137 F.T.R. 275; *Mentuck v. Canada*, [1986] 3 F.C. 249 (T.D.); *Deer v. Mohawk Council of Kahnawake*, [1991] 2 F.C. 18 (T.D.));

(iv) demandes d'indemnisation de frais de déménagement (*Paul c. Bande indienne de Kingsclear*, [1997] A.C.F. no 1358 (QL) (1re inst.); *Mentuck c. Canada*, [1986] 3 C.F. 249 (1re inst.); *Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake*, [1991] 2 C.F. 18 (1re inst.));

(v) to suppress public access to information about band affairs (*Chippewas of the Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 116 F.T.R. 37, aff'd (1999), 251 N.R. 220 (F.C.A.); *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143 (T.D.); *Timiskaming Indian Band v. Canada (Minister*

(v) action visant à interdire l'accès par le public aux renseignements concernant les affaires des bandes (*Première nation Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1996] A.C.F. no 991 (QL) (1re inst.), conf. par [1999] A.C.F. no 1822 (QL) (C.A.); *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord*

of Indian and Northern Affairs) (1997), 132 F.T.R. 106);

(vi) to require legal aid funding (*Ominayak v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 174 (T.D.));

(vii) to compel registration of individuals under the *Indian Act* (rejected in *Tuplin v. Canada* (*Indian and Northern Affairs*) (2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292 (P.E.I.S.C.T.D.));

(viii) to invalidate a consent signed by an Indian mother to the adoption of her child (rejected in *G. (A.P.) v. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511 (Alta. Q.B.)).

83 I offer no comment about the correctness of the disposition of these particular cases on the facts, none of which are before us for decision, but I think it desirable for the Court to affirm the principle, already mentioned, that not all obligations existing between the parties to a fiduciary relationship are themselves fiduciary in nature (*Lac Minerals*, *supra*, at p. 597), and that this principle applies to the relationship between the Crown and aboriginal peoples. It is necessary, then, to focus on the particular obligation or interest that is the subject matter of the particular dispute and whether or not the Crown had assumed discretionary control in relation thereto sufficient to ground a fiduciary obligation.

84 I note, for example, what was said by Rothstein J.A. in *Chippewas of the Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, *supra*, at para. 6:

The second argument is that the Government of Canada has a fiduciary duty to the appellants not to disclose the information in question because some of it relates to Indian land. We are not dealing here with the

canadien), [1989] 1 C.F. 143 (1re inst.); *Bande indienne de Témiscamingue c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1997] A.C.F. no 676 (QL) (1re inst.));

(vi) action relative au financement de procédures judiciaires (*Ominayak c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 174 (1re inst.));

(vii) demande visant à contraindre l'inscription de certaines personnes sous le régime de la *Loi sur les Indiens* (rejetée dans *Tuplin c. Canada (Indian and Northern Affairs)* (2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292 (C.S.Î.-P.-É. 1re inst.));

(viii) demande d'invalidation de consentement écrit signé par une mère autochtone relativement à l'adoption de son enfant (rejetée dans *G. (A.P.) c. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511 (B.R. Alb.)).

Je ne ferai aucun commentaire sur le bien-fondé, eu égard aux faits qui leur sont propres, des décisions rendues dans les affaires susmentionnées, dont aucune ne fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant nous, mais il convient selon moi que la Cour confirme le principe, mentionné plus tôt, selon lequel les obligations liant des parties ayant des rapports fiduciaires n'ont pas toutes un caractère fiduciaire (*Lac Minerals*, précité, p. 597), et que ce principe s'applique aux rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. Par conséquent, il est nécessaire de s'attacher à l'obligation ou droit particulier qui est l'objet du différend et de se demander si la Couronne exerçait ou non à cet égard un pouvoir discrétionnaire suffisant pour faire naître une obligation de fiduciaire.

À titre d'exemple, je tiens à citer les propos suivants du juge Rothstein de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Première nation Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, précité, par. 6 :

Le deuxième argument est que le gouvernement du Canada a une obligation fiduciaire envers les appelants de ne pas communiquer les renseignements en question parce que certains d'entre eux ont trait à des terres indiennes.

2002 SCC 79 (CanLII)

surrender of reserve land, as was the case in *Guerin v. Canada*. Nor are we dealing with Aboriginal rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This case is about whether certain information submitted to the government by the appellants should be disclosed under the *Access to Information Act*. [Emphasis added.]

Nous ne sommes pas en présence de cession de terres d'une réserve tel que c'était le cas dans l'affaire *Guérin c. La Reine*. Nous ne sommes pas non plus en présence de droits des peuples autochtones visés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En l'espèce, il s'agit de déterminer si certains renseignements que les appelants ont fournis au gouvernement devraient être communiqués en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. [Je souligne.]

See also *Lac La Ronge Indian Band v. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638 (Sask. C.A.); *Cree Regional Authority v. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84 (F.C.T.D.); *Tsawwassen Indian Band v. Canada (Minister of Finance)* (1998), 145 F.T.R. 1; *Westbank First Nation v. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180 (B.C.S.C).

Voir aussi *Lac La Ronge Indian Band c. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638 (C.A. Sask.); *Administration régionale crie c. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84 (C.F. 1re inst.); *Bande indienne des Tsawwassen c. Canada (Ministre des Finances)*, [1998] A.C.F. no 370 (QL) (1re inst.); *Westbank First Nation c. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180 (C.S.C.-B.).

I do not suggest that the existence of a public law duty necessarily excludes the creation of a fiduciary relationship. The latter, however, depends on identification of a cognizable Indian interest, and the Crown's undertaking of discretionary control in relation thereto in a way that invokes responsibility "in the nature of a private law duty", as discussed below.

85 Je ne prétends pas que l'existence d'une obligation de droit public exclut nécessairement la création de rapports fiduciaires. Toutefois, pour que naissent de tels rapports, il faut qu'il existe un droit indien identifiable et que la Couronne exerce, à l'égard de ce droit, des pouvoirs discrétionnaires d'une manière entraînant une responsabilité « de la nature d'une obligation de droit privé », comme nous le verrons plus loin.

N. *Application of Fiduciary Principles to Indian Lands*

N. *Application aux terres indiennes des principes relatifs à l'obligation de fiduciaire*

86 For the reasons which follow, it is my view that the appellant bands' submissions in these appeals with respect to the existence and breach of a fiduciary duty cannot succeed:

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les arguments avancés par les bandes appelantes dans les présents pourvois relativement à l'existence d'une obligation de fiduciaire et au manquement à cette obligation ne sauraient être retenus.

1. The content of the Crown's fiduciary duty towards aboriginal peoples varies with the nature and importance of the interest sought to be protected. It does not provide a general indemnity.

1. Le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones varie selon la nature et l'importance des intérêts à protéger. Cette obligation ne constitue pas une garantie générale.

2. Prior to reserve creation, the Crown exercises a public law function under the *Indian Act* — which is subject to supervision by the courts exercising public law remedies. At that stage a fiduciary relationship may also arise but, in that respect, the Crown's duty is limited to the basic obligations of loyalty, good faith in the discharge

2. Avant de créer une réserve, la Couronne accomplit une fonction de droit public prévue par la *Loi sur les Indiens*, laquelle fonction est assujettie au pouvoir de supervision des tribunaux compétents pour connaître des recours de droit public. Des rapports fiduciaires peuvent également naître à cette étape, mais l'obligation de la

2002 SCC 79 (CanLII)

of its mandate, providing full disclosure appropriate to the subject matter, and acting with ordinary prudence with a view to the best interest of the aboriginal beneficiaries.

3. Once a reserve is created, the content of the Crown's fiduciary duty expands to include the protection and preservation of the band's quasi-proprietary interest in the reserve from exploitation.

4. In this case, as the appellant bands have rightly been held to lack any beneficial interest in the other band's reserve, equitable remedies are not available either to dispossess an incumbent band that is entitled to the beneficial interest, or to require the Crown to pay "equitable" compensation for its refusal to bring about such a dispossession.

5. Enforcement of equitable duties by equitable remedies is subject to the usual equitable defences, including laches and acquiescence.

87 I propose to discuss each of these propositions in turn.

1. The content of the Crown's fiduciary duty towards aboriginal peoples varies with the nature and importance of the interest sought to be protected. It does not provide a general indemnity.

88 In *Ross River*, *supra*, the Court affirmed that "[a]lthough this is not at stake in the present appeal, it should not be forgotten that the exercise of this particular power [of reserve creation] remains subject to the fiduciary obligations of the Crown as well as to the constitutional rights and obligations which arise under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*" (LeBel J., at para. 62). Further, "it must not be forgotten that the actions of the Crown with respect to the lands occupied by the Band will be governed by the fiduciary relationship which exists between

Couronne à cet égard se limite aux devoirs élémentaires de loyauté, de bonne foi dans l'exécution de son mandat, de communication complète de l'information, eu égard aux circonstances, et d'exercice de la prudence ordinaire dans l'intérêt des bénéficiaires autochtones de l'obligation.

3. Après la création de la réserve, la portée de l'obligation de fiduciaire de la Couronne s'élargit et vise la préservation de l'intérêt quasi propriétal de la bande dans la réserve et la protection de la bande contre l'exploitation à cet égard.

4. En l'espèce, comme il a, à juste titre, été jugé qu'aucune des deux bandes appelantes ne possède d'intérêt bénéficiaire dans la réserve de l'autre, aucun recours en equity n'est ouvert soit pour déposséder la bande rivale de son intérêt bénéficiaire dans la réserve qu'elle occupe, soit pour obliger la Couronne à verser une indemnité en equity en raison de son refus de procéder à une telle dépossession.

5. Les recours en equity exercés pour obtenir l'exécution d'obligations en equity donnent ouverture aux moyens de défense habituels de cette nature, notamment celui fondé sur l'acquiescement et le manque de diligence.

Je vais examiner chacune de ces propositions à tour de rôle.

1. Le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones varie selon la nature et l'importance des intérêts à protéger. Cette obligation ne constitue pas une garantie générale.

Dans l'arrêt *Ross River*, précité, la Cour a affirmé que « [b]ien qu'il ne s'agisse pas là d'une question en litige dans le présent pourvoi, il ne faut cependant pas oublier que l'exercice de ce pouvoir particulier [création de réserves] demeure évidemment assujetti au respect des obligations et droits constitutionnels établis par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi qu'aux obligations de fiduciaire de la Couronne » (le juge LeBel, par. 62). La Cour a ajouté ceci, au par. 77 : « il ne faut pas oublier que les actes accomplis par la Couronne relativement

2002 SCC 79 (CanLII)

the Crown and the Band. It would certainly be in the interests of fairness for the Crown to take into consideration in any future negotiations the fact that the Ross River Band has occupied these lands for almost half a century" (para. 77).

aux terres occupées par la Bande sont régis par les rapports de fiduciaire qui existent entre cette dernière et la Couronne. Il serait certainement conforme à l'équité que, dans toutes négociations futures, la Couronne tienne compte du fait que la bande de Ross River occupe ces terres depuis près d'un demi-siècle ».

In the present case the reserve-creation process dragged on from about 1878 to 1928, a period of 50 years. From at least 1907 onwards, the Department treated the reserves as having come into existence, which, in terms of actual occupation, they had. It cannot reasonably be considered that the Crown owed no fiduciary duty during this period to bands which had not only gone into occupation of provisional reserves, but were also entirely dependent on the Crown to see the reserve-creation process through to completion.

89 Dans la présente affaire, le processus de création de réserves s'est étalé de 1878 environ à 1928, soit sur une période de 50 ans. À partir de 1907 au moins, le ministère a considéré que les réserves existaient, ce qui était effectivement le cas, eu égard au fait qu'elles étaient concrètement occupées. On ne peut raisonnablement affirmer que, durant cette période, la Couronne n'avait aucune obligation de fiduciaire envers les bandes concernées qui, en plus d'occuper les réserves provisoires, étaient entièrement tributaires de la Couronne pour que le processus de création des réserves aboutisse.

The issue, for present purposes, is to define the content of the fiduciary duty "with respect to the lands occupied by the Band" (*Ross River*, *supra*, at para. 77) at the reserve-creation stage insofar as is necessary for the disposition of these appeals.

90 En l'espèce, il faut définir, dans la mesure nécessaire pour statuer sur les présents pourvois, en quoi consiste, à l'étape de la création de la réserve, l'obligation de fiduciaire « relativement aux terres occupées par la Bande » (*Ross River*, précité, par. 77).

The situation here, unlike *Guerin*, does not involve the Crown interposing itself between an Indian band and non-Indians with respect to an existing Indian interest in lands. Nor does it involve the Crown as "faithless fiduciary" failing to carry out a mandate conferred by a band with respect to disposition of a band asset. The federal Crown in this case was carrying out various functions imposed by statute or undertaken pursuant to federal-provincial agreements. Its mandate was not the *disposition* of an existing Indian interest in the subject lands, but the *creation* of an altogether new interest in lands to which the Indians made no prior claim by way of treaty or aboriginal right.

91 En l'espèce, contrairement à l'affaire *Guerin*, il ne s'agit pas d'un cas où la Couronne a agi comme intermédiaire entre une bande indienne et des non-Indiens au sujet d'un droit indien existant sur des terres. Il ne s'agit pas non plus d'une situation où la Couronne s'est conduit en « fiduciaire déloyal » en n'exécutant pas le mandat d'aliéner un actif que lui avait confié une bande. Dans la présente affaire, la Couronne fédérale s'acquittait de diverses fonctions qui lui incombaient aux termes de la Loi ou d'accords fédéraux-provinciaux. Elle n'avait pas pour mandat d'*aliéner* un droit indien existant sur les terres en cause, mais de *créer* un intérêt entièrement nouveau visant des terres que les Indiens ne revendiquaient pas déjà en vertu d'un droit ancestral ou issu de traités.

This is not to suggest that a fiduciary duty has no role to play in these circumstances. It is to say, however, that caution must be exercised. As stated, even in the traditional trust context not all obligations existing between the parties to a well-

92 Cela ne veut pas dire que l'obligation de fiduciaire ne joue aucun rôle dans de telles circonstances. Mais il faut toutefois faire montre de circonspection. Comme il a été indiqué précédemment, même dans le cadre d'une fiducie traditionnelle, les obligations

2002 SCC 79 (CanLII)

recognized fiduciary relationship are themselves fiduciary in nature: *Lac Minerals*, *supra*, *per* Sopinka J., at pp. 597 *et seq*. Moreover, as pointed out by La Forest J. in *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same: "[T]hese are shaped by the demands of the situation" (p. 149). Thus, for example, the singular demands of the administration of justice drive and "shape" the content of the fiduciary relationship between solicitor and client: *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70. These observations are of particular importance in a case where the fiduciary is also the government, as the Court in *Guerin* fully recognized (p. 385). (In the case of rival bands asserting overlapping claims to s. 35 aboriginal title over the same land, for example, the Crown is caught truly and unavoidably in the middle, but that is not the case here.)

