

ONTARIO ENERGY BOARD

IN THE MATTER OF the *Ontario Energy Board Act*, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sched. B, as amended.

AND IN THE MATTER OF an application by Capital Power Corporation, Thorold CoGen L.P., Portlands Energy Centre L.P., dba Atura Power, St. Clair Power L.P., TransAlta (SC) L.P. (collectively the “**NQS Generation Group**”) for a review of the Market Renewal Program Market Rule Amendments passed by the Board of Directors of the Independent Electricity System Operator (“**IESO**”) on October 18, 2024.

AND IN THE MATTER OF the Ontario Energy Board’s (“**OEB**”) Decision and Procedural Order No. 2 dated December 2, 2024.

REPLY TO IESO NOTICE OF MOTION

DECEMBER 30, 2024

TABLE OF CONTENTS

1.	BACKGROUND	1
2.	LAW	3
	(i) OEB procedure is subject to the principles of natural justice and fairness.....	3
	(ii) Admissibility of the Expert Evidence should not be determined in advance of a hearing on the merits.....	5
3.	REPLY TO MOTION TO STRIKE	5
	(i) The Motion to Strike is inconsistent with the OEB’s determination in Decision and Procedural Order No. 3	6
	(ii) The Market Rules have the effect of a contract between the IESO and Market Participants.....	7
	(iii) IESO acknowledges that consequential impacts of the MRP Amendments are relevant.....	8
	(iv) The Decision did not operate to permanently bar the NQS Generation Group from filing evidence of consequential economic impacts of the MRP Amendments to contracts with the IESO.....	11
	(v) The link between the Expert Evidence and issues in this proceeding.	11
4.	COSTS CLAIM BY THE IESO	14

1. BACKGROUND

1. On October 18, 2024, the Independent Electricity System Operator's ("IESO") Board of Directors approved a package of amendments ("MRP Amendments"), known as "market rule amendments MR-00481-R00-R13", to the full suite of Ontario Electricity Market Rules ("Market Rules") which were required to operationalize the Market Renewal Program ("MRP").
2. On November 7, 2024, the NQS Generation Group filed an application with the Ontario Energy Board ("OEB") under section 33 of the *Electricity Act, 1998* to, *inter alia*, review the MRP Amendments ("Application").
3. In its most recent Decision and Order under Section 33 of the *Electricity Act, 1998* issued on January 23, 2020 in EB-2019-0242 the OEB set out the statutory test under Section 33:
 - (i) **Consistency with act:** The question of consistency with the purposes of the Electricity Act is only relevant to the extent there is unjust discrimination.
 - (ii) **Unjust discrimination:** Discrimination means economic discrimination. Proof of economic discrimination requires the proof of three elements.
 - (a) ***There must be economic discrimination.*** Discrimination can arise from differences in treatment and, in the context of the electricity markets, this can mean differences in treatment for different classes of market participants when considered in the context of the IESO-administered market as a whole.
 - (b) ***It must be shown that the difference in treatment is not justified by a difference in circumstances.*** This is not to say that differently situated parties cannot be treated differently; treatment can be unequal yet not inequitable or "unjust". It is only different treatment in the absence of material and relevant differences in the situation or characteristics among the affected market participants that raises the prospect of unjust discrimination.
 - (c) ***The claim of discrimination cannot be purely qualitative; it must have some quantitative aspect to it.*** The OEB appreciates that as the Amendments are prospective, quantification will be based on estimates and assumptions about the operation of the market, but within that context, the OEB requires adequate information on the nature and extent of the economic impacts in order to make a finding of unjust discrimination.
4. It is not disputed that the NQS Generation Group holds the burden of proof to produce evidence that satisfies the test under Section 33 of the *Electricity Act, 1998*.
5. On December 2, 2024, the OEB issued Decision and Procedural Order No. 2, without the benefit of any evidence, to establish the scope of the proceeding related to the issues. The

OEB stated that the NQS Generation Group, at that time, had not established any basis on which contractual matters could be within the scope of this section 33 review (“**Decision**”).

6. On December 18, 2024, and consistent with the Decision, the NQS Generation Group filed expert evidence prepared by Power Advisory LLC (the “**Expert Evidence**”). The Expert Evidence includes, *inter alia*, evidence that the harmful impacts of the MRP Amendments under the relevant contracts is calculated to be \$250 million over a 6-year period if applied to all the MWs owned by the NQS Generation Group that are subject to deemed dispatch contract. This is in addition to \$140 million in calculated impacts directly under the IAM over the same 6-year period.
7. The Expert Evidence collectively constitutes the NQS Generation Group’s evidence of unjust economic discriminatory impacts of the MRP Amendments. The evidence is directly relevant to and is in-fact necessary for the NQS Generation Group’s ability to satisfy its evidentiary burden under Section 33 of the *Electricity Act, 1998*.
8. On December 23, 2024, the IESO filed a motion to strike portions of or in full 17 pages of the Expert Evidence that it describes as irrelevant, out of scope and contrary to the Decision (“**Motion to Strike**”). The Motion to Strike requests that amended Expert Evidence be filed and that the NQS Generation Group pay for the IESO’s costs for the Motion to Strike. The IESO resorts to using deliberately provocative language to describe the Expert Evidence as “disregarding” the OEB’s Decision, contrary to the OEB hearing panel’s clear direction that allegations on motive are not helpful at all.¹
9. The Motion to Strike reflects a continuing and persistent effort by the IESO to fetter the OEB’s discretion by excluding from the evidentiary record relevant Expert Evidence demonstrating a calculated \$250 million in economic harms caused directly by the MRP Amendments under the relevant contracts. The IESO is not seeking to test the evidence. The IESO is not asking the OEB to weigh the evidence in consideration of different aspects of the legal test under Section 33 of the *Electricity Act, 1998*. Rather, the IESO is asking that the evidence be struck on purely procedural and technical grounds.
10. For the reasons that follow, the NQS Generation Group requests that the Motion to Strike be dismissed. The OEB should not be quick to decline to receive the Expert Evidence but instead allow all of the Expert Evidence in and give it due weight. As the applicants the NQS Generation Group hold the burden of proof to demonstrate unjust economic discrimination and have a legal right to have the entirety of its application and evidence heard by the OEB.
11. In the very unlikely event that the commissioners agree with the IESO’s overly broad interpretation of the Decision as set out in the Motion to Strike, on December 23, 2024, the NQS Generation Group filed its motion to review and vary the Decision (“**Motion to Review**”).

¹ EB-2024-0331, Pre-Hearing Conference Transcript, November 26, 2024, P116L20-28.

2. LAW

12. The NQS Generators acknowledge that section 33(6) of the *Electricity Act, 1998* requires the OEB to issue an order that embodies its final decision within 120 days, however this timeline does not mean that the principles of procedural fairness and natural justice can be dispensed with to achieve procedural efficiencies.
13. Section 33(6) of the *Electricity Act, 1998* was amended in 2017 from 60 days to 120 days, which the government stated was to provide market participants with a more flexible appeals process that gave more time for the OEB to make a final decision in an appeal from an amendment of the market rules.²
14. The IESO grossly exaggerates the administrative burden associated with responding to the disputed 17 pages of Expert Evidence in its Motion to Strike, especially when the IESO filed thousands of pages of evidence it expects the NQS Generation Group to analyze and respond to in 120-days. The IESO has already requested, and been granted, a one-week extension to file its responding evidence to matters it has been aware of for a number of years.³
 - (i) ***OEB procedure is subject to the principles of natural justice and fairness.***
15. While the NQS Generation Group agrees that the OEB can control its own procedure, the authority of the OEB to determine its own procedure is subject to the principles of natural justice and fairness.⁴
16. The NQS Generation Group has a “foundational right” to be heard.⁵ Refusing to admit directly relevant evidence about the unjust economic discriminatory impacts of the MRP Amendments amounts to a denial of the NQS Generation Group’s right to be heard which is a violation of procedural fairness.⁶ Where there is doubt concerning admissibility of evidence, “it is best to err on the side of caution and not strike material from the record.”⁷
17. A high degree of procedural fairness is owed to the NQS Generation Group in this proceeding for the same reasons the Federal Court of Appeal enumerated in *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*.⁸ Procedural fairness in this case entails allowing the

² Bill 91, 2nd Session, 41st Legislature, Ontario, 66 Elizabeth II, 2017 online:
<<https://www.ola.org/en/node/3384721>>

³ Decision at page 12.

⁴ R.W. Macaulay, Practice and Procedure Before Administrative Tribunals, § 13:4.

⁵ *Lockyear v Wawanesa Mutual Insurance Company*, 2022 ONSC 94 at para 24.

⁶ See *Lockyear*, at para 46 where the tribunal found an excluded video to be relevant and that “[r]efusing to admit the video was a denial of the right of Jeffrey Lockyear to be heard and a breach of procedural fairness.” See paragraph 30 for definition of relevance: “Relevance refers to the need for connection to the question at issue.”

⁷ *Lockridge v Director, Ministry of the Environment*, 2012 ONSC 2316, at para 131.

⁸ *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 153, at para 235, leave to appeal refused *City of Burnaby v. Attorney General of Canada*, 2019 CarswellNat 1516, 2019 CarswellNat 1517 (S.C.C.): “Having regard to the adjudicative nature of the decision at issue, the court-like procedures prescribed by the *National Energy Board*

NQS Generation Group the ability to fully present its evidence (including the Expert Evidence) and argument to the OEB.

18. This accords with other motions to strike decided by the OEB at the early stages of a proceeding. To ensure a fair hearing, the striking of evidence is generally not done during the preliminary stages of a proceeding unless it is “absolutely clear” that the evidence is not relevant. The OEB stated it would of course give all evidence the appropriate weight and would not take into account any evidence that proves not to be relevant.⁹ Nor was the OEB willing to strike evidence on the ground that it has already determined the scope of a proceeding in a prior procedural order, instead the OEB assessed the evidence once it was filed.¹⁰
19. The ramp rate decision in EB-2007-0040 cited by the IESO to strike evidence is not helpful as the parties in that proceeding agreed by consent to, and filed with the OEB, a list of the materials affected by the OEB’s decision relating to the IESO’s stakeholding process (i.e., those to be struck from the record and those to remain on the record).¹¹ In the present case, the NQS Generation Group and IESO disagree on the content of the Expert Report affected by the Decision.
20. The OEB decisions in EB-2011-0013/EB-2011-0014/EB-2011-0015 and RP-1999-047 are also of no assistance since they involve entirely different legislative provisions and the ability of the OEB to strike evidence at all is not in dispute.
21. The OEB considered the issue raised in the Motion to Strike in the RES Generators’ Decision on Motion for the Production of Evidence and Procedural Order No. 3. In that decision the IESO similarly argued that the OEB should not consider the consequential impacts to contracts between the RES Generators and the OPA in the market rule amendment process. The OEB stated it was not prepared to make the requested determination at that time but ordered the IESO produce disclosure that may be relevant to the section 33 issues relating to “*All Materials respecting the way in which the SE-91*

Rules of Practice and Procedure, 1995, SOR/95-208, the absence of an unrestricted statutory right of appeal (subsection 22(1) of the *National Energy Board Act* permits an appeal on a question of law or jurisdiction only with leave of this Court) and the importance of the Board’s decision to the parties, I accept Burnaby’s submission that the content of the duty of fairness owed by the Board to the parties was significant. The parties were entitled to a meaningful opportunity to present their cases fully and fairly. Included in the right to present a case fully is the right to effectively challenge evidence that contradicts that case. I will consider below more precisely the content of this duty.”

⁹ EB-2012-0442, Decision on Motion and Procedural Order No. 4, May 2, 2013, page 3, online: <<https://www.rds.oeb.ca/CMWebDrawer/Record/395171/File/document>>; EB-2012-0458, Decision on Motions & Procedural Order No.5, June 14, 2013, page 4, online: <<https://www.rds.oeb.ca/CMWebDrawer/Record/399670/File/document>>

¹⁰ RP-2005-0022 / EB-2005-0441 / EB-2005-0442 / EB-2005-0443 / EB-2005-0473, Decision on Motion, November 7, 2005, pages 3-5, online: <<https://www.rds.oeb.ca/CMWebDrawer/Record/41281/File/document>>

¹¹ Decision and Order EB-2007-0040, issued April 10, 2007 and as corrected on April 12, 2007, page 10.

Amendments may have an impact on amounts owing by the OPA to Affected Generators in respect of their procurement contracts.”¹²

22. While the OEB never ruled on the relevance of consequential impacts as the RES Generators withdrew their section 33 application, it was clear that the OEB was willing to consider evidence related to consequential impacts to contracts between market participants and the IESO “...to appropriately consider the evidence and the issues before issuing its order.”¹³ The OEB should similarly consider the NQS Generation Group’s Expert Evidence to give all evidence the appropriate weight.

(ii) *Admissibility of the Expert Evidence should not be determined in advance of a hearing on the merits.*

23. The IESO relies on the Ontario Superior Court of Justice’s decision in *Sierra Club Canada v. Ontario*¹⁴ to support its position that the Motion to Strike be granted now so that it does not need to respond to “extensive evidence” and address “out-of-scope topics”. The NQS Generation Group questions the relevance of the *Sierra Club* decision as it pertains to the scope of appropriate materials to be filed in a judicial review application, which the Court found to be “limited” and have a “narrow focus”.¹⁵
24. In any event, the principles in *Sierra Club* have not been followed in subsequent decisions. There is a competing line of case law to *Sierra Club* in *Lockridge v. Director, Ministry of the Environment* where the courts have generally been reluctant to deal with issues of admissibility and relevance of evidence in advance of the hearing on the merits.¹⁶ Both the *Lockridge* and *Sierra Club* approaches were considered by the court in *Rockcliffe Park Residents Association v. City of Ottawa* and ultimately the *Lockridge* approach prevailed.¹⁷

3. REPLY TO MOTION TO STRIKE

25. The purpose and intent of the IESO’s Motion to Strike is to eliminate independent Expert Evidence demonstrating a calculated \$250 million of economic impacts directly resulting from the MRP Amendments to contracts it holds with the NQS Generation Group.
26. Such an outcome unfairly and unjustifiably ties the NQS Generation Group’s hands and will impede or prevent it from establishing unjust economic discrimination or inconsistency with the purposes of the *Electricity Act, 1998*.

¹² EB-2013-0010/EB-2013-0029, Decision on Motion for the Production of Evidence and Procedural Order No. 3, February 12, 2013, pages 5-7, online: <<https://www.rds.oeb.ca/CMWebDrawer/Record/383090/File/document>>

¹³ *Ibid*.

¹⁴ *Sierra Club Canada v. Ontario (Ministry of Natural Resources)*, 2011 ONSC 4086 (Ont. Div. Ct.).

¹⁵ *Ibid* at paras 11-15.

¹⁶ *Lockridge v. Ontario (Director, Ministry of the Environment)* (2012), 2012 ONSC 2316 (Ont. Div. Ct.).

¹⁷ *Rockcliffe Park Residents Association v. City of Ottawa*, 2024 ONSC 2690, at paras 29-33.

27. The effect of the IESO's redactions to the Expert Evidence would be to narrow the OEB's consideration of expert evidence of unjust economic discrimination and therefore fetter the OEB's discretion under section 33 of the *Electricity Act, 1998*.¹⁸
28. It is particularly problematic that the IESO is seeking to exclude evidence that the OEB has had no opportunity to review or test. The Motion to Strike is generally asking to strike purportedly "inadmissible", "irrelevant", and "out of scope" Expert Evidence that relates to the IESO's:
- (a) misinterpretation that the Decision excludes "...the impact of the MRP Amendments on the Applicants' contracts..." and the Expert Evidence is "...evidence on a matter that the Board has already judged to be outside of the scope of this proceeding.";¹⁹
 - (b) measures taken to alleviate consequential impacts of the MRP Amendments arising from contracts of other third parties with the IESO; and
 - (c) striking of evidence it found relevant to post on its website for the MRP Amendments, but somehow is not relevant for a section 33 review.
29. OEB Staff,²⁰ APPrO,²¹ FirstLight,²² and the NQS Generation Group's independent expert all appear to support OEB review of consequential impacts of the MRP Amendments arising from contracts with the IESO. As succinctly stated by OEB Staff, "*Considering the impact of the MRP amendments on the NQS generators in light of their contracts does not mean that the OEB is conducting a review of those contracts themselves.*"²³ It is only the IESO opposing the inclusion of evidence of this nature (which will be expanded upon below).
- (i) ***The Motion to Strike is inconsistent with the OEB's determination in Decision and Procedural Order No. 3***
30. On December 23, 2024 the OEB issued its Decision and Procedural Order No. 3 granting an intervenor in this proceeding, FirstLight Holdings Inc. ("**FirstLight**") the opportunity to submit its own evidence describing the nature of the impact that FirstLight says the MRP Amendments will have from their perspective ("**PO#3**").
31. At the time the OEB issued PO#3, it understood the information filed by FirstLight in their notice of intervention that:

¹⁸ Motion to Strike, paras. 10, 15, and 16.

¹⁹ Motion to Strike, paras 15-16.

²⁰ EB-2024-0331, Pre-Hearing Conference Transcript, November 26, 2024, P102L10-18, P128L15-28.

²¹ Decision, page 3.

²² EB-2024-0331, FirstLight Evidence, Affidavit of Marc Mantha, December 28, 2024, para. 3 and Exhibit B.

²³ EB-2024-0331, Pre-Hearing Conference Transcript, November 26, 2024, P102L15-18

“FirstLight's distribution-connected generation facilities supply electricity to the IESO-administered grid (through the LDC/Hydro One) pursuant to energy supply contracts entered into with the Ontario Power Authority (now IESO) under the Feed-in-Tariff ("FIT") program. The FIT contracts are settled under the OEB's Retail Settlement Code.”

and

“The MRP Amendments also have direct impact on the settlement of its distribution-connected generation facilities under the OEB's Retail Settlement Code, resulting in an anticipated material reduction in actual net IESO-administered market revenues under the FIT contracts after the Market Renewal Program go-live date in May 2025. FirstLight has communicated its concerns with the MRP Amendments to the IESO, but have been unable to reach a resolution to date.”

32. In permitting evidence of the impacts of the MRP Amendments under the OEB’s Retail Settlement Code, the OEB has allowed evidence of contractual harms to be filed by an intervenor in this proceeding. On December 28, 2024, FirstLight filed its intervenor evidence in accordance with PO#3.
33. It would be both unjust and unreasonable to interpret the Decision in a manner that permits the FirstLight evidence of contractual impacts of the MRP Amendments while denying the applicants the same right. To-date the IESO has not sought to amend its Motion to Strike to address the December 28th evidence filed by FirstLight nor has the IESO sought to justify this apparent disparity in treatment.

(ii) The Market Rules have the effect of a contract between the IESO and Market Participants.

34. The NQS Generation Group has concerns with how broadly the IESO appears to be interpreting and applying the OEB’s Decision that the NQS Generation Group has “...*not established any basis on which contractual matters could be within the scope of this section 33 review.*”
35. If the IESO’s strict application of the Decision is accepted that contractual matters are not within the scope of a section 33 review at all,²⁴ this would preclude the OEB from reviewing the Market Rules themselves.²⁵

²⁴ Motion to Strike, paras. 6 and 15.

²⁵ Similarly, the NQS Generation Group would be precluded from providing any evidence on the MRP Amendments since “...*parties should not engage in detailed exploration of items that do not appear to be material or are inconsistent with the OEB’s findings on the scope of the proceeding and evidentiary matters as set out in this Decision*”: Decision at page 13.

36. Section 4.3.1 of Chapter 1 states the Market Rules have the effect of a contract between each Market Participant and the IESO:

The market rules have the effect of a contract between each market participant and the IESO by virtue of the execution by the IESO and each market participant of the participation agreement under which each market participant and the IESO agree to perform and observe the market rules so far as they are applicable to each market participant and the IESO as provided for in the market rules, their respective licences and applicable law.

37. Indeed, the Market Rules themselves are implemented by way of a Participation Agreement between market participants and the IESO, which incorporates nearly identical language to the quote above.²⁶ The Market Rules are, fundamentally, a contractual arrangement between each market participant and the IESO.
38. Such an interpretation by the IESO may also lead to an untenable situation where even if the OEB finds unjust discrimination in the MRP Amendments and refers the Market Rules back to the IESO, the OEB states “...*the remedy does not lie in a contractual arrangement with a market participant.*” Thus, since the Market Rules have the effect of a contract between a Market Participant and the IESO, unjust discrimination could not be remedied by the IESO through changes to the Market Rules.

(iii) IESO acknowledges that consequential impacts of the MRP Amendments are relevant.

39. The most glaring hypocrisy with the Motion to Strike is found in the IESO’s request to strike the two “List of References” on page 55 of the Expert Evidence related to MRP implications to electricity supply contracts. As shown in the Figure 1 below, these references are from documents uploaded to a section on the IESO’s website solely dedicated to MRP and the MRP Amendments.

²⁶ “The market rules provide that they will have the effect of a contract between the IESO on the one hand and each market participant and/or program participant on the other hand, by virtue of the execution of a participation agreement: IESO, Participation Agreement, <<https://www.ieso.ca/-/media/1ac9900ad9e84497b524e4c2e03ff155.ashx>>

Figure 1: IESO Webpage Pertaining to MRP²⁷



40. Despite posting documents publicly on the MRP webpage regarding consequential impacts of the MRP Amendments arising from contracts with the IESO, the IESO is taking the position in the Motion to Strike that these references are not relevant to the OEB's review of MRP or the MRP Amendments, nor have they been filed with the OEB in this proceeding.
41. Moreover, the IESO categorized contractual counterparties on the website based on the nature of their contract with the IESO. The approach used by the IESO to resolve consequential impacts of the MRP Amendments arising from contracts with the IESO has differed between counterparties.
42. The IESO acknowledges the linkage between the MRP Amendments and the contractual harms (including the concept of "imputed production" in the contracts) in its presentation to the NQS Generation Group in March 2024, wherein it states:²⁸

Based on the changes introduced by MRP, the IESO has identified impacts on CES facilities that need to be addressed in IESO contracts with Market Participants [...]

²⁷ <https://www.ieso.ca/Market-Renewal/Background/MRP-implications-to-electricity-supply-contracts>

²⁸ IESO, Market Renewal Program Impact on Clean Energy Supply (CES) Contracts: Overview and Update, March 2024, pages. 3 and 8, online:
<<https://www.ieso.ca/-/media/Files/IESO/Document-Library/market-renewal/MRP-Impact-on-CES-contracts.pdf>>

43. The IESO also acknowledges in its August 2019 publication titled “*IESO’s Approach to Amending Market Participant Contracts in Response to the Market Renewal Program*” that MRP will impact contracts for electricity supply, including those contracts with the NQS Generation Group:²⁹

The IESO is party to 110 electricity supply contracts for facilities that are registered to participate in the IESO-Administered Markets (Market Participant (MP) contracts) and are expected to be **impacted directly** by the MRP. [Emphasis added]

44. Further, it is clear from materials published by the IESO on its website that it has participated in meetings on different compensation arrangements for different types of generators in relation to the MRP Amendments.³⁰ These presentations specifically address how the proposed MRP Amendments may impact Market Participants in their capacity as contractual counterparties. The IESO described this process as being “closely aligned and coordinated with developments in the MRP.”³¹
45. The NQS Generation Group’s Expert Evidence provides the OEB with a full picture of the extent of the MRP Amendments causing: (a) unjust economic discrimination; and (b) inconsistencies with sections 1(d), (g), and (i) of the *Electricity Act, 1998*. The Expert Evidence demonstrates the IESO unjustly discriminated against the NQS Generation Group with the result that the impact and effect of the MRP Amendments is to benefit the IESO at the expense of the NQS Generation Group.
46. The NQS Generation Group has a right to procedural fairness and natural justice to have all evidence heard by the OEB, not just evidence that has been cherry picked by the IESO. The IESO’s proposal that the OEB strike pages of the NQS Generation Group’s Expert Evidence would effectively prevent these issues from coming forward. The admissibility of evidence is a question of law and the MRP Amendments cannot be considered in an evidentiary vacuum.³²

²⁹ IESO, IESO’s Approach to Amending Market Participant Contracts in Response to the Market Renewal Program, August 2019, pages 2 and 6, online:
<<https://www.ieso.ca/-/media/Files/IESO/Document-Library/market-renewal/IESO-Approach-to-implement-MRP.pdf>>

³⁰ IESO, Market Renewal Program Implications to Electricity Supply Contracts, online:
<<https://www.ieso.ca/Market-Renewal/Background/MRP-implications-to-electricity-supply-contracts>>

³¹ IESO, IESO’s Approach to Amending Market Participant Contracts in Response to the Market Renewal Program, August 2019, page 17, online:
<<https://www.ieso.ca/-/media/Files/IESO/Document-Library/market-renewal/IESO-Approach-to-implement-MRP.pdf>>

³² *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233 at para. 9; *R. v. Rahmani*, 2021 ONSC 5716 at paras. 5, 27; *Aon Inc. v. Towerhill Developments Inc.*, 2009 CanLII 36999 (ON. S.C.D.C.) at para. 4

(iv) *The Decision did not operate to permanently bar the NQS Generation Group from filing evidence of consequential economic impacts of the MRP Amendments to contracts with the IESO.*

47. The NQS Generation Group disagrees with the IESO that this is the effect of the Decision. In the Decision, the OEB had ruled the NQS Generation Group had “...*not established any basis upon which contractual matters could be within scope of this section 33 review.*”
48. In response to this Decision, the NQS Generation Group ensured that its December 18th Expert Evidence filing clearly and unambiguously establishes a linkage, using expert testimony, between both the contractual and market harms and the MRP Amendments that are causing those harms – and are the subject of the section 33 review. The consequential impacts of the MRP Amendments on the NQS Generation Group arising from their contracts with the IESO is clearly linked to an issue in this proceeding, namely whether the MRP Amendments result in unjust economic discrimination against NQS Generation Group and are inconsistent with sections 1(d), (g), and (i) of the *Electricity Act, 1998*.
49. The OEB hearing panel did not have the benefit of seeing the Expert Evidence at the time of its Decision. Contrary to the submissions of the IESO,³³ it is an error in law and a breach of procedural fairness if the OEB presupposed the relevance and admissibility of the Expert Evidence without the Expert Evidence being available.

(v) *The link between the Expert Evidence and issues in this proceeding.*

50. Ontario operates a “hybrid” electricity market, combining a competitive wholesale electricity market that sets prices in the day ahead and real time markets with both rate-regulation and extensive contracting to provide out of market payments.³⁴
51. Historically, Ontario’s wholesale market has not provided the revenues needed to finance, construct and operate new generation.³⁵ Hence, the supplier contracts are designed as a complementary component of the wholesale energy market “to provide generators with an additional revenue stream to bring new generation online”.³⁶
52. To meet its evidentiary burden imposed by the legal test under Section 33 of the *Electricity Act, 1998*, the NQS Generation Group must demonstrate unjust economic discrimination. The Expert Evidence is necessary to satisfy this evidentiary burden.
53. As explained in the Expert Evidence:
- (a) An NQS Generator is paid under its contract based on the difference between its net revenue requirement (“**NR**”) and its deemed or imputed net revenue (“**INR**”).

³³ Motion to Strike, para 23.

³⁴ Expert Evidence, at paras 8, 21, 24, 70.

³⁵ Expert Evidence, at para 74.

³⁶ Expert Evidence, at para 74.

NRR accounts for the cost to build and finance new generation and cover fixed operating costs. Under an NQS Generator's contract, INR is calculated based on the deemed operation of the generation facility in the IAM, accounting for incremental energy cost, market signals such as the Hourly Ontario Energy Price ("HOEP"), pre-dispatch prices and the price of natural gas.³⁷ Where INR is less than NRR, the generator receives a payment for the difference as a contingent support payment. Where INR is greater than NRR, the NQS Generator pays the IESO a revenue sharing payment.³⁸

- (b) INR accounts for revenue that is imputed based on deemed or assumed unit operation, not actual unit operation which generated actual net revenue ("ANR").³⁹ Where ANR is less than INR, the NQS Generators take a financial loss, suffering economic harm.⁴⁰ The MRP Amendments change the functionality of the IAM such that the linkage between INR calculated under the NQS Generators' contracts no longer approximates how the those facilities are scheduled and earn ANR in the IAM. The primary consequence is an increase in circumstances where the NQS Generators' facilities will be deemed to have operated under the contract and generated INR, even though they have not been physically committed and dispatched in the IAM, thus earning no ANR.⁴¹ As a result, deemed revenues will not be offset by IAM revenues, causing economic harm to the NQS Generators.⁴² To date, the IESO has not taken appropriate steps to resolve the economic harm faced by the NQS Generators' due to the MRP Amendments in the context of their contracts.⁴³

54. In this context, the following mechanisms of the MRP Amendments create a mismatch between the NQS Generators' contracts and the functionality of the IAM as defined by the MRP Amendments and the IESO's proposed new term sheet:

- (a) The MRP Amendments commit an NQS Generator based on three-part offers, to account for the costs of start-up, speed-no-load ("SNL") and incremental energy costs.⁴⁴ Under the legacy Market Rules, commitments and scheduling are based on incremental energy costs only.⁴⁵ The inclusion of start-up and SNL costs reduce the NQS Generator's competitiveness in the IAM, resulting in fewer commitments and lower ANR.⁴⁶ However, the IESO's proposed new term sheet continues to

³⁷ Expert Evidence, at para 75.

³⁸ Expert Evidence, at para 75.

³⁹ Expert Evidence, at para 80 and Appendix C.

⁴⁰ Expert Evidence, at paras 77-78.

⁴¹ Expert Evidence, Appendix C, Appendix B, 4.v.

⁴² Expert Evidence, 57.g, Appendix C.

⁴³ Expert Evidence, at para 9.

⁴⁴ Expert Evidence, at paras 25, 40, 48.b, 49.b, 52 (Figure 4), 55.b, 80.a.

⁴⁵ Expert Evidence, at paras 42.c.-f.

⁴⁶ Expert Evidence, at paras 54, 55.d-e, 55 (Figure 5), 80.a. See also Appendix B, 2.a.

determine INR using incremental energy only. The mismatch reduces ANR below INR, causing economic harm to the NQS Generators.⁴⁷

- (b) The MRP Amendments use a new multi-hour optimization to determine supply resource scheduling and commitments in place of the one-hour optimization existing under the current Market Rules.⁴⁸ When accounting for the NQS Generators' lead time to bring a resource online, the multi-hour minimum time that they must run for technical reasons (the "**Minimum Generation Block Run Time**" or "**MGBRT**") at a minimum load point ("**MLP**"),⁴⁹ the multi-hour optimization reduces their competitiveness in the IAM, resulting in fewer commitments and less revenue.⁵⁰ The new term sheet amplifies the reduced commitments by retaining the assumed competitiveness of an hourly assessment in determining INR.⁵¹ As above, the mismatch results in reducing ANR relative to INR, causing economic harm to the NQS Generators.
- (c) Unlike the current IAM, the MRP Amendments will account for physical characteristics of other generators and constraints on the grid in determining commitments, schedules and market prices for NQS Generators.⁵² The consequence is that NQS Generators will be committed less, even when appearing economic,⁵³ resulting in a reduced ANR.⁵⁴ Under the contract, the INR calculations ignore physical constraints, artificially increasing INR relative to the reduced ANR. The mismatch between the NQS Generators' contracts and the MRP Amendments causes economic harm to the NQS Generators.
- (d) Under the legacy Market Rules, the Real-Time Generation Cost Guarantee ("**RT-GCG**") mechanism enables an NQS Generator to mitigate potential losses by voluntarily self-committing to be online for at least its MGBRT and earning ANR while deemed to be earning INR.⁵⁵ Under RT-GCG, NQS Generators are guaranteed to recover all of their start-up and SNL costs up to MLP for MGBRT.⁵⁶ Importantly, Operating Reserve revenues and revenues earned above MLP and after MGBRT do not reduce the cost recovery payment.⁵⁷ The MRP Amendments eliminate the RT-GCG program, replacing it with a far more financially restrictive

⁴⁷ Expert Evidence, at paras 80.a.

⁴⁸ Expert Evidence, at paras 25, 40, 42, 48.b, 52 (Figure 4), 80.b.

⁴⁹ Expert Evidence, at paras 33-35.

⁵⁰ Expert Evidence, at para 80.b. See also Appendix B, 2.a.

⁵¹ Expert Evidence, at para 80.b.

⁵² Expert Evidence, at para 40, 57,

⁵³ Expert Evidence, at paras 48.c, 57, 80.c.

⁵⁴ Expert Evidence, at para 80.c.

⁵⁵ Expert Evidence, at paras 42.f, 79. See also Appendix B, 1.b.

⁵⁶ Expert Evidence, at paras 42.f, 44.d.

⁵⁷ Expert Evidence, at para 44.d., 52 (Figure 4). See also Appendix B, 1.c.-d.

cost guarantee program,⁵⁸ which will offset cost recovery by additional revenue streams⁵⁹ (i.e. Operating Reserve and revenues earned selling energy longer than MGBRT and above MLP).⁶⁰ The elimination of the RT-GCG program removes a vital mitigation mechanism that the NQS generators rely on to hedge contractual risk to fully participate in the IAM.⁶¹

55. The functioning of the MRP Amendments and the contracts, and the economic harms flowing back and forth through them are not separable.⁶² “Any financial impact due to amendment of the Market Rules will flow through to the contracts and vice versa – neither the contracts nor the IAM operates in isolation from the other.”⁶³

4. COSTS CLAIM BY THE IESO

56. The IESO has requested its costs of the Motion to Strike. The NQS Generation Group disagree. The IESO wishes to strictly enforce the portion of the OEB’s Decision on scope, yet apparently wishes to ignore the portion of the Decision **requiring the IESO to bear its own costs of this proceeding**. The IESO cannot have it both ways, especially when it did not file a motion to review or appeal the Decision.

5. CONCLUSION

57. The Motion to Strike reflects a continuing and persistent effort by the IESO to fetter the OEB’s discretion by excluding from the evidentiary record relevant Expert Evidence demonstrating a calculated \$250 million in economic harms caused directly by the MRP Amendments under the relevant contracts.
58. The NQS Generation Group requests that the Motion to Strike be dismissed. As the applicants the NQS Generation Group holds the burden of proof to demonstrate unjust economic discrimination and have a legal right to have the entirety of its application and Expert Evidence heard by the OEB.

⁵⁸ Expert Evidence, at para 50.c.

⁵⁹ Expert Evidence, at para 47.c.

⁶⁰ Expert Evidence, at para 52, 56.b-e, 56 (Figure 8). See also Appendix B, 2.d.

⁶¹ Expert Evidence, at para 80.d.

⁶² Expert Evidence, at paras 8, 72.

⁶³ Expert Evidence, at para 72.

December 30, 2024

BORDEN LADNER GERVAIS LLP

Barristers and Solicitors
Bay Adelaide Centre
Suite 3400, East Tower
22 Adelaide Street
Toronto, ON M5H 4E3

John Vellone
Colm Boyle

Tel: (416) 367-6000
Fax: (416) 367-6749

JVellone@blg.com CBoyle@blg.com

TO: ONTARIO ENERGY BOARD

P.O. Box 2319
27th Floor
2300 Yonge Street
Toronto ON M4P 1E4

Tel: (416) 481-1967
Fax: (416) 440-7636

AND TO: ALL INTERVENORS IN EB-2024-0331

INDEX

TAB #	DOCUMENT
1	Bill 91, 2nd Session, 41st Legislature, Ontario, 66 Elizabeth II, 2017
2	<i>Lockyear v Wawanesa Mutual Insurance Company</i> , 2022 ONSC 94
3	<i>Lockridge v. Ontario (Director, Ministry of the Environment)</i> (2012), 2012 ONSC 2316 (Ont. Div. Ct.)
4	<i>Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 FCA 153
5	<i>City of Burnaby v. Attorney General of Canada</i> , 2019 CarswellNat 1516, 2019 CarswellNat 1517 (S.C.C.)
6	EB-2012-0442, Decision on Motion and Procedural Order No. 4, May 2, 2013
7	EB-2012-0458, Decision on Motions & Procedural Order No.5, June 14, 2013
8	RP-2005-0022 / EB-2005-0441 / EB-2005-0442 / EB-2005-0443 / EB-2005-0473, Decision on Motion, November 7, 2005
9	Decision and Order EB-2007-0040, issued April 10, 2007 and as corrected on April 12, 2007
10	EB-2013-0010/EB-2013-0029, Decision on Motion for the Production of Evidence and Procedural Order No. 3, February 12, 2013
11	<i>Sierra Club Canada v. Ontario (Ministry of Natural Resources)</i> , 2011 ONSC 4086 (Ont. Div. Ct.)
12	<i>Rockcliffe Park Residents Association v. City of Ottawa</i> , 2024 ONSC 2690
13	Ontario Market Rules, Chapter 1
14	Market Renewal Program Impact on Clean Energy Supply (CES) Contracts: Overview and Update, March 2024
15	IESO's Approach to Amending Market Participant Contracts in Response to the Market Renewal Program, August 2019
16	<i>Fanjoy v. The Queen</i> , [1985] 2 S.C.R. 233
17	<i>R. v. Rahmani</i> , 2021 ONSC 5716
18	<i>Aon Inc. v. Towerhill Developments Inc.</i> , 2009 CanLII 36999 (ON. S.C.D.C.)

TAB 1

Legislative
Assembly
of Ontario



Assemblée
législative
de l'Ontario

2ND SESSION, 41ST LEGISLATURE, ONTARIO
66 ELIZABETH II, 2017

Bill 91

An Act to amend the Electricity Act, 1998 and the Ontario Energy Board Act, 1998

Mr. T. Smith

Private Member's Bill

1st Reading February 21, 2017

2nd Reading

3rd Reading

Royal Assent



EXPLANATORY NOTE

The Bill amends the *Ontario Energy Board Act, 1998* to give the Board the power to make rules and licence conditions respecting the periods during which gas or electricity may not be disconnected from low-volume consumers. Other amendments are also made to the Act, including the following:

1. It is provided that the Ontario Energy Board (“the Board”) may exercise its powers with respect to a regulated utility even where a liquidator or similar official has been appointed with respect to the regulated utility.
2. The specific timing periods for the Board’s orders respecting the reflection in rates of deferral and variance accounts are removed.
3. The Board is given the power to publish audit and compliance results of an inspection, subject to a determination of confidentiality.
4. The Board is given increased discretion when reviewing acquisitions involving generators owning transmission or distribution assets or transmitters or distributors owning generation assets and also given the power to exempt certain minor transactions from review.

The Bill also amends the *Electricity Act, 1998* to provide market participants with a more flexible appeals process that allows the Ontario Energy Board up to 120 days to make a final decision in an appeal from an amendment of the market rules.

An Act to amend the Electricity Act, 1998 and the Ontario Energy Board Act, 1998

Her Majesty, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of the Province of Ontario, enacts as follows:

ELECTRICITY ACT, 1998

1 Subsection 33 (6) of the *Electricity Act, 1998* is amended by striking out “60 days” and substituting “120 days”.

ONTARIO ENERGY BOARD ACT, 1998

2 (1) Clause (d) of the definition of “enforceable provision” in section 3 of the *Ontario Energy Board Act, 1998* is amended by striking out “subsection 5 (3), (4), (5) or (6)” at the beginning and substituting “subsection 5 (4), (5), (6) or (7)”.

(2) The Act is amended by adding the following section:

Liquidators, etc.

21.1 (1) None of the following prevent the exercise by the Board of any jurisdiction conferred by this or any other Act with respect to a regulated utility:

1. The fact that a liquidator, receiver, manager or other official of the regulated utility has been appointed by a court in Ontario.
2. The fact that a writ of sequestration has been issued in Ontario with respect to the regulated utility.
3. The fact that a person is managing or operating the regulated utility under the authority of a court in Ontario.

Obligations of liquidators, etc.

(2) A regulated utility interim official shall manage and operate the regulated utility in accordance with,

- (a) this Act;
- (b) any other Act, to the extent that it confers jurisdiction on the Board;
- (c) any applicable licence, order or direction issued by the Board under this Act or an Act referred to in clause (b);
- (d) any applicable rule made under section 44 or code issued under section 70.1; and
- (e) any applicable assurance of voluntary compliance given to the Board under section 112.7.

Must obey Board

(3) A regulated utility interim official, and any person acting under a regulated utility interim official, shall obey all orders of the Board within its jurisdiction in respect of the regulated utility, and the Board may enforce its orders against the official or person even though the official or person is appointed by, or acts under the authority of, a court.

Definitions

(4) In this section,

“regulated utility” means,

- (a) a gas distributor, gas transmitter or storage company whose rates are approved or fixed by the Board under section 36, and
- (b) a distributor or transmitter whose rates are approved or fixed by the Board under section 78; (“service public réglementé”)

“regulated utility interim official” means,

- (a) a liquidator, receiver, manager or other official of a regulated utility who has been appointed by a court in Ontario,
- (b) a person acting in respect of a regulated utility under the authority of a writ of sequestration that has been issued in Ontario, or

- (c) a person who is managing or operating a regulated utility under the authority of a court in Ontario. (“agent intérimaire d’un service public réglementé”)

(3) Subsections 36 (4.1) and (4.2) of the Act are repealed and the following substituted:

Deferral or variance accounts

(4.1) If a gas distributor has a deferral or variance account that relates to the commodity of gas, the Board shall, from time to time, or as prescribed by the regulations, make an order under this section that determines whether and how amounts recorded in the account shall be reflected in rates.

Same

(4.2) If a gas distributor has a deferral or variance account that does not relate to the commodity of gas, the Board shall, from time to time, or as prescribed by the regulations, make an order under this section that determines whether and how amounts recorded in the account shall be reflected in rates.

(4) Subclause 44 (1) (b.1) (i) of the Act is repealed and the following substituted:

- (i) stopping the distribution of gas to a property, including the manner in which and the time within which the distribution stops or is to stop, and, with respect to a low-volume consumer as defined in section 47, periods during which the distribution may not be stopped,

(5) Section 44 of the Act is amended by adding the following subsection:

Conflict with *Public Utilities Act*

(4.1) In the event of a conflict between a rule of the Board made under subclause (1) (b.1) (i) and anything in section 59 of the *Public Utilities Act*, the rule of the Board prevails.

(6) Sub-subclause 70 (2) (d) (ii.1) (A) of the Act is repealed and the following substituted:

- (A) the disconnection of the supply of electricity to a consumer, including the manner in which and the time within which the disconnection takes place or is to take place, and with respect to a low-volume consumer, periods during which the disconnection may not take place,

(7) Section 70 of the Act is amended by adding the following subsection:

Conflict with *Electricity Act, 1998*

(8) In the event of a conflict between a licence condition referred to in sub-subclause (2) (d) (ii.1) (A) and anything in section 31 of the *Electricity Act, 1998*, the licence condition prevails.

(8) Subsections 78 (6.1) and (6.2) of the Act are repealed and the following substituted:

Deferral or variance accounts

(6.1) If a distributor has a deferral or variance account that relates to the commodity of electricity, the Board shall, from time to time, or as prescribed by the regulations, make an order under this section that determines whether and how amounts recorded in the account shall be reflected in rates.

Same

(6.2) If a distributor has a deferral or variance account that does not relate to the commodity of electricity, the Board shall, from time to time, or as prescribed by the regulations, make an order under this section that determines whether and how amounts recorded in the account shall be reflected in rates.

(9) Subsection 79.1 (1) of the Act is amended by striking out “shall provide” and substituting “may provide”.

(10) Subsection 82 (2) of the Act is repealed and the following substituted:

Order

(2) The Board shall make an order approving a proposal described in section 80 if it determines that,

- (a) the impact of the proposal would not adversely affect the development and maintenance of a competitive market and the proposal is not inconsistent with the objectives of the Board or the purposes of the *Electricity Act, 1998*; or
- (b) the proposal is required to maintain the reliability of the transmission or distribution system of the relevant transmitter or distributor.

(11) Subsection 82 (3) of the Act is repealed and the following substituted:

Same

(3) The Board shall make an order approving a proposal described in section 81 if it determines that,

- (a) the impact of the proposal would not adversely affect the development and maintenance of a competitive market; and
- (b) the proposal is not inconsistent with the objectives of the Board or the purposes of the *Electricity Act, 1998*.

(12) The Act is amended by adding the following section:

Exemptions

82.1 (1) The Board may, without a hearing, establish criteria exempting one or more classes of transactions or construction activities from the application of section 80 or 81.

No notice if exempt

(2) A person is not required to give notice of a proposal under section 80 or 81 if the proposal meets the criteria established by the Board under subsection (1).

(13) Subsection 110 (3) of the Act is amended by striking out the portion before clause (a) and substituting the following:

Notice

(3) No document, record or copy thereof obtained by an inspector under section 107 or 108, and no information obtained by an inspector under section 107, that is not otherwise public, including being made public by reason of publication under section 111.1, shall be introduced in evidence in a Board proceeding unless,

.

(14) Subsection 111 (2) of the Act is repealed and the following substituted:

Same

(2) If any document, record or information obtained by an inspector under section 107 or 108 that is not otherwise public, including being made public by reason of publication under section 111.1, is admitted in evidence in a proceeding under this Act or any other Act that gives powers or duties to the Board, the Board may rule on whether the document, record or information is to be kept confidential.

(15) The Act is amended by adding the following section:

Publication of inspection reports

111.1 (1) Despite section 111 but subject to subsection (2), the Board may publish a document, record or information obtained by an inspector under section 107 or 108 as part of a report that describes an inspection conducted under this Part and the results or findings of the inspection.

Non-publication of confidential material

(2) The Board shall not publish a document, record or information under subsection (1) that is not otherwise public unless the Board gives the owner of the document or record or the person who provided the document, record or information an opportunity to make representations with respect to the intended publication.

(16) Section 112 of the Act is repealed and the following substituted:

Evidence

112 No document, record or information obtained by an inspector under this Part that is not otherwise public, including being made public by reason of publication under section 111.1, is admissible in evidence in any proceeding except a proceeding in respect of an order of the Board or a proceeding in respect of an offence under section 126.

(17) Clause 127 (1) (j.19) of the Act is repealed and the following substituted:

(j.19) prescribing periods of time for the purpose of subsections 36 (4.1) and (4.2) and 78 (6.1) and (6.2);

Commencement

3 This Act comes into force on the day it receives Royal Assent.

Short title

4 The short title of this Act is the *Stopping Electricity Disconnections in the Winter Act, 2017*.

TAB 2

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
DIVISIONAL COURT
Lederer, Matheson, Sheard JJ.

BETWEEN:	)	
	)	
JEFFREY LOCKYEAR	)	<i>Robert Ben and Ava Williams, for the</i>
	)	Appellant
Appellant	)	
	)	
– and –	)	
	)	
WAWANESA MUTUAL INSURANCE	)	
COMPANY and LICENCE APPEAL	)	<i>Paul Omeziri, for the Respondents</i>
TRIBUNAL – AUTOMOBILE	)	
ACCIDENT BENEFITS SERVICE	)	
	)	
Respondents	)	
	)	
	)	HEARD: December 16, 2021, at Toronto
	)	(by videoconference)

LEDERER J.

Background

[1] On August 17, 2015, the Appellant Jeffrey Lockyear was involved in an accident. He was struck by a car, while riding his bike. A paramedic, Adam Drew, happened to be in an ambulance nearby. He witnessed the accident. He saw Jeffrey Lockyear fly over his handlebars a distance of 10 to 15 feet “before landing semiprone on the sidewalk”. Adam Drew attended to Jeffrey Lockyear and rendered medical assistance. The paramedics filed an incident report. It was signed by Adam Drew. It indicated that Jeffrey Lockyear was unconscious “upon paramedic contact” but regained consciousness shortly thereafter.¹ This was noted and repeated in a “Triage Record-ER” prepared at the Toronto East General Hospital which noted:

LOC [loss of consciousness] for appox 20 seconds witnessed by medics²

¹ Incident Report, prepared August 18, 2015, *Appeal Book and Compendium*, at Tab 9, p. 76 (Caselines A1022)

² Triage Report-ER dated August 17, 2015, *ibid* at Tab 10, p. 78.1 (Caselines A1026)

[2] As a result, counsel to Jeffrey Lockyear wrote to the Toronto Paramedic Services requesting answers to questions respecting the accident, addressing the observation that Jeffery Lockyear had been unconscious and, in particular, his “Glasgow Coma Scale”³ score when he was first attended to.⁴ An Ambulance Call Report had been prepared and signed by Adam Drew following the accident on August 17, 2015. This report records three separate Glasgow Coma Scale scores, one at 7:40, a second at 7:46 and a third at 7:50. In each case the demonstrated score was 15.⁵ In response to the letter from the law firm Adam Drew prepared a further (a supplemental) Incident Report, this one dated November 20, 2015. It recorded a further Glasgow Coma Scale score. This one taken earlier than the other three, immediately upon the arrival of the paramedics at the scene. The recorded score was 8.⁶

[3] On August 24, 2016 an Application for Determination of Catastrophic Impairment (OCF119) was made on behalf of Jeffrey Lockyear. The request that he be identified as catastrophically impaired was founded on the criteria set in the Statutory Accident Benefits Schedule (colloquially “SABS”) that was in effect on the date of the accident (August 17, 2015)⁷:

3 (2) For the purposes of this Regulation, a catastrophic impairment caused by an accident is,

...

(d) subject to subsection (4), brain impairment that results in,

(i) *a score of 9 or less on the Glasgow Coma Scale*, as published in Jennett, B. and Teasdale, G., *Management of Head Injuries*, Contemporary Neurology Series, Volume 20, F.A. Davis Company, Philadelphia, 1981, according to a test administered within a reasonable period of time after the accident by a person trained for that purpose, or...

[Emphasis added]

[4] The application was signed by Dr. Keith Meloff, a neurologist who “confirm[ed] that the applicant suffered a catastrophic impairment as described in the relevant definition attached to this application”. The application, as found in the Appeal Book and Compendium, does not attach any definition; however, I assume it to be the definition then current in SABS. The application includes a handwritten notation apparently made by Dr. Keith Meloff:

There is a report by a paramedic EHS 22198 who states that the initial GCS score at the scene was 8. ⁸

³ The Glasgow Coma Scale is a neurological scale that measures a person’s level of consciousness.

⁴ Letter from Thomson, Rogers dated November 4, 2015, *ibid* at Tab 12, pp. 81-82 (Caselines A1032-A1033)

⁵ Ambulance Call Report dated August 17, 2015, *ibid* at Tab 11, p.80 (Caselines A1029)

⁶ Incident Report, November 20, 2015, *ibid* at Tab 13. P. 83 (Caselines A1035)

⁷ Application for determination of Catastrophic Impairment (OCF-19), *ibid* at Tab 14, p.86 (Caselines A1039)

⁸ *Ibid*

[5] Subsequent to the application, on September 15, 2017, Dr. Keith Meloff delivered a report. It notes that he had interviewed and examined Jeffrey Lockyear on two occasions (August 2, 2016 and May 31, 2017), provides a history, describes the complaints of Jeffrey Lockyear and the treatment he had received and concludes:

...there is no doubt, based on a depressed Glasgow Coma Scale score of 8 as recorded at the time of the accident by a paramedic trained and experienced in this evaluation, and well-documented postconcussive symptoms characterized principally by fatigability, irritability, mental confusion, reduced work capacity, and disabling and interruptive migraine-like headaches, that Mr. Lockyer [sic] qualifies for an application for the determination of catastrophic impairment and fulfils this requirement based on the depressed GCS score.⁹

[6] The respondent, Wawanesa Mutual Insurance Company, retained its own neurologist, Dr. Sherali Esmail. He agreed that Jeffrey Lockyear sustained a brain impairment but not that it had been demonstrated that he was, as a result, catastrophically impaired:

Although it is possible that the Glasgow Coma Scale at the scene was 8/15, as per the information in the second Incident report, the Ambulance Call Report signed off by *both* paramedics, reveals a GCS score of 15/15 at least three different time points [sic] and there was no recording in the official Ambulance Call Report of a Glasgow Coma Scale score of 8/15.

It appears that Mr. Lockyear did sustain a brain impairment as evidenced by the loss of consciousness and subsequent development of post-concussive and concussive symptoms. He therefore meets the criterion for brain impairment. There is, however, a discrepancy in the Glasgow Coma Scale recorded at the scene. It would be prudent to review the original handwritten notes of the paramedics that documented the Glasgow Coma Scale at the scene to corroborate and confirm that indeed it was 8/15 at the time of the accident.

I find therefore, that there is insufficient evidence in the file to conclude that Mr. Lockyear has sustained a catastrophic impairment based on Criterion (6) (i) of the OCF-19 under review, in accordance with the Statutory Accident Benefits Schedule.¹⁰

[7] Wawanesa denied the application for recognition that Jeffrey Lockyear was catastrophically impaired.

[8] I review all of this and, in particular, the quotations from Dr. Keith Meloff and the Dr. Sherali Esmail to demonstrate that both the application for a determination that Jeffrey Lockyear was catastrophically impaired and its refusal turn on the consideration of the Glasgow Coma Scale

⁹ Report of Dr. Keith Meloff, September 15, 2017, *Appeal Book and Compendium*, at Tab 15, p. 89 (Caselines A1043)

¹⁰ Insurer Examination (West Park Assessment Centre), November 30, 2017, *ibid* at Tab 16, pp. 9-10 (Caselines A1055-A1056)

score of 8 that was said to have been undertaken and determined immediately upon the arrival of the paramedics on the scene. This remained the central issue.

Licence Appeal Tribunal

[9] Jeffrey Lockyear applied to have the Licence Appeal Tribunal resolve the dispute as to whether he qualified as being catastrophically impaired.¹¹ The hearing before the Tribunal took place over two days, November 21 and 22, 2018. The substance of this appeal is that there were three procedural determinations made by the Licence Appeal Tribunal at the hearing, all of which were confirmed on the subsequent reconsideration, that counsel for Jeffrey Lockyear submits demonstrates that those proceedings lacked the fairness the law requires. Those procedural determinations are as follows:

- (i) refusing to admit a video of the accident into evidence;
- (ii) permitting evidence of Dr. Sherali Esmail outside or beyond his report; and,
- (iii) refusing to allow reply evidence in response to Dr. Sherali Esmail.

The Video

[10] Some months before the hearing the Toronto Police gave a security video, from a nearby gas station, to counsel for Jeffrey Lockyear. It showed the accident and the paramedic (Adam Drew) attending to Jeffrey Lockyear. At the outset of the hearing counsel for Wawanesa moved to exclude the video on the basis that it was irrelevant to the issue of whether the Glasgow Coma Scale score of Jeffrey Lockyear was 9 or less. The Tribunal did not review the video.¹² It relied on the submissions of counsel. It determined that the video was not relevant and that there were other opportunities that would assist the paramedic in recalling the events of the day in question:

Evidence must be relevant and not unduly repetitious to be allowed in at a hearing. I agree with the respondent that the video footage does not relate to the determination of the issue before the Tribunal, but just reinforces that an accident took place. The footage has no relevance to the determination of the issue of whether the applicant suffered a catastrophic impairment. I also agree with the

¹¹ The *Insurance Act* R.S.O. 1990, c. I.18 s. 280 (1) and (2) note:

(1) This section applies with respect to the resolution of disputes in respect of an insured person's entitlement to statutory accident benefits or in respect of the amount of statutory accident benefits to which an insured person is entitled. 2014, c. 9, Sched. 3, s. 14.

(2) The insured person or the insurer may apply to the Licence Appeal Tribunal to resolve a dispute described in subsection (1).

¹² In considering how to approach this matter the panel considered whether we should view the video. We did not. We thought it best to approach the issue from the same knowledge base as the Licence Appeal Tribunal both in its initial decision and the reconsideration that followed.

respondent that the Toronto Paramedic has reports written at the time to refresh his memory.¹³

[11] The Licence Appeal Tribunal is authorized to make rules establishing the procedures for its hearings.¹⁴ The Rules which govern the procedures of the Licence Appeal Tribunal allow for reconsideration and set out the criteria that applies:

18.2 A request for reconsideration will not be granted unless the Executive Chair is satisfied that one or more of the following criteria are met:

- (a) The Tribunal acted outside its jurisdiction or violated the rules of natural justice or procedural fairness;
- (b) The Tribunal made a significant error of law or fact such that the Tribunal would likely have reached a different decision;
- (c) The Tribunal heard false or misleading evidence from a party or witness, which was discovered only after the hearing and would have affected the result; or
- (d) There is new evidence that could not have reasonably been obtained earlier and would have affected the result.

[12] Jeffrey Lockyear requested a reconsideration and submitted that the Tribunal erred when it failed to admit the video footage. The Tribunal did not agree. It found that the video would not have been probative of the “ultimate issue.”¹⁵

Evidence of the expert outside or beyond his report

[13] The rules of the Licence Appeal Tribunal prescribe that an expert witness is required to set out any conclusions to be given in evidence and the basis for those conclusions in a signed report in advance of the hearing:

10.2 A party who intends to rely on or refer to the evidence of an expert witness shall provide every other party with the following information in writing:

...

¹³ Decision of the Licence Appeal Tribunal, March 13, 2019 (Robert Watt, Adjudicator) *Appeal Book and Compendium*, at Tab 3 at para. 7 (Caselines A952))

¹⁴ The *Licence Appeal Tribunal Act* S.O. 1999, c. 12 Sched. G at s. 6 begins:

6 (1) The Tribunal may make rules establishing procedures for hearings held by the Tribunal and the rights of parties to the hearings including...

The *Statutory Powers Procedure Act* R.S.O. 1990, c. S.22 at s. 25.1 (1) states:

25.1 (1) A tribunal may make rules governing the practice and procedure before it.

¹⁵ Amended Reconsideration Decision of the Licence Appeal Tribunal, May 16, 2019 (Jesse Boyce, Adjudicator) *Appeal Book and Compendium*, at Tab 2 at para. 10 (Caselines A947))

(d) A signed report that sets out the instructions provided to the expert in relation to the proceeding, the expert's conclusions, and *the basis for those conclusions on the issues to which the expert will provide evidence to the Tribunal*;

[Emphasis added]

[14] A report was delivered by Dr. Sherali Esmail. Its stated conclusions were:

- (a) the contemporaneous Ambulance Call Report showed Glasgow Coma Scale scores of 15/15;
- (b) the Supplementary Incident Report prepared by the paramedic (Adam Drew) three months later indicated an initial Glasgow Coma Scale score of 8/15;
- (c) the discrepancy was difficult to reconcile without having contemporaneous notes from the paramedic; and
- (d) in the circumstances there was “insufficient information” to conclude that Jeffrey Lockyear satisfied the criteria for “catastrophic impairment” status.¹⁶

[15] The Glasgow Coma Scale is a neurological scale that measures a person's level of consciousness. There are three elements to the test:

- (a) Eye response (evaluated on a scale of 1-4);
- (b) Verbal response (evaluated on a scale of 1-5); and
- (c) Motor response (evaluated on a scale of 1-6)

[16] As submitted by counsel for Jeffrey Lockyear, Dr. Sherali Esmail, in the evidence he gave at the hearing, over the objection of counsel for Jeffrey Lockyear, was permitted to comment on the specific values associated with the Glasgow Coma Scale score reported in the Supplemental Incident Report prepared by Adam Drew, dated November 20, 2015. Rather than simply asserting that there was insufficient evidence to arrive at a conclusion (the conclusion arrived at in his report), Dr. Sherali Esmail was permitted to undermine the credibility of the assessment by commenting on what he testified was an unusual combination of the determined values (Eye

¹⁶ Insurer Examination (West Park Assessment Centre), November 30, 2017, *ibid* at Tab 16, p. 10 (Caselines A1056):

CONCLUSION:

In summary, based on my review of the materials in this case, it is my opinion that: Mr. Jeffrey Lockyear's in Glasgow Coma Score record was noted initially to be 15/15 in the Ambulance Call Report. However, an Incident Report by the Toronto Paramedic Service, dated November 20, 2015, approximately 3 months following the accident, suggest that the Glasgow Coma Scale at the scene was 8/15. It is difficult to reconcile this discrepancy. I find, therefore, that there is insufficient information in the file to conclude that the claimant satisfies the criteria for Catastrophic Impairment.

response 1(no eye opening), Verbal response 2 (patient making sounds) and motor response 5 (localizing pain).¹⁷ Dr. Sherali Esmail testified:

That would be highly unusual in that the patient has enough brainpower to be able to make noises... language, making noises is a more complicated task than opening eyes. Eyes open reflexly [sic].

Also, for him to localize pain, which means when painful stimulus was applied to a patient's arm or leg, he was able to grab the assessor's hand and take it off, or withdraw. That is also a much more complicated motor sensory, motor planning task than simply opening the eyes.