93 The starting point in this analysis, therefore, is the Indian bands' interest in specific lands that were subject to the reserve-creation process for their benefit, and in relation to which the Crown constituted itself the exclusive intermediary with the province. The task is to ascertain the content of the fiduciary duty in relation to those specific circumstances.

2. Prior to reserve creation, the Crown exercises a public law function under the *Indian Act* — which is subject to supervision by the courts exercising public law remedies. At that stage a fiduciary relationship may also arise but, in that respect, the Crown's duty is limited to the basic obligations of loyalty, good faith in the discharge of its mandate, providing full disclosure appropriate to the subject matter, and acting with ordinary prudence with a view to the best interest of the aboriginal beneficiaries.

94 Insofar as the appellant bands contend for a broad application of a fiduciary duty at the stage of reserve creation in non-s. 35(1) lands (as distinguished from

qui existent entre les parties à des relations généralement reconnues comme fiduciaires n'ont pas nécessairement toutes un caractère fiduciaire (*Lac Minerals*, précité, le juge Sopinka, p. 597 et suiv.). En outre, comme l'a souligné le juge La Forest dans l'arrêt *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, les relations et les obligations de fiduciaires ne sont pas toutes identiques, « elles sont tributaires des exigences de la situation » (p. 149). Ainsi, l'étendue de l'obligation de fiduciaire qui incombe à l'avocat envers son client est tributaire des exigences particulières de l'administration de la justice : *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70. Ces observations sont particulièrement importantes lorsque le fiduciaire est le gouvernement, comme notre Cour l'a pleinement reconnu dans l'arrêt *Guerin* (p. 385). (Lorsque, par exemple, deux bandes rivales revendiquent le titre ancestral sur les mêmes terres en vertu de l'art. 35, la Couronne se retrouve inévitablement au beau milieu du différend, mais ce n'est pas le cas en l'espèce.)

Le point de départ de l'analyse est par conséquent le droit des bandes indiennes sur des terres précises ayant fait l'objet du processus de création de réserves pour leur bénéfice et à l'égard desquelles la Couronne s'est constituée l'intermédiaire exclusif auprès de la province. Notre tâche consiste à définir l'étendue de l'obligation de fiduciaire dans ces circonstances particulières.

2. Avant de créer une réserve, la Couronne accomplit une fonction de droit public prévue par la *Loi sur les Indiens*, laquelle fonction est assujettie au pouvoir de supervision des tribunaux compétents pour connaître des recours de droit public. Des rapports fiduciaires peuvent également naître à cette étape, mais l'obligation de la Couronne à cet égard se limite aux devoirs élémentaires de loyauté, de bonne foi dans l'exécution de son mandat, de communication complète de l'information, eu égard aux circonstances, et d'exercice de la prudence ordinaire dans l'intérêt des bénéficiaires authochtones de l'obligation.

Comme les bandes appelantes plaident que la notion d'obligation de fiduciaire doit être appliquée largement à l'étape de la création d'une réserve sur

2002 SCC 79 (CanLII)

2002 SCC 79 (CanLII)

their other arguments concerning existing reserves and reserve disposition), it is necessary to determine what the imposition of a fiduciary duty adds at that stage to the remedies already available at public law. The answer, I think, is twofold. In a substantive sense the imposition of a fiduciary duty attaches to the Crown's intervention the additional obligations of loyalty, good faith, full disclosure appropriate to the matter at hand and acting in what it reasonably and with diligence regards as the best interest of the beneficiary. In *Blueberry River* McLachlin J. (as she then was), at para. 104, said that "[t]he duty on the Crown as fiduciary was 'that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs'". See also D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 32-33; *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302, at p. 315. Secondly, and perhaps more importantly, the imposition of a fiduciary duty opens access to an array of equitable remedies, about which more will be said below.

des terres ne faisant pas l'objet de droits visés au par. 35(1) (par opposition à leurs autres arguments concernant les réserves existantes et l'aliénation des réserves), il faut déterminer ce que la reconnaissance d'une telle obligation à cette étape ajoute aux recours de droit public dont elles disposent déjà. À mon avis, la réponse à cette question comporte deux volets. Premièrement, quant au fond, la reconnaissance d'une obligation de fiduciaire assujettit l'intervention de la Couronne à des obligations additionnelles : loyauté, bonne foi, communication complète de l'information, eu égard aux circonstances, et devoir d'agir de façon raisonnable et diligente dans l'intérêt du bénéficiaire de l'obligation. Dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, par. 104, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a écrit que, « [e]n tant que fiduciaire, la Couronne avait l'obligation d'agir avec le soin et la diligence "qu'un bon père de famille apporte à l'administration de ses propres affaires" ». Voir également D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2e éd. 1984), p. 32-33; *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302, p. 315. Deuxièmement, facteur peut-être plus important encore, la reconnaissance d'une obligation de fiduciaire donne ouverture à une panoplie de recours en equity dont il sera question plus en détail ci-dessous.

In this case the intervention of the Crown was positive, in that the federal government sought to create reserves for the appellant bands out of provincial Crown lands to which these particular bands had no aboriginal or treaty right. As explained, the people of the Laich-kwil-tach First Nation arrived in the Campbell River area at about the same time as the early Europeans (1840-1853). Government intervention from 1871 onwards was designed to protect members of the appellant bands from displacement by the other newcomers.

95 En l'espèce, l'intervention de la Couronne a été positive, en ce sens que le gouvernement fédéral entendait créer des réserves en faveur des bandes appelantes sur des terres de la Couronne provinciale à l'égard desquelles ces bandes ne possédaient aucun droit ancestral ou issu de traités. Comme il a été expliqué plus tôt, la Première nation Laich-kwil-tach est arrivée dans la région de Campbell River à peu près en même temps que les premiers Européens (entre 1840 et 1853). Le gouvernement est intervenu, à partir de 1871, pour empêcher que les membres des bandes appelantes soient déplacés par les autres nouveaux arrivants.

When exercising ordinary government powers in matters involving disputes between Indians and non-Indians, the Crown was (and is) obliged to have regard to the interest of all affected parties, not just the Indian interest. The Crown can be no ordinary

96 Dans l'exercice de ses pouvoirs ordinaires de gouvernement dans le cadre de différends opposant des Indiens et des non-Indiens, la Couronne avait (et a encore) l'obligation de prendre en considération les intérêts de toutes les parties concernées, non

fiduciary; it wears many hats and represents many interests, some of which cannot help but be conflicting: *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762 (C.A.). As the Campbell River Band acknowledged in its factum, "[t]he Crown's position as fiduciary is necessarily unique" (para. 96). In resolving the dispute between Campbell River Band members and the non-Indian settlers named Nunns, for example, the Crown was not solely concerned with the band interest, nor should it have been. The Indians were "vulnerable" to the adverse exercise of the government's discretion, but so too were the settlers, and each looked to the Crown for a fair resolution of their dispute. At that stage, prior to reserve creation, the Court cannot ignore the reality of the conflicting demands confronting the government, asserted both by the competing bands themselves and by non-Indians. As Dickson J. said in *Guerin*, *supra*, at p. 385:

> It should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Public law duties, the performance of which requires the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship. [Emphasis added.]

97 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. As the dispute evolved into conflicting demands between the appellant bands themselves, the Crown continued to exercise public law duties in its attempt to ascertain "the places they wish to have" (as stated at para. 24), and, as a fiduciary, it was the Crown's duty to be

pas seulement les intérêts des Indiens. La Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont immanquablement opposés : *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.). Comme l'a reconnu la bande de Campbell River au par. 96 de son mémoire, [TRADUCTION] « [l]a situation de la Couronne en tant que fiduciaire est nécessairement unique ». Par exemple, lorsque la Couronne a résolu le différend entre les membres de la Bande de Campbell River et des colons non-indiens du nom de Nunns, elle n'a pas tenu compte seulement des intérêts de la bande, et il ne fallait pas qu'elle le fasse. Si les Indiens étaient « vulnérables » à la prise par le gouvernement de mesures défavorables à leur endroit dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, les colons l'étaient eux aussi, et les deux parties attendaient du gouvernement qu'il règle leur différend de façon juste. À cette étape, avant la création des réserves, la Cour ne peut faire abstraction du fait que le gouvernement était aux prises avec des demandes conflictuelles, émanant et des bandes rivales elles-mêmes et de non-Indiens. Comme a dit le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, précité, p. 385 :

> Il nous faut remarquer que, de façon générale, il n'existe d'obligations de fiduciaire que dans le cas d'obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l'acquittement nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. [Je souligne.]

En l'espèce, tout comme dans l'arrêt *Ross River*, la nature et l'importance du droit des bandes appelantes sur ces terres avant 1938, ainsi que l'intervention de la Couronne pour leur compte, en tant qu'intermédiaire exclusif auprès de tiers (y compris la province), ont imposé à la Couronne l'obligation de fiduciaire de faire montre de loyauté et de bonne foi, de communiquer l'information de façon complète, eu égard aux circonstances, et d'agir avec la diligence « ordinaire » requise dans ce qu'elle considérait raisonnablement être l'intérêt des bénéficiaires de cette obligation. À mesure que le différend a évolué et en est venu à porter sur les revendications opposées des bandes elles-mêmes, la Couronne a continué de s'acquitter d'obligations de droit public

2002 SCC 79 (CanLII)

even-handed towards and among the various beneficiaries. An assessment of the Crown's discharge of its fiduciary obligations at the reserve-creation stage must have regard to the context of the times. The trial judge concluded that each of these obligations was fulfilled, and we have been given no persuasive reason to hold otherwise.

en s'efforçant de déterminer [TRADUCTION] « les endroits qu'[elles] souhait[ai]ent obtenir » (tel qu'il a été indiqué plus tôt, au par. 24), et il incombait à la Couronne, en tant que fiduciaire, d'agir avec équité envers les divers bénéficiaires de l'obligation. Pour apprécier la façon dont la Couronne s'est acquittée de ses obligations de fiduciaire à l'étape de la création des réserves, il faut tenir compte de la situation qui existait à l'époque. Le juge de première instance a conclu que la Couronne avait respecté chacune de ces obligations et on ne nous a présenté aucune raison justifiant de conclure différemment.

3. Once a reserve is created, the content of the Crown's fiduciary duty expands to include the protection and preservation of the band's quasi-proprietary interest in the reserve from exploitation.

3. Après la création de la réserve, la portée de l'obligation de fiduciaire de la Couronne s'élargit et vise la préservation de l'intérêt quasi propriétal de la bande dans la réserve et la protection de la bande contre l'exploitation à cet égard.

98 The content of the fiduciary duty changes somewhat after reserve creation, at which the time the band has acquired a "legal interest" in its reserve, even if the reserve is created on non-s. 35(1) lands. In *Guerin*, Dickson J. said the fiduciary "interest gives rise upon surrender to a distinctive fiduciary obligation on the part of the Crown" (p. 382). These dicta should not be read too narrowly. Dickson J. spoke of surrender because those were the facts of the *Guerin* case. As this Court recently held, expropriation of an existing reserve equally gives rise to a fiduciary duty: *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, [2001] 3 S.C.R. 746, 2001 SCC 85. See also *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3 (C.A.).

98 Le contenu de l'obligation fiduciaire change quelque peu après la création de la réserve, moment où la bande acquiert un « intérêt en common law » dans la réserve, même si celle-ci est créée sur des terres ne faisant pas l'objet de droits visés au par. 35(1). Dans l'arrêt *Guerin*, p. 382, le juge Dickson a affirmé que cet intérêt, « lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté [une] obligation de fiduciaire particulière ». Il ne faut pas interpréter trop strictement ces affirmations. Le juge Dickson parlait de cession parce qu'il s'agissait de la situation en cause dans *Guerin*. Comme notre Cour a jugé récemment, l'expropriation d'une réserve existante donne également naissance à une obligation de fiduciaire (*Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 746, 2001 CSC 85; voir également *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3 (C.A.)).

99 At the time of reserve *disposition* the content of the fiduciary duty may change (e.g. to include the implementation of the wishes of the band members). In *Blueberry River*, McLachlin J. observed at para. 35:

99 Lors de l'*aliénation* de la réserve, l'étendue de l'obligation fiduciaire peut changer (et, par exemple, inclure la mise à exécution des souhaits exprimés par les membres de la bande). Dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, madame le juge McLachlin a fait l'observation suivante, au par. 35 :

It follows that under the *Indian Act*, the Band had the right to decide whether to surrender the reserve, and its decision was to be respected. At the same time, if the

Il s'ensuit que, en vertu de la *Loi des Indiens*, les bandes avaient le droit de décider si elles voulaient céder leur réserve, et que leur décision devait être respectée. Par

2002 SCC 79 (CanLII)

Band's decision was foolish or improvident — a decision that constituted exploitation — the Crown could refuse to consent. In short, the Crown's obligation was limited to preventing exploitative bargains.

To the same effect see *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, *per* Iacobucci J., at para. 52, and, in another context, *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, *per* La Forest J., at pp. 129-30.

100 It is in the sense of "exploitative bargain", I think, that the approach of Wilson J. in *Guerin* should be understood. Speaking for herself, Ritchie and McIntyre JJ., Wilson J. stated that prior to any disposition the Crown has "a fiduciary obligation to protect and preserve the Bands' interests from invasion or destruction" (p. 350). The "interests" to be protected from invasion or destruction, it should be emphasized, are legal interests, and the threat to their existence, as in *Guerin* itself, is the exploitative bargain (e.g. the lease with the Shaughnessy Heights Golf Club that in *Guerin* was found to be "unconscionable"). This is consistent with *Blueberry River* and *Lewis*. Wilson J.'s comments should be taken to mean that ordinary diligence must be used by the Crown to avoid invasion or destruction of the band's quasi-property interest by an exploitative bargain with third parties or, indeed, exploitation by the Crown itself. (Of course, there will also be cases dealing with the ordinary accountability by the Crown, as fiduciary, for its administrative control over the reserve and band assets.)

101 The Cape Mudge appellants contend that the Crown breached its fiduciary duty with respect to its two reserves (while attacking the trial judge's rejection of this factual premise) by permitting (or even encouraging) the *1907 Resolution*. They have been deprived of their legal interest in Reserve No.

ailleurs, si la décision de la bande concernée était imprudente ou inconsidérée — et équivalait à de l'exploitation — la Couronne pouvait refuser son consentement. Bref, l'obligation de la Couronne se limitait à prévenir les marchés abusifs.