So it would be highly unusual for someone who has a decline in their level of consciousness to not be able to open their eyes, but be able to perform more complicated maneuvers in the subsequent parts of the Glasgow Coma Scale.¹⁸

[17] This analysis of the unusual interaction between the 3 values was not raised in the report that demonstrates the parameters of the expected evidence. It is what was said by counsel to Jeffrey Lockyear to mark the entry into a new field contrary to the rules and was submitted by him to be procedurally unfair to his client. For his part, as reported in the Decision of the Licence Appeal Tribunal, Dr. Sherali Esmail explained his failure to include this evidence in his report:

Dr. Esmail explained that he didn't add these comments to his report because he couldn't reconcile this issue of how the assessments were arrived at, because of the lack of written notes to explain the assessments in the November 20, 2015 Incident Report.¹⁹

[18] I pause to observe that this issue of whether Dr. Sherali Esmail testified beyond the scope of his report and beyond the rules was apparently not raised and was not referred to in the Reconsideration Decision. I will return to this later in these reasons.

The refusal to allow reply evidence in response to Dr. Sherali Esmail.

[19] Counsel for Jeffrey Lockyear, having completed his cross-examination of Dr. Sherali Esmail, sought to re-call Dr. Keith Meloff to provide reply evidence solely in response to the issue of whether the combination of Glasgow Coma Scale scores for the test reported in the supplemental Incident Report was, as Dr. Sherali Esmail had opined, "highly unusual". The foundation for the request was that those representing Jeffrey Lockyear had been taken by surprise:

I should just say now that, Adjudicator Watt, before my friend re-examines, that nowhere in this doctor's report, and no time, were we told that the defence was going to take the position that a score of one, two and five is a highly unusual score.

¹⁷ Evidence of Dr. Sherali Esmail, Transcript, November 22, 2018, *Appeal Book and Compendium*, at Tab 7 at p. 60 l. 14-18 (Caselines A1004))

¹⁸ *Ibid* at pp.60 l.18 -61 l. 1. (Caselines A1004-A1005) and see: Decision of the Licence Appeal Tribunal, March 13, 2019 (Robert Watt, Adjudicator) *Appeal Book and Compendium*, at Tab 3 at para. 25 (Caselines A955)

¹⁹ *Ibid* (Decision of the Licence Appeal Tribunal, March 13, 2019) at para.26 (Caselines A955)

So we would like to call Dr. Meloff back for him to testify specifically on that sole issue, whether one, two or five is a highly unusual score. This amounts to an ambush here this morning.²⁰

[20] The Tribunal refused to allow this:

This witness has produced a report that basically reflects what he said today. So I don't see any reason to bring back Dr. Meloff. I don't think there is anything that Dr. Meloff can give that he didn't give yesterday, and there is nothing new that is not in the report. So I'm going to... I'm not going to grant you that.²¹

[21] On the Reconsideration the Tribunal found, in effect, that there was no need for reply. As the Tribunal saw it, Dr Sherali Esmail had done nothing other than comment on inconsistencies in the reports. He did not offer an opinion that was outside his area of expertise. On the other hand, counsel for Jeffrey Lockyear had failed to meet any of the tests the Tribunal applied to the request. He had not shown how the opinion evidence of Dr. Sherali Esmail was false or misleading "as was required by Rule 18.2 (c)" or how the evidence could "overcome the myriad other issues identified by the Tribunal in its reasons". Finally, he concluded that in the end the failure to allow this reply evidence did not matter because the evidence to which it was to respond to did not play a significant role in the Licence Appeal Tribunal's decision to find that Jeffrey Lockyear was not catastrophically impaired.²²

The Issue to Be Decided

[22] The *Licence Appeal Tribunal Act* allows for an appeal from the Tribunal to the Divisional Court, albeit one restricted only to questions of law:

11(6) An appeal from a decision of the Tribunal relating to a matter under the *Insurance Act* may be made on a question of law only.

[23] The issue in this case is whether the proceedings, that is the initial hearing and the reconsideration, taken together, lacked procedural fairness. More specifically did the decisions:

- (1) not to allow the video to be admitted as evidence,
- (2) to permit Dr. Sherali Esmail's assessment of the unusual nature of the Glasgow Coma Scale scores from the supplemental Incident Report to be admitted, and yet
- (3) to refuse to permit evidence, from Dr. Keith Meloff, in reply to that assessment

demonstrate that the process was unfair.

²⁰ Submission by Mr. Furlong, Transcript, November 22, 2018, *Appeal Book and Compendium*, at Tab 7 at p. 66 l. 14-25 (Caselines A1010)

²¹ The Adjudicator, *ibid* at p. 68 l. 17-25 (Caselines A1012)

²² Amended Reconsideration Decision of the Licence Appeal Tribunal, May 16, 2019 (Jesse Boyce, Adjudicator) *Appeal Book and Compendium*, at Tab 2 at paras. 13-15 (Caselines A948)

Standard of Review

[24] It may be obvious to some, but bears noting that the issue of procedural fairness, while an issue of law²³, stands apart. This is not like the interpretation of a statute or the explanation of a common law principle. Procedural fairness is attached to a foundational right, a principle of natural justice, the right to be heard (*audi alteram partem*):

The principle that the individual or individuals affected by a decision should have the opportunity to present their case fully and fairly underlies the duty of procedural fairness and is rooted in the right to be heard.²⁴

[25] The right to be heard is fundamental to Canadian administrative law:

From these foundational cases, procedural fairness has grown to become a central principle of Canadian administrative law. Its overarching purpose is not difficult to discern: administrative decision makers, in the exercise of public powers, should act fairly in coming to decisions that affect the interests of individuals. In other words, “[t]he observance of fair procedures is central to the notion of the ‘just’ exercise of power”²⁵

[26] The ultimate protection of this right rests with the courts:

...a fair procedure is said to be the handmaiden of justice. Accordingly, procedural limits are placed on administrative bodies by statute and the common law. These include the requirements of “procedural fairness”, which will vary with the type of decision maker and the type of decision under review. On such matters, as well, the courts have the final say. The need for such procedural safeguards is obvious. Nobody should have his or her rights, interests or privileges adversely dealt with by an unjust process.²⁶

[27] This being so, referred to as correctness or otherwise, the standard of review applicable to procedural fairness is absolute. A proceeding is either fair or it is not:

...the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of

²³ *Hamilton (City) v. Ontario (Energy Board)* 2016 CarswellOnt 17029, 2016 ONSC 6447, 272 A.C.W.S. (3d) 422, 59 M.P.L.R. (5th) 234 at para. 4.

²⁴ *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65 (CanLII), 312 ACWS (3d) 460, [2019] SCJ No 65 (QL), 59 Admin LR (6th), 441 DLR (4th) 1 at para. 127 referring to *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 699 (SCC), [1999] 2 SCR 817, 89 ACWS (3d) 777, 174 DLR (4th) 193 at para. 28

²⁵ *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9 (CanLII), [2008] 1 SCR 190, 164 ACWS (3d) 727, [2008] SCJ No 9 (QL), 69 Admin LR (4th) 1, 291 DLR (4th) 577, [2009] 1 SCR 190 at para. 90

²⁶ *Ibid* at para. 129

procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have.²⁷

...

When considering an allegation of a denial of natural justice, a court need not engage in an assessment of the appropriate standard of review. Rather, the court is required to evaluate whether the rules of procedural fairness or the duty of fairness have been adhered to. The court does this by assessing the specific circumstances giving rise to the allegation and by determining what procedures and safeguards were required in those circumstances in order to comply with the duty to act fairly.²⁸

Analysis

The Video redux

[28] The admissibility of evidence in any form is based on relevance. For administrative tribunals such as the Licence Appeal Tribunal, this is confirmed by the *Statutory Powers Procedure Act*, s. 15:

15 (1) Subject to subsections (2) and (3), a tribunal may admit as evidence at a hearing, whether or not given or proven under oath or affirmation or admissible as evidence in a court,

(a) any oral testimony; and

(b) any document *or other thing*,

relevant to the subject-matter of the proceeding and may act on such evidence, but the tribunal may exclude anything unduly repetitious.

[Emphasis added]

[29] It is trite to observe that legislation is to be deemed remedial, to be read as being directed to the public good and on that basis to receive a fair, large and liberal interpretation.²⁹ I note this

²⁷ *Cardinal v. Director of Kent Institution*, 1985 CanLII 23 (SCC), [1985] 2 SCR 643, 23 CCC (3d) 118, 16 Admin LR 233, [1986] 1 WWR 577, 24 DLR (4th) 44 at para. 23

²⁸ *London (City of) v. Ayerswood Development Corp.*, 2002 CanLII 3225 (ON CA), 167 OAC 120, [2002] OJ No 4859 (QL), 34 MPLR (3d) 1, 119 ACWS (3d) 664 at para. 10

²⁹ *Interpretation Act* R.S.O. 1990, c. I. 11, s. 10:

Every Act shall be deemed to be remedial, whether its immediate purport is to direct the doing of any thing that the Legislature deems to be for the public good or to prevent or punish the doing of any thing that it deems to be contrary to the public good, and shall accordingly receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit.

to underscore that the word “may” as it appears in s. 15 of the *Statutory Powers Procedure Act* is permissive and not restrictive.

[30] The determination not to admit the video as evidence is contrary to this understanding. The video is silent and, thus, as perceived by the Licence Appeal Tribunal, not capable of confirming a Glasgow Coma Scale score of 8. On this basis the Tribunal found the video was of no probative value. This is not “liberal and large”. It is narrow and restrictive. It may be that relevance and probative value are related but they are not synonymous. They may overlap but they are not the same. Relevance refers to the need for connection to the question at issue. Probative value refers to the significance or importance relevant evidence may have (colloquially the “weight”) in addressing the issue. The video shows the accident and the immediate response of the paramedics who attended to Jeffrey Lockyear. What happened over those moments is clearly relevant. To my mind, its probative value could only properly be assessed, once viewed and commented on by those who were present or otherwise qualified, presumably by some established expertise, to do so. Dr. Keith Meloff reviewed the video. In a letter dated September 12, 2018 (approximately 5 weeks before the hearing) he wrote to counsel for Jeffrey Lockyear, he noted:

I have reviewed a video that captured images of the plaintiff Mr. Jeff Lockyear, following his collision with a motor vehicle on August 17, 2015. The timeframe noted on the video reveals a man lying motionless and unresponsive for about 443 to 552 (seconds) which I calculate represents almost 2 minutes until the time he was put on a backboard. There is no evidence whatever that the claimant was aware of his surroundings or responsive during that time. I firmly believe, based on a careful and repeated viewing of this video, that any reasonably qualified person, including a paramedic, would conclude that Mr. Lockyear had a Glasgow Coma Scale score of nine or less, during that period of observation.³⁰

[31] It is not clear whether this letter was placed before the Licence Appeal Tribunal. It is found in a Book of Exhibits included in the Record³¹ but said to be “marked as Exhibit 1, Tab 5 but not admitted at the Licence Appeal Tribunal hearing”.³² Whether it was or was not, it demonstrates the possibility of a real and meaningful contribution this video could make to the understanding of what happened and to the question of whether Jeffrey Lockyear should be assessed as catastrophically impaired.

[32] In his evidence Adam Drew was asked about the Glasgow Coma Scale score of 8. After the cross-examination, he was examined by the Arbitrator. In the course of these questions Adam Drew indicated that it was an error not to include the Glasgow Coma Scale score of 8 in the Incident Report done the day after the accident.³³ The Adjudicator did not accept this answer. He asked whether, given the subsequent scores of 15 the score of 8 was an error.³⁴ Adam Drew continued to

³⁰ Letter from Keith Meloff MD FRCPC to Ian Furlong, dated September 12, 2018, *Appeal Book and Compendium*, at Tab 18 at p. 105 (Caselines A1062)

³¹ Exhibit Book, Volume 1 of 3- Appellant-Lockyear at Exhibit 1: Appellant’s Brief of Documents, *Medical Documentation* Tab E, p. 12 (Caselines A29)

³² Index, p. 3 *Appeal Book and Compendium* (Caselines A937)

³³ Evidence of A. Drew, Transcript, November 21, 2018, *Appeal Book and Compendium*, at Tab 6 at p. 46 l. 12- 19 (Caselines A989)

³⁴ Evidence of A. Drew, Transcript, November 21, 2018, *Appeal Book and Compendium*, at Tab 6 at p. 49 l. 23- p. 50 l. 7 (Caselines A992 -A993)

confirm the score of 8 was correct. The Adjudicator did not understand. This proceeds through several pages of the transcript and ends with the following:

THE ADJUDICATOR: Just let me ask the question, so I understand this. I don't want to just... I've got part-way down at 7:40 and this is 7:33 but you didn't do the test at 7:33?

THE WITNESS: I did do the test, but the... like, the point is that I didn't record the test, that is the problem.

THE ADJUDICATOR: Oh, that's...okay, so you did the Glasgow, but not record?

THE WITNESS: Yeah.³⁵

[33] The Adjudicator found this difficult to accept:

THE ADJUDICATOR: So, again, I'm just...you've got to educate me, because I've got to make a decision down the road.

THE WITNESS: M'hm.

THE ADJUDICATOR: How could you possibly remember, if you didn't keep notes, what the tests results were at 7:33

THE WITNESS: Like I said...

THE ADJUDICATOR: And I mean...because I have to know this, you see?

THE WITNESS: Yeah.

THE ADJUDICATOR: I'm not criticizing you.

THE WITNESS: It's fair, I...the call itself was memorable to me at the time and I just remember specifics of it. That's the best I can tell you.³⁶

[34] The adjudicator was not satisfied and went on to question why the supplemental (the second) Incident Report was prepared.³⁷

[35] In his decision, the Adjudicator at the hearing, did not accept the evidence of Adam Drew and on that basis found that there was no credible Glasgow Coma Score of less than 9:

I have issues however relating to the November 20, 2015 report. Why was the GCS of 8/15 as set out in the November 20, 2015 report, not noted in the Ambulance

³⁵ Evidence of A. Drew, Transcript, November 21, 2018, *Appeal Book and Compendium*, at Tab 6 at p. 54 l. 21 – p. 55 l. 6 (Caselines A997-A998)

³⁶ Evidence of A. Drew, Transcript, November 21, 2018, *Appeal Book and Compendium*, at Tab 6 at p. 55 l. 7-23 (Caselines A998)

³⁷ Evidence of A. Drew, Transcript, November 21, 2018, *Appeal Book and Compendium*, at Tab 6 at p. 55 l. 24-58 l. 16 (Caselines A998-A1001)

Call Report dated August 17, 2015? Why was the further incident report November 20, 2015 created, when Drew Adam [sic] had completed the prior Incident and Ambulance Call Reports, which could have been given to the applicant's lawyers when they requested more information? Drew Adam [sic] gave no credible answers to these questions when asked at the hearing. I can only assume because of his inexperience and his busyness with other calls, that he failed to make complete detailed reports as required of him as a paramedic of the alleged first GCS rating. I also question the accuracy of the November 20, 2015 report made three months after the accident, and made without reference to any written notes. Drew Adam [sic] admitted that he dealt with between 200 – 440 other calls during the three month period and we don't know if the GCS of 8/15 made on November 20, 2015, related to one of the other calls.

...

I find there is a credibility issue here relating to the November 20, 2015 Incident Report, both as to the accuracy of the ratings, and as to whether the GCS was ever completed, as alleged on the date of the accident. I find, based on the evidence of the circumstances leading up to the alleged assessment of the November 20, 2015 Incident report, the circumstance of the reporting of the alleged assessment three months later, the lack of a written recording of such an assessment at the time it was alleged to have taken place, and the actual assessment ratings found, *the alleged GCS assessment of 8/15 was never initiated at the time of the accident.*³⁸

[Emphasis added]

[36] The observations of Dr. Keith Meloff made with reference to the video indicate a possible confirmation that, in fact, Jeffrey Lockyear did, as a result of the accident, immediately following the accident, suffer such that his Glasgow Coma Score was below 9. As seen by Dr. Keith Meloff, this could be observed from the video itself, quite apart from any test undertaken by Adam Drew, to say nothing of the possibility that, with the assistance of Adam Drew, it could provide evidence that might confirm, contrary to the finding of the Licence Appeal Tribunal, that the test was "initiated".

[37] The Amended Reconsideration Decision says the following:

After reviewing the decision, it is clear the Tribunal's reasons were based on conflicting medical reports and the credibility of Mr. Drew's testimony. There is *no disagreement that the test was administered by Mr. Drew shortly following the accident.*³⁹

[Emphasis added]

³⁸ Decision of the Licence Appeal Tribunal, March 13, 2019 (Robert Watt, Adjudicator) *Appeal Book and Compendium*, at Tab 3 at paras. 32 and 35 (Caselines A956-A957)

³⁹ Amended Reconsideration Decision of the Licence Appeal Tribunal, May 16, 2019 (Jesse Boyce, Adjudicator) *Appeal Book and Compendium*, at Tab 2 at para. 10 (Caselines A947)

[38] As the italicized words in quotation above demonstrated, this is wrong. The Tribunal found the test was never initiated. The paragraph in the Amended Reconsideration Decision goes on:

The disagreement lies in whether J. L. has a score of 15/15-*the score Mr. Drew registered three times immediately following the accident*-or a score of 8/15, which is the score that Mr. Drew registered in his report from November 2015, three months following the accident and on request of J. L.'s counsel. I find the admission of the video footage-which is not continuous, has no sound and does not alter the fact that the reports have conflicting scores, would not have been probative of the ultimate issue.

[39] This stands only as an acceptance of the analysis undertaken by the Licence Appeal Tribunal in its initial decision. It does not account for the immediate relevance of a video of the accident and the activities that followed, silent or otherwise. It limits its assessment of the probative value of the video to whether it could alter the fact that there were reports with conflicting scores. The Amended Reconsideration Decision identifies the submission of counsel for Jeffrey Lockyear as relying on rule 18.2(b) (an error of law or fact such that the tribunal would likely have come to a different decision). There was no effort to change "conflicting results" The tests were taken at different times, when the response of Jeffrey Lockyear was different and could be expected to be different. For the first, he was unconscious. At the second, he was not. The question was the credibility of the earlier test given that it was not reported until November 20, 2015, three months after the accident.

[40] I point out that the Amended Reconsideration Decision refers to the submission of counsel for Jeffrey Lockyear, as stating:

"...under 18.2(b) that the Tribunal should have admitted video footage of the paramedic attending at the scene and *allegedly* administering the Glasgow Coma Scale test he recorded in a later report"⁴⁰

[Emphasis added].

[41] I wonder at the use of the word "allegedly". Given the understanding that the "test was administered" (see the quotation at fn. 38), the word "allegedly" can only refer to the suggestion that the video shows the test actually being applied. That would be highly probative. It would be consistent with and confirmed by the observation made by Dr. Keith Meloff following his review of the video and inconsistent with the conclusion of the Licence Appeal Tribunal, in its original decision, that the test was never initiated.

[42] The Amended Reconsideration Decision goes on:

Further, even if the footage were was admitted, I fail to see how it would have changed the result since silent video cannot corroborate which Glasgow Coma Scale score was registered at the scene of the accident, which would not help J.L. meet his onus of proving catastrophic impairment.⁴¹

⁴⁰ *Ibid* at para. 7 (Caselines A946)

⁴¹ *Ibid* at para. 11 (Caselines A947)

[43] This proposes that the only means by which the video could corroborate the values set by each of the three components of a Glasgow Coma Scale test is if somebody announces them such that they can be heard. This again denies the possibilities raised by the observations of Dr. Keith Meloff. At the risk of relying on an overused cliché, if a picture is worth a thousand words, how many words is an appropriately described video worth?

[44] The paragraph which begins with the quotation, immediately above, continues and ends as follows:

In submissions, J.L. does not offer a compelling explanation why he felt the footage was so needed, other than to aide in [sic] Mr. Drew's memory. In my view, it is unclear what value video footage would provide in the context either, since Mr. Drew testified that he recalls many details of the accident and prepared a contemporaneous report that could have aided his memory just as well. On these facts, I see no reason to interfere with the Tribunal's decision to exclude the video evidence.⁴²

[45] The assertion that it was unclear what value the video would have, given its relevance, would stand in favour of, not against, its admission as evidence so that its probative value (its weight) could be tested. The proposition that Adam Drew's ability to otherwise recall what happened misses the point. Adam Drew's evidence was not accepted. His credibility was questioned. Could the video have served not just to help him remember but more importantly confirm what he otherwise said?

[46] Refusing to admit the video was a denial of the right of Jeffrey Lockyear to be heard and a breach of procedural fairness.

Evidence of the expert outside or beyond his report redux

[47] What is the rationale behind rule 10.2 of the rules applicable to the Licence Appeal Tribunal? Presumably, it is much the same as the policy behind rule 53.03 (1) of the *Rules of Civil Procedure* which sets out the requirement for an expert to provide a report and rule 53.03(2.1) which requires, for the matters to which it applies, that such a report outline not only the opinions of the expert but also the basis for them:⁴³

⁴² *Ibid*

⁴³ *Rules of Civil Procedure* r. 53.03 (2.1) states that a report delivered by an expert "shall contain" among other things:

4. The nature of the opinion being sought and each issue in the proceeding to which the opinion relates.
5. The expert's opinion respecting each issue and, where there is a range of opinions given, a summary of the range and the reasons for the expert's own opinion within that range.
6. The expert's reasons for his or her opinion, including,
 - i. a description of the factual assumptions on which the opinion is based,
 - ii. a description of any research conducted by the expert that led him or her to form the opinion, and
 - iii. a list of every document, if any, relied on by the expert in forming the opinion.

In our view, these cases indicate that the "substance" requirement of [rule 53.03\(1\)](#) must be determined in light of the purpose of the rule, which is to facilitate orderly trial preparation by providing opposing parties with adequate notice of opinion evidence to be adduced at trial. Accordingly, an expert report cannot merely state a conclusion. The report must set out the expert's opinion, and the basis for that opinion.

[48] There is some flexibility. It is understood that a witness will not be tied strictly to what is said in the report:

Further, while testifying, an expert may explain and amplify what is in his or her report but only on matters that are "latent in" or "touched on" by the report.

[49] There are limitations that have been found to apply to rule 53.03 of the *Rules of Civil Procedure* and should have application to rule 10.2 of the rules applicable to the Licence Appeal Tribunal:

An expert may not testify about matters that open up a new field not mentioned in the report.

[50] A judge and in this case the Licence Appeal Tribunal have discretion but the general policy rationale is to ensure that the opposing party is not taken by surprise:

The trial judge must be afforded a certain amount of discretion in applying [rule 53.03](#) with a view to ensuring that a party is not unfairly taken by surprise by expert evidence on a point that would not have been anticipated from a reading of an expert's report.⁴⁴

[51] In his report Dr, Sherali Esmail opined that it was difficult to reconcile the two reports and, on this basis said:

I find therefore, that there is insufficient information in the file to conclude that the claimant satisfies the criteria for Catastrophic Impairment.⁴⁵

[52] By evaluating the results of one of the tests which he said could not be reconciled, finding the results "unusual" and on that foundation implying that the other report was preferable, that is providing a basis for explaining the difference (reconciling them), he stepped outside his own report and offered an opinion that counsel for Wawanesa should have foreseen would surprise the other side. This is similar to the situation in *Hoang v. Vincenti*.⁴⁶ In that case an "accident reconstructionist" opined on the cause of an accident. He did note that the brakes of the vehicle were worn but only when he gave evidence, did he offer the opinion that the condition of the brakes was a contributing cause of the accident:

⁴⁴ This quote and the 3 which precede it are found at: *Marchand v. The Public General Hospital Society of Chatham*, 2000 CanLII 16946 (ON CA), 43 CPC (5th) 65, 138 OAC 201, 51 OR (3d) 97 at para. 38

⁴⁵ For the full quotation see the quote at fn. 15 herein

⁴⁶ 2012 ONSC 1358

I do not accept the argument that what counsel wishes Hrycay to do is to amplify or expand on his opinion as set out in the report. Hrycay's report clearly lists nine conclusions that he arrives at in this file and the operation of the brakes is not identified as one of the conclusions. To permit him to now offer this opinion to the Court would be a contravention of the requirements of Rule 53⁴⁷

....

The *Marchand* case, *supra*, does not assist counsel because in that case, the Court noted that while it was permissible for an expert to amplify the contents of the expert's report at trial, he or she could not open up a new field that was not referred to in the report. To allow Hrycay to opine on the functioning of the brakes would be opening up a new field, to borrow language from the Court in *Marchand*.⁴⁸

[53] This issue, that is the concern that Dr. Sherali Esmail was permitted to testify outside the four corners of his report to the extent that he entered a new field offering a conclusion that was neither referred to directly, nor latent or touched on in his report, was not referred to in the Decision of the Licence Appeal Tribunal or the Amended Reconsideration Decision. It is raised in the Notice of Appeal and reviewed in the Appellant's (Jeffrey Lockyear's) factum but not mentioned in the factum filed on behalf of the Respondent (Wawanesa).

[54] Noting that the issue was raised within the appeal and remembering that there is no standard of review (a proceeding is either fair it is not) I would, if I were required to, find that the evidence of Dr. Sherali Esmail offered an opinion that went beyond what was in his report and opened a new field. In so doing it was in breach of procedural fairness. I would so find even though the issue was not raised as part of the reconsideration. As it is I do not have to make this finding. There are other ways in which this problem could have been dealt with. In similar circumstances, it is not uncommon that an adjournment is requested and permitted, sometimes for only a short period of time, on occasion longer, to allow for the surprised party to prepare for cross-examination. In other circumstances the concern could be dealt with by allowing the party to call evidence in reply. This was requested here and refused which takes these reasons to the third of the three indications of procedural unfairness raised on this appeal.

The refusal to allow reply evidence in response to Dr. Sherali Esmail redux

[55] The right to recall reply evidence is, as a general proposition intrinsic to adversarial proceedings in Ontario. The possibility that reply evidence could be called was recognized by the Licence Appeal Tribunal, at least as it referred to new issues. At the beginning of the second day of the hearing the Tribunal and counsel had the following exchange, just before Dr. Sherali Esmail was called to testify:

THE ADJUDICATOR: They will have the option after you have finished, they want to call someone in reply in relation to any issue, new issue, that you have raised, but I don't... I'm not sure of that.

⁴⁷ *Hoang v. Vicentini. ibid* at para. 12

⁴⁸ *Ibid* at para. 8 referring to *Marchand v. The Public General Hospital Society of Chatham, supra* (fn. 44).

MR. FURLONG: I'm not anticipating that.

THE ADJUDICATOR: I don't see it very often.

MR. FURLONG: To the extent that the witnesses testifying within the four quarters of the report, but I mean, if something comes out of that's wholly...

THE ADJUDICATOR: Different.

MR. FURLONG: ...new and not on the report, then I think we've got a problem.

THE ADJUDICATOR: So subject to that, I think their case is closed.⁴⁹

[56] Counsel for Jeffrey Lockyear sought to call evidence in reply to the opinion offered by Dr. Sherali Esmail indicating that the results of the component parts of the Glasgow Coma Scale test which resulted in the overall value of 8 (that is to say, less than 9) was "unusual" and in reply to the explanation that they did not fit together. This was refused and, yet, the evidence of Dr Sherali Esmail suggesting that the results of that Glasgow Coma Scale test were "highly unusual" was relied on by the Licence Appeal Tribunal in its decision:

Dr. Esmail raised a further issue of the November 20, 2015 ratings. Dr. Esmail felt the assessments would be highly unusual because making noises, language, and localizing pain is a more complicated process than opening the eyes which was only assessed at 1 with the other two assessments being assessed at 2 and 5. He questioned the reliability of the assessments. He also indicated that if a person can make noises and mover [*sic*] their arms then the GCS would be greater than 9.

I accept the evidence of Dr. Esmail over Dr. Meloff. The issues that Dr. Esmail raises relating to the assessment been reported months later, the reliability of the ratings are valid issues...⁵⁰

[57] The overriding task of the Licence Appeal Tribunal was to ensure that the requirement of procedural fairness was adhered to. After permitting Dr. Sherali Esmail to open a new field by providing an assessment of the results of the Glasgow Coma Scale test that resulted in an overall value of 8 the Tribunal, rather than attempting to meet the concern, compounded the problem leading to procedural unfairness when it refused to allow Dr. Keith Meloff to provide evidence in reply. In the end, Dr. Sherali Esmail's evidence went uncontradicted and was relied on by the Licence Appeal Tribunal in finding the initial Glasgow Coma Scale test score of 8/15 was inaccurate. It was procedurally unfair to deny Jeffrey Lockyear an equal opportunity to address and reply to this new evidence.

⁴⁹General Discussion, Transcript, November 22, 2018, *Appeal Book and Compendium*, at Tab 8 at p. 70 l. 20- p. 71 l. 11 (Caselines A1015--A1016)

⁵⁰ Decision of the Licence Appeal Tribunal, March 13, 2019 (Robert Watt, Adjudicator) *Appeal Book and Compendium*, at Tab 3 at para. 33 and 34 (Caselines A957) see also para. 25 (Caselines A955)

Conclusion

[58] For the reasons reviewed, the appeal is granted. The matter is remitted to the Licence Appeal Tribunal for a new hearing to be conducted by an Adjudicator or Adjudicators other than those who conducted and decided the hearing and the reconsideration.

Costs

[59] As agreed to by the parties, costs are to be paid by the Wawanesa Mutual Insurance Company to Jeffrey Lockyear in the amount of \$7,500.

I agree

Lederer, J.

I agree

Matheson, J.

Sheard, J.

Released: January 11, 2022

CITATION: Lockyear v. Wawanesa Mutual Insurance Company, 2022 ONSC 94
DIVISIONAL COURT FILE NO.: 332/19
DATE: 20220111

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
DIVISIONAL COURT

Lederer, Matheson, Sheard JJ.

BETWEEN:

JEFFREY LOCKYEAR

Appellant

– and –

WAWANESA MUTUAL INSURANCE COMPANY
and LICENCE APPEAL TRIBUNAL –
AUTOMOBILE ACCIDENT BENEFITS SERVICE

Respondents

REASONS FOR JUDGMENT

Released: January 11, 2022

TAB 3

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
DIVISIONAL COURT

BETWEEN:

ADA LOCKRIDGE and RONALD PLAIN

Applicants

– and –

DIRECTOR, MINISTRY OF THE
ENVIRONMENT, HER MAJESTY THE
QUEEN IN RIGHT OF ONTARIO, AS
REPRESENTED BY THE MINISTER OF
THE ENVIRONMENT, THE ATTORNEY
GENERAL OF ONTARIO and SUNCOR
ENERGY PRODUCTS INC.

Respondents

)
)
) *Justin Duncan, Kaitlyn Mitchell, Margot
Venton, for the Applicants*

)
)
) *Jack Coop, Jennifer Fairfax, Lindsay
Rauccio, for the Respondent, Moving Party,
Suncor Energy Products Inc.*

)
) *Lise Favreau, Kristin Smith, Robin Basu,
Matthew Horner, for the Respondents,
Director, Ministry of the Environment, Her
Majesty the Queen in right of Ontario, as
represented by the Minister of the
Environment and the Attorney General of
Ontario*

)
)
) **HEARD at Toronto:** January 31, February
1, February 2 and March 5, 2012

REASONS FOR DECISION

Harvison Young J.

Overview

[1] The applicants, Ada Lockridge and Ronald Plain, have commenced an application in which they seek judicial review of a decision made by the Director of the Ministry of the Environment (the “Director”) under the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19 (the “EPA”), in April 2010, respecting the sulphur output of Suncor’s Plant #4 Sulphur Recovery Unit

in Sarnia. At the heart of their application is their claim that the failure of the Director to conduct a cumulative effects assessment prior to making his decision infringed the applicants' s. 7 and s. 15 *Charter* rights, as well as their rights to procedural fairness.

[2] The government respondents include the Director, Ministry of the Environment, Her Majesty the Queen in right of Ontario, as represented by the Minister of the Environment and the Attorney General of Ontario. They will be referred to collectively as the Government respondents in these reasons.

[3] The respondents have brought two motions in respect of this application. First, the respondent Suncor Energy Products Inc. brings a motion to strike the application as a collateral attack on earlier approvals granted to it pursuant to the EPA regime. It submits that the applicants' claims, in raising alleged health and emissions issues which predated the April 2010 Decision, constitute collateral attacks on earlier decisions, and particularly, the approvals relating to the construction of the sulphur production facility in 2004. For the reasons that follow, I would dismiss the motion to strike the application.

[4] Second, the respondents (the Government respondents as well as Suncor) bring a motion to strike some or all of the affidavit evidence filed by the applicants. They argue that as the issues in this application only relate to the April 2010 Decision, much of the evidence filed by the applicants respecting emissions that were not the subject of that decision, or the health effects allegedly flowing from those emissions, is irrelevant. In addition, they seek to strike considerable amounts of the evidence on the grounds that it constitutes improper opinion evidence, inadmissible hearsay, argument or speculation. This consumed the majority of the 4 days of oral argument taken for the three motions. As the following reasons set out, I have concluded that some portions of the evidence should be struck, although I would dismiss the motion with respect to much of it, without prejudice to the respondents' right to argue the admissibility issues before the panel hearing the application on its merits.

[5] Finally, the applicants have brought a motion for a protective costs order insulating them, absent improper conduct during this litigation, from adverse costs if their application for judicial review is ultimately successful. For the reasons I set out below, I would dismiss this motion.

Background

[6] The applicants are members of Aamjiwmaang First Nation who have commenced this application in their individual capacities. Ms. Lockridge is a resident of Aamjiwmaang First Nation. Mr. Plain has lived there for much of his life but now lives in Sarnia. The applicants claim that the Decision violates their rights to procedural fairness, to life, liberty and security of the person pursuant to s. 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*, and to equality pursuant to s. 15 of the *Charter of Rights and Freedoms*. The applicants claim that, because pollution surrounds their reserve community and has a significant impact on them, the Director should not have approved additional pollutant releases without considering the cumulative effects of all of the pollution.

[7] The applicants seek various relief, including declarations that the Decision violated their ss. 7 and 15 *Charter* rights and that the “Minister’s failure to apply the [*Environmental Bill of Rights*, 1993, SO 1993, c. 28 (the “EBR”)] in a manner that ensure that cumulative effects were considered and minimized when the Director made the Decision infringed the Applicants’ rights...”.

[8] Both the motion to strike the application and the motion to strike the evidence are grounded in the respondents’ submission that the application is, in substance, a challenge to the regulatory framework and, in particular, the absence of a cumulative effects assessment as part of the regular emissions approval processes. The application is not, they assert, really a challenge to a particular administrative decision at all. To the extent that it is, it essentially impugns administrative approvals granted long before the April 2010 Decision to the extent that they allegedly contribute to the cumulative effects complained of. The applicants have been quite frank in acknowledging before the court that the general absence of cumulative effects assessment from the approvals process under the EPA framework is their driving concern.

[9] All the respondents argue that this systemic issue is not properly the subject of a judicial review application. Suncor seeks the dismissal of the application, arguing that in raising issues of pollution and emissions that predate the April 2010 Decision, it is essentially a collateral attack on approvals that Suncor had previously obtained in full compliance with the regulatory requirements, and upon which approvals it has relied since.

[10] The Government respondents do not seek the dismissal of the application, but do, along with Suncor, seek to strike the evidence filed which, they argue, goes far beyond the narrow scope of the judicial review of the 2010 Decision. They seek to have the evidence circumscribed or “scoped” to reflect the proper scope of a judicial review application.

[11] The issues raised in both Suncor’s motion to strike the application and the motion to strike the affidavit evidence overlap to some extent. I will address the two motions in turn, but it will be helpful to set out the April 2010 Decision and its context at the outset.

The April 2010 Decisions

[12] The applicants challenge two related decisions made by the Director under the EPA in April 2010 respecting the sulphur output of Suncor’s Plant #4 Sulphur Recovery Unit in Sarnia. These are (1) Director’s Amending Order No. 1131-7DJ25B-A (“Amending Order”) dated April 1, 2010, and (2) the Director’s Notice of Revocation of the Ordered Items in the Amending Order dated April 30, 2010. These are collectively referred to as the “Decision” or as the “Director’s Decision”.

[13] The Director’s Amending Order and Notice of Revocation modified an administrative order which had been issued on April 15, 2008 (“the 2008 Order”), in response to the flaring from Plant #4. Emergency flaring is required in order to prevent quantities of hydrogen sulphide from being discharged into the atmosphere. The “flaring” converts the hydrogen sulphide into sulphur dioxide with the goal being to prevent the release of hydrogen sulphide directly into the atmosphere. This flaring, occurring shortly after the sulphur recovery units commenced

operations in 2007, was necessitated by “process upsets”, which included unexpected failures of newly installed equipment, fabrication problems, design problems and a lack of operational experience (see affidavit of Peter Lynch, at para. 65-66). According to Suncor’s predictive modeling, these flares caused “exceedances” in the predicted level of sulphur dioxide from Plant #4. As a result, the 2008 Order capped sulphur production from Plant #4 at 145 tonnes/day. This was a reduction from the rate of 250 tonnes/day that had been approved under the Certificate of the Approval, which had been issued in 2004 (“Certificate of Approval”). These decisions were concerned exclusively with the production of sulphur at the Plant and with two substances emitted by the Plant: sulphur dioxide and hydrogen sulphide.

[14] The 2008 Order specifically directed that Suncor take action to ensure compliance with sulphur dioxide and hydrogen sulphide emissions standards following the flaring incidents. It did not address any other emissions from Plant #4, or any other facility.

[15] On April 1, 2010, the Director issued the Amending Order to amend the 2008 Order. That order recognized certain improvements made by Suncor since the flaring incident and directed Suncor to take extra measures to monitor and report to the Ministry with regard to the operations of Plant #4 to ensure compliance with government standards. The Director informed Suncor that when certain parts of the Amending Order were fully complied with, the Director would exercise his discretion and revoke the pre-amendment requirements of the 2008 Order. This would in effect permit an increase in sulphur production to 180 tonnes/day. Again, the Amending Order addresses only the issues of sulphur production and sulphur dioxide and hydrogen sulphide emissions from Plant #4.

[16] On April 30, 2010, the Director revoked the original 2008 Order but left certain portions of the Amending Order in effect, thereby authorizing an increase in sulphur production to a level of 180 tonnes/day at Suncor’s Plant #4. The two orders that comprise the impugned decisions are directed at ensuring that sulphur dioxide and hydrogen sulphide emissions are limited during both regular operation and acid gas flaring events at Suncor’s Plant #4.

[17] The Director did not purport to amend the Certificate of Approval (Air) for Plant #4, which had been issued on November 25, 2004. This Certificate of Approval allowed Suncor (subject to any prevailing orders) to produce 250 tonnes/day of sulphur from hydrogen sulphide in Suncor’s process streams.

[18] In short then, Suncor’s Certificate of Approval granted in 2004 had authorized sulphur production of 250 tonnes per day. This was superseded by the 2008 Order, which reduced the sulphur production to 145 tonnes/day. The Director’s Decision of April 2010 approved an increase to 180 tonnes/day, still within what Suncor refers to as the “envelope” that had been approved in 2004. Suncor’s position is that the 2008 Order was a temporary measure designed to control excess sulphur dioxide emissions while Suncor remedied the problems which had necessitated the emergency flaring.

[19] The applicants argue that the failure to consider the cumulative effect of the production increase authorized by the April 2010 Decisions in the circumstances constituted breaches of

their ss. 7 and 15 *Charter* rights. The Application also alleges that the impugned decisions lacked appropriate jurisdiction under the EPA and that they were procedurally unfair, particularly because the applicants were not given notice of the 2010 Decisions.

I. THE MOTION TO STRIKE THE APPLICATION

[20] The respondent Suncor seeks to strike the application, in whole or in part, as an improper collateral attack and an abuse of process. In the alternative, it seeks to quash or stay the application on the grounds of laches and undue delay.

[21] As Mr. Coop for Suncor readily acknowledged at the outset, the collateral attack argument is at the core of Suncor's motion to strike the application. The abuse of process argument rests on the submission that the passage of time since the earlier approvals, as well as the fact that Suncor complied with the regulatory process in place in obtaining them, combine to render the application, to the extent that it is a collateral attack on prior approvals granted, an abuse of process. Similarly, the laches argument is not raised with respect to the April 2010 Decision, but with respect to the earlier decisions which Suncor submits are being collaterally attacked by the application.

[22] At the heart of Suncor's motion to dismiss the application is the argument that, despite their claim that they are only challenging the April 2010 Decision, the wide-ranging evidence adduced by the Applicants challenges all of the contaminants emitted by both the Sulphur Plant and Suncor's Sarnia Refinery as a whole. Suncor submits that their evidence questions the very right of the Sarnia Refinery to exist/operate at all without a cumulative effects assessment, and that, in light of this, it is disingenuous for the applicants to claim that they are only challenging the 2010 Decision.

[23] In substance, Suncor maintains, this application constitutes: (1) a collateral attack upon the Director's decision in November 2004 approving Suncor to build and operate the Sulphur Plant; and, (2) a collateral attack upon all fifty of the refinery approvals granted by the MOE to Suncor over the past 30 years. Suncor also argues that despite multiple opportunities since November 2004 to initiate a challenge to the Environmental Review Tribunal ("ERT") regarding the absence of a cumulative effects assessment, the Applicants have not done so. Suncor argues that the applicants had numerous opportunities to challenge the approvals that have been granted from 2004 forward. It argues that "lying in the weeds" until this point, and commencing this application as an "excuse" to undo the 2004 approvals, constitutes an abuse of process that should not be permitted by this Court. Suncor emphasizes, in particular, that its 2003 application (culminating in the Certificate of Approval) was posted on MOE's Environmental Registry so as to provide the public with statutorily required notice of the project and a 30 day comment period. No comments were received from any members of the public. It submits that the April 2010 Decision simply reinstated a production level within an envelope that had been approved in 2004 after an extensive process, and with respect to which the applicants had not commented or objected at all despite having been notified of the issues at the time.

[24] The applicants counter that they do not seek to shut down Suncor's entire refinery or any part of it. They submit that the relief sought is forward looking, stating that "Ada and Ron want their health to be protected when the government approves pollution". At para. 33 of their factum on the Motion to Strike the application, they state,

[i]f Ada and Ron are successful in striking the Decision, the result will be the reinstatement of the 2008 officer's control order that limited sulphur production at the Suncor refinery to 145 tonnes per day. Although it is conceded that the officer's control order did not involve an assessment of cumulative effects, it is anticipated that Suncor will seek either a new Amending Control Order or an amendment to its certificate of approval from the Director and that the Government Respondents will then apply their discretion under the EPA in a manner consistent with the *Charter*.

The application also states that "in quashing the specific Decision at issue in this application, they seek to have such a process begin".

[25] On a motion to strike an application, the threshold is a high one. Under Rule 21.01(3)(d), the moving party must show that it is plain and obvious that the application cannot succeed, particularly where a question of constitutional or *Charter* rights is concerned: see *Miguna v. Toronto (City) Police Services Board*, 2008 ONCA 799, 2008 CarswellOnt 7120, at para. 31; *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2005 CanLII 47783 (ON S.C.).

[26] Moreover, such a motion may not be turned into an evidentiary disposition. Suncor submitted that as it was also seeking a stay on the basis of s. 106 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, the "plain and obvious" test as set out pursuant to Rule 21.01(3)(d) does not apply. It argued in the alternative that, even if this test applied, it had met the test.

[27] The test for a stay is also a high threshold to meet: see, e.g., *Miguna*, at para. 21; *Certified General Accountants Assn. of Canada v. Canadian Public Accountability Board*, [2008] O.J. No. 194 (Div. Ct.), at para. 39; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 52 O.R. (3d) 316 (C.A.), at para. 4, leave to appeal refused at [2002] S.C.C.A. No. 74.

[28] As I advised the parties in the course of the hearing, I am not satisfied that grounds for striking the application have been made out. The application on its face confines the review application to the April 2010 Decision, submitting that the Decision infringes the applicants' s. 7 *Charter* rights to life, liberty and security of the person and their equality rights pursuant to s. 15 of the *Charter*. It seeks declarations under s. 24(1) of the *Charter* with respect to both, and an order setting aside the Decision. It also submits that the Decision violated the applicants' rights to procedural fairness in that it was made without notice.

[29] In the alternative, the application seeks an order quashing the Decision on the basis that the Director lacked jurisdiction under the EPA, and in the further alternative, that his failure to require an assessment of cumulative adverse health effects of pollution when making the Decision was unreasonable.

[30] Initially, the applicants also sought an order under section 52 of the *Constitution Act, 1982*, Sched. B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c.11, declaring that certain sections of the EPA are inoperative “in so far as they allow for the additional discharge of contaminants to air in Chemical Valley absent an assessment and minimization of the cumulative effects of pollution on the Applicants’ health.” The application has now been amended to exclude this claim, apparently in recognition of the fact that such relief is not available on an application for judicial review. As will be discussed further below, the evidentiary record was filed before the amendment to the application was made.

[31] The amended application, without the s. 52 claim, does not necessarily amount to a collateral attack upon earlier approvals or decisions apart from the April 2010 Decision. In oral argument, Mr. Duncan for the applicants conceded that it is not open to them to challenge the regulatory regime on a judicial review application, and that they are only entitled to attack the exercise of the decision making power in April 2010.

[32] The April 2010 Decision permitted a 25% increase in sulphur production by Suncor’s sulphur plant, though within the envelope which had been approved in 2004. It also became clear in argument that there was some confusion in the applicant’s materials concerning the relationship between this increase and the overall production at the oil refinery. The only evidence in the materials filed by the parties on this issue is that the increase in sulphur production had no effect on the overall production levels of the refinery, but only on the cost of production, because with a higher sulphur production, lower quality (cheaper) crude may be used in the process. The application itself does not distinguish clearly between sulphur plant production and overall refinery production. Suncor submitted that all the emissions from its refinery had been approved previously and should not be subject, in effect, to renewed scrutiny. It argues that a cumulative effects assessment, which considers previously existing emissions would necessarily undermine earlier approvals. It cited the references in the application and the evidence to previously approved chemical emissions, such as benzene, as support for its argument that this is really a collateral attack.

[33] This is not, in my view, a basis for striking the application. It remains open to the applicants to challenge the 2010 Decision approving an increase in sulphur production, and to argue that their ss. 7 and 15 *Charter* rights were violated by the failure to consider the cumulative effects of that increase. It may well be that some of the grounds in the application which related to chemicals not affected by the Decision will not be made out, but that is not a basis for striking the application at this preliminary stage. As will be discussed below, evidence filed that is irrelevant to the proper scope of the application as it relates to the Decision increasing the sulphur production may be struck, either at this stage or by the panel hearing the application on its merits. That does not, however, render the application as a whole a collateral attack or an abuse of process.

[34] Suncor argues, in effect, that any cumulative effects assessment would reopen earlier approvals because it by definition looks at emissions already in the air, which have already been approved. This is a question that should, in my view, be left to the panel hearing the application as it is very closely related to the merits of the application.

[35] The motion to strike the application is dismissed.

II. MOTION TO STRIKE AFFIDAVIT EVIDENCE

[36] In support of the application, the applicants have filed five volumes of application materials, containing 13 affidavits, including the affidavits of Ada Lockridge, Ronald Plain, Wilson Plain, Dr. Elaine Macdonald, Dr. Michael Gilbertson, William M. Auberle, Dr. Henry S. Cole, Dr. Peter Infante, Dr. Margaret Keith, and Dr. David Carpenter.

[37] Both respondents take issue with much of the evidence filed. To indicate the scale of this motion, one or both respondents take issue with approximately 86 paragraphs of Ms. Lockridge's 226 paragraph affidavit, some 71 of Ronald Plain's 162 paragraph affidavit, and some 57 paragraphs of Wilson Plain's affidavit. The parties very helpfully filed charts with the court providing easier reference to the challenged portions and cross-referencing the grounds upon which they challenge them.

[38] The respondents argue that portions of, or in some cases the entirety of, these affidavits contain evidence that goes beyond the scope of the decision at issue and are therefore irrelevant to these proceedings. They also argue that portions of the affidavits are also inconsistent with the rules of evidence. The Government respondents argue that the offending portions of the evidence filed should be struck.

[39] Suncor submits that the deficiencies with the affidavits are so numerous that rather than excising the problematic portions of the Affidavits, they should be struck out in their entirety.

[40] The respondents submit that much of the evidence filed should be struck for the following reasons:

- (a) **Irrelevance:** The respondents argue that much of the evidence has no bearing upon the facts at issue in the application. More particularly, the applicants have filed irrelevant evidence in support of their application that was not before the Director when making the April 2010 Order, that is beyond the scope of the Director's decision-making power under the EPA and that impugns contaminants that were not addressed by the April 2010 Order. This irrelevant evidence has no probative value, and is plainly prejudicial.
- (b) **Hearsay:** The respondents submit that much of the evidence contains hearsay statements related to highly contentious matters from unidentified individuals, and double hearsay statements that are inadmissible under any circumstances.
- (c) **Unqualified opinion evidence:** The respondents submit that some of the evidence is opinion evidence from unqualified lay witnesses, which is plainly inadmissible.
- (d) **Argument and speculation:** The respondents also submit that much of the evidence is argumentative and speculative in nature, and therefore, inadmissible.

[41] The applicants make a number of arguments in response. First, they submit that the respondents' position on relevance is overly narrow in light of the fact that the application is focused on the failure to consider the cumulative impact of the emissions approved in the April 2010 Decision. The existing state of the air quality prior to the 2010 Decision is relevant and necessary to any assessment of the cumulative effect of an additional or proposed emission. Second, they argue that the questions of admissibility are best left to the panel hearing the Application to determine in light of the complete record. Third, they take issue with the substance of the evidentiary arguments raised by the respondents.

[42] Despite their position on this, the applicants have agreed to modify certain portions of the affidavits in response to the objections raised by the respondents.

[43] Given the volume of material in issue, the parties were agreed before me that I would deliver a decision relating to the categories of evidentiary issues, with illustrative examples on the various points.

[44] The first issue to be considered is the extent to which it is appropriate that a motions judge make such determinations.

Sierra Club and case law

[45] The respondents submit that this case falls squarely within the ambit of the decision in *Sierra Club v. Ontario*, 2011 ONSC 4086, [2011] O.J. No. 3071 (Div. Ct.). In the circumstances of this case, in which the applicants have filed five volumes of material, including 13 affidavits, and in which they seek broad-ranging constitutional relief, the respondents argue it would be just and appropriate for this Court to strike the impugned portions of the record on this preliminary motion. The respondents submit that, pursuant to *Sierra Club*, a failure to define the appropriate evidentiary case that the respondents must meet, and thus to define the appropriate record, encourages the proliferation of collateral issues, and can result in unnecessarily complicated, expensive and lengthy proceedings. It is preferable for such issues to be decided at a preliminary motion so as to properly define the issues and record prior to the hearing of the application for judicial review.

[46] On the other hand, the applicants argue that all the evidentiary issues raised by the respondent are issues best left to the panel hearing the application. They submit that the *Sierra Club* decision does not apply to the present case, because that case involved an administrative law challenge where the applicants had sought to file evidence that was not before the decision-maker at first instance. The applicants argue because this Application raises a *Charter* challenge, the rules of evidence are much different and broader, and thus, *Sierra Club* is essentially inapplicable.

[47] The respective positions of the parties reflect the two principles which run through the jurisprudence on the subject. On one hand, courts are generally reluctant to deal with issues of admissibility and relevance of evidence in advance of the hearing on the merits: see *Hanna v. Attorney General for Ontario*, 2010 ONSC 4058, [2010] O.J. No. 3081 (Div. Ct.); *Ontario Federation of Anglers & Hunters v. Ontario (Ministry of Natural Resources)* (2002), 211 D.L.R.

(4th) 741, 2002 CanLII 41606 (C.A.), at paras. 49 and 53; 876502 *Ontario Inc. v. I.F. Propco Holdings (Ontario) 10 Ltd.* (1997), 37 O.R. (3d) 70 (Gen. Div.); *Elementary Teachers' Federation of Ontario v. Ontario (Minister of Labour)*, [2008] O.J. No. 662 (Div. Ct.) at paras. 22-23.

[48] On the other hand, this court has recently endorsed the practice of resolving issues about the admissibility of affidavit evidence before a motions judge prior to the hearing before the Divisional Court panel. In *Sierra Club*, the Court stated, at paras. 7 to 8,

[w]e are of the view that this motion should have been brought prior to the hearing by the panel, in order to clarify the contents of the record prior to factums being filed. Proceeding in such a manner would have enabled the parties to define the issues for the hearing based upon properly admissible evidence. I note that this was the procedure followed in the decision of *Hanna v. Ontario (Attorney General)*, 2010 ONSC 4058 (Div. Ct.). If the motion judge is unsure about the relevance of certain material, those issues may be left to be determined by the panel hearing the judicial review.

To fail to define the appropriate record for the Court before the hearing encourages the proliferation of collateral issues, as occurred in this application. Filing material by one party inevitably precipitates a response from the opposite party. The consequence of failing to define the record is a proceeding before this court that becomes unnecessarily complicated, expensive and lengthy. For the parties and for the court, the ground is continually shifting, and the core issues may be eclipsed by the procedural issues.

[49] In *Chopik v. Mitsubishi Paper Mills Ltd.* (2002), 26 C.P.C. (5th) 104 (ON S.C.), Justice Shaughnessy struck out, on a preliminary motion, a number of paragraphs from two affidavits submitted in support of a motion for certification under the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, on the basis that responding to the irrelevant evidence would amount to needlessly wasted resources:

Where it is clear in law that evidence is inadmissible, to leave the evidence on the record is embarrassing and prejudicial to the fair hearing of the motion or application. A party should not be put to the needless expenditure of time and resources in responding to evidence which can have no impact on the outcome of the proceeding. [at para. 26.]

[50] These two principles, considered within the context of the present case, are by no means irreconcilable. Defining the record appropriately in advance of the hearing enhances the panel's ability to determine the merits, and is thus in the interests of justice. As I will discuss below, there is material contained within the affidavit material that is clearly inadmissible and should be struck. On the other hand, this court must take care not to usurp the role of the panel in

determining the merits. In case of doubt concerning the admissibility of affidavit material filed, it should not be struck.

[51] I do not agree with the applicants that the fact that there are *Charter* claims advanced in the present case undermines the position articulated in *Sierra Club*. The fact that an applicant advances *Charter* arguments (or natural justice arguments) may well affect the admissibility of particular sorts of evidence, such as, for example, evidence not before the original decision-maker: see *Hollinger Farms No. 1 Inc. v. Ontario (Minister of the Environment)*, [2007] O.J. No. 2405 (Div. Ct.). But this does not undermine the principles articulated above. For example, improper opinion evidence that is clearly inadmissible is not rendered admissible because the underlying application raises *Charter* issues.

[52] The sheer volume of evidence in an application such as this one increases the importance of having a properly defined record for the reasons set out in *Sierra Club*, as quoted above. I do not agree with the applicants' submission that *Sierra Club* is inapplicable to this matter because there was no hearing held in the present matter. The principle that a record should be appropriately defined before the hearing is particularly important in an era of limited resources within the judicial system as well as the high cost of litigation to the litigants. Having said this, the parallel principle is that evidence should not be struck at this stage unless it is clearly inadmissible. These two principles will guide the following analysis.

[53] Suncor argues that much of the evidence is not admissible on the application for judicial review because it was not before the initial decision maker:

The summary nature of applications for judicial review dictates that, in general, evidence should be limited to the information that was before the original decision-maker or which the decision-maker could have taken into consideration, except where necessary to prove error going to jurisdiction that cannot be proved on the record.

In addition to evidence that was not before the original decision-maker, expert reports and studies that post-date the decision under review are inadmissible. Courts have furthermore emphasized that they are not academies of science which seek to provide a forum to debate environmental science:

It is not the role of the Court in these proceedings to become an academy of science to arbitrate conflicting scientific predictions, or to act as a kind of legislative upper chamber to weigh expressions of public concern and determine which ones should be respected. [citations omitted.]

[54] The difficulty with Suncor's argument on this point is two-fold. First, the nature of the applicants' submissions fall within to the exception to the general rule that evidence not before the initial decision maker is not admissible on an application for judicial review. The applicants assert that the Decision breached their ss. 7 & 15 *Charter* rights. As Dambrot J. recently stated in *AlGaithy v. The University of Ottawa*, 2011 ONSC 5879, [2011] O.J. No. 4479 (Div. Ct.), at para. 29,

...as with an allegation of a breach of natural justice, affidavit evidence must also be permissible to supplement the record to demonstrate a validly raised allegation of constitutional error (see *Rafieyan v. Minister of Citizenship and Immigration*, 2007 FC 727, [2007] F.C.J. No. 974 at para. 20). I emphasize that the constitutional issue must be validly raised. The mere labelling an issue as a constitutional one will not of itself open the door to the admission of otherwise inadmissible evidence.

[55] Second, as the applicants point out, they did not have prior notice of the decision and could not have put this issue before the Director.

[56] In my view, the *Charter* and procedural fairness arguments are at the core of the applicants' application and are arguments that must be assessed by the panel hearing the application. I would not strike any of the evidence on the sole basis that it was not before the decision maker at this point, because to do so would risk pre-judging the merits of the application.

Relevance

[57] The largest and most wide-ranging challenge to the evidence filed is based on the submission that much of it is irrelevant. The respondents challenge dozens of paragraphs of the Lockridge and Plain affidavits, as well as the entire affidavits filed by Dr. Michael Gilbertson, Dr. Elaine Macdonald and Dr. Margaret Keith on this ground. Many paragraphs are also challenged on other grounds.

[58] With respect to the "hybrid" affidavits of Drs. Gilbertson, Keith and Macdonald, the central objection is that they constitute improper expert opinion and should be struck in all or in part on that basis alone. I will address the hybrid affidavits below in relation to improper expert opinion evidence.

[59] With respect to Ada Lockridge's affidavit, the Government respondents assert as follows at para. 18 of their factum:

In her affidavit, Ms. Lockridge gives evidence on issues that are irrelevant to this judicial review, including: (a) the feelings of individuals on reserve other than the applicants (paragraphs 25, 71, 177); (b) sources of spills and pollution other than those which are the subject of the impugned decision (which are irrelevant to the determination of this application for the reasons set out below at paras. 45-47 and 53-56) (paragraphs 33, 43, 52, 152, 167, 179, 186); (c) personal health conditions unrelated to the emissions or facility at issue (paragraphs 89, 90, 102, 104-9, 129, 130, 132, 135); (d) personal health conditions and community statistics unrelated to air quality (paragraphs 89, 90, 102, 104-9, 132, 135); (e) the availability of social services on reserve (paragraph 100); (f) the effects of generalized pollution on animals, plants, water, and soil (paragraphs 153, 154, 161, 164, 165, 167-9,

217); and (g) the traditional activities and practices of the community (paragraphs 152, 153, 155, 158, 160, 162, 171-4, 176).¹

[60] With respect to Ronald Plain's affidavit, the Government respondents submit as follows at para. 23 of its factum:

In his affidavit, Mr. Plain gives evidence that is irrelevant to this judicial review, including: (a) the community's reaction to sirens and other views or feelings of individuals on reserve other than the applicants (paragraphs 20, 79, 92); (b) generalized exposure to pollutants other than those at issue in the impugned decision (which are irrelevant to the determination of this application for the reasons set out below at paras. 45-47 and 53-56) (paragraph 32); (c) personal health conditions unrelated to the emission source at issue (paragraphs 35, 48, 93, 100, 101, 114); (d) personal health conditions and community statistics entirely unrelated to air quality (paragraphs 35, 93, 100, 101); (e) the availability of social services on reserve (paragraph 42); (f) the traditional activities and practices of the community (paragraphs 72, 74-77); (g) the manner in which individuals in the community make plans and lock doors (paragraph 78); (h) the community's trust in outsiders (paragraph 80); (i) the number or proportion of older people on reserve (paragraph 81); (j) educational experiences of his father (paragraph 86); (k) historical land disputes (paragraphs 87-91); (l) funding sources for environmental workers (paragraphs 98, 99); (m) sources of spills and pollution other than those which emerge from the emission source at issue (paragraphs 102-4, 111); (n) an unrelated road blockade (paragraphs 109, 110); and (o) his opinion as to the government's methods of regulation (paragraphs 148-50, 152).²

[61] Wilson Plain, who is not a party to the application, also filed an affidavit. The Government respondents submit that paras. 9-17, 20-4, 32, 35-40, 44-6, 48-50, 52, 54, 63-5, 70-4, 76-8, 81, 85, 91, 94, 95, and 99 are irrelevant to the application, stating at para. 28 of their factum that,

[i]n his affidavit, Mr. Plain gives evidence that is irrelevant to this judicial review, including: (a) sources of spills and pollution other than those which emerge from the emission source at issue (paragraphs 32, 52, 81); (b) PCBs, benzene emissions, and other contaminants which are unrelated to the decision at issue on this application (paragraphs 39, 63-5, 73, 74); (c) his personal health conditions, including those unrelated to the emission source at issue (paragraphs 63, 64, 91);

¹ Suncor takes issue with generally, though not completely, the same paragraphs. Suncor challenges paras. 25, 33, 43, 52, 71, 89, 90, 100, 102, 104, 105-109, 122, 129, 130, 132, 135, 136, 152, 153-55, 158, 160-62, 164-65, 167-69, 171-74, 176-77, 179, 186 and 217 of Ms. Lockridge's affidavit.