Des opinions au même effet ont été exprimées dans *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, le juge Iacobucci, par. 52, et, dans un autre contexte, dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, le juge La Forest, p. 129-130.

C'est dans le contexte des « marchés abusifs » qu'il faut, je crois, comprendre l'approche du juge Wilson dans l'arrêt *Guerin*. S'exprimant en son nom et au nom des juges Ritchie et McIntyre, madame le juge Wilson a déclaré que, avant toute aliénation, la Couronne a « l'obligation qui incombe au fiduciaire de protéger et préserver les droits des bandes contre l'extinction ou l'empiétement » (p. 350). Les « droits » à protéger de l'extinction ou de l'empiétement sont, il faut le souligner, des intérêts en common law, et ce qui les menace doit être, comme dans l'arrêt *Guerin* lui-même, un marché abusif (par exemple dans cette dernière affaire, le bail consenti au club de golf Shaughnessy Heights, qui a été jugé « déraisonnable »). Cette interprétation est compatible avec les arrêts *Bande indienne de la rivière Blueberry* et *Lewis*. Les propos du juge Wilson doivent être considérés comme indiquant que la Couronne doit faire montre de la diligence ordinaire requise pour éviter l'empiétement ou la destruction de l'intérêt quasi propriétal de la bande en raison d'un marché abusif avec des tiers, voire de mesures qui seraient prises par la Couronne elle-même et constitueraient de l'exploitation. (Il va de soi qu'il surviendra également des affaires où il sera question de la responsabilité ordinaire de la Couronne, en tant que fiduciaire, relativement aux pouvoirs administratifs qu'elle exerce à l'égard de la réserve et des biens de la bande.)

La bande de Cape Mudge appelante prétend que la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire à l'égard des deux réserves de la bande (tout en contestant le rejet de cette prémisse factuelle par le juge de première instance) en permettant (voire en encourageant) l'adoption de la *Résolution de 1907*.

2002 SCC 79 (CanLII)

11, they say, by an "exploitative bargain". They gave away 350 acres for nothing.

Elle soutient que ses membres ont été privés de leur intérêt en common law dans la réserve n^{o} 11 par suite d'un [TRADUCTION] « marché abusif ». Ils ont cédé 350 acres sans recevoir de contrepartie.

While the reserves were not constituted, as a matter of law, until 1938, I would be prepared to assume that, for purposes of this argument, the fiduciary duty was in effect in 1907. The Cape Mudge Band argument is nevertheless unconvincing. I do not accept what, with respect, is its shaky factual premise, i.e., that the band "gave away" Reserve No. 11 as opposed to entering a quit claim in favour of a sister band with a superior interest. More importantly, this argument rests on a misconception of the Crown's fiduciary duty. The Cape Mudge forbears, whose conduct is now complained of, were autonomous actors, apparently fully informed, who intended in good faith to resolve a "difference of opinion" with a sister band. They were not dealing with non-Indian third parties (*Guerin*, at p. 382). It is patronizing to suggest, on the basis of the evidentiary record, that they did not know what they were doing, or to reject their evaluation of a fair outcome. Taken in context, and looking at the substance rather than the form of what was intended, the *1907 Resolution* was not in the least exploitative.

102 Bien que, juridiquement, les réserves n'aient pas été constituées avant 1938, je suis disposé à supposer, pour l'examen du présent argument, que l'obligation de fiduciaire existait en 1907. L'argument de la bande de Cape Mudge n'est malgré tout pas convaincant. En toute déférence, je n'accepte pas sa prémisse factuelle contestable, à savoir que la bande « a cédé [la réserve n^{o} 11] sans recevoir de contrepartie » au lieu de signer une cession par renonciation en faveur d'une bande sœur possédant un droit supérieur. Facteur plus important encore, cet argument procède d'une mauvaise compréhension de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Les ancêtres des membres de la bande de Cape Mudge, dont on critique maintenant la conduite, étaient des acteurs autonomes, apparemment bien informés, qui voulaient de bonne foi résoudre une [TRADUCTION] « divergence d'opinions » avec une bande sœur. Ils ne traitaient pas avec des tiers non indiens (*Guerin*, p. 382). Il est condescendant de prétendre, sur la foi de la preuve au dossier, que ces prédécesseurs ne savaient pas ce qu'ils faisaient, ou encore de rejeter ce que ces personnes ont considéré être un résultat juste. Lorsqu'on la replace dans son contexte et qu'on s'attache à la substance du but poursuivi plutôt qu'à la forme choisie pour le réaliser, la *Résolution de 1907* n'avait absolument rien d'abusif.

While courts applying principles of equity rightly insist on flexibility to deal with the unforeseeable and infinite variety of circumstances and interests that may arise, and which will fall to be decided under equitable rules, it must be said that the bold attempt of the appellant bands to extend their claim to fiduciary relief on the present facts is overly ambitious.

103 Bien que les tribunaux appliquant des principes d'equity insistent à raison sur la nécessité de faire preuve de souplesse devant l'imprévisibilité et l'infinie diversité des situations et des droits sur lesquels ils peuvent avoir à se prononcer en faisant appel aux règles de l'equity, il importe de souligner que la tentative énergique des bandes appelantes d'élargir la portée de leur demande pour disposer des recours ouverts en matière fiduciaire à partir des faits de la présente affaire est trop ambitieuse.

On the other hand, the trial judge and the Federal Court of Appeal adopted, with respect, too restricted a view of the content of the fiduciary duty owed by

104 Par ailleurs, en toute déférence, j'estime que le juge de première instance et la Cour d'appel ont défini trop restrictivement la portée de l'obligation

2002 SCC 79 (CanLII)

the Crown to the Indian bands with respect to their existing quasi-proprietary interest in their respective reserves. In their view, the Crown discharged its fiduciary duty with respect to existing reserves by balancing "the interests of both the Cape Mudge Indians and the Campbell River Indians and to resolve their conflict regarding the use and occupation of the [Laich-kwil-tach] reserves . . . [without favouring] the interests of one band over the interest of the other" (para. 493 F.T.R. and para. 121 N.R.). With respect, the role of honest referee does not exhaust the Crown's fiduciary obligation here. The Crown could not, merely by invoking competing interests, shirk its fiduciary duty. The Crown was obliged to preserve and protect each band's legal interest in the reserve which, on a true interpretation of events, had been allocated to it. In my view it did so.

4. In this case, as the appellant bands have rightly been held to lack any beneficial interest in the other band's reserve, equitable remedies are not available either to dispossess an incumbent band that is entitled to the beneficial interest, or to require the Crown to pay "equitable" compensation for its refusal to bring about such a dispossession.

105 The various technical arguments arrayed by the bands are, in any event, singularly inappropriate in a case where they seek equitable remedies. As noted, each band has, over the past 65 or more years, reasonably relied on the repeated declarations and disclaimers of its sister band, and on the continuance of the *status quo*, to reside on and improve its reserve.

106 Reserves Nos. 11 and 12 were formally created when the federal Crown obtained administration and control of the subject lands in 1938. At that time, as outlined above, the appellant bands had manifested on several occasions their acknowledgement that the

de fiduciaire qui incombe à la Couronne envers les bandes indiennes à l'égard de leur intérêt quasi propriétal dans leur réserve respective. À leur avis, la Couronne s'est acquittée de son obligation de fiduciaire relativement aux réserves existantes en conciliant « les intérêts des Indiens tant de Cape Mudge que de Campbell River et [en résolvant] le conflit sur l'utilisation et l'occupation des réserves des [Laich-kwil-tach] [. . .] [sans] favoriser les intérêts d'une bande au dépens de ceux de l'autre » (par. 495 (1re inst.) et par. 67 (C.A.)). Avec égards pour l'opinion contraire, l'obligation de fiduciaire ne se limite pas en l'espèce au rôle d'arbitre désintéressé. La Couronne ne pouvait pas se dérober à son obligation de fiduciaire simplement en invoquant l'existence d'intérêts opposés. La Couronne avait l'obligation de préserver et protéger l'intérêt en common law dans la réserve qui, suivant l'interprétation qu'il convient de donner des événements, avait été attribué à chaque bande. À mon avis, c'est ce qu'elle a fait.

4. En l'espèce, comme il a, à juste titre, été jugé qu'aucune des deux bandes appelantes ne possède d'intérêt bénéficiaire dans la réserve de l'autre, aucun recours en equity n'est ouvert soit pour déposséder la bande rivale de son intérêt bénéficiaire dans la réserve qu'elle occupe, soit pour obliger la Couronne à verser une indemnité en equity en raison de son refus de procéder à une telle dépossession.

Quoi qu'il en soit, j'estime que les divers arguments de forme invoqués par les bandes sont singulièrement inappropriés dans une affaire où elles sollicitent des réparations en equity. Comme je l'ai signalé plus tôt, depuis au moins 65 ans, s'appuyant de façon raisonnable sur les déclarations et renonciations successives de sa bande sœur, ainsi que sur la persistance du statu quo, chacune des bandes a vécu dans sa propre réserve et y a apporté des améliorations.

Les réserves nos 11 et 12 ont été officiellement créées lorsque la Couronne fédérale a obtenu, en 1938, la maîtrise et l'administration des terres qui les constituaient. À cette date, comme je l'ai indiqué précédemment, les bandes appelantes avaient reconnu à

2002 SCC 79 (CanLII)

beneficial interest in Reserve No. 11 resided in the Campbell River Band and the beneficial interest in Reserve No. 12 resided in the Cape Mudge Band. The equitable remedies sought by the appellant bands necessarily address the disposition of the *beneficial* or equitable interest. The trial judge found as a fact (although not using these precise terms) that the equitable interests are reflected in the *status quo*. A mandatory injunction is not available to dispossess the rightful incumbent. Nor is there any requirement on the Crown to pay *equitable* compensation to a claimant band to substitute for an equitable or beneficial interest that does not belong to it.

5. Enforcement of equitable duties by equitable remedies is subject to the usual equitable defences, including laches and acquiescence.

One of the features of equitable remedies is that they not only operate "on the conscience" of the wrongdoer, but require equitable conduct on the part of the claimant. They are not available as of right. Equitable remedies are always subject to the discretion of the court: *Frame v. Smith*, *supra*, at p. 144; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at p. 589; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19, at para. 66.

Equity has developed a number of defences that are available to a defendant facing an equitable claim such as a claim for breach of fiduciary duty. One of them, the doctrine of laches and acquiescence, is particularly applicable here. This equitable doctrine applies even if a claim is not barred by statute. The British Columbia *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236 (previously the *Limitations Act*, S.B.C. 1975, c. 37), which is incorporated into federal law by s. 39(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, explicitly so acknowledged in s. 2:

plusieurs reprises que l'intérêt bénéficiaire relatif à la réserve nº 11 appartenait à la bande de Campbell River et que celui relatif à la réserve nº 12 appartenait à la bande de Cape Mudge. Les recours en equity intentés par les bandes appelantes sont nécessairement fondés sur l'aliénation d'un intérêt *bénéficiaire* ou en equity. Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait selon laquelle le statu quo reflétait la situation des intérêts en equity (quoiqu'il ne se soit pas exprimé exactement en ces termes). On ne saurait déposséder un occupant légitime par voie d'injonction. La Couronne ne saurait non plus être obligée de verser une indemnité en equity à une bande pour remplacer un intérêt en equity ou bénéficiaire qui n'appartient pas à cette dernière.

5. Les recours en equity exercés pour obtenir l'exécution d'obligations en equity donnent ouverture aux moyens de défense habituels de cette nature, notamment celui fondé sur l'acquiescement et le manque de diligence.

107 L'une des caractéristiques des recours en equity est qu'ils ne font pas seulement appel « à la conscience » de l'auteur de la faute, mais qu'ils exigent en outre une conduite équitable de la part de celui qui demande réparation. Il n'y a pas ouverture de plein droit à ces recours, ceux-ci dépendent toujours du pouvoir discrétionnaire du tribunal : *Frame c. Smith*, précité, p. 144; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, p. 589; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19, par. 66.

108 Il s'est développé, en equity, certains moyens de défense opposables aux recours en equity, par exemple les recours fondés sur un manquement à une obligation de fiduciaire. L'un d'eux, la règle de l'acquiescement et du manque de diligence, est particulièrement pertinent ici. Cette règle d'equity s'applique même dans les cas où la demande n'est pas prescrite par la loi. La loi de la Colombie-Britannique intitulée *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236 (auparavant la *Limitations Act*, S.B.C. 1975, ch. 37), qui est incorporée au droit fédéral par le par. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, ch. F-7, l'indique expressément à l'art. 2 :

2002 SCC 79 (CanLII)

2. Nothing in this Act interferes with

(a) a rule of equity that refuses relief, on the grounds of acquiescence, to a person whose right to bring an action is not barred by this Act;

(b) a rule of equity that refuses relief, on the ground of laches, to a person claiming equitable relief in aid of a legal right, whose right to bring the action is not barred by this Act; or

. . .

A similar provision is found in the earlier British Columbia *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1897, c. 123 (in force in B.C. between 1897 and 1975):

39. Nothing in this Act contained shall be deemed to interfere with any rule or jurisdiction of Courts of Equity in refusing relief, on the ground of acquiescence or otherwise, to any person whose right to bring a suit may not be barred by virtue of this Act.

109 The doctrine of laches and acquiescence was considered by this Court in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6. In that case, the appellant sued her father for damages arising from episodes of incest that occurred a number of years before, in her youth. She alleged breach of fiduciary duty. After rejecting the respondent's argument that the action was statute barred, La Forest J. discussed the legal principles applicable to the doctrine of laches and acquiescence. He referred (at pp. 76-77) to a leading English authority as follows:

. . . the doctrine of laches in Courts of Equity is not an arbitrary or a technical doctrine. Where it would be practically unjust to give a remedy, either because the party has, by his conduct, done that which might fairly be regarded as equivalent to a waiver of it, or where by his conduct and neglect he has, though perhaps not waiving that remedy, yet put the other party in a situation in which it would not be reasonable to place him if the remedy were afterwards to be asserted, in either of these cases, lapse of time and delay are most material. But in every case, if an argument against relief, which otherwise

[TRADUCTION] **2.** La présente loi n'a pas pour effet d'empêcher l'application :

a) d'une règle d'equity refusant réparation, pour cause d'acquiescement, à la personne dont le droit d'intenter une action n'est pas prescrit par la présente loi;

b) d'une règle d'equity refusant réparation, pour cause de manque de diligence, à la personne qui demande une réparation en equity à l'égard d'un droit en common law et dont le droit d'intenter une action n'est pas prescrit par la présente loi.

. . .