² Suncor objects to paras. 20, 32, 35, 42, 48, 72, 74, 75, 76-94, 98-104, 108-111, 114, 127 and 148-52 on the ground of relevance.

and (d) the health conditions or diagnoses of others in the community, including conditions and statistics unrelated to air quality (paragraphs 65, 70-2, 76).³

[62] In addition to the affidavits filed by the applicants and Wilson Plain, the applicants filed a number of affidavits by scientists. As will be discussed below, the respondents challenge some or all of these on a number of grounds in addition to relevance, submitting in particular that they constitute improper expert opinion evidence, at least in part.

[63] The applicants also filed an affidavit from Dr. Elaine Macdonald, a scientist employed by Ecojustice Canada. The Government respondents challenge the relevance of some of her affidavit as follows at para. 34 of their factum:

Dr. Macdonald also gives evidence on issues that are, as discussed below at paras. 45-47 and 53-56, irrelevant to this judicial review, including: (a) emissions of “toxics” (paragraph 33) (b) sex ratio disparities (paragraph 34); (c) emissions of PM_{2.5}, benzene and other volatile organic compounds (VOCs) that are unrelated to the decision being reviewed or the emission source at issue (paragraphs 39, 45, 46, 51); (d) air pollution standards under Regulation 419/05 (paragraphs 51, 58-60); and (e) proposed certificates of approval for facilities other than the one at issue (paragraph 51).⁴

[64] Dr. Michael Gilbertson, a biologist filed another affidavit. The respondents object to this affidavit on the ground that it contains improper expert opinion, and that, to the extent that it provides evidence within his personal knowledge, such evidence is irrelevant to the issues in this judicial review application. By way of example, the Government respondents submit that his description of his interpretation of the 1996 report on soil and sediment, and the content of that report are irrelevant to the decision at issue in this application, which concerns a 2010 decision in respect of air emissions. Moreover, they argue, there is no allegation of any link between the sulphur dioxide emissions that were the subject of the 2010 Decision and the sex ratio disparities alleged by Dr. Gilbertson at paras. 12, 13, 16, 18 and 19 of his affidavit.⁵

[65] The application record also contains an affidavit from Dr. Margaret Keith. Again, the respondents submit that her affidavit should be struck in its entirety for reasons similar to those it advances in the case of Dr. Gilbertson. With respect to the relevance issue, the Government respondents submit at para. 41 of their factum that,

³ Suncor objects to paras. 9-17, 20-24, 32, 35-40, 44-46, 48-50, 52, 54, 63-65, 70-74, 76-78, 81, 85, 91, 94, 95 and 99 on the ground of relevance.

⁴ Suncor takes issue with paras 33-34, 39, 45-46, 51 and 58-60 on the grounds of relevance.

⁵ Suncor submits that the entirety of the Gilbertson affidavit should be struck on the basis that it constitutes improper opinion evidence, and is in any event, irrelevant to the issues in this judicial review application.

[t]o the extent that Dr. Keith provides fact evidence within her personal knowledge, this evidence is not relevant to the decision at issue in this judicial review. Historical emissions of benzene from sources other than the relevant plant (paragraphs 4, 7), and discussions with community members about their health concerns (paragraphs 7-10, 12, 22) are not relevant to the determination of this application. Moreover, there is no allegation of any link between the sulphur dioxide emissions (the subject of the decision being reviewed here) and the sex ratio disparities alleged by Dr. Keith (paragraphs 12, 28-31, 34).

[66] The applicants have also put forward a series of expert reports regarding industrial emissions, their effect on air pollution, and the effects of pollution on human health. These include the reports of William M. Auberle, Dr. Henry S. Cole, Dr. Peter Infante and Dr. David Carpenter. For the purposes of this motion the respondents do not challenge the qualifications of the witnesses that the applicants have put forward as experts. However, they submit that significant portions of all of these experts' reports should be struck on the basis that they provide evidence that is not relevant to the decisions at issue or the determination of the application for judicial review.

The Respondents' Submissions on Relevance

[67] The respondents submit that much of the evidence filed is irrelevant to this application as a judicial review of the April 2010 Decision. The overly broad evidence results largely, they submit, from two factors. First, they argue, supported by the uncontested affidavit of Dr. Peter Lynch, Director of Suncor's Environment, Health and Safety Department, that the application and much of the evidence filed in support confused sulphur production levels with the overall processing capacity of the refinery. He states at para. 16 of his affidavit that,

...there is no change in the volume of the product produced by the Sarnia Refinery (i.e. gasoline, diesel and jet fuels) despite variances in the level of sulphur production from 145 tonnes per day to 180 tonnes per day. The only change is the blend of crude oils processed, which vary only by their sulphur content. For example, if Suncor was granted a notional increase in sulphur processing capacity from 145 tonnes per day to 180 tonnes per day, there would be no corresponding increase in the amount of fuel products created. Rather, the increase in sulphur processing capacity would enable Suncor to utilize more sour crude. Conversely, if the Ministry of the Environment ("MOE") ordered Suncor to process only 145 tonnes of sulphur per day, there would be no corresponding decrease in the amount of fuel products created. Suncor would instead purchase more expensive, sweeter crude.

[68] Thus, the respondents submit, only evidence relating to the increase in sulphur production, as opposed to overall product production by the plant, is relevant to this application. They concede that the evidence filed contains some evidence indicating that increase in sulphur production authorized by the 2010 Decision could increase emissions of sulphur dioxide and hydrogen sulphide. However, there is no evidence whatsoever to indicate that the increased

sulphur emissions would increase other emissions, such as benzene. Moreover, they submit, there is no evidence on the record to suggest that the approved emissions would have synergistic or cumulative effects with other existing emissions. They argue, therefore, that only evidence relating to the effects of sulphur dioxide and hydrogen sulfide could be relevant to any consideration of cumulative effects of this application. Accordingly, for example, Ada Lockridge's reference to a "loss of boys" i.e., a skewed sex ratio on the reserve suggesting that this is caused by pollution exposure (see para. 109 of her affidavit), is irrelevant to this application in the absence of any causal link between the April 2010 Decision and this pre-existing harm, or indeed, any such harm or risk of harm in evidence.

[69] Second, the respondents submit that because the evidence was filed before the application was amended to delete the s. 52 claim, the evidence includes evidence that is irrelevant to the more narrow judicial review challenge to the 2010 approval itself. They submit, in effect, that the applicants may not indirectly challenge the regulatory framework through the guise of a judicial review application, and that it is therefore appropriate for this court to strike any evidence that is not relevant to the properly scoped issue. They emphasize that the *Charter* relief sought on a judicial review application must relate to the purported *exercise* of statutory power and not to the statutory power itself, citing *Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al.*, [1984] O.J. No. 3360 (C.A.), *Keewatin v. Ontario (Minister of Natural Resources)*, [2003] O.J. No. 2937 (S.C.), and *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services)*, [1996] O.J. No. 3737 (Gen. Div.), in support of this point.

[70] The respondents submit that, in order to establish that their s. 7 or 15 *Charter* rights have been violated in this case, the applicants must establish a causal connection between the harm or risk of harm asserted and the 2010 Decision. As the evidentiary record indicates that this decision could only have affected sulphur dioxide and hydrogen sulphide, and does not suggest any synergistic effects of these particular emissions on other emissions, evidence about the health effects of benzene or the general state of pollution in the area are entirely irrelevant to this application and should be struck.

[71] The respondents argue, accordingly, that portions of the applicants' and Wilson Plain's affidavits that describe existing pollution are irrelevant to this application as they have nothing to do with the 2010 Decision.

[72] At para. 43 of their factum, the Government respondents summarize the basis of their position (which is shared by Suncor) that much of the expert evidence should similarly be struck as irrelevant:

In particular, the applicants' experts provide extensive evidence regarding the emission of, and the health effects of benzene, 1,3-butadiene, other volatile organic compounds (VOCs) and PM2.5 in the Sarnia region. Dr. Infante's report, for instance, deals exclusively with the potential link between benzene exposure and disease, without any evidence regarding the nature of exposure in the applicants' community or providing any link between the decisions at issue and

benzene emissions or the effects thereof. None of the applicants' evidence provides such a link.

The Applicants' Submissions

[73] The applicants acknowledge that the application as amended is limited to a challenge of the Director's decision. They argue, however, that the question of relevance turns on the issue of whether he was required to conduct a cumulative effects assessment and if so, of what. These, they submit, are questions that go to the merits, and excluding such evidence (relating, for example, to existing cultural effects of pollution in the area) effectively prejudices the merits and risks creating a record that does not reflect the applicants' views on the issues.

[74] The applicants also argue that the risk of harm they assert in their ss. 7 and 15 *Charter* claim is the risk of exacerbating the preexisting harms created by pollution on the area. The state of "Chemical Valley" before 2010, they submit, is relevant to this issue and goes to the argument of fundamental justice because, the applicants argue, it is contrary to the principles of fundamental justice to approve further emissions without a cumulative effects assessment.

[75] In addition, they cite *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429 in support of its argument that this evidence is necessary to have in the record to set the context for their s. 15 argument that the 2010 Decision created a disparate impact upon the applicants.

Analysis of Relevance

[76] There are a number of general points to be made at the outset. First, I am satisfied that there was some confusion on the applicants' part between the production of sulphur and the overall production by the refinery. The uncontested evidence before the court in the application record is that the 2010 Decision affected the former and not the latter. In addition, the evidence indicates that while this increase might affect production of sulphur dioxide and hydrogen sulphide in some circumstances, there is no evidence that the 2010 Decision would have synergistic effects on any other contaminants such as benzene.

[77] Having said this, however, I am not satisfied that any references to preexisting pollution and its effects on those living in the area should be struck at this stage.

[78] With respect to its s. 7 claim, the applicants must establish that the 2010 Decision has created a risk to their physical or psychological health, or affects their ability to make fundamental life choices. They must also establish that such deprivation took place in a manner that did not conform to the principles of fundamental justice. They assert that the exclusion of the applicants from the decision-making process, the consequent deprivation of a right to be heard, and the failure to consider cumulative effects constituted a violation of the principles of fundamental justice.

[79] With respect to s. 15, the applicants must establish that the Director's Decision has had a disproportionate impact on the applicants on the basis of an enumerated or analogous ground,

and that the disproportionate impact has created a disadvantage by perpetuating historical disadvantage.

[80] For the reasons advanced by the respondents in this motion, it may well be the case that the applicants are unable to establish any causal connection between the 2010 Decision and the harms or risks of harms asserted that will be sufficient to “trigger” ss. 7 and 15 of the *Charter*. I agree with the respondents that only evidence relating to the 2010 Decision and any synergistic effects of the increase in sulphur production authorized by it are relevant for that purpose, and not any earlier approvals or preexisting contaminants in the absence of evidence of synergistic effects with the increased level of sulphur production.

[81] However, if a panel were to determine that the exercise of statutory power did create a harm or risk of harm that triggered the applicants’ *Charter* rights, the broader context of the disproportionate impact on the applicants as members of the Aamjiwmaang community would be an issue. A decision to exclude all such evidence would thus risk prejudging the merits of the application relating to the general levels of pollution and its effects on the area, the applicants and their community. I would not, for this reason, strike any of the paragraphs of the applicants’ or Wilson Plain’s affidavits on the basis of relevance. Because these affidavits are filed by the applicants and Wilson Plain who is also a resident of the area and a member of the Aamjiwmaang community, their perceptions of preexisting conditions may be relevant to the impact of the 2010 Decision upon them and, therefore, to the disparate impact argument. In these circumstances, it would be problematic to separate these issues from portions of the affidavits that might be clearly irrelevant.

[82] However, as will be discussed below, some passages of these affidavits must be struck on the basis of improper opinion evidence or unattributed hearsay.

[83] The expert’s reports are reviewed below. With the exception of Dr. Infante’s report, which I would strike in its entirety, portions of all of them are relevant or at least potentially relevant to this judicial review application. All of them contain portions that are not confined to the issues of this application as “scoped”. Having said that, however, I have determined not to strike those portions so that the panel may consider the full reports within the context in which they were actually prepared. The panel may conclude that it is appropriate to strike or disregard various portions of these reports, but in my view, it should be able to consider the context of the reports as originally drafted in making such determinations.

Dr. Auberle’s Report

[84] The respondents object to Dr. Auberle’s report to the extent that it opines on the emissions of benzene and 1,3 butadiene and other pollutants which are not in issue in this application. He does, however, in the course of his brief report, articulate a relevant question, which is, “is the decision to allow Suncor to increase its production of sulphur likely to increase pollutant emissions from the facility?”. He discusses the emissions of sulphur dioxide and hydrogen sulphide in the course of sulphur processing, which is clearly relevant to this application. Paragraphs 2.2 and 2.3 refer to pollutants emitted from the facility “during regular

operations” but does not tie them (with the exception of nitrogen oxide and ultra-fine particulate matter) to sulphur production. He also opines that “current regulatory practices do not address such emissions and effects adequately”.

[85] While this report may be overly broad in light of the issues on this application, I would be concerned that striking portions of it could affect the application judge’s ability to properly assess it and determine the appropriate weight to be attributed to the relevant parts of it. The respondents are, of course, entitled to make full argument on these issues to the panel hearing the application, but it would, in my view, be premature to strike it at this point.

Dr. Cole’s Report

[86] Similarly, Dr. Cole’s report clearly appreciates the fact that the impugned decision affected sulphur production. His report is critical of the general regulatory framework, and thus his report is overly broad. One of the questions he addresses is whether “Suncor’s emissions have increased the exposure of Applicants and other people residing in the Aamjiwmaang First Nation area to elevated exposures of pollutants known to cause adverse health effects”. He refers to benzene and other chemicals. It is not clear from his report whether this comment relates to sulphur production or overall refinery production. Striking this statement could distort the evidence, and it should therefore remain at this point. His report also reviews general sources of air pollution in relation to the Aamjiwmaang First Nation community. As discussed above, this could be relevant to disparate impact issues.

[87] It would be premature to strike any part of this report. This is a matter that should be left to the panel to consider in the context of the issues properly before it.

Dr. Infante’s Report

[88] In my view, Dr. Infante’s report is in a different category. It concerns the relationship between leukemia and benzene. This report does not add anything to the other reports and has no link whatsoever to the 2010 Decision. In my view, it is irrelevant to this application and should be struck.

Dr. Carpenter’s Report

[89] This report considers pollution and its effects in the Sarnia/Aamjiwmaang community in comparison to the average Ontario community. It also opines on Ontario standards for various contaminants (including sulphur dioxide) relative to those existing in the United States.

[90] Again, while the scope of the report appears to be broader than that which is relevant to the application, in that it discusses pollutants that do not seem to be affected by the 2010 Decision, significant portions of it relating to general pollution in the area could be relevant to the disparate impact argument and it would thus be premature to strike it at this point. While, in my view, the affiant’s opinions on the adequacy of the regulatory requirements in Canada relative to those existing in the United States are clearly irrelevant to the judicial review of the

2010 Decision, the decision about deleting portions of it should be left to the panel to determine in the context of the issues properly before it.

The reports of Dr. Jackson, Dr. Reimer and Dr. Mitchell

[91] Suncor submits that these reports are irrelevant to the Decision under review and should be struck.

[92] While these reports, which address anthropological, cultural and psychological effects of pollution upon First Nations peoples, do not concern the harm or risk of harm allegedly caused by the Decision under review, they could be relevant to a consideration of the impact of any harm that a court found to have been created by the 2010 Decision. They may be relevant to the s. 15 disparate impact argument. A decision to exclude this evidence at this stage would prejudice the merits of this application and is therefore premature. Accordingly, I would not strike them at this stage.

Improper Opinion Evidence

The Hybrid Affidavits Dr. Macdonald, Dr. Keith and Dr. Gilbertson

[93] The applicants have also filed a number of affidavits from scientists, which are not proffered as expert evidence. These include the affidavits of Dr. Macdonald, Dr. Keith and Dr. Gilbertson. I conclude that these reports should be struck in their entirety. In essence, these affidavits are proffered for the scientific value of the opinions they express. They do not qualify as expert evidence and should therefore not be admitted. In addition, portions of the applicants' and Wilson Plain's affidavits constitute improper opinion evidence and should be struck.

[94] Opinion evidence may only be tendered through the evidence of a properly qualified expert. Unqualified expert opinion is impermissible and should be struck: see *Bedford v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 4264, [2010] O.J. No. 4057 (S.C.), at para. 101; *Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board*, [2009] O.J. No. 428 (S.C.), at para. 110, varied on other grounds, 2010 ONCA 310; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at paras. 17 and 27; *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 4.1.01(1).

[95] The importance of this principle and the role of the court as gatekeepers to exclude such improper evidence was recently underlined in the course of the inquiry by Mr. Justice Goudge concerning the forensic pathology work of Dr. Charles Smith.⁶ At pp. 499-500 of his report, Goudge J.A. noted the importance of trial judges determining the scope of admissible expert evidence, including by defining the precise subject area of expertise for which a witness is qualified to give evidence and ensuring that expert evidence is only admitted within the narrow scope for which the witnesses has been properly qualified:

⁶ Ontario, Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario, Report: Policy and Recommendations, vol. 3 (Toronto: Queen's Printer, 2008) ("The Goudge Report").

A final outcome from the admissibility process is a clear definition of the scope of the expertise that a particular witness is qualified to give. As discussed in the earlier part of this chapter, it will be beneficial to define the range of expertise with as much precision as possible so that all the parties and the witness are alerted to areas where the witness has not been qualified to give evidence. . . . As I earlier recommended, the trial judge should take steps at the outset to define clearly the proposed subject area of the witness's expertise.... These steps will help to ensure that the witness's testimony, when given, can be confined to permissible areas and that it meets the requirement of threshold reliability.

[96] In my view, the entire affidavits of both Dr. Michael Gilbertson and Dr. Margaret Keith are effectively expert opinion. They are both scientists, have both done research in fields related to the claims advanced which they discuss and with respect to which they opine in their affidavits. They have not signed an acknowledgement of the expert's duty form, nor do they claim to be neutral, unbiased or non-partisan in their evidence, as required by the *Rules of Civil Procedure* and by common law principles governing the role of expert witnesses. They have taken on the role of advocates. As these witnesses are not tendered as qualified experts, their affidavits putting forward opinion evidence are improper and should be struck in their entirety: see *Rules of Civil Procedure*, R. 53.03(2.1); *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co. Ltd. ("The Ikarian Reefer")*, [1993] 2 Lloyd's L.R. 68 (Q.B. (Com. Ct.)) at 81; *Sagl v. Cosburn, Griffiths & Brandham Insurance Brokers Ltd.*, 2009 ONCA 388, [2009] O.J. No. 1879, at para. 85; *Bedford v. Canada*, at paras. 100-3; *Gutbir (Litigation guardian of) v. University Health Network*, 2010 ONSC 6394, [2010] O.J. No. 4982, at paras. 21-24.

[97] Much of the affidavit of Dr. Elaine Macdonald is also expert opinion. She has not signed an acknowledgement of expert's duty form and has not claimed to be neutral, unbiased or non-partisan in her evidence. Her evidence shows that she is an advocate for the position of the applicants. As Dr. Macdonald is not qualified to provide expert opinion, the numerous portions of her affidavit where she has provided expert opinion (as set out in Schedule A to the Notice of Motion) are inadmissible and should be struck. While there are portions of her affidavit that do reflect personal experience, these portions do not add to other material already before the Court, particularly in the absence of those portions that effectively constitute improper opinion evidence.

[98] In concluding that the Report of Dr. Macdonald should be struck in its entirety, I also note that she was mistaken as to the effect of the Decision, and appears to have assumed that the increase in sulphur production also affected the overall fuel production at the Suncor refinery. This increases the risk that much of her affidavit is irrelevant to the effects of the 2010 Decision, in any event.

[99] One of the fundamental duties of the expert witness in a civil case is to provide independent assistance to the court by way of objective, unbiased opinion in relation to matters within the witness' expertise. An expert witness should not assume the role of advocate. Dr. Gilbertson, Dr. Keith, and Dr. Macdonald each provide argumentative and speculative

statements in their affidavits that are put forward in support of the applicants' position. While there are, as indicated above, some portions of these affidavits that do reflect personal experience, these are greatly outweighed by the potentially prejudicial effect that improper opinion evidence may have. This risk is exacerbated when the affiants are scientists as opposed to laypersons such as Ms. Lockridge, Ronald Plain, and Wilson Plain.

[100] Their evidence is inconsistent with the rules for putting expert opinion before the court and should, accordingly, be struck.

The opinion evidence of Ada Lockridge, Ronald Plain and Wilson Plain

[101] The applicants Ada Lockridge and Ronald Plain, as well as Wilson Plain, another fact witness, provide opinion in their affidavits on a wide range of topics which relate in particular to the effects of pollution from the refineries on their community. These witnesses are not qualified to provide expert opinions on these topics. Their opinion evidence is inadmissible and should be struck. While Ada Lockridge, for example, may give evidence as to studies she has participated in and what she has done, she may not give expert evidence as to the results or import of such studies. For example, at para. 79 of her affidavit, she refers to her involvement in some investigation into the sex ratio issue:

In our study, we recognized that further study was necessary to pin-point the cause of the skewed birth ratio and to further study our findings but we pointed out that an issue existed and that maybe pollution could be the cause.

[102] This paragraph constitutes improper expert opinion, as does a considerable part of the Lockridge affidavit relating to empirical work that Ms. Lockridge has been involved with. It goes far beyond a statement that Ms. Lockridge was aware of and concerned about the sex ratio issue and worried about the cause. The applicants have agreed to delete the following passage which was the final sentence of para. 79:

Despite the need for additional study, my own personal view given the comparison between Aamjiwmaang and the control group is that there is only one difference in lifestyle and that is the fact that we live in Chemical Valley and its pollution.

[103] Having said that, the applicants' evidence relating to the fear or uncertainty as to, for example, cancer rates and statements like "I worry that...", etc., are potentially relevant to harm or perception of harm and to disparate impact arguments. Similarly, many of the paragraphs the respondents object to as "unqualified opinion" are arguably relevant to psychological impact of the Decision. One such example is found at para. 23 of Ronald Plain's affidavit:

The effects of long-term cumulative exposure to pollution from all the different exposure to pollution from all the different sources in Sarnia may be killing me slowly like death by a thousand cuts, but I can't point to anyone single source of pollution or type of pollution that has to stop to protect my health. The fact is that all of the emissions contribute in a cumulative manner to the health risks to which

my family, friends, and I are exposed. Adding to the existing pollution burden in our community increases these risks. Not knowing what specifically is being emitted and whether the air pollution poses serious health risks at a given time or location is hugely stressful. Suncor's increase in production which is at issue is one of many examples.

[104] To the extent that the content in this paragraph is understood to be opinion evidence relevant to establishing the state of pollution in the area, I would agree with the respondents that it is improper. The central point of this paragraph, however, relates to the psychological effects of pollution in general and uncertainty. It is not feasible to segregate out statements that should be excluded from those that are arguably admissible, and so it is appropriate that the paragraph should remain, and the respondents may argue about the issues of admissibility and weight before the panel.

[105] Not all expressions of opinion are inadmissible on the part of lay witnesses: see *Graat v. R.*, [1982] 2 S.C.R. 819, 31 C.R. (3D) 289 at p. 305; David M. Paciocco & Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 5th ed., (Toronto: Irwin Law, 2008).

[106] In considering whether a lay opinion will be admitted, a judge will consider,

...whether the conclusion is one that people with ordinary experience are able to make. Persons of ordinary experience may be able to estimate the speed of a motor vehicle, for example, but not the speed of an airplane. A judge will also consider whether the particular witness has the “experiential capacity” to form the relevant opinion. A young child will not likely have the ordinary experience needed to comment even on the speed of a motor vehicle. [Paciocco & Stuesser, at p. 187.]

[107] In my view, the affiants who reside in the area have the requisite experiential capacity to opine, for example, on matters like the apparent increase in air pollution when the wind is blowing from the refineries, subject, of course, to the rules of relevance. They do not have the requisite capacity to opine, for example, on the effects of particular contaminants on various health or environmental conditions. Such evidence may only be adduced through proper expert evidence.

[108] In sum on this issue, the evidence that is clearly improper opinion evidence should be struck from these affidavits. To the extent that the affidavits refer to fears or uncertainty about effects of pollution that may be relevant as discussed above, the issue should be left to the panel hearing the application. Similarly, not all the opinions expressed by these affiants are inadmissible as some of them are, at least arguably, within their experiential capacity.

Unattributed Hearsay Evidence

[109] In an application, an affidavit may contain statements of the deponent's information and belief with respect to facts that are not contentious, if the source of the information and the fact

of the deponent's belief in the information are specified in the affidavit: see *Rules of Civil Procedure*, R. 4.06(2) & 39.01(5).

[110] However, statements in affidavits for use on an application that touch on a contentious matter and do not state the source of the affiant's information and belief should be struck. It is essential to the adversarial process that evidence submitted by affiants be under oath or affirmation, and that the affiant is available to be cross-examined in order to test the reliability of the evidence. This rule is well established, and "in the face of an objection being taken the Court may not waive the irregularity": see *Cameron v. Taylor* (1992), 10 O.R. (3d) 277 (Gen. Div.), at para. 24; *Metzler Investment GMBH v. Gildan Activewear Inc.*, [2009] O.J. No. 3394 (S.C.), at paras. 33 and 50; *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.*, [1990] O.J. No. 63 (H.C.J.), at para. 21.

[111] The applicants argue that such evidence, however, may still be admissible under the principled exception to the hearsay rule, citing *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, at para. 106; *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, at paras. 56-63.

[112] The affidavits of Ada Lockridge, Ronald Plain, and Wilson Plain contain instances where the affiants do not attribute the source of hearsay statements in respect of contentious facts. These paragraphs are set out in Schedule A to the Notice of Motion. This evidence is inadmissible, and should be struck: see *Canadian Blood Services v. Freeman*, [2004] O.J. No. 4519 (S.C.), at para. 19.

[113] In general, the respondents argue that these paragraphs should be struck on a number of grounds in addition to unattributed hearsay, such as irrelevance. For example, Ms. Lockridge states at para. 179 that,

I remember several evacuations from Aamjiwmaang when I was young due to spills to air. I remember in the early 1970s that there was a massive spill from the Dow chemical plant, but at that time I didn't know what had been released or from where. [...] That specific Dow release killed some of the workers at Suncor and burned a patch through the bush at Aamjiwmaang. People saw a haze and it was coming through their windows. Some people stayed home because they didn't have a ride or because they refused to leave. When I started doing environmental work people would tell me about incidents over the years and many people spoke about that spill from Dow as something that stuck in their minds.

Paragraph 20 from Ronald Plain's affidavit states as follows:

The sirens scare my kids; my understanding is that they scare all the kids that go to the daycare because the sirens are right in front of the daycare. There really is no way to react to them because there is no way to know what a siren means.

[114] The respondents object to these passages on the basis that they contain unattributed hearsay relating to matters that are contentious, and that are irrelevant as well.

[115] At para. 38 of his affidavit, Wilson Plain provides the following statement:

To my knowledge, only a handful of people on reserve continue to hunt animals such as deer. These activities are more and more uncommon because of concerns about contamination of animals from industrial pollution. In the past decade, several studies have been conducted of contamination levels on our land and in the reserve. We have actually been warned by our own hunters, like my brother Gerald Plain, as well as researchers following one of these studies, not to eat deer that have spots on their livers, which our own hunters were starting to find.

[116] The respondents submit, and I agree, that these passages contain improper opinion evidence as well as unattributed hearsay, and that they should be struck for this reason.

[117] The combination of the fact that these statements are unattributed hearsay and that they have nothing to do with the April 2010 Decision makes the respondents' arguments that much stronger. Although I am inclined to generally resolve questions of relevance in these affidavits, as discussed above, in favour of the applicants, the combination of factors satisfy me that the paragraphs set out in Schedule A to the Notice of Motion in relation to unattributed hearsay should be struck.

Speculative evidence

[118] The respondents submit that a number of paragraphs of the affidavits of Ada Lockridge, Ronald Plain, Wilson Plain and Dr. Elaine MacDonald contain speculation that should be struck on the basis that statements that speculate as to the existence of facts that are outside the scope of the deponent's information or knowledge are impermissible in an affidavit: see *Rules of Civil Procedure*, R. 4.06(2) & 39.01(5); *Desjardins v. Mooney*, [2001] O.J. No. 697 (S.C.), at para. 4.

[119] The applicants submit that these statements fall into two categories:

First are statements that are not tendered to prove the truth of what they aver, but rather the fact of the speculation itself. For example, in paragraph 122 of Ada's Affidavit, she states: I don't know if there is any correlation between my health problems and the pollution but I often wonder about that. My daughter Felicia and I are currently participating in a study with University of Michigan professor Nils Basu, testing my body for contamination. They took samples of my hair, blood, urine and nails. They also took samples of dust from my house, soil samples outside my house, and my samples of my drinking water, and my pet bird's feathers. They haven't given me the results yet and I am scared what they might find.

The second category of statement to which the Respondents object are those that are tendered to prove the truth of the conclusions therein, which the Applicants submit are not speculation but permissible lay witness opinion evidence based on personal observation and experiential capacity. [Applicant's Factum on the Motion to Strike the Affidavit Evidence, at para. 68-69.]

[120] With respect to the first category, I agree with the applicants that some of the impugned passages, such as the one at para. 122 of Ms. Lockridge's affidavit, are not proffered for the truth of the contents of the premise but as evidence of uncertainty and fear. Another example is the Ronald Plain's statement that "my fear became a reality in 2010 when I learned that the Ministry allowed Suncor to increase its production again" (Ronald Plain's Affidavit, at para. 139). The point of this passage is the fear of increased pollution.

[121] Other passages, however, such as para. 96 of the Lockridge affidavit, do contain inadmissible speculation. Although the applicants have agreed to delete the last sentence of this paragraph, the entire paragraph speculates that certain studies may not have continued as a result of government funding decisions. Speculation as to the health impacts of industry in the area are also inadmissible, except to the extent that the references are made for the purpose of establishing fear or uncertainty that relates to the 2010 Decision (and/or the disparate impact argument).

[122] In my view, however, the respondents' objections on this category are overly broad. For example, the respondents object to Ms. Lockridge's statement that some people don't visit her because of the pollution as inadmissible speculation as to the reason people do not come to visit her. While this is true, it could be understood as simply reflecting her interpretation. In my view, such speculation on the part of a lay witness is likely to be harmless and, properly considered, may be relevant to the arguments related to desperate impact. This is the sort of objection that can be best assessed by the hearing panel, in light of the determinations made on relevance to particular issues at that point.

Argument

[123] It is inappropriate for a witness to provide evidence, whether opinion or otherwise, that constitutes argument in support of that party's position on the issues that are to be decided by the court: see *Coote v. Zellers*, [2008] O.J. No. 809 (Div. Ct.), at para. 22; *Ontario (Ministry of Natural Resources) v. Ontario Federation of Anglers and Hunters*, [2001] O.J. No. 750 (Div. Ct.), at paras. 21, 26. The respondents submit that there are many paragraphs (approximately 80) in the affidavits of the applicants and Wilson Plain that contain argument that should be struck.

[124] The applicants submit that a statement is only improperly argumentative when it contains "a mere statement" of the law, legal opinion, or both. Lay witness opinion evidence based on personal observation is not, in their view, argument. They also submit that some of the impugned paragraphs are intended to support arguments about the psychological state of the applicants, which may be relevant to the issue of disparate impact.

[125] The applicants have, however, agreed to amend many of the paragraphs to which the respondents agree on this ground in their affidavits and that of Wilson Plain. These deletions or alterations are clearly set out in the chart appended to their factum.

[126] Although the respondents have objected to many of the paragraphs they claim contains impermissible argument on other grounds as well, my review of these paragraphs indicates (as does the applicants' factum) that the amendments they propose have been made largely in

response to the impermissible argument submission. I would not strike any additional paragraphs on the sole basis that they constitute impermissible argument. Some of the paragraphs which the respondents identify, however, may constitute improper opinion evidence or impermissible hearsay and should be struck on those grounds, as discussed above.

[127] In coming to this conclusion on this point, I take into consideration the applicants' submissions that some of these paragraphs may be relevant to the psychological state of the applicants or the impact of existing pollution on their community. One example is para. 13 of Ronald Plain's affidavit, which states that "I am compelled to deal with this huge threat to the future of the community". While such a statement is clearly argument (that there is such a threat), it is more of a statement of belief and determination. Such statements are not, in my view, prejudicial to the respondents because a court is unlikely to rely on such a statement in determining issues (other than psychological state and disparate impact, to the extent that it considers them to be relevant). I also take into account the fact that the impugned statements are made in the lay affidavits. There is little or no danger, in my view, that a court will be influenced by such impermissible argument.

[128] In *Ontario Federation of Anglers and Hunters*, the impugned affidavit argument which the court struck was filed by as expert evidence. In *Coote*, the affidavit evidence was filed by the self-represented party and accordingly may be understood to have represented a real risk that the line between evidence and legal argument would be confused. This is not the case in the present case. Moreover, many of the impugned paragraphs are also challenged on other grounds such as relevance which may be raised again before the panel.

Conclusion on the Motion to Strike Affidavit Evidence

[129] In the foregoing discussion, I have concluded that some of the evidence tendered is inadmissible and should be struck, although the decisions on admissibility and weight with respect to much of it should be left to the panel for the reasons I have set out.

[130] While I have real doubts as to the admissibility of much of the evidence on many of the grounds raised, especially relevance, striking the affidavits to the extent the respondents request would disrupt the narratives set out in the affidavits, making it harder, not easier, for the panel to understand the evidence. This is particularly true with respect to the affidavits submitted by the applicants themselves, and Wilson Plain as members of the community allegedly affected. In addition, general context and narrative is permissible, and this line is difficult to draw in a preliminary motion.

[131] One must keep the dual principles emerging from *Sierra Club* and similar cases in mind. On the one hand, it is important to define the scope of the application properly to avoid the proliferation of issues, and to ensure the record filed reflects the issues properly before the court. On the other hand, it is not for a motion judge to usurp the role of the hearing panel in determining the merits of the application. Where there is doubt concerning the admissibility of some or all of a given affidavit, it is best to err on the side of caution and not strike the material from the record.

[132] Moreover, as I have outlined, it will be necessary to make some determinations on the merits in order to finally determine the relevance of much of this evidence. For example, the determination of whether the applicants can establish sufficient risk of harm caused by the 2010 Decision to trigger the *Charter* violations they allege will, in turn, affect the relevance of significant quantities of the evidence that the applicants argue is relevant to issues of disparate impact.

[133] The applicants ask for leave to amend their affidavits with respect to the portions struck. The applicants rely on Rule 25.11 of the *Rules of Civil Procedure*:

The court may strike out or expunge all or part of a pleading or other document with or without leave to amend, on the ground that the pleading or other document,

- (a) may prejudice or delay the fair trial of the action;
- (b) is scandalous, frivolous or vexatious; or
- (c) is an abuse of the process of the court.

[134] The applicants submit that any delay or prejudice to the respondents will not be significant because they have yet to file their responding material to the application (as opposed to the considerable material they filed on these motions). The respondents strenuously object on the basis that such amendments, at this stage, will only serve to extend and further complicate an already unwieldy (and, they argue, misconceived) proceeding.

[135] I would grant leave to amend only to the extent that the applicants have set out such amendments in the chart attached to their responding factum to the Motion to Strike Affidavit Evidence. Some of these are amendments, and some are deletions. I see no need to grant leave to amend the affidavits beyond this.

[136] Permission to amend, or to file additional material at this stage, beyond those which the applicants had already agreed to, will only serve to protract and complicate an already protracted and complex proceeding.

III. PROTECTIVE COSTS ORDER

[137] The applicants move for a protective costs order insulating them, absent improper conduct during this litigation, from adverse costs if the application for judicial review is ultimately unsuccessful. They submit that the application,

...is a public interest case that raises important questions regarding the application of the *Charter*, protection of human health from exposure to cumulative emissions of contaminants associated with serious health risks, and the manner in which the Government Respondents approve releases of contaminants to air under the [EPA].

[138] They argue that the nature of this case is one with significant implications for other Ontario communities located in industrial pollution “hot spots”. They also submit that their claims are *prima facie* meritorious in nature and that these considerations, along with their limited financial means and the disparity in means between them and both respondents, justifies a protective costs order in their favour.

[139] The applicants also submit that the non-financial costs of pursuing this application compound the impacts they have already suffered from living in Chemical Valley, and in particular, maintain that the possibility of an adverse costs award contributes to their already high level of stress and anxiety caused by living in Chemical Valley. The applicants argue that the test for obtaining a costs immunity order should be less stringent than that applicable to an interim or advance costs order as it is less drastic.

[140] The respondents counter that no Ontario court has made a protective costs order, citing *Farlow v. Hospital for Sick Children*, 2009 CanLII 63602 (ON S.C.), and they argue that the circumstances in this case do not warrant such an exceptional award. In particular, they submit that this is not a case where, absent such an order, access to justice will be impaired, because Ecojustice is representing the applicants *pro bono*, and so the application may proceed whether such an order is granted or not.

[141] In addition, they submit that the applicants have not established that the case is one of sufficient *prima facie* merit to justify the relief sought. They also submit that because the application, properly scoped, concerns only the April 2010 Decision, it is unlikely that the case will have much useful precedential value in other cases. They also point to the fact that this application has been brought in the personal capacities of the applicants and not by the Aamjiwmaang First Nation, and there is no evidence that band members or the Band Council support the application.

[142] The respondents also argue that, unlike the case of *British Columbia v. (Minister of Water, Land and Air Protection) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, there are no special circumstances that justify such an exceptional award. They emphasize that a protective costs order as sought would mean that the applicants would have little incentive to ensure that the litigation proceeds in an efficient and just matter. While the order as sought would only apply “absent improper conduct”, it is appropriate for courts to use costs to discourage unnecessary steps or conduct that unnecessarily complicates the litigation even if not rising to the level of being “improper”: *Fellowes, McNeil v. Kansa General Insurance Co*, [2006] O.J. No. 5130 (S.C.). By way of example, the Government respondents submit that it is not appropriate to insulate the applicants from costs associated with the filing of large amounts of material which, they allege, is irrelevant to the determination of the application.

[143] The Government respondents state that while they are not prepared to undertake not to seek a costs award, they will not seek to collect on any cost award other than an award ordered for improper or clearly unnecessary steps in the proceeding of the sort that would attract a cost award under Rule 57.01(1)(e), (f) and (g).

[144] Suncor submits that it is a private litigant “who has been dragged into this litigation despite its best efforts to comply with the existing law...” and argues that it is unfair that it should effectively be punished with such an order.

The Law

General Principles

[145] In the usual case, costs are awarded to the prevailing party after judgment has been given. It has long been recognized that this general rule reflects a number of policy considerations, which include but are not restricted to the principle of indemnification of a successful party:

The principle of indemnification, while paramount, is not the only consideration when the court is called on to make an order of costs; indeed, the principle has been called "outdated" since other functions may be served by a costs order, for example to encourage settlement, to prevent frivolous or vexatious [sic] litigation and to discourage unnecessary steps. [Mark M. Orkin, *The Law of Costs*, 2nd ed., (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987) (loose leaf), at p. 2-24.2.]

[146] It is clear that the court has jurisdiction to order costs that do not follow this general rule, and there are many illustrations of cases where such costs awards have been made and upheld, see, e.g., *B.(R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315. There, the applicants, who were Jehovah's Witnesses, had unsuccessfully argued that their *Charter* rights had been violated when a blood transfusion was administered to their baby daughter over their objections. The intervening Attorney-General was ordered to pay the applicants' costs despite succeeding in the application.

[147] As the Supreme Court of Canada has ruled in cases such as *Okanagan and Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38, one of the exceptional orders that may be available which derogate from the general costs rule is an advance or interim costs award. In *Little Sisters*, Bastarache and LeBel JJ. (at para. 40) noted that creative costs awards, such as adverse costs immunity, may be available in special circumstances.

[148] Although no Ontario court appears to have issued a protective costs order, there is a limited practice in England of doing so. In *R. (on the application of Corner House Research) v. Secretary of State for Trade and Industry*, [2005] 4 All E.R. 1 (D.A. (Civ. Div.)), the Court of Appeal indicated that such an order could be appropriate in exceptional circumstances where the court is satisfied that:

- (a) The issues raised are of general public importance;
- (b) The public interest requires that those issues should be resolved;
- (c) The applicant has no private interest in the outcome of the case;

- (d) Having regard to the financial resources of the applicant and the respondent(s) and to the amount of costs that are likely to be involved, it is fair and just to make the order; and
- (e) If the order is not made, the applicant will probably discontinue the proceedings and will be acting reasonably in so doing.

[149] In *Corner House*, the applicant sought judicial review of a decision of the Secretary of State for Trade and Industry amending the procedures of the Export Credits Guarantee Department (“ECGD”) of the Department of Trade and Industry, and the ECGD’s standard forms relating to bribery, corruption and money laundering. The applicant was an educational, research and campaigning organization with a particular interest and involvement in the role of export credit agencies in the prevention of corruption and bribery in international business transactions. The grounds for the claim were, inter alia, that the defendant had failed to consult the claimant or other interested organizations before effecting far-reaching changes to the ECGD’s anti-bribery and anti-corruption procedures, although it had consulted with its corporate customers and their representatives. Corner House claimed that the failure to consult was a serious breach of basic public law standards of fairness and the ECGD’s own published consultation policy.

[150] In *Farlow*, Herman J., having reviewed Ontario case law on the point, noted that there is no specific provision in Ontario providing for Costs Protection Orders, and continued as follows at para. 89 of her reasons:

However, a review of the more recent cases, in particular, and the references by the Supreme Court and the Ontario Court of Appeal to the availability of a costs immunity award, as well as a consideration of the court’s broad costs discretion, leads me to conclude that the granting of costs immunity, while exceptional, may be considered in an appropriate case.

[151] In considering what an appropriate case might be in Ontario for such an award, Herman J. suggested that the criteria that the Supreme Court of Canada has established for advance or interim costs award may be useful. In *Okanagan*, the Court set out the following conditions at para. 40:

- (a) The party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation and no other realistic option exists for bringing the issues to trial;
- (b) The claim is *prima facie* meritorious; it would be contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means; and
- (c) The issues are of public importance and have not been resolved in previous cases.

[152] These conditions were further refined in *Little Sisters*, at paras. 39 to 44, as follows:

- (a) The injustice that would arise if the application is not granted must relate to both the individual applicant and to the public. This does not mean, however, that every case of interest to the public will satisfy the test.
- (b) An advance costs award must be an exceptional measure. The applicant must be able to demonstrate attempts to obtain private funding and, if not impecunious, must commit to making a contribution. The court should also consider different kinds of costs mechanisms.
- (c) There would be no injustice if the issue could be settled or the public interest satisfied without an advance costs award.
- (d) If an advance costs order is made, the litigant must relinquish some control over how the litigation proceeds.

[153] The criteria in the U.K., as well as Nova Scotia and Newfoundland, where protective costs award are provided for in the rules of court, suggest other factors to be taken into account as well:

- (a) Whether the applicant's financial circumstances are such that the applicant would probably not proceed absent such an order;
- (b) The extent to which the public has an interest in the issues being litigated; and
- (c) The potential impact of such an award on the other parties. [*Farlow*, at para. 95-96.]

Analysis

[154] At the outset, I am satisfied that the considerations articulated by the Supreme Court of Canada in *Okanagan* and *Little Sisters*, as well as the additional factors set out by Herman J. in *Farlow*, are useful guidelines to be considered with respect to protective costs orders.

[155] The applicants submitted that the *Okanagan* and *Little Sisters* considerations should not be applied to a protective costs order because such an order is less onerous on the party subject to the order. *Corner House* and *Farlow* both recognize the similarity in principle between interim costs orders and protective costs orders, although the considerations as set out above are modified to some extent. The overarching point, repeatedly emphasized in all the case law, is the exceptional nature of such orders. While a protective costs order does not require the immediate outlay of cash, it does have the effect of undermining the usual incentive on the party obtaining such an order to consider the prospects of success in making decisions in relation to the litigation. The particular considerations or guidelines, in part, serve to reinforce this point.

[156] In my view, the three considerations articulated in *Farlow* do incorporate the appropriate guidelines or considerations articulated in *Okanagan* and *Little Sisters*. These considerations do not support the costs order sought by the applicant in this case for the following reasons.

[157] First, I am not satisfied on the evidence that the applicants' financial circumstances are such that they would probably not proceed if the costs order sought is not granted. Ecojustice is representing the applicants *pro bono*. While there is no doubt that the applicants are of modest means, this is not a case in which the applicants do not have access to justice in the sense that they cannot afford to continue the litigation without the order.

[158] The applicants argue, however, that they are unable to bear the risk of an adverse costs order in the event that they are unsuccessful, and submit further that the anxiety surrounding such a possibility compounds the psychological stress to which they are also subject. They also submit that the respondents are better able to absorb the costs associated with this litigation. From a financial perspective, that is no doubt true as a relative matter.

[159] However, the Government respondents indicate that while they would seek a costs award if successful, they would not "seek to collect on any cost award against the applicants in this application, except an award ordered for improper or clearly unnecessary steps in the proceeding..." (emphasis in original). While I do not doubt that the possibility of an adverse costs order vis-a-vis Suncor is stressful, this is not, in itself, sufficient to satisfy this consideration on these facts. Moreover, the argument that the stress the applicants suffer in this regard compounds the effects of living in Chemical Valley begs the question of whether or why Suncor should bear the costs, when no determination has been made in the merits of the argument whether there is or can be any link between the 2010 Decision involving Suncor's sulphur plant, and the harm or risk of harm about which the applicants complain.

[160] Second, the court must consider the extent to which the public has an interest in the litigation. This involves a consideration not only of whether there are public interests at stake in a general sense, but whether it is in the public interest that the litigation be pursued: see, for example, *Friends of the Greenpeace Alliance v. Ottawa (City)*, 2011 ONSC 472, 2011 CarswellOnt 315 (Div. Ct.). The question of whether the claim has *prima facie* merit is related to this, because it cannot be in the public interest to pursue clearly groundless litigation that is doomed to fail. The issues of public interest, public importance, and *prima facie* merit are thus relevant to the overall question of whether an injustice would result if the case could not be litigated.

[161] There can be no question that this case involves issues of public interest. Having said that, however, the fact that a claim asserts *Charter* rights or involves matters of some public interest does not necessarily satisfy this criteria: see *Farlow*. The matter must be of public importance.

[162] The issue in this judicial review application is very narrow. It concerns an administrative decision concerning sulphur production within an envelope of production that had previously been approved following public consultation. The level of sulphur production authorized by the April 2010 Decision had already been approved in 2004 following a process that had involved public consultation (with respect to which the applicants had, though notified, not participated). The consequences of success would be the quashing of the April 2010 Decision and would not affect general emissions from the refinery, and could not generally impose a cumulative effects

assessment into the regulatory process, though the applicants and Ecojustice advocate on behalf of such change.

[163] This is very different, for example, from the *Corner House* decision of the English Court of Appeal. There, the applicants sought judicial review of a decision which had imposed far-reaching changes to the ECGD's anti-bribery and anti-corruption procedures. The consequences of quashing such a decision as that carry very important public interest effects.

[164] Similarly, in *Okanagan*, the issue was whether the four respondent Bands had aboriginal title to the land and were entitled to log them, as they had begun to do. The Bands filed a notice of constitutional question challenging ss. 96 and 123 of the *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159, as conflicting with their constitutionally protected aboriginal rights after the Minister of Forests issued stop work orders and commenced proceedings to enforce the orders. The issues, and the direct results of the litigation, were of public interest and of great importance to the applicants. The issue there was a logging regime vis-à-vis the Bands.

[165] I would also note that it is not clear to me that this case is *prima facie* meritorious in the sense that the Supreme Court of Canada discussed this issue in *Little Sisters*, although it is not, in my view, a frivolous application. As discussed earlier in these reasons in relation to the applications to strike, the applicants must show a causal connection between the impugned Decision and the harms or risks of harm they allege that they have suffered. Without prejudging the hearing of the application on its merits, it is not immediately clear on a *prima facie* basis that the relevant evidence before the court on this issue can establish that.

[166] This point illustrates the reason for considering both public importance and merits as part of the considerations for exceptional costs orders such as the one sought here. The order sought here would undermine one of the fundamental policies which underlie the usual costs order, which is to create an incentive for litigants to consider the merit of the cases they bring.

[167] In this case, while the issues are of public interest in broad sense, the narrow nature of the impugned decisions and the limited remedy available in a judicial review application lead to the conclusion that the application does not have sufficient public importance to justify such an exceptional costs order. It cannot be said, in my view, that an injustice would result if this case could not be litigated.

[168] In addition, the fact that the applicants are not bringing this judicial review application in a representative capacity is relevant to the public interest consideration. There is no evidence as to the position of the Band or of the members of the community as a whole with respect to this particular application. While I would not consider this factor, in itself, to be fatal to this motion, it would in general be easier to meet the public interest and public importance components of the test if it were clear that the community which is, according to the application, so profoundly affected, supported it. This is in no way a reflection on the individual applicants, who have clearly worked tirelessly on the broader issues underlying this application with the entire community in mind.

[169] The third consideration mentioned in *Farlow* particular to protective costs orders is the potential impact on the other parties.

[170] While the Government respondents oppose the order sought, the impact upon it would arguably not be great because it has undertaken not to enforce a costs order, absent unreasonable conduct on the applicants' part as discussed above.

[171] Suncor, however, is in a different position. It is a private party, as was the hospital respondent in *Farlow*. Suncor submits that it,

...has been dragged into this litigation despite its best efforts to comply with the existing law, and has been threatened with irreparable harm and the closure of its refinery. Suncor had conducted itself in a reasonable manner throughout. It is unfair that Suncor should be punished with a costs order. [Suncor, Protective Costs Order Factum, at (para. 4(f).]

[172] Suncor argues that the application is based upon extensive irrelevant and inadmissible evidence, and the erroneous assumption that the April 2010 orders permitted Suncor to increase production of fuel products (and related contaminant emissions) from the refinery.

[173] As discussed earlier, I have concerns about the admissibility of a considerable amount of the affidavit evidence filed, but have concluded that much of it should be left for the hearing panel to determine. In the meantime, Suncor (and the Government respondents) have not yet filed their responding material to the application. The issues in this application, and particularly the extent to which they may involve earlier approvals upon which Suncor has relied over the years, are very important to it. While Suncor has not filed evidence relating to its anticipated costs in this application, the indications, based on this application, are that they will be considerable.

[174] The consequences of the order sought would be to force Suncor, a private party, to bear a large part of the costs of this litigation, no matter what the outcome on the merits. This is not justified as a preliminary decision in the present circumstances. There is no allegation whatsoever of wrongdoing on its part, as the applicants themselves note. The applicant's real concern is with the fact that the regulatory framework does not require the consideration of cumulative effects. As Suncor notes, it has been required to defend this application although the relief is not sought directly from it.

[175] In these circumstances, there are other alternatives to the traditional costs award that could be considered at the end of the litigation. A court might not grant costs to the respondents, even if they are successful. It might grant costs to the respondent only with respect, for example, to costs increased by the filing of material it concluded to be irrelevant or otherwise improper. On the other hand, as *B.(R.)* demonstrates, it would be open to a court to order either or both respondents to pay the applicants' costs even if it was not successful. The point, however, is that this determination is most properly made following the resolution of the application so that the court may consider all relevant factors. I note that a number of the cases upon which the applicants rely in support of exceptional costs orders are cases in which such orders have been

made at the end of the litigation: see e.g. *Incredible Electronics Inc. v. Canada (Attorney General)* (2006), 80 O.R. (3d) 723 (S.C.).

[176] In sum, the fact that the applicants have *pro bono* representation, the public interest considerations as I have outlined them, as well as the potential effect of this award on Suncor, satisfy me that this is not a case that warrants such an exceptional award. The risk that the applicants will decide not to proceed does not justify undermining the usual costs incentive on litigants to carefully consider the merits of their claims and the particular manners in which they are made. I am unable to conclude that an injustice would result if this case could not be litigated. Moreover, such an award in these circumstances would not justify the impact that it would have on Suncor, irrespective of the ultimate results of the litigation. This is particularly so when the court, following the hearing of the application, will have ample discretion to fashion an award that is fair and appropriate, and which considers at that time, all the policies underlying costs awards.

[177] For these reasons, the application for a protective cost order is dismissed.

IV. CONCLUSION

As set out above, the motion to dismiss the application is dismissed. The application to strike evidence is allowed to the extent set out in these reasons above, and otherwise dismissed without prejudice to the respondent's right to contest the admissibility before the hearing panel. The motion for a protective costs order is dismissed.

V. COSTS

If the parties are unable to agree as to the costs at these motions, they may file written submissions with the court within 45 days on a timetable to be agreed upon by themselves, failing which they may seek further direction from the court.

Harvison Young J.

Released:

CITATION: Lockridge v. Director, Ministry of the Environment, 2012 ONSC 2316
DIVISIONAL COURT FILE NO.: 528/10
DATE: 20120607

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

DIVISIONAL COURT

B E T W E E N:

ADA LOCKRIDGE and RONALD PLAIN

Applicants

– and –

DIRECTOR, MINISTRY OF THE
ENVIRONMENT, HER MAJESTY THE QUEEN
IN RIGHT OF ONTARIO, AS REPRESENTED
BY THE MINISTER OF THE ENVIRONMENT,
THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO and
SUNCOR ENERGY PRODUCTS INC.

Respondents

REASONS FOR DECISION

Harvison Young J.

Released: 20120607

TAB 4

A-78-17	A-78-17
A-217-16	A-217-16
A-218-16	A-218-16
A-223-16	A-223-16
A-224-16	A-224-16
A-225-16	A-225-16
A-232-16	A-232-16
A-68-17	A-68-17
A-74-17	A-74-17
A-75-17	A-75-17
A-76-17	A-76-17
A-77-17	A-77-17
A-84-17	A-84-17
A-86-17	A-86-17
2018 FCA 153	2018 CAF 153

Tsleil-Waututh Nation, City of Vancouver, City of Burnaby, the Squamish Nation (also known as the Squamish Indian Band), Xàlek/Sekyú Siyam, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of the Squamish Nation, Coldwater Indian Band, Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of the Coldwater Band on behalf of all members of the Coldwater Band, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwioose, Skwah, Chief David Jimmie on his own behalf and on behalf of all members of the Ts'elxwéyeqw Tribe, Upper Nicola Band, Chief Ron Ignace and Chief Fred Seymour on their own behalf and on behalf of all other members of the Stk'emlupsemc Te Secwepemc of the Secwepemc Nation, Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society (*Applicants*)

v.

Attorney General of Canada, National Energy Board and Trans Mountain Pipeline ULC (*Respondents*)

and

Attorney General of Alberta and Attorney General of British Columbia (*Interveners*)

INDEXED AS: TSLEIL-WAUTUTH NATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Tsleil-Waututh Nation, Ville de Vancouver, Ville de Burnaby, Nation Squamish (également appelée Bande indienne Squamish), Xàlek/Sekyú Siyam, Chef Ian Campbell, pour son propre compte et au nom de tous les membres de la Nation Squamish, Bande indienne Coldwater, Chef Lee Spahan, à titre de chef de la Bande Coldwater et au nom de tous les membres de la Bande Coldwater, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwioose, Skwah, Chef David Jimmie, pour son propre compte et au nom de tous les membres de la tribu Ts'elxwéyeqw, Bande Upper Nicola, Chef Ron Ignace et Chef Fred Seymour, pour leur propre compte et au nom de tous les autres membres de Stk'emlupsemc Te Secwepemc de la Nation Secwepemc, Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society (*demandeurs*)

c.

Procureur général du Canada, Office national de l'énergie et Trans Mountain Pipeline ULC (*défendeurs*)

et

Procureur général de l'Alberta et Procureur général de la Colombie-Britannique (*intervenants*)

RÉPERTORIÉ : TSLEIL-WAUTUTH NATION c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Dawson, de Montigny and Woods J.J.A.—Vancouver, October 2-5, 10, 12-13, 2017; Ottawa, August 30, 2018.

Aboriginal Peoples — Duty to consult — Judicial review of National Energy Board's report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, of Governor in Council's Order in Council P.C. 2016-1069 wherein Governor in Council directing Board to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project — Respondent Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) owning existing pipeline system — Board assessing project pursuant to National Energy Board Act, s. 52 — Governor in Council satisfied that consultation process consistent with honour of Crown, that Aboriginal concerns, interests appropriately accommodated — Crown consultation broken down into four phases, including consideration by Governor in Council once in receipt of report (Phase III) — Board issuing number of decisions, including hearing order, "scoping" decision defining "designated project" to be assessed — Applicant Tsleil-Waututh Nation challenging hearing, scoping decisions — Several applicants arguing that Gitxaala Nation v. Canada (Gitxaala) manifestly wrong in deciding that Board's report not justiciable — Whether report of Board judicially reviewable — Whether Canada consulting adequately with Indigenous applicants — No error in Gitxaala warranting departure from its analysis — Project herein correctly assessed under legislative scheme analyzed in Gitxaala — Consultation framework reasonable — Canada not breaching duty to consult by selecting four-phase consultation process — However, Canada's execution of Phase III unacceptably flawed, falling short of prescribed standard — Canada required to do more than receive, understand concerns of Indigenous applicants — Required to engage in considered, meaningful two-way dialogue — Canada's representatives only listening, recording, transmitting Indigenous concerns — Meaningful dialogue prerequisite for reasonable consultation — Phase III allowing Indigenous applicants to dialogue with Canada — Canada not confined to Board's findings — Reliance on Board's process not allowing Canada to rely unwaveringly upon Board's findings, recommended conditions — Canada required to dialogue meaningfully about concerns raised — Inadequacies of consultation process flowing from limited execution of Crown's mandate — Canada unwilling to meaningfully discuss, consider flaws in Board's findings — Order in Council P.C. 2016-1069 quashed — Certificate of public convenience and necessity rendered null — Project approval remitted to Governor in Council — Applications for judicial review of Board's report dismissed; applications for judicial review of Order in Council P.C. 2016-1069 allowed.

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, de Montigny et Woods, J.C.A.—Vancouver, 2 au 5, 10, 12 et 13 octobre 2017; Ottawa, 30 août 2018.