La loi de la Colombie-Britannique intitulée *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1897, ch. 123 (qui a été en vigueur dans cette province de 1897 à 1975) comportait une disposition analogue :

[TRADUCTION] **39.** La présente loi n'a pas pour effet de faire obstacle à l'application de toute règle ou à l'exercice par tout tribunal d'equity de sa compétence pour refuser réparation, notamment pour cause d'acquiescement, à la personne dont le droit d'intenter une action peut ne pas être prescrit par la présente loi.

Notre Cour a examiné la règle de l'acquiescement et du manque de diligence dans l'arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6. Dans cette affaire, l'appelante poursuivait son père en dommages-intérêts pour des actes incestueux commis par celui-ci à son endroit de nombreuses années auparavant, quand elle était jeune. Elle invoquait le manquement à une obligation de fiduciaire. Après avoir rejeté l'argument de l'intimé selon lequel l'action était prescrite, le juge La Forest a examiné les principes juridiques applicables en matière d'acquiescement et de manque de diligence, citant, aux p. 76-77, le passage suivant de l'arrêt de principe anglais à ce sujet :

[TRADUCTION] . . . dans les cours d'*equity*, la règle du manque de diligence n'est ni arbitraire, ni technique. Lorsqu'il serait pratiquement injuste d'accorder un redressement, soit parce que, par sa conduite, l'intéressé a fait quelque chose qu'on pourrait justement considérer comme équivalant à une renonciation audit redressement, ou lorsque, n'ayant peut-être pas renoncé à ce redressement, il a par sa conduite et sa négligence mis la partie adverse dans une situation dans laquelle il ne serait pas raisonnable de la placer si le redressement devait par la suite être revendiqué, le laps de temps et le retard sont

2002 SCC 79 (CanLII)

would be just, is founded upon mere delay, that delay of course not amounting to a bar by any statute of limitations, the validity of that defence must be tried upon principles substantially equitable. Two circumstances, always important in such cases, are, the length of the delay and the nature of the acts done during the interval, which might affect either party and cause a balance of justice or injustice in taking the one course or the other, so far as relates to the remedy.

(*Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, at pp. 239-40)

La Forest J. concluded, at pp. 77-78:

What is immediately obvious from all of the authorities is that mere delay is insufficient to trigger laches under either of its two branches. Rather, the doctrine considers whether the delay of the plaintiff constitutes acquiescence or results in circumstances that make the prosecution of the action unreasonable. Ultimately, laches must be resolved as a matter of justice as between the parties, as is the case with any equitable doctrine.

See also *Harris v. Lindeborg*, [1931] S.C.R. 235; *Canada Trust Co. v. Lloyd*, [1968] S.C.R. 300; and *Blundon v. Storm*, [1972] S.C.R. 135.

The doctrine of laches is applicable to bar the claims of an Indian band in appropriate circumstances: *L'Hirondelle v. The King* (1916), 16 Ex. C.R. 193; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.), at p. 447 (aff'd on other grounds (1989), 68 O.R. (2d) 394 (C.A.), aff'd [1991] 2 S.C.R. 570); *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641 (C.A.). There are also dicta in two decisions of this Court considering, without rejecting, arguments that laches may bar claims to aboriginal title: *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554, at p. 570; *Guerin*, *supra*, at p. 390.

très importants dans chacun de ces deux cas. Mais, dans tous les cas, si une opposition au redressement, juste par ailleurs, se fonde simplement sur le retard, pourvu, bien entendu, que ce retard n'entraîne pas la prescription en vertu d'une loi quelconque, la validité de ce moyen de défense doit être décidée surtout selon des principes d'*equity*. Deux circonstances, toujours importantes en pareils cas, sont la longueur du retard et la nature des actes accomplis dans l'intervalle, éléments qui peuvent avoir des conséquences pour l'une ou l'autre partie et faire pencher la balance du côté de la justice ou de l'injustice selon qu'on adopte une solution ou l'autre, ce qui a trait au redressement.

(*Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, p. 239-240)

Le juge La Forest a tiré la conclusion suivante aux p. 77-78 :

Il ressort immédiatement de l'ensemble de la jurisprudence que le simple retard ne suffit pas à déclencher l'application de l'un ou l'autre des éléments de la règle du manque de diligence. Il s'agit plutôt de déterminer si le retard du demandeur constitue un acquiescement ou crée des circonstances qui rendent déraisonnables les poursuites. En fin de compte, le manque de diligence doit être réglé comme une question de justice entre les parties, comme c'est le cas de toute règle d'*equity*.

Voir également *Harris c. Lindeborg*, [1931] R.C.S. 235; *Canada Trust Co. c. Lloyd*, [1968] R.C.S. 300; *Blundon c. Storm*, [1972] R.C.S. 135.

110 Dans des circonstances appropriées, la règle du manque de diligence peut être invoquée à l'encontre de réclamations présentées par des bandes indiennes : *L'Hirondelle c. The King* (1916), 16 R.C. de l'É. 193; *Ontario (Attorney General) c. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.), p. 447 (conf. pour d'autres motifs par (1989), 68 O.R. (2d) 394 (C.A.), conf. par [1991] 2 R.C.S. 570); *Chippewas of Sarnia Band c. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641 (C.A.). On trouve également des affirmations à ce sujet dans deux arrêts de notre Cour, où celle-ci a examiné, sans les rejeter, des arguments portant que la règle du manque de diligence peut faire obstacle à la revendication du titre aborigène : *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554, p. 570; *Guerin*, précité, p. 390.

2002 SCC 79 (CanLII)

111 It seems to me both branches of the doctrine of laches and acquiescence apply here, namely: (i) where "the party has, by his conduct, done that which might fairly be regarded as equivalent to a waiver", and (ii) such conduct "results in circumstances that make the prosecution of the action unreasonable" (*M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*, at pp. 76 and 78). Conduct equivalent to a waiver is found in the declaration, representations and failure to assert "rights" in circumstances that required assertion, as previously set out. Unreasonable prosecution arises because, relying on the *status quo*, each band improved the reserve to which it understood its sister band made no further claim. All of this was done with sufficient knowledge "of the underlying facts relevant to a possible legal claim" (*M. (K.) v. M. (H.)*, at p. 79).

Il me semble que les deux éléments de la règle de l'acquiescement et du manque de diligence sont respectés en l'espèce, à savoir : (i) « par sa conduite, l'intéressé a fait quelque chose qu'on pourrait justement considérer comme équivalant à une renonciation »; (ii) cette conduite « crée des circonstances qui rendent déraisonnables les poursuites » (*M. (K) c. M. (H.)*, précité, p. 76 et 78). La déclaration, les observations qui ont été formulées et le défaut de faire valoir des « droits » dans des circonstances qui commandaient qu'on le fasse, comme il a été précisé plus tôt, ont constitué une conduite assimilable à une renonciation. Il y a, en l'espèce, poursuites déraisonnables du fait que chaque bande s'est appuyée sur le statu quo et a apporté des améliorations à sa réserve, considérant que sa bande sœur ne la revendiquait plus. Tout cela s'est produit alors que les bandes connaissaient suffisamment « les faits sous-jacents qui p[ouvaient] donner lieu à un recours en justice » (*M. (K.) c. M. (H.)*, p. 79).

112 I conclude therefore that the claims of the appellant bands were rightly rejected on their merits by the trial judge.

En conséquence, je conclus que le juge de première instance a eu raison de déclarer non fondées les actions des bandes appelantes.

O. *In Any Event, the Claims of the Appellant Bands are Statute Barred*

O. *En tout état de cause, les actions des bandes appelantes sont prescrites*

113 Having rejected the appellants' claims to each other's lands on their merits, I need not, strictly speaking, address the limitations issue. However, as this ground was extensively canvassed in the courts below and in argument before this Court, it should be dealt with.

Puisque j'ai jugé non fondée l'action présentée par chaque bande à l'égard de la réserve de l'autre, il n'est pas vraiment nécessaire que je me penche sur la question de la prescription, mais comme cette question a été examinée en profondeur par les juridictions inférieures et par les parties au cours des plaidoiries devant notre Cour, il convient d'en traiter.

114 This case originated in the Federal Court. It is therefore subject to the limitation provisions contained in the *Federal Court Act* and, in particular, s. 39(1):

Comme les actions ont été intentées devant la Cour fédérale, elles sont donc régies par les règles de prescription prévues par la *Loi sur la Cour fédérale*, en particulier le par. 39(1) de cette Loi, qui est rédigé ainsi :

39. (1) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in any province between subject and subject apply to any proceedings in the Court in respect of any cause of action arising in that province.

39. (1) Sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent à toute instance devant la Cour dont le fait générateur est survenu dans cette province.

2002 SCC 79 (CanLII)

Section 39(1) effectively incorporates by reference the applicable British Columbia limitation legislation, but the relevant provisions apply as federal law not as provincial law: *Blueberry River*, *supra*, at para. 107. I will deal first with some preliminary objections.

1. Constitutionality of the Prescription Period

The appellant bands raise the threshold objection that provincial law cannot "extinguish" the Indian interest, which is a matter of exclusive federal legislative competence: *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at p. 673. Section 9 of the B.C. *Limitations Act* provides for extinguishment of the cause of action, but, as stated, it applies as federal law.

Parliament is entitled to adopt, in the exercise of its exclusive legislative power, the legislation of another jurisdictional body, as it may from time to time exist: *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137. This is precisely what Parliament did when it enacted what is now s. 39(1) of the *Federal Court Act*.

2. Conflict With *Federal Real Property Act*

The appellant Campbell River Band contends that ss. 13 and 14 of the *Federal Real Property Act*, S.C. 1991, c. 50, prohibit the transfer of reserve land by prescription or by virtue of provincial legislation. They provide:

13. Except as expressly authorized by or under an Act of Parliament, no person acquires any federal real property by virtue of a provincial Act.

14. No person acquires any federal real property by prescription.

Here, however, the prescription resides in s. 39(1) of the *Federal Court Act*, which is not provincial

Cette disposition a pour effet d'incorporer par renvoi les dispositions législatives de la Colombie-Britannique relatives à la prescription. Toutefois, les dispositions pertinentes s'appliquent en tant que règles de droit fédérales et non provinciales : *Bande indienne de la rivière Blueberry*, précité, par. 107. Je vais d'abord examiner quelques objections préliminaires.

1. La constitutionnalité du délai de prescription

115 Les bandes appelantes objectent d'abord qu'une règle de droit provinciale ne saurait « éteindre » un droit appartenant à des Indiens, étant donné que de tels droits relèvent de la compétence législative exclusive du fédéral : *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, p. 673. L'article 9 de la *Limitations Act* de la Colombie-Britannique pourvoit à l'extinction des causes d'action, mais, comme il a été dit plus tôt, cette loi s'applique en tant que règle de droit fédérale.

116 Le Parlement peut, dans l'exercice de sa compétence législative exclusive, faire sienne la loi d'un autre législateur : *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137. C'est précisément ce qu'il a fait en édictant la disposition qui est maintenant le par. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

2. Le conflit avec la *Loi sur les immeubles fédéraux*

117 La bande de Campbell River soutient que les art. 13 et 14 de la *Loi sur les immeubles fédéraux*, L.C. 1991, ch. 50, interdisent que soit transférée, par prescription ou sous le régime d'une loi provinciale, des terres constituant une réserve. Voici le texte de ces dispositions :

13. Nul ne peut acquérir un immeuble fédéral, sous le régime d'une loi provinciale, sauf si une loi fédérale l'y autorise expressément.

14. Nul n'acquiert par prescription un immeuble fédéral.

118 En l'espèce, toutefois, la prescription est prévue au par. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et non

2002 SCC 79 (CanLII)

legislation. Moreover, s. 2 defines "federal real property" as "real property belonging to Her Majesty". The reserve land was and remains vested in the Crown. The underlying title is not in dispute.

3. Conflict with the Scheme of the *Indian Act*

119 In its factum, the appellant Campbell River Band further argues that application of the prescription period would be contrary to the scheme of the *Indian Act*. It contends that the *Indian Act* stipulates a valid surrender process as the *exclusive* method of divesting an Indian band of its reserve. Therefore, s. 39(1) of the *Federal Court Act*, which is introduced by the words "Except as expressly provided by any other Act", cannot apply so as to divest an Indian band of its right to possession of its reserve by the passage of time.

120 This argument misconstrues s. 39(1). The words "Except as expressly provided by any other Act" refer, *in pari materia*, to another limitation or prescription period. The *Indian Act* does not establish any comprehensive scheme for the litigation and adjudication of disputes regarding reserves. The adjudication of such disputes is within the jurisdiction of the courts and in this case is governed by the Act constituting the Federal Court. There is thus no *relevant* statutory provision to the contrary.

4. Alleged Harshness of the Prescription Ban

121 The Cape Mudge Band argues that the limitation periods otherwise applicable in this case should not be allowed to operate as "instruments of injustice" (factum, at para. 104). However, the policies behind a statute of limitations (or "statute of repose") are well known: *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, at paras. 8 and 64; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549, at para. 34. Witnesses are no longer available, historical documents are lost and difficult to contextualize, and expectations of fair practices change. Evolving standards of conduct and new standards of liability eventually make it

par une loi provinciale. En outre, l'expression « immeuble fédéral » est définie à l'art. 2 de la *Loi sur les immeubles fédéraux* comme étant un « [i]mmeuble qui appartient à Sa Majesté ». Or, les terres constituant les réserves en litige appartenaient à la Couronne et continuent de lui appartenir. Le titre de propriété fondamental n'est pas contesté.

3. Le conflit avec le régime prévu par la *Loi sur les Indiens*

Dans son mémoire, la bande indienne de Campbell River prétend en outre que l'application du délai de prescription irait à l'encontre du régime établi par la *Loi sur les Indien*s. Selon elle, le processus de cession prévu par cette loi est le *seul* mode d'aliénation d'une réserve et, par conséquent, le par. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui commence par les mots « Sauf disposition contraire d'une autre loi », ne saurait s'appliquer et avoir pour effet de retirer à une bande indienne son droit à la possession de sa réserve par l'écoulement du temps.

Cet argument procède d'une mauvaise interprétation du par. 39(1). Les mots « Sauf disposition contraire d'une autre loi » renvoient, *in pari materia*, à un autre délai de prescription. La *Loi sur les Indiens* n'établit pas de régime général applicable à l'audition et à la décision des différends relatifs aux réserves. Ce sont les tribunaux judiciaires qui ont compétence pour trancher ces différends, et la présente espèce est régie par la loi constituant la Cour fédérale. Par conséquent, il n'existe pas de disposition contraire *pertinente*.