Peuples autochtones — Obligation de consulter — Contrôle judiciaire visant le rapport dans lequel l'Office national de l'énergie a recommandé que le gouverneur en conseil approuve le projet d'agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain, et le décret C.P. 2016-1069, par lequel le gouverneur en conseil a enjoint à l'Office de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement — La défenderesse Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) détient le réseau pipelinier actuel — L'Office a évalué le projet en vertu de l'art. 52 de la Loi sur l'Office national de l'énergie — Le gouverneur en conseil était convaincu que le processus de consultation était compatible avec l'honneur de la Couronne et que les préoccupations et intérêts des Autochtones avaient fait l'objet de mesures d'accommodement appropriées — La consultation de la Couronne a comporté quatre étapes, dont l'examen par le gouverneur en conseil après réception du rapport (étape III) — L'Office a rendu plusieurs décisions, dont une ordonnance relative à l'audience et une décision sur la détermination de la portée du projet, dans laquelle l'Office a défini le « projet désigné » et a énuméré les éléments à évaluer — La demanderesse, la Tsleil-Waututh Nation, a contesté l'ordonnance relative à l'audience et la décision relative à la portée — Plusieurs demandeurs ont fait valoir que la conclusion, dans l'arrêt Nation Gitxaala c. Canada (Gitxaala), selon laquelle le rapport de l'Office n'était pas susceptible de contrôle judiciaire, était manifestement erronée — Il s'agissait de savoir si le contrôle judiciaire du rapport de l'Office était permis — Il s'agissait aussi de savoir si le Canada a consulté adéquatement les demandeurs autochtones — Il n'y avait aucune erreur dans l'arrêt Gitxaala justifiant que l'on s'écarte de l'analyse qui y est exposée — Le projet dans la présente affaire a été évalué à juste titre au regard du régime législatif analysé dans l'arrêt Gitxaala — Le cadre de consultation était raisonnable — Le Canada n'a pas manqué à son obligation de consulter en adoptant un processus de consultation en quatre étapes — Toutefois, l'exécution par le Canada de l'étape III était lacunaire au point d'en être inacceptable et insuffisante pour respecter la norme établie — Le Canada n'était pas simplement tenu de recueillir et de comprendre les préoccupations des demandeurs autochtones — Il devait prendre part à un véritable dialogue réfléchi — Les représentants du Canada se sont contentés d'écouter et de consigner les préoccupations des demandeurs autochtones et de les transmettre — Des consultations raisonnables sont subordonnées à la tenue d'un véritable dialogue — L'étape III permettait aux demandeurs autochtones d'établir un dialogue avec le Canada — Le Canada n'était pas lié par les conclusions de l'Office — Le Canada pouvait s'en remettre au processus de l'Office, mais il n'était pas tenu d'adopter d'office les conclusions et conditions recommandées par l'Office — Le Canada

Energy — National Energy Board report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, receiving direction from Governor in Council (Order in Council P.C. 2016-1069) to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project — Board assessing project pursuant to National Energy Board Act, s. 52 — Several applicants arguing, inter alia, that Gitxaala Nation v. Canada (Gitxaala) manifestly wrong in deciding that Board's report not justiciable — Board breaching requirements of procedural fairness; failing to decide certain issues, alternatives to Westridge Marine Terminal — Whether report of Board judicially reviewable — Whether Governor in Council's decision should be set aside, specifically, whether Governor in Council erring in determining that Board's report qualifying as report; whether Board's process procedurally fair — No error in Gitxaala warranting departure from its analysis — Not stated therein that only "decisions about legal or practical interests" reviewable — Project herein correctly assessed under legislative scheme analyzed in Gitxaala — Governor in Council required to consider deficiencies in report — If Governor in Council's decision is based upon materially flawed report, decision may be set aside — Governor in Council can act only if "report" before it — Materially deficient report not such a report — Board report not justiciable — Judicial review applications challenging report dismissed — Duty of fairness not breached by Board's decisions not to allow oral cross-examination, full oral hearing — Board not required to facilitate interested party's independent assessment of project — Board's approval process not contrary to legislative scheme — Approval process not impermissibly deferring determinations post-judgment — Principle of functus officio having less application to Board.

était tenu d'engager un véritable dialogue au sujet des préoccupations soulevées — Les lacunes du processus de consultation ont découlé de l'interprétation stricte du mandat de la Couronne — Le Canada était réticent à discuter véritablement et à envisager la possibilité de lacunes dans les conclusions de l'Office — Décret C.P. 2016-1069 annulé — Certificat d'utilité publique annulé — La question de l'approbation du projet est renvoyée au gouverneur en conseil — Demandes de contrôle judiciaire du rapport de l'Office rejetées; demandes de contrôle judiciaire du décret C.P. 2016-1069 accueillies.

Énergie — L'Office national de l'énergie a recommandé dans son rapport que le gouverneur en conseil approuve le projet d'agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain et a été enjoint par le gouverneur en conseil (décret C.P. 2016-1069) de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement — L'Office a évalué le projet en vertu de l'art. 52 de la Loi sur l'Office national de l'énergie — Plusieurs demandeurs ont fait valoir notamment que la conclusion, dans l'arrêt Nation Gitxaala c. Canada (Gitxaala), selon laquelle le rapport de l'Office n'était pas susceptible de contrôle judiciaire, était manifestement erronée — L'Office a manqué à l'équité procédurale; il n'a pas tranché certaines questions et il n'a pas envisagé des solutions de rechange au terminal maritime Westridge — Il s'agissait de déterminer si le contrôle judiciaire du rapport de l'Office était permis — Il s'agissait aussi de savoir si la décision du gouverneur en conseil devait être annulée, plus particulièrement, si le gouverneur en conseil a commis une erreur lorsqu'il a conclu que le rapport de l'Office constituait un rapport en bonne et due forme; si le processus de l'Office était équitable sur le plan de la procédure — Il n'y a aucune erreur dans l'arrêt Gitxaala qui justifie que l'on s'écarte de l'analyse qui y est exposée — La Cour n'y a pas affirmé que seule une « décision sur des intérêts juridiques ou pratiques » est susceptible de contrôle judiciaire — Le projet dans la présente affaire a été évalué à juste titre au regard du régime législatif analysé dans l'arrêt Gitxaala — Il incombait au gouverneur en conseil d'examiner toute lacune dans le rapport — Si la décision du gouverneur en conseil repose sur un rapport qui comporte d'importantes lacunes, elle peut être annulée pour ce motif — Le gouverneur en conseil ne peut agir que s'il dispose d'un « rapport » — Un rapport qui comporte des lacunes importantes ne constitue pas un tel rapport — Le contrôle judiciaire du rapport de l'Office n'était pas permis — Les demandes de contrôle judiciaire contestant le rapport ont été rejetées — Les décisions de l'Office de ne pas permettre de contre-interrogatoires oraux et des audiences complètes n'ont pas violé l'obligation d'équité — L'Office n'est pas tenu de faciliter la tenue d'une évaluation indépendante du projet par une partie intéressée — Le processus d'approbation de l'Office n'était pas contraire au régime législatif — Le processus d'approbation ne reportait pas de façon inacceptable certaines conclusions à une date ultérieure au jugement — Le

Environment — National Energy Board report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, receiving direction from Governor in Council (Order in Council P.C. 2016-1069) to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project — Board conducting environmental assessment under Canadian Environmental Assessment Act, 2012 — Applicants asserting, inter alia, that Board failing to assess project-related marine shipping under Canadian Environmental Assessment Act, 2012; erring in its treatment of Species at Risk Act — Whether Board erring by concluding that Species at Risk Act, s. 79 not applying in considering effects of project-related marine shipping — Board's report adequate for purpose of informing Governor in Council about effects of project-related marine shipping on Southern resident killer whales, their use by Indigenous groups — Board erring by unjustifiably excluding project-related marine shipping from project's description — Failure to apply s. 79 also unjustified — Board's consideration of project's impact on Southern resident killer whale not complying with s. 79 obligation — Board giving no consideration in report to fact recommending approval without measures to protect Southern resident killer whale — Governor in Council lacking necessary information to make decision — Board's report not kind of "report" arming governor in Council with appropriate information.

Practice — Pleadings — Motion to Strike — National Energy Board report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, receiving direction from Governor in Council (Order in Council P.C. 2016-1069) to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project — Respondent Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) owning existing pipeline system — Applicants commencing applications challenging Board's report — Trans Mountain seeking to strike notices of application on basis that Court in Gitxaala Nation v. Canada (Gitxaala) concluding applications for judicial review not lying against reports made pursuant to s. 52 — Applicants arguing Gitxaala wrongly decided on that point — Whether Trans Mountain's motion to strike having merit — Motion to strike dismissed — Motions to strike unnecessarily delaying expeditious determination of application — Justice better served by allowing Court to deal with all issues raised by application.

principe du dessaisissement s'applique dans une moindre mesure à l'Office.

Environnement — L'Office national de l'énergie a recommandé dans son rapport que le gouverneur en conseil approuve le projet d'agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain et a été enjoint par le gouverneur en conseil (décret C.P. 2016-1069) de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement — L'Office a effectué une évaluation environnementale en application de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012) — Plusieurs demandeurs ont fait valoir notamment que l'Office n'a pas évalué le transport maritime associé au projet sous le régime de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012); qu'il a mal interprété la Loi sur les espèces en péril — Il s'agissait de savoir si l'Office a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'art. 79 de la Loi sur les espèces en péril ne s'appliquait pas à son examen des effets du transport maritime associé au projet — Le rapport de l'Office était suffisant pour informer le gouverneur en conseil des effets du transport maritime lié au projet sur les épaulards résidents du sud et l'utilisation de cette ressource par des groupes autochtones — L'Office a commis une erreur en excluant de façon injustifiable le transport maritime lié au projet de la définition de ce dernier — Le défaut d'appliquer l'art. 79 était également injustifié — L'examen par l'Office de l'incidence du projet sur l'épaulard résident du sud n'a pas satisfait à son obligation au titre de l'art. 79 — Son rapport était muet sur le fait qu'il a recommandé l'approbation du projet sans imposer des mesures pour protéger l'épaulard résident du sud — Le gouverneur en conseil ne disposait pas de l'information nécessaire pour prendre une décision — Le rapport de l'Office ne constituait pas un « rapport » qui pouvait fournir au gouverneur en conseil les renseignements dont il avait besoin.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — L'Office national de l'énergie a recommandé dans son rapport que le gouverneur en conseil approuve le projet d'agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain et a été enjoint par le gouverneur en conseil (décret C.P. 2016-1069) de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement — La défenderesse Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) dénie le réseau pipelinier actuel — Les demandeurs ont institué des actions dans lesquelles ils ont contesté le rapport de l'Office — Trans Mountain a sollicité la radiation des avis de demande sur le fondement de l'arrêt Nation Gitxaala c. Canada (Gitxaala), dans lequel la Cour a conclu que les rapports établis conformément à l'art. 52 n'étaient pas susceptibles de contrôle judiciaire — Les demandeurs ont fait valoir que l'arrêt Gitxaala était erroné à cet égard — Il s'agissait de savoir si la requête en radiation de Trans Mountain était fondée — La requête en radiation a été rejetée — Les requêtes en radiation

Crown — Practice — National Energy Board report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, receiving direction from Governor in Council (Order in Council P.C. 2016-1069) to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project — Governor in Council complying with statutory obligation to give reasons — National Energy Board Act requiring only that Order in Council (Order) set out reasons — Not dictating form reasons should take — Here, reasons found in explanatory note accompanying Order — Unduly formalistic to set aside Order on ground reasons not found within “four square corners” of Order.

These were consolidated applications for judicial review of the respondent National Energy Board's (Board) report recommending that the Governor in Council approve the proposed expansion of the Trans Mountain pipeline system, and of the Governor in Council's Order in Council P.C. 2016-1069 wherein the Governor in Council directed the Board to issue a certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the expansion project.

The respondent Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) owns and holds operating certificates issued by the Board for the existing Trans Mountain pipeline system. The proposed expansion consisted of, *inter alia*, twinning the existing pipeline system with new pipeline segments, new and modified facilities, including pump stations and tanks, and a new and expanded dock facility in Burnaby, British Columbia. The project would increase the overall capacity of Trans Mountain's existing pipeline system from 300 000 barrels per day to 890 000 barrels per day. Trans Mountain's application for a certificate of public convenience and necessity in December 2013 triggered the Board's obligation to assess the project pursuant to section 52 of the *National Energy Board Act*. The Board was also required to conduct an environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. The Board recommended approval of the project based on a number of findings, including that the project's environmental protection procedures and mitigation measures would not likely cause significant adverse environmental effects, the likelihood of a spill would be very low and the project would be in the Canadian public interest. The Governor in Council was satisfied that the consultation process undertaken was consistent with the honour of the Crown and that the Aboriginal concerns and interests were appropriately accommodated. The Governor in Council also accepted the Board's recommendation that the

retardent inutilement la détermination rapide d'une demande — L'intérêt de la justice est mieux servi lorsque la Cour est en mesure de traiter ensemble toutes les questions soulevées dans une demande.

Couronne — Pratique — L'Office national de l'énergie a recommandé dans son rapport que le gouverneur en conseil approuve le projet d'agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain et a été enjoint par le gouverneur en conseil (décret C.P. 2016-1069) de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement — Le gouverneur en conseil a respecté son obligation légale de fournir des motifs — La Loi sur l'Office national de l'énergie exige uniquement que le décret énonce les motifs de celui-ci — Elle ne dicte pas la forme que devraient revêtir les motifs — Dans la présente affaire, les motifs figuraient dans la note explicative accompagnant le décret — Il serait indûment formaliste d'annuler le décret au motif que les motifs ne se trouvaient pas « à l'intérieur même » du décret.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire regroupées visant le rapport dans lequel l'Office national de l'énergie (Office) a recommandé que le gouverneur en conseil approuve le projet d'agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain, et le décret C.P. 2016-1069, par lequel le gouverneur en conseil a enjoint à l'Office de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement.

La défenderesse Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) détient les certificats d'exploitation délivrés par l'Office pour le réseau pipelinier Trans Mountain actuel. Le projet d'agrandissement consistait notamment à doubler le réseau pipelinier existant au moyen de nouveaux segments, à construire et à modifier des ouvrages, dont des stations de pompage et des citernes, et à construire et agrandir les quais à Burnaby (Colombie-Britannique). Dans le cadre du projet, la capacité globale du réseau pipelinier de Trans Mountain existant passerait de 300 000 barils à 890 000 barils par jour. Par suite de la demande de certificat d'utilité publique présentée par Trans Mountain en décembre 2013, l'Office était tenu, en vertu de l'article 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, d'évaluer le projet. L'Office devait aussi effectuer une évaluation environnementale en application de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. L'Office a recommandé l'approbation du projet sur le fondement de plusieurs conclusions, notamment que les mesures d'atténuation et de protection de l'environnement prévues n'étaient pas susceptibles d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants, qu'un déversement était peu probable et que le projet serait dans l'intérêt public canadien. Le gouverneur en conseil s'est dit convaincu que le processus de consultation était compatible avec l'honneur de la Couronne et que les préoccupations et intérêts des Autochtones avaient fait l'objet de

project was required by present and future public convenience and necessity and that it would not likely cause significant adverse environmental effects.

There were four phases of Crown consultation: early engagement (Phase I), the Board hearing (Phase II), consideration by the Governor in Council once in receipt of the Board's report (Phase III), and regulatory authorization (Phase IV). In April 2014, the Board issued a number of decisions setting the parameters of the project's environmental assessment and establishing the hearing process for the project, including a hearing order which set out timelines and a process for the hearing, and a "scoping" decision wherein the Board defined the "designated project" to be assessed. The applicant Tsleil-Waututh Nation challenged both the hearing order and the scoping decision, asserting, *inter alia*, that the Board erred in law by failing to include marine shipping activities in the project description.

A number of the applicants commenced applications challenging the report of the Board. Trans Mountain sought orders striking the notices of application that challenged the Board's report on the basis that in *Gitxaala Nation v. Canada (Gitxaala)*, the Court concluded that applications for judicial review do not lie against reports made pursuant to section 52 of the *National Energy Board Act* recommending whether a certificate of public convenience and necessity should issue for all or any portion of a pipeline. Several applicants argued that *Gitxaala* was wrongly decided on that point and that the applications should not be struck on a preliminary basis. They further argued that the Court in *Gitxaala* determined that the decision of the Governor in Council cannot be considered in isolation from the Board's report; it is for the Governor in Council to determine whether the process followed by the Board in assembling, analyzing, assessing, and studying the evidence before it was so deficient that its report does not qualify as a "report" within the meaning of the *National Energy Board Act*. Those same applicants argued that *Gitxaala* was manifestly wrong in deciding that the Board's report was not justiciable, and that *Gitxaala* is distinguishable because it dealt with section 38 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, a provision that had no application to the process at issue here.

The applicants asserted that the Board breached the requirements of procedural fairness; failed to decide certain issues before it recommended approval of the project; failed to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal; failed to

mesures d'accommodement appropriées. Le gouverneur en conseil a aussi accepté la recommandation de l'Office selon laquelle le projet présentait un caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, et qu'il n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants.

La consultation de la Couronne a comporté quatre étapes : la participation initiale (étape I), les audiences de l'Office (étape II), l'examen par le gouverneur en conseil après réception du rapport de l'Office (étape III), et les autorisations réglementaires (étape IV). En avril 2014, l'Office a rendu plusieurs décisions établissant les paramètres de l'évaluation environnementale du projet et la tenue de l'audience relative au projet, dont une ordonnance relative à l'audience qui établissait le calendrier et la procédure applicable, et une décision sur la détermination de la portée du projet, dans laquelle l'Office a défini le « projet désigné » et a énuméré les éléments à évaluer. La demanderesse, la Tsleil-Waututh Nation, a contesté l'ordonnance relative à l'audience et la décision relative à la portée, affirmant notamment que l'Office avait omis de mentionner les activités de transport maritime dans la description du projet et avait ainsi commis une erreur de droit.

Plusieurs demandeurs ont attaqué le rapport de l'Office. Trans Mountain a sollicité la radiation des avis de demande qui attaquaient le rapport de l'Office sur le fondement de l'arrêt *Nation Gitxaala c. Canada (Gitxaala)*, dans lequel la Cour a conclu que les rapports établis conformément à l'article 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, qui présentaient une recommandation quant à l'opportunité d'un certificat d'utilité publique relatif à tout ou partie d'un pipeline, n'étaient pas susceptibles de contrôle judiciaire. Plusieurs demandeurs ont fait valoir que l'arrêt *Gitxaala* était erroné à cet égard et que les demandes ne devraient pas être radiées à une étape préliminaire. Ils ont fait valoir en outre que la Cour dans l'arrêt *Gitxaala* a conclu que l'on ne saurait faire abstraction du rapport de l'Office dans l'examen de la décision du gouverneur en conseil, et qu'il appartenait au gouverneur en conseil de décider si le processus suivi par l'Office pour regrouper, analyser, évaluer et étudier la preuve dont il était saisi était lacunaire au point que son rapport ne constituait pas un « rapport » pour l'application de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Les mêmes demandeurs ont fait valoir que la conclusion, dans l'arrêt *Gitxaala*, selon laquelle le rapport de l'Office n'était pas susceptible de contrôle judiciaire, était manifestement erronée, et qu'on pouvait faire une distinction d'avec l'affaire *Gitxaala* parce qu'elle portait sur l'article 38 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, disposition qui ne s'appliquait pas au processus en cause en l'espèce.

Les demandeurs ont prétendu que l'Office a manqué à l'équité procédurale; qu'il n'a pas tranché certaines questions avant de recommander l'approbation du projet; qu'il n'a pas envisagé des solutions de rechange au terminal maritime

assess project-related marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and erred in its treatment of the *Species at Risk Act*. The effect of each of these errors was said to render the Board's report materially deficient such that it was not a "report" that the Governor in Council could rely upon.

The main issues were whether Trans Mountain's motion to strike had merit, whether the report of the Board could be judicially reviewed, and whether the decision of the Governor in Council should be set aside on administrative law grounds. This last issue required the Court to consider whether, *inter alia*, the Governor in Council erred in determining that the Board's report qualified as a report so as to be a proper condition precedent to the Governor in Council's decision; whether the Board's process was procedurally fair; whether the Board erred by concluding that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of project-related marine shipping; and whether the decision of the Governor in Council should be set aside on the ground that Canada failed to consult adequately with the Indigenous applicants.

Held, the applications for judicial review of the Board's report should be dismissed, the applications for judicial review of the Order in Council P.C. 2016-1069 should be allowed.

Trans Mountain's motion to strike the applications was dismissed. Motions to strike applications for judicial review are to be resorted to sparingly. Judicial review proceedings are designed to proceed with celerity; motions to strike carry the potential to unduly and unnecessarily delay the expeditious determination of an application. Therefore justice is better served by allowing the Court to deal at one time with all of the issues raised by an application. This rationale was particularly applicable in the present case.

The report of the Board could not be judicially reviewed. There was no error in the *Gitxaala* decision that merited departing from its analysis. When the Court's analysis in *Gitxaala* is read in its entirety, it is not stated therein that only "decisions about legal or practical interests" are reviewable and no such error was made. In *Gitxaala*, the Court found that the only action to carry legal consequences was the decision of the Governor in Council: the environmental assessment conducted under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* did not affect legal rights or carry legal consequences. Instead, the assessment played "no role other than assisting in the development of recommendations submitted to the Governor in Council". The same could be said of the balance of the report prepared pursuant to the requirements of

Westridge; qu'il n'a pas évalué le transport maritime associé au projet sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*; et qu'il a mal interprété la *Loi sur les espèces en péril*. On a fait valoir que chacune de ces erreurs a vicié substantiellement le rapport de l'Office de sorte qu'il ne constituait pas un « rapport » pour les besoins du gouverneur en conseil.

Il s'agissait principalement de déterminer si la requête en radiation de Trans Mountain était fondée, si le contrôle judiciaire du rapport de l'Office était permis, et si la décision du gouverneur en conseil devait être annulée pour des motifs de droit administratif. Pour répondre à cette dernière question, la Cour a dû déterminer notamment si le gouverneur en conseil a commis une erreur lorsqu'il a conclu que le rapport de l'Office constituait un rapport en bonne et due forme, condition préalable à la décision du gouverneur en conseil; si le processus de l'Office était équitable sur le plan de la procédure; si l'Office a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* ne s'appliquait pas à son examen des effets du transport maritime associé au projet; et si la décision du gouverneur en conseil devait être annulée au motif que le Canada a omis de consulter adéquatement les demandeurs autochtones.

Arrêt : Les demandes de contrôle judiciaire du rapport de l'Office doivent être rejetées, les demandes de contrôle judiciaire du décret C.P. 2016-1069 doivent être accueillies.

La requête par laquelle Trans Mountain a sollicité la radiation des demandes a été rejetée. On doit recourir avec parcimonie aux requêtes en radiation des demandes de contrôle judiciaire. Les contrôles judiciaires sont conçus pour être tranchés rapidement; une requête en radiation pourrait retarder indûment et inutilement la détermination rapide d'une demande. Par conséquent, l'intérêt de la justice est mieux servi lorsque la Cour est en mesure de traiter ensemble toutes les questions soulevées dans une demande. Ce raisonnement s'appliquait tout particulièrement en l'espèce.

Il ne pouvait y avoir de contrôle judiciaire du rapport de l'Office. Il n'y avait aucune erreur dans l'arrêt *Gitxaala* qui était susceptible de justifier que l'on s'écarte de l'analyse qui y est exposée. À la lumière de l'analyse entière de l'arrêt *Gitxaala*, on a constaté que la Cour n'a pas affirmé que seule une « décision sur des intérêts juridiques ou pratiques » est susceptible de contrôle judiciaire et qu'elle n'a pas commis l'erreur reprochée. Dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour a conclu que le seul acte qui entraîne des conséquences juridiques était la décision du gouverneur en conseil : l'évaluation environnementale effectuée sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* n'a pas eu d'incidence sur des intérêts juridiques et n'entraînait pas de conséquences juridiques. Au contraire, l'évaluation n'a joué « aucun rôle si

the *National Energy Board Act*. Sections 29 through 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* did not apply to the Northern Gateway project, and ought not to have been referenced by the Court in *Gitxaala* in its analysis of the legislative scheme. These provisions, without doubt, applied to the project at issue in these proceedings. Therefore, the project was to be assessed under the legislative scheme analyzed in *Gitxaala*. It followed that *Gitxaala* could not be meaningfully distinguished. The analysis in *Gitxaala* was based upon a proper understanding of the legislative scheme, notwithstanding the Court's reference to sections 29 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* instead of the applicable provisions. The error was in no way material to the Court's analysis of the respective roles of the Joint Review Panel, which prepared the report to the Governor in Council, and the Governor in Council, which received the panel's recommendations and made the decisions required under the legislative scheme. The Governor in Council is required to consider any deficiency in the report submitted to it. If the decision of the Governor in Council is based upon a materially flawed report, the decision may be set aside on that basis. The Governor in Council can act only if it has a "report" before it. A materially deficient report, such as one that falls short of legislative standards, is not such a report. The report of the National Energy Board was not justiciable.

The Board did not breach any duty of procedural fairness. The content of the duty of fairness owed by the Board to the parties was significant. The parties were entitled to a meaningful opportunity to present their cases fully and fairly, including the right to effectively challenge evidence that contradicted that case. The contextual factors enumerated in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (*Baker*) were applied to determine whether the absence of oral cross-examination was inconsistent with the participatory rights required by the duty of fairness. The nature of the Board's decision is different from a judicial decision and points in favour of more relaxed requirements under the duty of fairness. There was no basis for a legitimate expectation that oral cross-examination would be permitted. Such an expectation would be contrary to the Board's right to determine that an application be reviewed wholly in writing. The Board's choice of procedure, while not determinative, must be given some respect, particularly where the legislation gives the Board broad leeway to choose its own procedure, and the Board has experience in deciding appropriate hearing procedures. Overall, while the importance of the decision and the lack of a statutory appeal pointed to stricter requirements under the duty of fairness, the other factors pointed to more relaxed requirements. Balancing these factors, the duty

ce n'est que faciliter l'élaboration des recommandations soumises au gouverneur en conseil ». On pourrait en dire autant du reste du rapport préparé sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Les articles 29 à 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (2012) ne s'appliquaient pas au projet Northern Gateway et, dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour ne devait pas y renvoyer dans son analyse du régime législatif. Il ne fait aucun doute que ces dispositions s'appliquaient au projet en cause dans l'instance. Par conséquent, le projet devait être évalué au regard du régime législatif analysé dans l'arrêt *Gitxaala*. Il s'ensuivait qu'on ne pouvait établir de distinction utile avec cette affaire. L'analyse dans l'arrêt *Gitxaala* reposait sur une bonne compréhension du régime législatif, même si la Cour a renvoyé aux articles 29 et 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (2012) plutôt qu'aux dispositions applicables. L'erreur n'était aucunement importante pour l'analyse de la Cour quant aux rôles respectifs de la commission d'examen conjoint, qui a établi le rapport et l'a remis au gouverneur en conseil, et du gouverneur en conseil, qui a reçu les recommandations de la commission et a pris les décisions qu'exige le régime législatif. Il incombe au gouverneur en conseil d'examiner toute lacune dans le rapport qui lui est présenté. Si la décision du gouverneur en conseil repose sur un rapport qui comporte d'importantes lacunes, elle peut être annulée pour ce motif. Le gouverneur en conseil ne peut agir que s'il dispose d'un « rapport ». Un rapport qui comporte des lacunes importantes, par exemple s'il ne répond pas aux normes législatives, ne constitue pas un tel rapport. Le rapport de l'Office national de l'énergie n'était pas susceptible de contrôle.

L'Office n'a manqué d'aucune façon que ce soit à son obligation d'équité procédurale. L'obligation d'équité que l'Office avait à l'endroit des parties était substantielle. Les parties avaient droit à une véritable occasion de présenter leur point de vue complètement et équitablement, incluant l'opportunité de contester la preuve qui contredisait leur thèse. Les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (*Baker*) pour décider si l'absence de contre-interrogatoire contrevenait aux droits de participation qu'assure l'obligation d'équité procédurale ont été appliqués. La décision de l'Office n'est pas de la même nature qu'une décision judiciaire et milite en faveur d'exigences assouplies au titre de l'obligation d'équité procédurale. Il n'y avait rien qui puisse fonder une attente légitime à un contre-interrogatoire oral. Une telle attente serait contraire au droit de l'Office de décider qu'une demande soit entièrement examinée sur dossier. Le choix de procédure de l'Office n'est pas déterminant, mais il appelle un certain respect, surtout lorsque la loi confère à ce dernier une grande latitude quant au choix de sa propre procédure, et qu'il a de l'expérience pour déterminer la procédure qui convient pour l'audience. Dans l'ensemble, bien que l'importance de la décision et l'absence de droit d'appel prévu dans la loi aient milité en faveur d'exigences plus strictes

of fairness was significant. Nevertheless, the duty of fairness was not breached by the Board's decisions not to allow oral cross-examination and not to allow a full oral hearing. The applicant City of Burnaby's desire to be able to independently review and assess the validity of the assessment of alternatives to the expansion of the Westridge Marine Terminal, was inconsistent with the regulatory scheme enacted by Parliament. The Board is not required to facilitate an interested party's independent review and assessment of a project. The Board's expertise extends to the full range of risks inherent in the operation of a pipeline, including the risks raised by the City of Burnaby. The Board's reasons adequately allowed the Court to understand why the Board rejected the City of Burnaby's evidence and why it imposed the conditions it did. The Board's approval process was not shown to be contrary to the legislative scheme. Nor was it demonstrated that the approval process impermissibly deferred determinations post-judgment. Courts cannot determine issues after a final judgment is rendered because of the principle of *functus officio*. While this principle has some application to administrative decision makers it has less application to the Board whose mandate is ongoing to regulate through a project's entire lifecycle.

Given the Board's approach to the assessment of project-related marine shipping and its findings, the Board's report was adequate for the purpose of informing the Governor in Council about the effects of project-related marine shipping on the Southern resident killer whales and their use by Indigenous groups. The Order in Council and its accompanying Explanatory Note demonstrated that the Governor in Council was fully aware of the manner in which the Board assessed project-related marine shipping under the *National Energy Board Act*.

The Board acknowledged its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act* in the course of its environmental assessment. However, the Board unjustifiably excluded project-related marine shipping from the project's description. It follows that the failure to apply section 79 to its consideration of the effects of project-related marine shipping on the Southern resident killer whale was also unjustified. The Board's consideration of the project's impact on the Southern resident killer whale did not substantially comply with its obligation under section 79. The Board was obliged to consider the consequences at law of its inability to "ensure" that measures were taken to ameliorate the project's impact on the Southern resident killer whale. However, the Board gave no consideration in its report to the fact that it recommended approval of the project without any measures being imposed to avoid or lessen the

au titre de l'obligation d'équité, les autres facteurs supposaient des exigences assouplies. Après une mise en balance de ces facteurs, l'obligation d'équité était importante. Toutefois, les décisions de l'Office de ne pas permettre de contre-interrogatoires oraux et des audiences complètes n'ont pas violé cette obligation. Le désir de la demanderesse, Burnaby, d'être autorisée à examiner et à évaluer de façon indépendante la validité de l'évaluation des solutions de rechange à l'agrandissement du terminal maritime Westridge ne cadrerait pas avec le régime réglementaire adopté par le législateur. L'Office n'est pas tenu de faciliter la tenue d'un examen et d'une évaluation indépendants du projet par une partie intéressée. L'expertise de l'Office s'étend à la panoplie complète de risques inhérents à l'exploitation d'un pipeline, y compris ceux soulevés par Burnaby. Les motifs de l'Office permettaient suffisamment à la Cour de comprendre pourquoi l'Office a rejeté la preuve présentée par Burnaby et imposé de telles conditions. L'on n'a pas démontré que le processus d'approbation de l'Office était contraire au régime législatif ni qu'il reportait de façon inacceptable certaines conclusions à une date ultérieure au jugement. Les cours de justice ne peuvent pas trancher des questions après le prononcé d'un jugement définitif en raison du principe du dessaisissement. Ce principe s'applique dans une certaine mesure aux décideurs administratifs, mais il s'applique dans une moindre mesure à l'Office, dont le mandat permanent est de réglementer les projets tout au long de leur cycle de vie.