4. La prétendue sévérité de la prescription

La bande de Cape Mudge plaide qu'il ne faut pas laisser les délais de prescription applicables en l'espèce devenir un [TRADUCTION] « instrument d'injustice » (mémoire, par. 104). Toutefois, les principes à la base des lois sur la prescription (dites aussi lois destinées à assurer la tranquillité d'esprit (« *statutes of repose* »)) sont bien connus : *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, par. 8 et 64; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, par. 34. Des témoins ne sont plus disponibles, des documents historiques ont disparu ou sont difficiles à mettre en contexte et l'idée de ce que constituent des

2002 SCC 79 (CanLII)

unfair to judge actions of the past by the standards of today. As the Law Reform Commission of British Columbia wrote in support of an "ultimate" 30-year limitation period in 1990:

> If there are limitation periods, conduct which attracts legal consequences is more likely to be judged in light of the standards existing at the time of the conduct than if there are no restrictions on the plaintiff's ability to litigate. This rationale for the limitation of actions is of increasing importance, given the rate at which attitudes and norms currently change. New areas of liability arise continually in response to evolving sensitivities.

(*Report on the Ultimate Limitation Period: Limitation Act, Section 8* (1990), at pp. 17-18)

pratiques loyales évolue. En raison de l'évolution des normes de conduite et de l'application de nouvelles normes en matière de responsabilité, il devient inéquitable de juger des actions passées au regard de normes contemporaines. Comme a écrit, en 1990, la commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique au soutien de l'adoption d'un délai « ultime » de prescription trentenaire :

> [TRADUCTION] Lorsqu'il existe des délais de prescription, il y a davantage de chances qu'une conduite entraînant des conséquences juridiques soit jugée au regard des normes contemporaines de cette conduite que si le droit du demandeur d'ester en justice n'est assujetti à aucune restriction. Cette justification des restrictions assortissant les délais impartis pour prendre action revêt de plus en plus d'importance en raison de la vitesse avec laquelle les attitudes et les normes changent de nos jours. De nouvelles situations susceptibles d'être sources de responsabilité apparaissent sans cesse, en réponse à l'évolution des sensibilités.

(*Report on the Ultimate Limitations Period : Limitation Act, Section* 8 (1990), p. 17-18)

The need for repose is evident in this case. Each band had settled and legitimate expectations with respect to the reserve it now inhabits. Each band still recognizes the need for repose of its sister band (thus seeking compensation from the Crown rather than dispossession of its sister band). Each band claims repose for itself, thus pleading the limitation period in its own defence against the other band.

122 La nécessité d'assurer la tranquillité d'esprit est évidente en l'espèce. Chaque bande avait des attentes légitimes et bien arrêtées relativement à la réserve qu'elle habite aujourd'hui. Chacune reconnaît toujours le besoin de sa bande sœur d'assurer sa tranquillité d'esprit (raison pour laquelle elle réclame une indemnité de la Couronne plutôt que la dépossession de sa bande sœur), et recherche la tranquillité d'esprit pour elle-même en opposant à l'autre bande le moyen de défense fondé sur la prescription.

This is not to say that historical grievances should be ignored, or that injustice necessarily loses its sting with the passage of the years. Here, however, the bands had independent legal advice at least by the 1930s, and were aware at that time of the material facts, if not all the details, on which the present claims are based. While the feeling may not have been unanimous, each band membership elected not to disturb its neighbours. The conduct of each band between 1907 and 1936 suggests that not only was the other band's open and notorious occupation of its reserve acknowledged, but such occupation was

123 Cela ne veut pas dire pour autant qu'il faut fermer les yeux sur les griefs historiques ou que les rigueurs d'une injustice s'atténuent nécessairement avec le temps. En l'espèce, toutefois, les bandes ont été conseillées par des avocats indépendants depuis les années 1930 au moins, et elles connaissaient alors les faits substantiels — sinon tous les faits — sur lesquels sont fondées leurs revendications actuelles. Bien que ce sentiment puisse ne pas avoir été unanime, les membres de chaque bande ont choisi de ne pas déranger ceux de la bande voisine. La conduite des bandes de 1907 à 1936 tend à indiquer que l'occupation ouverte et notoire par chaque bande de sa

2002 SCC 79 (CanLII)

considered, as between the bands, to be fair and equitable.

124 The Campbell River Band at para. 30 and again at para. 133 of its factum links initiation of these proceedings to a new awareness precipitated by the release of the *Guerin* decision in 1984 of the possibility of financial compensation against the Crown. Awareness of the availability of a claim in equity for financial compensation against the Crown does not, however, turn what the band regarded as an equitable situation into an inequitable situation.

5. Applicable Limitation Period

125 The causes of action at issue in the present appeal arose prior to July 1, 1975, the date on which the new B.C. *Limitations Act* came into force. If the appellants' causes of action were already extinguished by July 1, 1975 (*Limitation Act* (1979), s. 14(1)), it is *prima facie* the 1897 version of the B.C. *Statute of Limitations* which was in force in British Columbia between 1897 and 1975, that applies. If not so extinguished, the provisions of the new version of this *Limitations Act* apply.

126 The B.C. *Statute of Limitations* prior to the 1975 amendments applied to bar actions in the Federal Court by virtue of s. 38(1) of the *Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1 (reproduced in R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10), which took effect on June 1, 1971, and prior to that s. 31 of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98. See *Zakrzewski v. The King*, [1944] 4 D.L.R. 281 (Ex. Ct.), and *Parmenter v. The Queen*, [1956-60] Ex. C.R. 66.

127 The Campbell River Band's claim to possession of Reserve No. 12 is based on what it conceives to be its "legislated entitlement" under Order-in-Council 1036 dated July 29, 1938. Its cause of action was complete no later than that date. Under s. 16 of the then applicable *Statute of Limitations*, the claim to possession was extinguished unless commenced within 20 years. In fact, the Campbell

réserve était non seulement reconnue, mais également considérée comme une situation juste et équitable.

D'abord au par. 30, puis au par. 133 de son mémoire, la bande de Campbell River explique qu'elle a décidé d'intenter des poursuites parce que, par suite de l'arrêt *Guerin*, rendu en 1984, elle a pris conscience de la possibilité d'obtenir une indemnité de la Couronne. Toutefois, le fait d'apprendre qu'il existe un recours en equity permettant de solliciter une indemnité de la Couronne n'a pas forcément pour effet de rendre inéquitable une situation que la bande considérait équitable.

5. Le délai de prescription applicable

En l'espèce, les causes d'action ont pris naissance avant le 1er juillet 1975, date d'entrée en vigueur de la nouvelle version de la *Limitations Act* de la Colombie-Britannique. Si les causes d'action étaient déjà éteintes à cette date (*Limitation Act* (1979), par. 14(1)), c'est alors à première vue la version de 1897 de la loi intitulée *Statute of Limitations*, en vigueur dans la province de 1897 à 1975, qui s'applique. Si, par contre, les causes d'action n'étaient pas éteintes, ce sont alors les dispositions de la nouvelle version de la *Limitations Act* qui sont applicables.

Avant les modifications apportées en 1975, c'était la loi intitulée *Statute of Limitations* qui s'appliquait en matière de prescription devant la Cour fédérale par l'effet du par. 38(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, ch. 1 (reproduite dans S.R.C. 1970 (2e suppl.), ch. 10), qui est entrée en vigueur le 1er juin 1971, et, avant cela, de l'art. 31 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1952, ch. 98. Voir *Zakrzewski c. The King*, [1944] 4 D.L.R. 281 (C. de l'É.), et *Parmenter c. The Queen*, [1956-60] R.C. de l'É. 66.

La prétention de la bande de Campbell River à la possession de la réserve no 12 repose sur ce que la bande considère comme son « droit d'origine législative » découlant du décret 1036 du 29 juillet 1938. Sa cause d'action a pris naissance au plus tard à cette date. En effet, en vertu de l'art. 16 de la loi intitulée *Statute of Limitations*, qui était alors applicable, l'action était prescrite si elle n'était pas

2002 SCC 79 (CanLII)

River's action for possession was not commenced until 1985, almost 27 years after its cause of action for possession was extinguished.

Cape Mudge's claim for possession arose when members of the Campbell River Band went into possession of Reserve No. 11 even prior to Ashdown Green's 1888 survey. The possession claim was thus extinguished around the time the band signed its *1907 Resolution* 20 or so years later.

Even if the running of the limitation period with respect to possession was initially postponed because of the lack of pertinent information, the trial judge found the relevant facts to have been disclosed by the Crown to both bands in the discussions that led to the making of the 1936 and 1937 declarations. The limitation period for possession thus expired no later than the end of 1957.

I note parenthetically that if this case was truly about possession and "trespass", the dispute would be an inter-band dispute and the equitable compensation in lieu of possession should be sought from the other band, not the Crown. That, however, is not the position taken by either band.

With respect to the claims against the Crown based on breach of fiduciary duty, the 1897 Act imposed no limitation, and the case therefore falls to be decided under the transitional provisions of the 1975 Act. While the new Act is also silent with respect to an action for breach of fiduciary duty, or an action for declaration as to the title to property by a person that is not in possession of it, s. 3(4) of the B.C. *Limitations Act* provides a general six-year limitation period:

3. . . .

(4) Any other action not specifically provided for in this Act or any other Act shall not be brought after the

intentée dans un délai de 20 ans. En fait, la bande de Campbell River n'a intenté son action en revendication de la possession qu'en 1985, soit presque 27 ans après l'extinction de sa cause d'action.

128 Le droit de la bande de Cape Mudge de revendiquer la possession de la réserve nº 11 a pris naissance lorsque la bande de Campbell River est entrée en possession de cette réserve, avant même l'arpentage réalisé par Ashdown Green en 1888. Ce droit était donc prescrit vers la date à laquelle la bande a signé la *Résolution de 1907*, soit une vingtaine d'années plus tard.

129 Même si le manque de renseignements pertinents a pu reporter le point de départ du délai de prescription relatif à la possession, le juge de première instance a conclu que la Couronne avait divulgué les faits pertinents aux deux bandes à l'occasion des discussions ayant abouti aux déclarations de 1936 et 1937. Le délai de prescription relatif à la possession a donc cessé de courir au plus tard à la fin de 1957.

130 Je signale, en passant, que si nous étions vraiment en présence d'une affaire de possession et d'« intrusion », le différend opposerait les deux bandes et l'indemnité tenant lieu de mise en possession devrait être demandée à l'autre bande, non à la Couronne. Cette thèse n'est toutefois avancée par aucune des deux bandes.

131 Quant aux conclusions formulées contre la Couronne et lui reprochant d'avoir manqué à une obligation de fiduciaire, étant donné que la Loi de 1897 ne fixait aucun délai de prescription, il faut décider l'affaire sur le fondement des dispositions transitoires de la Loi de 1975. Bien que la nouvelle Loi n'établisse pas non plus de délai de prescription applicable aux actions fondées sur un manquement à une obligation de fiduciaire ou aux actions en reconnaissance d'un titre de propriété intentées par des non-possesseurs, le par. 3(4) de la *Limitations Act* de la C.-B. fixe un délai de prescription général de six ans :

[TRADUCTION]

3. . . .

(4) Toute autre action non expressément régie par la présente loi ou une autre loi se prescrit par six ans à

2002 SCC 79 (CanLII)

expiration of 6 years after the date on which the right to do so arose.

Section 14(3) of the 1975 *Limitations Act* therefore applied to bar actions for breach of fiduciary duty at the expiry of the grace period on July 1, 1977: *Bera v. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Mathias v. Canada* (2001), 207 F.T.R. 1, 2001 FCT 480, at paras. 724-30; *Kruger*, *supra*. The appellants' causes of action in these respects were therefore statute barred when they filed their respective statements of claim.

132 In any event, the claims asserted in these proceedings are all caught by the "ultimate limitation period" in s. 8 of the 1975 *Limitations Act* which says that "no action to which this Act applies shall be brought after the expiration of 30 years from the date on which the right to do so arose". The applicability of this limitation was affirmed in *Blueberry River*, at para. 107. The 30-year "ultimate" limit is subject to very limited exceptions, none of which apply here.

133 Finally, it is appropriate to note in support of the limitations policy an observation made by the trial judge, at para. 520:

> . . . for much of the century, members of both bands had first hand knowledge of the important events which are the subject of these actions. Unfortunately, within the last 30 years, those band members as well as the Indian Agents, have died and many of their documents have been lost or destroyed.

6. The Assertion of Continuing Breach

134 The appellants contend that every day they are kept out of possession of the other band's reserve is a fresh breach, and a fresh cause of action. As a result, their respective claims are not yet statute barred (and could never be). For instance, the

compter de la date à laquelle a pris naissance le droit de l'intenter.

Le paragraphe 14(3) de la *Limitations Act* de 1975 avait donc pour effet de rendre irrecevables les actions pour manquement à une obligation de fiduciaire intentées après l'échéance de la période de grâce, le 1er juillet 1977 : *Bera c. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Bande indienne de Squamish c. Canada*, [2000] A.C.F. no 1568 (QL), 2001 CFPI 480, par. 724-730; *Kruger*, précité. Les actions des bandes appelantes fondées sur ces causes d'action étaient donc prescrites lorsque ces dernières ont déposé leur déclaration respective.

Quoi qu'il en soit, les demandes présentées en l'espèce sont toutes visées par le « délai ultime de prescription » prévu à l'art. 8 de la *Limitations Act* de 1975, qui précise que [TRADUCTION] « toute action à laquelle s'applique la présente loi se prescrit par 30 ans à compter de la date à laquelle a pris naissance le droit de l'intenter ». L'applicabilité de ce délai de prescription a été confirmée dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, par. 107. Cette prescription trentenaire « ultime » est assortie de quelques exceptions très limitées, dont aucune ne s'applique à l'espèce.

Enfin, au soutien de l'application des règles de prescription, il convient de souligner l'observation suivante, formulée par le juge de première instance, au par. 522 de ses motifs :

> . . . pendant une grande partie du siècle, certains membres des deux bandes connaissaient personnellement les événements importants en cause dans les présentes actions. Malheureusement, au cours des 30 dernières années, ces membres, de même que les agents des Indiens, sont décédés et plusieurs de leurs documents ont été perdus ou détruits.

6. L'argument fondé sur le manquement continu

Les appelantes affirment que, chaque jour où une bande est privée de la possession de la réserve de l'autre, un nouveau manquement est commis, lequel fait naître une nouvelle cause d'action. Il s'ensuivrait que leur action respective n'est pas encore

2002 SCC 79 (CanLII)

Campbell River Band claims in its factum, at par. 111, that

> [t]he fact that Campbell River has been legally entitled to Quinsam since 1938, at the latest, gives it a presently enforceable right. Two additional consequences flow from this: (1) the Crown's fiduciary duty to safeguard Campbell River's right to its reserve against alienation has also subsisted since the legislation was passed; and (2) Cape Mudge has committed a continuous trespass since it first took possession of Quinsam. Both of these wrongs were committed anew each day and caused fresh damages each day.

The Cape Mudge Band's factum, at para. 98, makes analogous arguments.

Acceptance of such a position would, of course, defeat the legislative purpose of limitation periods. For a fiduciary, in particular, there would be no repose. In my view such a conclusion is not compatible with the intent of the legislation. Section 3(4), as stated, refers to "[a]ny other action not specifically provided for" and requires that the action be brought within six years "after the date on which the right to do so arose". It was open to both bands to commence action no later than 1943 when the Department of Indian Affairs finally amended the relevant Schedule of Reserves. There was no repetition of an allegedly injurious act after that date. The damage (if any) had been done. There is nothing in the circumstances of this case to relieve the appellants of the general obligation imposed on all litigants either to sue in a timely way or to forever hold their peace.

Similarly, the "ultimate limitation" in s. 8(1) runs "from the date on which the right to [initiate proceedings] arose". All of the necessary ingredients of the causes of action pleaded in these proceedings could have been asserted more than 30 years prior to the date on which the actions were eventually commenced. The trial judge found that no new or fresh cause of action had arisen at any time within the 30-year period. None of the legislated exceptions being

prescrite (et ne pourra jamais l'être). Par exemple, on peut lire ceci au par. 111 du mémoire de la bande de Campbell River :

> [TRADUCTION] Le fait que la bande de Campbell River a légalement droit à la réserve Quinsam depuis 1938, au plus tard, lui confère un droit qu'elle peut aujourd'hui demander aux tribunaux de faire respecter. Deux autres conséquences découlent de ce fait : (1) l'obligation de fiduciaire qu'a la Couronne de protéger contre l'aliénation le droit de la bande de Campbell River sur sa réserve a également subsisté depuis l'adoption des dispositions législatives; (2) la bande de Cape Mudge commet une intrusion permanente depuis qu'elle a pris possession de la réserve Quinsam. Les deux fautes se répètent chaque jour, causant chaque fois un nouveau préjudice.

La bande de Cape Mudge avance des arguments analogues au par. 98 de son mémoire.

135 Il va de soi que l'objet poursuivi par le législateur en fixant des délais de prescription serait forcément contrecarré si cette thèse était retenue. Les fiduciaires, en particulier, ne connaîtraient jamais la tranquillité d'esprit. À mon avis, un tel résultat n'est pas compatible avec l'intention du législateur. Le paragraphe 3(4) cité plus tôt vise [TRADUCTION] « [t]oute autre action non expressément régie » et précise qu'elle se prescrit par six ans « à compter de la date à laquelle a pris naissance le droit de l'intenter ». Les deux bandes devaient intenter leur action au plus tard en 1943, date à laquelle le ministère des Affaires indiennes a finalement modifié le répertoire des réserves pertinent. Après cette date, aucun acte prétendument préjudiciable ne s'est répété. Le dommage (si dommage il y a eu) était fait. Il n'y a, dans les circonstances de la présente affaire, rien qui ait pour effet de relever les appelantes de l'obligation générale qui incombe à tous les plaideurs d'ester en justice au moment pertinent ou de se taire à jamais.

136 De même, le « délai ultime de prescription » édicté au par. 8(1) court [TRADUCTION] « à compter de la date à laquelle a pris naissance le droit [d'intenter l'action] ». Tous les éléments nécessaires des causes d'action invoquées en l'espèce auraient pu être plaidés plus de 30 ans avant la date à laquelle les actions ont finalement été intentées. Le juge de première instance a conclu qu'aucune nouvelle cause d'action n'avait pris naissance au cours de la période

2002 SCC 79 (CanLII)

applicable, the 30-year "ultimate limit" applies by reason of its incorporation by reference into federal law.

137 This conclusion accords with the result on this point reached in *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3 (C.A.), *per* Isaac C.J., at para. 63; *Costigan v. Ruzicka* (1984), 13 D.L.R. (4th) 368 (Alta. C.A.), at pp. 373-74; *Lower Kootenay Indian Band v. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241; *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48 (T.D.), at paras. 295-99.

Disposition

138 I would therefore dismiss the appeals with costs.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellants Roy Anthony Roberts et al.: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants Ralph Dick et al.: McAlpine & Associates, Vancouver.

Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen: Richards Buell Sutton, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Office of the Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Gitanmaax Indian Band, the Kispiox Indian Band and the Glen Vowell Indian Band: Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

de 30 ans. Comme aucune des exceptions prévues par la loi n'est applicable, c'est le « délai ultime de prescription » de 30 ans qui s'applique en raison de son incorporation au droit fédéral.

Cette conclusion concorde avec les décisions rendues sur ce point dans les affaires *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.), le juge en chef Isaac, par. 63; *Costigan c. Ruzicka* (1984), 13 D.L.R. (4th) 368 (C.A. Alb.), p. 373-374; *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241; *Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48 (1re inst.), par. 295-299.

Dispositif

En conséquence, je suis d'avis de rejeter les pourvois, avec dépens.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs des appelants Roy Anthony Roberts et autres : Davis & Company, Vancouver.

Procureurs des intimés/appelants Ralph Dick et autres : McAlpine & Associates, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine : Richards Buell Sutton, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le Bureau du procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Bande indienne Gitanmaax, la Bande indienne Kispiox et la Bande indienne de Glen Vowell : Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

2002 SCC 79 (CanLII)

TAB 13

Ontario Energy Board

Commission de l'energie de l'Ontario

EB-2009-0120

IN THE MATTER OF the *Ontario Energy Board Act, 1998*, S. O. 1998, c.15, Schedule B;

AND IN THE MATTER OF a review of an application by Yellow Falls Power Limited Partnership for an Order granting leave to construct a transmission line connecting a 16 megawatt waterpower project to the transmission system of Hydro One Networks Inc.

BEFORE: Cynthia Chaplin
Presiding Member

Ken Quesnelle
Member

Paul Summerville
Member

DECISION AND ORDER

Application and Proceeding

Yellow Falls Power Limited Partnership (the "Applicant" or "YFP") filed an application with the Ontario Energy Board (the "Board") dated April 27, 2009 under section 92 of the *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c.15, Schedule B. The Applicant applied for an order of the Board granting leave to construct transmission facilities (the "Project") connecting a 16 megawatt run-of-the river waterpower generation station located at Yellow Falls to the transmission system owned by Hydro One Networks Inc.("Hydro One"). The Project consists of 25 kilometres of 115 kilovolt ("kV") overhead transmission line, a customer transformer station stepping up voltage from 13.8 kV to 115 kV, and a customer switching station at the point of interconnection with Hydro One's transmission system.

The Application was assigned Board File No. EB-2009-0120.

On July 24, 2009, the Board issued Procedural Order No.1, in which the Board granted the Wabun Tribal Council ("WTC") intervenor status and found it to be eligible for a cost award, subject to various restrictions described in that Order. Procedural Order No. 1 also set out procedural steps for interrogatories on the Applicant's pre-filed evidence and for WTC to indicate by August 7, 2009 if it intended to file evidence.

On August 5, 2009 the Board received a letter from the WTC questioning the limits imposed by the Board on the scope of the proceeding, and asked that the Board reconsider its decision to proceed by way of a written hearing. WTC also indicated that it wished to present both written and oral evidence.

On August 17, 2009 the Board issued Procedural Order No. 2 setting out the procedural steps for the submission of WTC's written evidence and an interrogatory process for that evidence. The Board also indicated that it would make a determination on the necessity for an oral hearing at a later date.

On August 20, 2009 the Board issued a letter to all parties to address issues raised by WTC in two letters dated August 13, 2009 and August 18, 2009, and the Applicant in a letter dated August 19, 2009. In that August 20, 2009 letter, the Board also confirmed that the filing deadlines established in Procedural Order No. 2 remained in effect. Board staff submitted interrogatories on the application, and YFP provided responses. WTC submitted evidence and responded to interrogatories from YFP and Board staff.

On September 21, 2009 the Board received a letter from Mr. Merv McLeod on behalf of the Taykwa Tagamou Nation ("TTN"), requesting an opportunity to prepare a written response to the evidence submitted by WTC with regard to the respective interests in the lands potentially affected by the Project. TTN requested two weeks to prepare the submission. The Board granted TTN intervenor status.

The Board recognized that the interest of WTC and TTN focused exclusively on the adequacy of the Aboriginal consultation undertaken by the relevant Crown agencies and the related land interests. The Board concluded that it should not make provision for additional procedural steps relating to additional evidence on these issues without first determining the extent of its jurisdiction to consider such issues.

On September 29, 2009, the Board issued Procedural Order No.3 which solicited submissions from the parties with respect to three questions related to the Board's

jurisdiction with respect to Aboriginal consultation. The Applicant, WTC, and Board staff made submissions on these questions.

On November 18, 2009 the Board issued its Decision on Questions of Jurisdiction and Procedural Order No. 4 (the "Jurisdiction Decision"). A copy is attached at Appendix A. In summary, the Board found that it did not have jurisdiction to consider the Aboriginal consultation issues raised by WTC. The Board also determined that it did not need to hear oral evidence from WTC, and similarly, that there was no requirement for responding evidence from TTN.

Procedural Order No. 4 also made provision for the filing of submissions on the application itself. The Board indicated that TTN could file a submission if it chose, and that it would be eligible for an award of costs to the extent its submission was within the scope of the Board's proceeding, namely the criteria established in section 96(2) of the Act.

Board Findings

Section 96(2) of the Act provides that for an application under section 92 of the Act, when determining if a proposed work is in the public interest, the Board shall only consider the interests of consumers with respect to prices and reliability and quality of electricity service, and where applicable and in a manner consistent with the policies of the Government of Ontario, the promotion of the use of renewable energy sources. In the context of this Application, the Board has considered the following matters:

- Project need
- The System Impact Assessment and the Customer Impact Assessment reports
- Impact on ratepayers
- Land matters and Environmental Assessment

Project need

YFP indicated in its application that it had originally intended to construct a 20 MW generating station at Island Falls, some 3 km from the site of construction for the current application. In response to Board staff Interrogatory no. 1, YFP advised that, "the Island

Falls Project was awarded an RES II contract by the Ontario Power Authority ("OPA"), but that the RES II contract is valid only for projects greater than or equal to 20 MW …". YFP also indicated in its original application that it intended to contract the sale of electricity from the current project through the OPA's proposed Feed-in-Tariff ("FIT") procurement program.

Board staff noted that YFP had not provided evidence to indicate that a FIT contract has been executed, or if an application has even been submitted. Based on this information, Board staff submitted that since the application has included neither a RES II contract nor a FIT contract, and the Applicant has provided no evidence of authority to access the Grid for the power from the proposed generating station. In Board staff's view, these documents must be filed so as to demonstrate project need for the associated transmission facilities before the Board can make a final determination on this application.

YFP responded:

> *OPA has advised YFP that OPA prefers contracting through amendments of the existing RES II contract to reflect the revised project characteristics. YFP and OPA are in the midst of finalizing the amendments to the YFP's RES II contract. YFP is willing to agree to file with the Board confirmation of the signing of a contract with OPA as condition of leave to construct. YFP submits that there is no need for YFP to file a complete copy of the contract with the Board as it will contain sensitive information (such as pricing) which is not relevant to any issues before the Board.* [1]

The presence of a contract for sale of power to the OPA is a pre-requisite to ensure the transmission facilities are in fact required. The Board will accept YFP's proposed condition of approval regarding the provision of confirmation that a contract has been executed with the OPA for the associated generation, and will require YFP to file the contract if the Board so directs.

[1] Applicant Reply Submission dated December 1, 2009, page 2, item 3

System Impact Assessment ("SIA") and Customer Impact Assessment ("CIA")

The Board's filing requirements for transmission and distribution applications[2] specify that the Applicant is required to file a System Impact Assessment ("SIA") performed by the IESO and a Customer Impact Assessment ("CIA") performed by the relevant licensed transmitter, in this case Hydro One Networks Inc.

YFP filed an SIA, from the Independent Electricity System Operator ("IESO"), which was prepared for the "Island Falls Project" which YFP had originally planned to construct. However, the current Project is at a different location and has been reduced in size from 20 MW to 16 MW. YFP also provided a CIA report[3] which is also based on the "Island Falls Project".

Board staff noted that YFP's response to Board staff Interrogatory No. 1 did not clearly indicate when the SIA and CIA documents for the Project would be completed and provided to the Board. Board staff submitted that approval of the Project should be conditional on the Board receiving the final SIA and CIA reports for the Yellow Falls project. Board staff was also of the view that given the importance of the SIA and CIA to a section 92 application, it might be necessary for the intervenors or Board staff to review or otherwise make submissions on the CIA and SIA once they are filed.

With respect to the SIA, YFP's responded as follows:

> *The Independent Electricity System Operator ("IESO") issued a SIA Report July 6, 2006, a copy of which is provided at Tab 13 of the Pre-filed evidence. That SIA report was issued based on the previous design with the dam and power house at Island Falls, rather than the present location at Yellow Falls. However, although the dam was relocated, there is no material changes to the design of the project that affected the SIA. The generator and associated parameters will remain the same as the generator manufacturer is proposing the same model of generator for updated design. IESO has confirmed that the July 6, 2006 SIA is still valid in these circumstances (see attached email chain between IESO and Canadian Hydro).* [4]

[2] Filing Requirements for Transmission and Distribution Applications, November 14, 2006, Section 4.3.8 (System Impact Assessment), and Section 4.3.9 (Customer Impact Assessment
[3] Applicant's Pre-filed evidence, dated October 6, 2009, Tab 14, CIA, Revision 1 Report by Hydro One Networks Inc.
[4] Applicant Reply Submission dated December 1, 2009, page 2, item 4

YFP also submitted that if circumstances change and the IESO decides that a revision to the SIA is needed, YFP is willing to file with the Board any revised SIA as a condition of approval for the application. YFP also indicated that the requirements contained in the SIA will be met in the construction of the facilities.

The Board will require YFP, as a condition of approval, to file an updated SIA report reflecting the new location or a letter from the IESO confirming that the July 6, 2006 SIA is still valid.

With respect to the CIA, YFP responded:

> Changes may be needed to the CIA as a result of the reduction in generation capacity from the earlier Island Falls proposal to the Yellow Falls Project. YFP has contacted Hydro One to determine what changes may be needed. It is expected that if changes are needed those changes would make it easier for YFP to comply because Yellow Falls Project has lower generating capacity than the earlier proposal. The requirements contained in the updated CIA will be adhered to in the construction of the proposed facilities."[5]

The Board will require YFP, as a condition of approval, to file updated CIA report reflecting the new location or a letter from the Hydro One Networks Inc. confirming that the October 6, 2006 CIA is still valid.

Impact on Ratepayers

The Application indicates that the proposed facilities will be paid for and owned by the Applicant and the project will therefore have no impact on transmission rates in Ontario. The Board accepts this evidence.

Land Matters and Environmental Assessment

The evidence shows that Notice was properly served on all parties as directed by the Board, including four landowners whose properties are in the vicinity of the proposed project, TTN, and WTC representing three Aboriginal Communities.

[5] Applicant Reply Submission dated December 1, 2009, page 2, item 8

YFP's evidence indicated that the proposed transmission facilities are located on Crown Lands and that the four landowners[6] are either abutting the right of way, or near the right of way, but are not directly affected by it, and therefore no Easement Agreements are needed.

The final Environmental Assessment Report[7] ("EAR") was released on February 18, 2009, and the Notice of Completion review and comment period ended on March 20, 2009. Opposition to the final EAR and a "Bump-Up" request, to conduct an individual environmental assessment,[8] was made on March 13, 2009 to the Ministry of Environment by the WTC on behalf of three First Nation Communities.[9]

The Board notes that construction of the transmission line and related facilities cannot begin until the process stipulated in the *Environmental Assessment Act* is completed. Accordingly, the Conditions of Approval will include a requirement to file with Board evidence that the process stipulated by the *Environmental Assessment Act* is completed.

Conclusion

Having considered all of the evidence related to the application, the Board finds YFP's proposed transmission line project to be in the public interest in accordance with the criteria established in section 96(2) of the Act.

YFP requested that its leave to construct be granted for a period of at least 12 months, due to the uncertainty regarding the completion of the Environmental Screening Process. The Board will grant the request.

THE BOARD ORDERS THAT:

1. Pursuant to section 92 of Act, Yellow Falls Power Limited Partnership is granted leave to construct electricity transmission facilities, as described in the first paragraph of this Decision and Order, connecting the 16 MW waterpower Project at Yellow Falls to the transmission System owned by Hydro One Networks Inc. near

[6] Applicant's Pre-filed evidence, dated April 27, 2009, Tab 1, Schedule B & Tab 4 (Map showing the 4 private lands near the interconnection point)
[7] Applicant's Pre-filed evidence, dated April 27, 2009, Tab 2, pages 25- 26
[8] Applicant's Pre-filed evidence, dated April 27, 2009, Tab 12
[9] First Nations of Mattagami, Flying Post and Wahgoshig are listed in the March 13, 2009 letter from WTC to the Ministry of Environment requesting "Bump-Up", individual environmental assessment, for the proposed Project.

the Town of Smooth Rock Falls, subject to the Conditions of Approval attached as Appendix B to this Order.

2. Wabun Tribal Council and Taykwa Tagamou Nation may file with the Board by Tuesday, December 29 2009 their respective cost claims, subject to the restrictions which have been placed upon their cost eligibility, and in accordance with the Board's Practice Direction on Cost Awards. A copy of each cost claim shall be sent to Yellow Falls Power Limited Partnership.
3. Yellow Falls Power Limited Partnership may object to either cost claim no later than **Friday, January 8, 2010**, by filing its submission with the Board and delivering a copy to the intervenor in relation to whose cost claim the objection is made.
4. If an objection to an intervenor's cost claim is filed, that intervenor will have until **Tuesday, January 19, 2010** to make a reply submission to the Board, with a copy to Yellow Falls Power Limited Partnership as to why its cost claim should be allowed.
5. Yellow Falls Power Limited Partnership shall pay the Board's costs incidental to this proceeding upon receipt of the Board's invoice.
6. All filings to the Board noted in this Decision and Order must be in the form of 2 hard copies and must be received by the Board by 4:45 p.m. on the stated dates. An electronic copy of the filing must also be provided. If you already have a user ID, the electronic copy of your filing should be submitted through the Board's web portal at www.errr.oeb.gov.on.ca. If you do not have a user ID, please visit the "e-Filing Services" page on the Board's website at www.oeb.gov.on.ca and fill out a user ID password request. For instructions on how to submit and naming conventions, please refer to the RESS Document Guidelines also found on the "e-Filing Services" webpage. If the Board's web portal is not available, the electronic copy of your filing may be submitted by e-mail at Boardsec@oeb.gov.on.ca. Those who do not have internet access are required to submit the electronic copy of their filing on a CD or diskette in PDF format.

ISSUED at Toronto on December 16, 2009

ONTARIO ENERGY BOARD

Original Signed By

Kirsten Walli
Board Secretary

APPENDIX A

DECISION ON QUESTIONS OF JURISDICTION
AND PROCEDURAL ORDER NO. 4 -
[Issued November 18, 2009]

Yellow Falls Power Limited Partnership
Transmission Line and Associated Transmission Facilities (the "Project")
EB-2009-0120

DATED: December 16, 2009

EB-2009-0120

IN THE MATTER OF the *Ontario Energy Board Act, 1998*, S. O. 1998, c. 15, Schedule B;

AND IN THE MATTER OF a review of an application by Yellow Falls Power Limited Partnership for an Order granting leave to construct a transmission line connecting a 16 megawatt waterpower project to the transmission system of Hydro One Networks Inc.

DECISION ON QUESTIONS OF JURISDICTION AND PROCEDURAL ORDER NO. 4

Yellow Falls Power Limited Partnership (the "Applicant" or "YFP") has filed an application with the Ontario Energy Board (the "Board") dated April 27, 2009 under section 92 of the Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c.15, Schedule B. The Applicant has applied for an order of the Board granting leave to construct transmission facilities (the "Project") connecting a 16 megawatt run-of-the river waterpower generation station located at Yellow Falls to the transmission system owned by Hydro One Networks Inc.("Hydro One").

The Application was assigned Board File No. EB-2009-0120.

Introduction

On July 24, 2009, the Board issued Procedural Order No.1, in which the Board granted the Wabun Tribal Council ("WTC") intervention status as well as its request for cost eligibility, subject to various restrictions described in that Order. The Procedural Order called for interrogatories on the pre-filed Applicant evidence to be submitted by August

7, 2009, and for WTC to indicate by August 7, 2009 if it is their intention to file evidence. The Applicant was ordered to file responses to interrogatories by August 17, 2009.

On August 5, 2009 the Board received a letter from the WTC questioning the limits imposed by the Board on the scope of the proceeding, and asked that the Board reconsider its decision to proceed by way of a written hearing. WTC also indicated that it wishes to present both written and oral evidence in this proceeding.

On August 17, 2009 the Board issued Procedural Order No. 2 setting out the procedural steps for submission and examination by parties of WTC's written evidence. The Board indicated that it would make a determination on the necessity of oral evidence at a later date. WTC was ordered to file evidence by August 28, 2009, and interrogatories on that evidence were ordered filed by Friday September 4, 2009. Responses from WTC were to be received by September 11, 2009.

On August 20, 2009 the Board issued a letter to all parties to address issues raised by WTC in two letters dated August 13, 2009 and August 18, 2008, and the Applicant in a letter dated August 19, 2009. The main issue raised by WTC in these letters concerned its view of the Board's role in assessing the Crown's duty to consult Aboriginal peoples (specifically the WTC) for the Project. The Board directed that parties could make argument on this issue at the conclusion of the evidentiary portion of the proceeding. In this respect, WTC would be permitted to file any evidence which it wished to rely upon for purposes of its argument on this issue. The Board also confirmed that the filing deadlines established in Procedural Order No. 2 remained in effect.

Board staff submitted interrogatories on the application. YFP provided responses to the interrogatories by August 17, 2009. WTC submitted evidence on August 27, 2009. YFP and Board staff submitted interrogatories to WTC. WTC provided responses to the interrogatories by September 11, 2009.

On September 21, 2009 the Board received a letter from Mr. Merv McLeod on behalf of the Taykwa Tagamou Nation ("TTN"), requesting an opportunity to prepare a detailed written response to the evidence submitted by WTC with regard to the respective interests in the lands potentially affected by the Project. TTN requested two weeks to prepare the submission.

The Board granted TTN intervenor status to participate in this proceeding going forward.

The interest of WTC and TTN focused exclusively on the adequacy of the Aboriginal consultation undertaken by the relevant Crown agencies and the related land interests. The Board concluded that it should not make provision for additional procedural steps relating to additional evidence on this issue (whether it be the oral hearing requested by the WTC or the request by the TTN to file a response to the WTC's written evidence) without first determining the extent of its jurisdiction to consider such issues.

On September 29, 2009, the Board issued Procedural Order No.3 which solicited submissions from the parties with respect to three questions:

1. What is the scope of the Board's jurisdiction to consider issues relating to the duty to consult in a section 92 leave to construct application?
2. Is the Board's jurisdiction to consider the adequacy of the consultation and possible accommodation limited to the public interest criteria governing the Board's assessment of a leave to construct application (price, reliability, and quality of electrical service)?
3. Does the Board have the jurisdiction to consider the adequacy of the consultation, and possible accommodation, in relation to approvals and processes beyond the leave to construct proceeding, including the environmental assessment, the various permitting processes of the Ministry of natural resources, and any other activity or approval undertaken by a Crown entity in connection with the project? If the board does have the requisite jurisdiction how should be exercised and how should it be aligned with the other related approval and permitting processes, for example the environmental assessment process.

The applicant, Yellow Falls Limited Partnership, the intervenor Wabun Tribal Council ("WTC"), and Board staff made submissions on these questions.

This decision and order contains the Board's findings on these issues and makes provision for the next procedural steps in this application.

Background

The Yellow Falls Limited Partnership proposes to build transmission facilities associated with a hydroelectric generation project to be located on the Mattagami River in northern Ontario. Section 92 of the *Ontario Energy Board Act* (the "Act") requires proponents of

such projects to procure an order of the Board authorizing construction of such transmission facilities.

The statute also contains the criteria that the Board is required to consider in making its determination. Put simply, the Board is directed by the statute to limit its consideration of the public interest associated with the project to issues directly related to the price of electricity, and the quality and reliability of the electricity system, and whether the application is consistent with government policy in the area of renewable energy sources.

The sole focus of all of the materials filed in this case by WTC is the assertion that the proponent and the relevant provincial agencies have to date failed in their respective obligations to consult with and possibly accommodate WTC. WTC cites decisions of the Supreme Court of Canada creating obligations to consult and accommodate Aboriginals where Aboriginal or treaty rights may be impacted by projects.

None of the materials filed by WTC address the issues stipulated by section 96(2) of the Ontario Energy Board act referred to above, that is the price, reliability or quality of electrical service, and whether the application is consistent with government policy in the area of renewable energy sources.

Given this circumstance, the Board decided to consider, as a preliminary matter, the scope of its jurisdiction to address Aboriginal consultation issues in this proceeding, which is the sole issue of interest to WTC.

The evidence filed by the applicant in support of its application reveals the following information. The applicant has filed a final environmental assessment for stakeholder, Aboriginal, and Ministry of Environment review. This final version of the Environmental Assessment incorporated a number of changes that had been adopted by the applicant in response to community and government agency comments and concerns.

The final environmental assessment was subject to a review and comment period. During that comment period the WTC requested that the Ministry of the Environment not approve the project and requested that the assessment be elevated or “bumped up” for

a more searching and detailed review. The grounds for the WTC request related exclusively to WTC's view that the company and the province had failed in their respective obligations to consult and accommodate Aboriginals in a manner consistent with the guidance provided by the Supreme Court of Canada.

It is to be noted that the proponent, Yellow Falls Limited Partnership has entered into an arrangement, described as a "business to business agreement" with the Taykwa Tagamou Nation ("TTN"), also an intervenor. TTN is another Aboriginal organization asserting rights associated with the lands upon which the transmission facilities will be built. From the materials filed it can be said that WTC and TTN each assert that their traditional lands include lands impacted by the application.

Positions of the Parties

Board staff's submission is that the Board lacks jurisdiction to consider matters relating to the adequacy of consultation and accommodation beyond those related to the criteria in section 96(2) of the Act. This view is rooted in the interpretation of the relevant statutes and the direction provided by the Supreme Court of Canada.

Section 92 of the Ontario Energy Board Act provides as follows:

> ***92. (1)*** *No person shall construct, expand or reinforce an electricity transmission line or an electricity distribution line or make an interconnection without first obtaining from the Board an order granting leave to construct, expand or reinforce such line or interconnection.*

The criteria which the Board may consider in its consideration of leave to construct applications are described in section 96:

> **96. (1)** If, after considering an application under section 90, 91 or 92 the Board is of the opinion that the construction, expansion or reinforcement of the proposed work is in the public interest, it shall make an order granting leave to carry out the work.

Applications under s. 92

> **(2)** In an application under section 92, the Board shall only consider the following when, under subsection (1), it considers whether the construction, expansion or reinforcement of the electricity transmission line or electricity distribution line, or the making of the interconnection, is in the public interest:
>
> 1. The interests of consumers with respect to prices and the reliability and quality of electricity service.
> 2. Where applicable and in a manner consistent with the policies of the Government of Ontario, the promotion of the use of renewable energy sources.

Section 19 of the Act provides that the Board is empowered to determine questions of fact and law within its jurisdiction.

In providing its direction the Supreme Court of Canada indicated that, where the tribunal has been endowed with the power to determine questions of law it has an innate jurisdiction to consider constitutional issues, such as the adequacy of consultation, even though its enabling statute does not bestow any specific authorization for the exercise of such jurisdiction. In Board staff's view, the authority of a tribunal to determine questions of law serves as kind of essential qualification for the exercise of the innate jurisdiction to determine constitutional issues.

It is Board staff's view that because the legislature has so closely prescribed the matters which may be considered in its disposition of a leave to construct application, all other factors fall outside of its jurisdiction. Board staff submits that the power to determine questions of law therefore does not apply to any matter outside of the criteria enumerated under section 96(2) of the Act. In Board's staff's view this has the effect of removing the Board's authority to determine questions of law with respect to any other matter, and it has no innate authority, in cases subject to this limitation, to address any constitutional issues, such as the adequacy of consultation with Aboriginals in any area outside of the enumerated criteria.

As to Question 3, Board staff argues that the Board has no jurisdiction to supervise the actions of Crown agencies, nor would it be efficient for it to do so.

WTC rejects Board staff's argument. WTC's position can perhaps best be represented by a brief quotation from its submission:

> *Irrespective of the strict statutory interpretation issue, it is submitted that, as a constitutional duty, the duty to consult, where applicable, overlies statutory provisions and informs their construction.*

In other words, WTC asserts that the limits placed on the Board's jurisdiction with respect to leave to construct cases have no effect on the Board's obligation to address disputes related to the duty of Crown agencies to consult and possibly accommodate Aboriginals. In its view, the duty to assess the adequacy of consultation stands alone, unaffected by limitations imposed on the Board's consideration of the public interest. As a corollary to this point of view WTC asserts that the assessment of the adequacy of consultation and accommodation of Aboriginals does not form part of the Board's consideration of the public interest.

It is important to note that WTC considers that it is the Board's duty to assess the adequacy of consultation and accommodation because, in its view, the Board is the "final Crown decision maker". Elsewhere in its submissions WTC refers to the Board as conducting a "comprehensive final review" of the various authorizations required to complete the project, and identifies it as "the Crown agency with final responsibility for approval."

WTC suggests that in order to exercise its jurisdiction to assess the adequacy of consultation the Board should, at some point in the future, when the various authorizations and permits have been approved by various agencies of government, including the finalization of the environmental assessment, inquire from the parties as to whether adequate consultation has been accomplished. If there is a dispute on this issue at that time the Board should re-convene to hear evidence and adjudicate the matter.

Any other approach, WTC suggests, would lead to a "checkerboard of authorizations made without adequate consultation…"

Yellow Falls takes the position that the Board has no jurisdiction to consider issues related to the adequacy of Aboriginal consultation, not even within the confines of the criteria enumerated in section 96(2). The applicant points to the mandatory nature of

the provisions in sections 92 and 96(2) and concludes that the Board may consider no other factors or questions of law, including Aboriginal consultation, when considering applications under section 92. The applicant states:

> *In a hypothetical case, if an Aboriginal group raised a concern relating to one of the Governing Criteria the Board would certainly have the jurisdiction and the duty to consider the substance of that concern and make a determination as to whether the proposed transmission line was in the public interest with respect to the Governing Criteria at issue. However, the Board would not have the jurisdiction to refuse the application on the basis that there was insufficient consultation with the Aboriginal Group with respect to the Governing Criteria at issue. Nothing in the Act give the Board jurisdiction to consider the sufficiency of Aboriginal Consultation as it relates to section 92 applications.*

Yellow Falls also submits that the Board lacks jurisdiction to consider the adequacy of consultation because the proponent in this case is a private enterprise, and not a Crown agency, or an agent of the Crown. In its view, the Supreme Court in creating the duty to consult with Aboriginal peoples in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*[10] strictly limited the duty to consult to the Crown and its agents. Insofar as the instant application is an application by a private enterprise, questions relating to the duty to consult are inherently beyond the Board's jurisdiction in the Applicant's view.

Board Findings

It is a well-established principle of administrative law that administrative tribunals have only the powers bestowed upon them explicitly by their enabling statutes, or those which arise by necessary implication. This principle has been applied by supervising courts in numerous cases so as to prevent creeping, unintended jurisdiction in such tribunals. An exception to that principle has been introduced by the Supreme Court with respect to constitutional and constitution-like issues. Specifically, the Supreme Court of Canada has decided that tribunals that have been endowed with the express power to determine questions of law, have a residual or presumed jurisdiction to resolve constitutional issues that come before them in the normal course of their work.[11]

[10] [2004] S.C.R. 511
[11] *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission),* [2003] S.C.J. 34, *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin,* [2003] S.C.J. 54.

The issue here is the extent to which the Legislature has endowed the Board with the power to determine questions of law with respect to leave to construct applications. Because the Board's power to determine questions of law is specifically limited in section 19 to areas within its jurisdiction, the Board finds that it has no authority to determine constitutional issues, such as the adequacy of consultation with Aboriginals, in relation to any matters beyond the criteria in section 96(2). This is consistent with case law referenced above.

In the Board's view this finding is sufficient to dispose of this issue in this case because none of the issues raised by WTC relate to the criteria in section 96(2). The Board finds however that there is another reason, also related to its jurisdiction, which supports its determination that it ought not consider the adequacy of consultation.

In its submissions WTC relied heavily on the proposition that the Board was in some senses the central or final decision-maker with respect to this project.

That proposition is simply not true. With respect to applications under section 92 the Board does not make, and is not empowered to make, any decisions with respect to Crown land rights of way, environmental protection and assessment, protection of species, community or worker safety, socio-economic effects, or any one of a significant number of approvals and permits required by the proponent with respect to such projects. Board approval is but one milestone on the path to project completion.

Each of the approvals and assessments has its own drivers and requires distinct expertise. In our review of the materials filed with this application, it became clear that issues respecting accommodation and consultation with Aboriginal peoples have typically been considered within the rules and protocols associated with the environmental assessment. In this case, it appears to be common ground that the environmental assessment is the appropriate context for the consideration of Aboriginal treaty and land rights. WTC specifically indicated in the evidence that it filed that it considered such matters to fall within the scope of the environmental assessment.

In accordance with the rules and procedures governing the environmental assessment process the Minister of Environment will make a decision. The Board has no mandate or jurisdiction of any kind to suggest that it is empowered to review, assess, or adjudicate upon the adequacy of the Minister's consultation and accommodation of Aboriginal peoples. If WTC continues to have concerns respecting the adequacy of

such consultation with the environmental assessment process the appropriate measure for it to take is to challenge the Minister, and if necessary, invoke the supervision of the courts. The same is true for each of the other permitting and approvals processes undertaken by various government agencies with respect to this project.

To assume such jurisdiction over other government agencies, would, in the Board's view, be insupportable from a legal point of view, and also grossly inefficient and unsatisfactory from a practical point of view.

In its submissions WTC argues that if the Board does not conduct "…a comprehensive final review of all of the authorizations needed for the project there is a danger that the project would have been approved in the absence of adequate consultation, leaving affected First Nations with little recourse but litigation, conducted only after the project was underway, at which point some issues may become moot." With respect, the Board finds that the various existing approval processes are sufficiently interdependent so as to avoid the scenario depicted by WTC.

Board approvals of leave to construct applications invariably include conditions which require the proponent to procure all of the necessary permits and approvals associated with the project. This means that the Board's approval is strictly conditional on the successful completion of the various permitting and assessment processes. Under this architecture there is no danger that the project will somehow begin without all of the necessary regulatory steps mandated by various agencies of government being completed. This is as true of the Ministry of Natural Resources permits, as it is of the environmental assessment process itself. In fact, the statute enabling the environmental assessment process prohibits any approval by any authority that is not conditional on the prior completion of the environmental assessment process.

In fact, in the Board's view, the only way to ensure that the appropriate measure of consultation and accommodation occurs with respect to any of the requisite permits, approvals, and assessments of the relevant government agencies is to follow the Board's typical process to make its approval of the leave to construct conditional upon completion of those processes and procurement of those permits. It is clear to the Board that the assessment of the adequacy of consultation and accommodation is best conducted by the various government agencies sponsoring those processes, informed as it is with intimate knowledge of the context, with the possibility or threat of supervision by the courts if deficiencies are thought to exist. For the Board to engage in

an ex post facto review of the adequacy of consultation by any of these government agencies would be inefficient, ineffective, and insupportable.

Finally, in the Board's view, if it does have any jurisdiction at all to consider matters relating to the adequacy of consultation with Aboriginal peoples, section 96(2) operates to expressly constrain the Board's discretion, and limits its jurisdiction to the determination of matters of law arising exclusively in connection with the prescribed criteria, namely price, quality, reliability, and the government's policies with respect to renewable energy projects. The Board finds that the Legislature's unequivocal intention was to limit the scope of such proceedings to the enumerated criteria, and to preclude any other considerations of whatever kind, from influencing its determination of the public interest. The Board's authority to determine questions of law is not open-ended, but rather has been strictly prescribed by section 96(2).

The Board has already determined that the issues related to the adequacy of the Crown consultation with Aboriginal peoples in this application are beyond the scope of the section 96(2) criteria and therefore clearly beyond the Board's jurisdiction. The Board therefore does not need to address the arguments of Yellow Falls which are that the Board has no jurisdiction to consider the adequacy of Aboriginal consultation with respect to the criteria in section 96(2) and no jurisdiction to consider adequacy of Crown consultation in cases where the applicant is not a Crown corporation. Yellow Falls acknowledged this in its submissions.

Having made this finding, the Board has determined that it does not need to hear oral evidence from WTC. Similarly, there is no requirement for responding evidence from TTN. The Board will now make provision for the filing of submissions on the application itself. TTN may file a submission if it chooses, and it will be eligible for an award of costs to the extent its submission goes to the issues which are within the scope of the Board's proceeding, namely the criteria established in section 96(2).

THE BOARD ORDERS THAT:

1. Board staff and Intervenors shall file with the Board and deliver to the Applicant a copy of its final submission on any matters outstanding in this proceeding on or before Tuesday November 24, 2009.

2. The Applicant shall file with the Board and deliver to all parties its reply submission by December 1, 2009.

3. All filings to the Board noted in this Procedural Order must be in the form of 2 hard copies and must be received by the Board by 4:45 p.m. on the stated dates. An electronic copy of the filing must also be provided. If you already have a user ID, the electronic copy of your filing should be submitted through the Board's web portal at www.errr.oeb.gov.on.ca. If you do not have a user ID, please visit the "e-Filing Services" page on the Board's website at www.oeb.gov.on.ca and fill out a user ID password request. For instructions on how to submit and naming conventions, please refer to the RESS Document Guidelines also found on the "e-Filing Services" webpage. If the Board's web portal is not available, the electronic copy of your filing may be submitted by e-mail at Boardsec@oeb.gov.on.ca. Those who do not have internet access are required to submit the electronic copy of their filing on a CD or diskette in PDF format.

ISSUED at Toronto on November 16, 2009

ONTARIO ENERGY BOARD

Original Signed By

Kirsten Walli
Board Secretary

APPENDIX B

Conditions of Approval
For
Yellow Falls Power Limited Partnership
Transmission Line and Associated Transmission Facilities (the "Project")
EB-2009-0120

DATED: December 16, 2009

Conditions of Approval for
Yellow Falls Power Limited Partnership
Transmission Line and Associated Transmission Facilities (the "Project")
EB-2009-0120

1. General Requirements and Necessary Approvals

1.1 Yellow Falls Limited Partnership ("YFP") shall construct the Project and restore the Project land in accordance with its Leave to Construct application, evidence and undertakings, except as modified by this Order and these Conditions of Approval.

1.2 Unless otherwise ordered by the Board, authorization for Leave to Construct shall terminate January 31, 2011, unless construction of the Project has commenced prior to that date.

1.3 YFP shall obtain all necessary approvals, permits, licences, certificates and easement rights required to construct, operate and maintain the Project, and shall provide copies of all such written approvals, permits, licences and certificates upon the Board's request.

1.4 YFP shall advise the Board's designated representative of any proposed material change in the Project, including but not limited to material changes in the proposed route, construction techniques, construction schedule, restoration procedures, or any other material impacts of construction. YFP shall not make a material change without prior approval of the Board or its designated representative. In the event of an emergency the Board shall be informed immediately after the fact.

2. Contract for Sale of Power with Ontario Power Authority

2.1 YFP shall file with Board confirmation that a contract between YFP and OPA has been executed with respect to the subject generation and will file the contract with the Board should the Board so direct.

3. Environmental Assessment Approval

3.1 YFP shall comply with any and all requirements of the *Environmental Assessment Act* , and file with the Board evidence that the process stipulated in the *Environmental Assessment Act* is completed including a decision by the Ministry of Environment on the "RTE" for individual environmental assessment.

4. System Impact Assessment ("SIA")

4.1 YFP shall file with the Board either an updated SIA report by the Independent Electricity System Operator ("IESO") reflecting the impact attributed to the new location of the project on the system or a letter from the IESO confirming that the July 6, 2006 SIA is still valid.

4.2 YFP shall satisfy the Independent Electricity System Operator (“IESO”) requirements and recommendations as reflected either in its Final System Impact Assessment report.

5. Customer Impact Assessment (“CIA”)

5.1 YFP shall file with the Board either with an updated CIA report reflecting the impact attributed to the new location of the project on the customers of Hydro One Networks Inc.(“HONI”), or a letter from the HONI confirming that the October 6, 2006 CIA is still valid.

5.2 YFP shall satisfy the Hydro One Networks Inc. (“HONI”) requirements as reflected in the Final Customer Impact Assessment report.

6. Project and Communications Requirements

6.1 The Board's designated representative for the purpose of these Conditions of Approval shall be the Manager, Electricity Facilities & Infrastructure.

6.2 YFP shall designate a person as Project engineer and shall provide the name of the individual to the Board's designated representative. The Project engineer will be responsible for the fulfillment of the Conditions of Approval on the construction site. YFP shall provide a copy of the Order and Conditions of Approval to the Project engineer, within ten (10) days of the Board's Order being issued.

6.3 YFP shall develop, as soon as possible and prior to the start of construction, a detailed construction plan. The detailed construction plan shall cover all material construction activities. YFP shall submit five (5) copies of the construction plan to the Board’s designated representative at least ten (10) days prior to the commencement of construction. YFP shall give the Board's designated representative ten (10) days written notice in advance of the commencement of construction.

6.4 YFP shall furnish the Board's designated representative with all reasonable assistance needed to ascertain whether the work is being or has been performed in accordance with the Board's Order.

6.5 YFP shall, in conjunction with HONI and the IESO, develop an outage plan which shall detail how proposed outages will be managed. YFP shall provide five (5) copies of the outage plan to the Board’s designated representative at least ten (10) days prior to the first outage. YFP shall give the Board's designated representative ten (10) days written notice in advance of the commencement of outages.

6.6 YFP shall furnish the Board's designated representative with five (5) copies of written confirmation of the completion of Project construction. This written confirmation shall be provided within one month of the completion of construction.

7. Monitoring and Reporting Requirements

7.1 Both during and for a period of twelve (12) months after the completion of construction of the Project, YFP shall monitor the impacts of construction, and shall file five (5) copies of a monitoring report with the Board within fifteen (15) months of the completion of construction of the Project. YFP shall attach to the monitoring report a log of all comments and complaints related to construction of the Project that have been received. The log shall record the person making the comment or complaint, the time the comment or complaint was received, the substance of each comment or complaint, the actions taken in response to each if any, and the reasons underlying such actions.

7.2 The monitoring report shall confirm YFP's adherence to Condition 1.1 and shall include a description of the impacts noted during construction of the Project and the actions taken or to be taken to prevent or mitigate the long-term effects of the impacts of construction of the Project. This report shall describe any outstanding concerns identified during construction of the Project and the condition of the rehabilitated Project land and the effectiveness of the mitigation measures undertaken. The results of the monitoring programs and analysis shall be included and recommendations made as appropriate. Any deficiency in compliance with any of the Conditions of Approval shall be explained.

-- End of document --