Étant donné la méthode que l'Office a retenue pour faire son évaluation du transport maritime associé au projet et ses conclusions, le rapport de l'Office était suffisant pour informer le gouverneur en conseil des effets du transport maritime lié au projet sur les épaulards résidents du sud et l'utilisation de cette ressource par des groupes autochtones. Le décret et la note explicative qui y était jointe ont démontré que le gouverneur en conseil était pleinement conscient de la façon dont l'Office a évalué le transport maritime lié au projet sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

L'Office a reconnu ses obligations sous le régime de l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* dans son évaluation environnementale. Toutefois, il a exclu de façon injustifiable le transport maritime connexe au projet de la description du projet. Il s'en est suivi que le défaut d'appliquer l'article 79 à son examen des effets de ce transport sur les épaulards résidents du sud était également injustifié. L'examen par l'Office de l'incidence du projet sur l'épaulard résident du sud n'a pas satisfait essentiellement à son obligation au titre de l'article 79. L'Office était obligé d'envisager les conséquences juridiques de son incapacité à « veiller » à ce que des mesures soient prises pour améliorer les incidences du projet sur l'épaulard résident du sud. Or, son rapport est muet sur le fait qu'il a recommandé l'approbation du projet sans imposer des mesures pour éviter ou amoindrir les effets nocifs importants du projet

project's significant adverse effects upon the Southern resident killer whale. In order to substantially comply with section 79, the Governor in Council required the Board's exposition of all technically and economically feasible measures that were available. Without this information the Governor in Council lacked the necessary information to make the decision required of it. The Board erred by unjustifiably excluding project-related marine shipping from the project's definition. It was this exclusion that permitted the Board to conclude that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of project-related marine shipping. This resulted in successive deficiencies such that the Board's report was not the kind of "report" that would arm the Governor in Council with the information and assessments it required to make its public interest determination and its decision about environmental effects and their justification.

The Governor in Council complied with its statutory obligation to give reasons. Subsection 54(2) of the *National Energy Board Act* does not dictate the form the Governor in Council's reasons should take, requiring only that the "order must set out the reasons". Orders in Council are not well-suited to the provision of lengthy reasons. In the present case, the two-page Order in Council was accompanied by a 20-page explanatory note. Given this joint publication, it would be unduly formalistic to set aside the Order in Council on the ground that the reasons found in the attached explanatory note were placed in an attachment to the order, and not within the "four square corners" of the order.

The consultation framework selected by Canada was reasonable. The duty to consult is grounded in the honour of the Crown and the protection provided for "existing aboriginal and treaty rights" in subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Canada did not act in breach of the duty to consult by selecting the four-phase consultation process it adopted. The Board's process was adequate for fulfilling its consultation obligations. The consultation process for this project was generally well-organized. However, Canada's execution of Phase III of the consultation process was unacceptably flawed and fell short of the standard prescribed by the case law of the Supreme Court. As such, the consultation process fell short of the required mark for reasonable consultation. Canada was required to do more than receive and understand the concerns of the Indigenous applicants. Canada was required to engage in a considered, meaningful two-way dialogue. Canada's ability to do so was constrained by the manner in which its representatives on the Crown consultation team implemented their mandate. For the most part, Canada's representatives limited their mandate to listening to and recording the concerns of the Indigenous applicants and then transmitting those concerns to the decision makers. The record does not disclose responsive, considered and meaningful dialogue coming back from Canada

sur l'épaulard résident du sud. Afin de se conformer pour l'essentiel aux exigences de l'article 79, le gouverneur en conseil nécessitait de se voir communiquer par l'Office toutes les mesures réalisables, sur les plans technique et économique, qui existaient. Sans ces renseignements, le gouverneur en conseil ne disposait pas de l'information nécessaire pour prendre la décision qu'il était tenu de prendre. L'Office a exclu de façon injustifiable le transport maritime lié au projet de la définition de ce dernier. C'est cette exclusion qui a permis à l'Office de conclure que l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* ne s'appliquait pas à son examen des effets du transport maritime associé au projet. Cela a entraîné une série de vices, de sorte que le rapport de l'Office ne constituait pas un « rapport » qui pouvait fournir au gouverneur en conseil les renseignements et les évaluations dont il avait besoin pour déterminer l'intérêt public et prendre une décision sur les effets environnementaux et leur justification.

Le gouverneur en conseil a respecté son obligation légale de fournir des motifs. Le paragraphe 54(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ne dicte pas la forme que devraient revêtir les motifs du gouverneur en conseil. Il exige uniquement que le gouverneur en conseil « énonce, dans le décret, les motifs de celui-ci ». Les décrets ne permettent pas aisément la présentation de longs motifs. En l'espèce, le décret de deux pages était accompagné d'une note explicative de 20 pages. Vu cette publication conjointe, il serait indûment formaliste d'annuler le décret au motif que les motifs figurant dans la note explicative se trouvaient dans une pièce jointe au décret et non « à l'intérieur même » du décret.

Le cadre de consultation choisi par le Canada était raisonnable. L'obligation de consulter découle du principe de l'honneur de la Couronne et de la protection des « droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones » prévue au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le Canada n'a pas manqué à son obligation de consulter en adoptant le processus de consultation en quatre étapes visé en l'espèce. Le processus suivi par l'Office permettait de satisfaire à ses obligations en matière de consultations. Le processus de consultation mis en place pour ce projet était généralement bien organisé. Toutefois, l'exécution par le Canada de l'étape III du processus de consultation était lacunaire au point d'en être inacceptable et insuffisante pour respecter la norme issue de la jurisprudence de la Cour suprême. Ainsi, le processus de consultation n'a pas permis de donner lieu à des consultations raisonnables. Le Canada n'était pas simplement tenu de recueillir et de comprendre les préoccupations des demandeurs autochtones; il devait prendre part à un véritable dialogue réfléchi. Il en a été empêché par la manière dont ses représentants, au sein de l'équipe des consultations avec la Couronne, ont exécuté leur mandat. Pour l'essentiel, ses représentants se sont contentés d'écouter et de consigner les préoccupations des demandeurs autochtones

in response to the concerns expressed by the Indigenous applicants. Meaningful dialogue is a prerequisite for reasonable consultation. Phase III was a critically important part of the consultation framework for a number of reasons, including that it was the first opportunity for the Indigenous applicants to dialogue directly with Canada about matters of substance, not process. A review of the correspondence exchanged in Phase III did not disclose sufficient meaningful response to, or dialogue about, the various concerns raised by the Indigenous applicants. Canada was obliged to do more than passively hear and receive the real concerns of the Indigenous applicants. Canada's position that it was confined to the Board's findings was wrong. Canada can rely on the Board's process to fulfil, in whole or in part, the Crown's duty to consult. However, reliance on the Board's process does not allow Canada to rely unwaveringly upon the Board's findings and recommended conditions. When real concerns were raised about the hearing process or the Board's findings and recommended conditions, Canada was required to dialogue meaningfully about those concerns. When considering whether Canada has fulfilled its duty to consult, the Governor in Council necessarily has the power to impose conditions on any certificate of public convenience and necessity it directs the Board to issue. The consequence of Canada's erroneous position that the Governor in Council lacked the ability to impose additional conditions on Trans Mountain seriously and inexplicably limited Canada's ability to consult meaningfully on accommodation measures. In conclusion, the inadequacies of the consultation process flowed from the limited execution of the mandate of the Crown consultation team. Missing was someone representing Canada who could engage interactively. Canada was also unwilling to meaningfully discuss and consider possible flaws in the Board's findings and recommendations and its erroneous view that it could not supplement or impose additional conditions on Trans Mountain. Canada is not to be held to a standard of perfection in fulfilling its duty to consult. However, the flaws thwarted meaningful, two-way dialogue. The result was an unreasonable consultation process that fell well short of the required mark.

Order in Council P.C. 2016-1069 was therefore quashed, rendering the certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the project a nullity. The issue of project approval was remitted to the Governor in Council for prompt redetermination. In that redetermination, the Governor in Council must refer the Board's recommendations and its terms and conditions back to the Board, or its successor, for reconsideration. Specifically, the Board ought to reconsider on a principled basis whether project-related shipping is incidental to the project, the application of section 79

et de les transmettre aux décideurs. Le dossier ne révèle pas de véritable dialogue réfléchi en réponse aux préoccupations exprimées par les groupes autochtones. Des consultations raisonnables sont subordonnées à la tenue d'un véritable dialogue. L'étape III constituait une partie cruciale du cadre des consultations pour plusieurs raisons, à savoir notamment qu'elle présentait la première occasion pour les demandeurs autochtones d'établir un dialogue direct avec le Canada sur le fond, et non sur le processus. Un examen de la correspondance échangée lors de l'étape III ne révèle pas de véritable réponse suffisante aux préoccupations soulevées par les demandeurs autochtones ou de dialogue à ce sujet. L'obligation du Canada ne se résumait pas à écouter passivement les réelles préoccupations des demandeurs autochtones. Le Canada avait tort de se croire lié par les conclusions de l'Office. Le Canada peut s'en remettre au processus de l'Office pour s'acquitter en partie ou intégralement de l'obligation de consulter de la Couronne. Toutefois, le Canada n'est pas tenu d'adopter d'office les conclusions et conditions recommandées par l'Office. Si de réelles préoccupations ont été soulevées au sujet du processus d'audience ou des conclusions de l'Office et des conditions qu'il a recommandées, le Canada était tenu d'engager un véritable dialogue à ce sujet. Pour décider si le Canada s'est acquitté de son obligation de consulter, le gouverneur en conseil est nécessairement habilité à assortir de conditions le certificat d'utilité publique qu'il ordonne à l'Office de délivrer. La croyance erronée du Canada, selon laquelle le gouverneur en conseil n'était pas habilité à imposer d'autres conditions à Trans Mountain, a limité de manière grave et inexplicable la faculté pour le Canada de procéder à de véritables consultations sur les mesures d'accommodement. En conclusion, les lacunes du processus de consultation ont découlé de l'interprétation stricte de son mandat par l'équipe des consultations avec la Couronne. Il manquait la présence d'un représentant du Canada habilité à établir un dialogue. Le Canada était aussi réticent à envisager la possibilité de lacunes dans les conclusions et les recommandations de l'Office et à en discuter ainsi que de son avis erroné suivant lequel il n'était pas habilité à imposer d'autres conditions à Trans Mountain. Le Canada ne doit pas être tenu à une norme de perfection pour s'acquitter de son obligation de consulter. Or, les lacunes ont nui à la tenue d'un véritable dialogue. Il en a résulté un processus de consultation déraisonnable et nettement insuffisant.

Il s'ensuit que le décret C.P. 2016-1069 a été annulé, et le certificat d'utilité publique approuvant la construction et l'exploitation du projet a été par le fait même annulé. La question de l'approbation du projet a été renvoyée au gouverneur en conseil pour qu'il prenne rapidement une nouvelle décision. Dans cette nouvelle décision, le gouverneur en conseil doit renvoyer à l'Office ou à son successeur les recommandations et conditions de celui-ci pour nouvel examen. Plus particulièrement, l'Office doit réexaminer, à la lumière des principes, les questions de savoir si le transport maritime associé au projet

of the *Species at Risk Act* to project-related shipping, the Board's environmental assessment of the project in the light of the project's definition, the Board's recommendation under subsection 29(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and any other matter the Governor in Council should consider appropriate. Further, Canada must re-do its Phase III consultation. Only after that consultation is completed and any accommodation made can the project be put before the Governor in Council for approval.

était accessoire au projet, l'application de l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* au transport maritime associé au projet, l'évaluation environnementale du projet par l'Office à la lumière de la définition du projet, la recommandation faite par l'Office sous le régime du paragraphe 29(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, et toute autre question que le gouverneur en conseil estime indiquée. En outre, le Canada est tenu de recommencer les consultations de l'étape III. Le projet ne pourra être présenté au gouverneur en conseil qu'une fois les consultations terminées et les mesures d'accommodement prises.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Shipping Act, 2001, S.C. 2001, c. 26.
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 37(1), (1.1).
Canadian Environmental Assessment Act, 2012, S.C. 2012, c. 19, s. 52, ss. 2 “designated project”, 4(1), 5(1), 15(b), 19, 29, 30, 31, 38, 40, 52, 126(1).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(1), 28.
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 2 “band”.
Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act, S.C. 2012, c. 19, s. 104.
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 8, 21, 22(1), 30(1), 36(1), 52, 53, 54, 55.
National Energy Board Rules of Practice and Procedure, 1995, SOR/95-208.
Order in Council P.C. 2016-1069.
Regulations Designating Physical Activities, SOR/2012-147, s. 4(3), Sch., s. 46.
Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29, ss. 6, 77, 79, Sch. I.
Water Sustainability Act, S.B.C. 2014, c. 15.

CASES CITED

APPLIED:

Gitxaala Nation v. Canada, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Décret C.P. 2016-1069.
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 37(1), (1.1).
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012), L.C. 2012, ch. 19, art. 52, art. 2 « projet désigné », 4(1), 5(1), 15b), 19, 29, 30, 31, 38, 40, 52, 126(1).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.
Loi de 2001 sur la marine marchande, L.C. 2001, ch. 26.
Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable, L.C. 2012, ch. 19, art. 104.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(1), 28.
Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29, art. 6, 77, 79, ann. I.
Loi sur les indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2 « bande ». *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.
Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 8, 21, 22(1), 30(1), 36(1), 52, 53, 54, 55.
Règlement désignant les activités concrètes, DORS/2012-147, art. 4(3), ann., art. 46.
Règles de pratique et de procédure de l'Office national de l'énergie (1995), DORS/95-208.
Water Sustainability Act, S.B.C. 2014, ch. 15.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Nation Gitxaala c. Canada, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du*

(Treasury Board), 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069.

CONSIDERED:

National Energy Board – Ruling No. 14, *Notices of motion from Ms. Robyn Allan and Ms. Elizabeth May to include cross-examination of witnesses – Trans Mountain Project*, 7 May 2014; National Energy Board – Ruling No. 51, *Request to establish new deadline for additional information requests to Trans Mountain for intervenors receiving late participant funding decisions*, 30 January 2015; *Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 71, 390 D.L.R. (4th) 376; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605; *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner*, 2009 FCA 15, 387 N.R. 365; *Council of the Innu of Ekuanitshit v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 189, 376 D.L.R. (4th) 348; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, 2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, 417 D.L.R. (4th) 239; *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 474 N.R. 366; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75; National Energy Board – Ruling No. 33, *Motions to compel full and adequate responses to the first round of intervenor information requests*, 26 September 2014; National Energy Board – Ruling No. 63, *Motions to compel full and adequate responses to the second round of intervenor information requests (IRs)*, 27 April 2015; National Energy Board – Ruling No. 96, *Notices of motion regarding Trans Mountain's reply evidence*, 8 October 2015; *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCNEB 10 (QL).

REFERRED TO:

R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507, (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (National Energy Board)*, 2016 FCA 219, 2 C.E.L.R. (4th) 169; *Odynsky v. League for Human Rights of B'Nai Brith Canada*, 2009 FCA 82, 387 N.R. 376; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (1994), 176 N.R. 48 (C.A.); *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *Alberta Wilderness Assn. v. Cardinal River Coals Ltd.*,

Trésor, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Office national de l'énergie – Décision n° 14, *Avis de requête de Mme Robyn Allan et Elizabeth May visant l'inclusion d'un contre-interrogatoire des témoins*, le 7 mai 2014; Office national de l'énergie – Décision n° 51, *Demandes visant l'établissement d'une nouvelle échéance pour les demandes de renseignements (DR) supplémentaires à adresser à Trans Mountain par des intervenants ayant reçu une décision tardive sur l'aide financière aux participants*, le 30 janvier 2015; *Forestethics Advocacy c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 71; *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605; *Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique*, 2009 CAF 15; *Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 189; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.*, 2016 CSC 38, [2016] 2 R.C.S. 80; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, [2018] A.C.S. n° 4 (QL); *Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 160; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75; Office national de l'énergie – Décision n° 33, *Requêtes visant l'obligation de fournir une réponse complète et adéquate à la première série de demandes de renseignements (DR)*, le 26 septembre 2014; Office national de l'énergie – Décision n° 63, *au sujet des requêtes pour l'obtention de réponses complètes et satisfaisantes à la deuxième série de demandes de renseignements (DR) des intervenants*, le 27 avril 2015; Office national de l'énergie – Décision n° 96, *Avis de requête au sujet de la contre-preuve de Trans Mountain*, 8 octobre 2015; *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCONE 10 (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507, 1996 CanLII 216; *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2016 CAF 219; *Odynsky c. Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada*, 2009 CAF 82; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588, 1994 CanLII 3529 (C.A.); *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *Alberta Wilderness Assn. c. Cardinal River Coals Ltd.*, [1999] 3 C.F. 425, 1999 CanLII 7908 (1^{re} inst.); *Friends of the West Country*

[1999] 3 F.C. 425 (1999), 15 Admin. L.R. (3d) 25 (T.D.); *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2000] 2 F.C. 263 (1999), 169 F.T.R. 298 (C.A.); *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 80 Admin. L.R. (4th) 74; *Grand Riverkeeper, Labrador Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1520, 422 F.T.R. 299; *Greenpeace Canada v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 463, 455 F.T.R. 1, revd on appeal, 2015 FCA 186, 475 N.R. 247; *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, (1996), 133 D.L.R. (4th) 658; *Unicity Taxi Ltd. v. Manitoba Taxicab Board* (1992), 80 Man. R. (2d) 241, [1992] 6 W.W.R. 35 (Q.B.), affd (1992), 83 Man. R. (2d) 305, [1992] M.J. No. 608 (QL) (C.A.); *Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2003 FCA 197, [2003] 4 F.C. 672; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2013 ABCA 443 (CanLII), 566 A.R. 259.

AUTHORS CITED

Canada Gazette, Part 1, Vol. 50, No. 50, 10 December 2016.

Canadian Environmental Assessment Agency. *Guide to Preparing a Description of a Designated Project under the Canadian Environmental Assessment Act*, 2012, March 2015.

Joint Federal/Provincial Consultation and Accommodation Report for the Trans Mountain Expansion Project, November 2016.

National Energy Board. *Filing Requirements Related to the Potential Environmental and Socio-Economic Effects of Increased Marine Shipping Activities*, September 10, 2013.

National Energy Board Report. *Trans Mountain Expansion Project*, May, 2016.

Transport Canada. *TERMPOL Review Process Report on the Trans Mountain Expansion Project*, 11 December 2014.

APPLICATIONS for judicial review of the National Energy Board's (Board) report in dockets A-232-16, A-225-16, A-224-16, A-217-16, A-223-16 and A-218-16

Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans), [2000] 2 C.F. 263, 1999 CanLII 9379 (C.A.); *Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302; *Grand Riverkeeper, Labrador Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1520; *Greenpeace Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 463, inf. par 2015 CAF 186; *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Unicity Taxi Ltd. v. Manitoba Taxicab Board* (1992), 80 Man. R. (2d) 241, [1992] 6 W.W.R. 35 (Q.B.), conf. par (1992), 83 Man. R. (2d) 305, [1992] M.J. n° 608 (QL) (C.A.); *Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2003 CAF 197, [2003] 4 C.F. 672; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2013 ABCA 443 (CanLII), 566 A.R. 259.

DOCTRINE CITÉE

Agence canadienne d'évaluation environnementale. *Guide de préparation d'une description de projet désigné en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (2012), Mars 2015.

Gazette du Canada, Partie 1, vol. 50, n° 50, 10 décembre 2016.

Office national de l'énergie. Rapport de l'Office national de l'énergie. *Projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain*, mai 2016.

Office national de l'énergie. *Exigences de dépôt liées aux éventuels effets environnementaux et répercussions socioéconomiques d'un transport maritime accru*, 10 septembre 2013.

Rapport fédéral-provincial sur les consultations et les accommodements pour le projet d'agrandissement de Trans Mountain, novembre 2016.

Transport Canada. *TERMPOL Review Process Report on the Trans Mountain Expansion Project*, 11 décembre 2014.

DEMANDES de contrôle judiciaire du rapport de l'Office national de l'énergie (Office), dans les dossiers A-232-16, A-225-16, A-224-16, A-217-16,

concerning the proposed expansion of the Trans Mountain pipeline system, and of the Governor in Council's Order in Council P.C. 2016-1069 in dockets A-78-17, A-75-17, A-77-17, A-76-17, A-86-17, A-74-17, A-68-17 and A-84-17 wherein the Governor in Council directed the Board to issue a certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the expansion project. Applications for judicial review of the Board's report dismissed; applications for judicial review of the Order in Council P.C. 2016-1069 allowed.

APPEARANCES

Maxime Faille, Scott A. Smith and Paul Seaman for applicant Tsleil-Waututh Nation.

Susan B. Horne, K. Michael Stephens and Rebecca Robb for applicant City of Vancouver.

Gregory J. McDade, Q.C. and Michelle Bradley for applicant City of Burnaby.

F. Matthew Kirchner, Emma K. Hume and Michelle Bradley for applicants the Squamish Nation (also known as the Squamish Indian Band), Xàlek/Sekyú Siyám, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of the Squamish Nation, Coldwater Indian Band, Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of the Coldwater Band on behalf of all members of the Coldwater Band.

Crystal Reeves and Elin Sigurdson for applicant Upper Nicola Band.

Jana McLean and Joelle Walker for applicants Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwioose, Skwah, Chief David Jimmie on his own behalf and on behalf of all members of the Ts'elxwéyeqw Tribe.

Sarah D. Hansen and Megan Young for applicants Chief Ron Ignace and Chief Fred Seymour on their own behalf and on behalf of all other members of the Stk'emlupsemc Te Secwepemc of the Secwepemc Nation.

Margot Venton and Dyna Tuytel for applicants Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society.

Jan Brongers, Bruce Hughson, Dayna S. Anderson, Liliane Bantourakis, Sarah Bird, Jon

A-223-16 et A-218-16, concernant le projet d'agrandissement du réseau pipelinier, et du décret C.P. 2016-1069 pris par le gouverneur en conseil, dans les dossiers A-78-17, A-75-17, A-77-17, A-76-17, A-86-17, A-74-17, A-68-17 et A-84-17, par lequel le gouverneur en conseil a enjoint à l'Office de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement. Demandes de contrôle judiciaire du rapport de l'Office rejetées; demandes de contrôle judiciaire du décret C.P. 2016-1069 accueillies.

ONT COMPARU :

Maxime Faille, Scott A. Smith et Paul Seaman, pour la demanderesse la Tsleil-Waututh Nation.

Susan B. Horne, K. Michael Stephens et Rebecca Robb, pour la demanderesse la Ville de Vancouver.

Gregory J. McDade, c.r., et Michelle Bradley, pour la demanderesse la Ville de Burnaby.

F. Matthew Kirchner, Emma K. Hume et Michelle Bradley, pour les demandeurs la Nation Squamish (également appelée Bande indienne Squamish), Xàlek/Sekyú Siyám, Chef Ian Campbell pour son propre compte et au nom de tous les membres de la Nation Squamish, Bande indienne Coldwater, Chef Lee Spahan, à titre de chef de la Bande Coldwater et au nom de tous les membres de la Bande Coldwater.

Crystal Reeves et Elin Sigurdson, pour la demanderesse la Bande Upper Nicola.

Jana McLean et Joelle Walker, pour les demandeurs Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwioose, Skwah, Chef David Jimmie, pour son propre compte et au nom de tous les membres de la tribu Ts'elxwéyeqw Tribe.

Sarah D. Hansen et Megan Young, pour les demandeurs Chef Ron Ignace et Chef Fred Seymour, pour leur propre compte et au nom de tous les membres de Stk'emlupsemc Te Secwepemc de la Nation Secwepemc.

Margot Venton et Dyna Tuytel, pour les demandereses Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society.

Jan Brongers, Bruce Hughson, Dayna S. Anderson, Liliane Bantourakis, Sarah Bird, Jon

Khan and Ashley Caron for respondent Attorney General of Canada.

Maureen Killoran, Q.C., Olivia Dixon and Sean Sutherland for respondent Trans Mountain Pipeline ULC.

Paul Johnston, Keith B. Bergner and Toby Kruger for respondent National Energy Board.

Marta E. Burns and Doreen Mueller for intervener Attorney General of Alberta.

Thomas R. Berger, O.C., Q.C. and Monique Pongracic-Speier, Q.C. for intervener Attorney General of British Columbia.

Khan et Ashley Caron, pour le défendeur le procureur général du Canada.

Maureen Killoran, c.r., Olivia Dixon et Sean Sutherland, pour la défenderesse la Trans Mountain Pipeline ULC.

Paul Johnston, Keith B. Bergner et Toby Kruger, pour le défendeur l'Office national de l'énergie.

Marta E. Burns et Doreen Mueller, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Thomas R. Berger, O.C., c.r., et Monique Pongracic-Speier, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

SOLICITORS OF RECORD

Gowling WLG (Canada) LLP, Vancouver, for applicant Tsleil-Waututh Nation.

Hunter Litigation Chambers, Vancouver, for applicant City of Vancouver.

Ratcliff & Company LLP, North Vancouver, for applicants City of Burnaby.

Ratcliff & Company LLP, North Vancouver, for applicants, the Squamish Nation (also known as the Squamish Indian Band), Xàlek/Sekyú Siyám, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of the Squamish Nation, Coldwater Indian Band, Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of the Coldwater Band on behalf of all members of the Coldwater Band.

Mandell Pinder LLP, Vancouver, for applicant Upper Nicola Band.

Miller Titerle + Company LLP, Vancouver for applicants Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwioose, Skwah, Chief David Jimmie on his own behalf and on behalf of all members of the Ts'elxwéyeqw Tribe.

Miller Thomson LLP, Vancouver, for applicants Chief Ron Ignace and Chief Fred Seymour on their own behalf and on behalf of all other members of the Stk'emlupsemc Te Secwepemc of the Secwepemc Nation.

Ecojustice, Calgary, for applicants Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Gowling WLG (Canada) LLP, Vancouver, pour la demanderesse la Tsleil-Waututh Nation.

Hunter Litigation Chambers, Vancouver, pour la demanderesse la Ville de Vancouver.

Ratcliff & Company LLP, North Vancouver, pour la demanderesse la Ville de Burnaby.

Ratcliff & Company LLP, North Vancouver, pour les demandeurs la Nation Squamish (également appelée Bande indienne Squamish), Xàlek/Sekyú Siyám, Chef Ian Campbell pour son propre compte et au nom de tous les membres de la Nation Squamish, Bande indienne Coldwater, Chef Lee Spahan, à titre de chef de la Bande Coldwater et au nom de tous les membres de la Bande Coldwater.

Mandell Pinder LLP, Vancouver, pour la demanderesse la Bande Upper Nicola.

Miller Titerle + Company LLP, Vancouver, pour les demandeurs Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwioose, Skwah, Chef David Jimmie, pour son propre compte et au nom de tous les membres de la tribu Ts'elxwéyeqw Tribe.

Miller Thomson LLP, Vancouver, pour les demandeurs le Chef Ron Ignace et le Chef Fred Seymour, pour leur propre compte et au nom de tous les membres de Stk'emlupsemc Te Secwepemc de la Nation Secwepemc.

Ecojustice, Calgary, pour les demandereses Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society.

La sous-procureure générale du Canada, pour le défendeur le procureur général du Canada.

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Calgary, for respondent Trans Mountain Pipeline ULC.
National Energy Board Legal Services, Calgary, for respondent National Energy Board.

Alberta Justice and Solicitor General, Edmonton, for intervener Attorney General of Alberta.

Ministry of Justice, Victoria, for intervener Attorney General of British Columbia.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DAWSON J.A.:

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Calgary, pour la défenderesse Trans Mountain Pipeline ULC.
Services juridiques de l'Office national de l'énergie, Calgary, pour le défendeur l'Office national de l'énergie.

Ministère de la Justice et Solliciteur général de l'Alberta, Edmonton, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Ministère de la Justice, Victoria, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LA JUGE DAWSON, J.C.A. :

	Paragraph
I. Introduction	1
A. Summary of conclusions	4
II. The project.....	9
III. The applicants	15
A. Tsleil-Waututh Nation.....	16
B. City of Vancouver	21
C. City of Burnaby	23
D. The Squamish Nation	25
E. Coldwater Indian Band	30
F. The Stó:lō Collective.....	35
G. Upper Nicola Band.....	41
H. Stk'emlupsemc te Secwepemc of the Secwepemc Nation	45
I. Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society.....	49
IV. The applications challenging the report of the National Energy Board and the Order in Council	50
V. The legislative regime	53
A. The requirements of the <i>National Energy Board Act</i>	54
B. The requirements of the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i>	59
C. Consideration by the Governor in Council	63
VI. The report of the National Energy Board ...	68

	Paragraphe
I. Introduction	1
A. Résumé des conclusions.....	4
II. Le projet	9
III. Les demandeurs	15
A. La Tsleil-Waututh Nation	16
B. La Ville de Vancouver.....	21
C. La Ville de Burnaby.....	23
D. La Nation Squamish	25
E. La bande indienne Coldwater	30
F. Le groupe Stó:lō	35
G. La bande Upper Nicola.....	41
H. Les Stk'emlupsemc te Secwepemc de la Nation Secwepemc	45
I. Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society.....	49
IV. Les demandes attaquant le rapport de l'Office national de l'énergie et le décret.....	50
V. Le régime législatif.....	53
A. Les exigences de la <i>Loi sur l'Office national de l'énergie</i>	54
B. Les exigences de la <i>Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)</i>	59
C. L'examen par le gouverneur en conseil...	63
VI. Le rapport de l'Office national de l'énergie	68

VII. The decision of the Governor in Council.....	69	VII. La décision du gouverneur en conseil	69
VIII. Factual background	72	VIII. Les faits	72
A. Canada's consultation process.....	72	A. Le processus de consultation du Canada.....	72
B. Prehearing matters and the Project application.....	76	B. Les questions préliminaires et la demande visant le projet.....	76
C. The scoping decision and the hearing order.....	81	C. La décision relative à la portée et l'ordonnance relative à l'audience	81
D. Challenges to the hearing order and the scoping decision	85	D. Les contestations de l'ordonnance relative à l'audience et de la décision relative à la portée.....	85
E. The TERMPOL review process.....	88	E. Le processus d'examen TERMPOL.....	88
F. The applicants' participation in the hearing before the Board	94	F. La participation des demandeurs à l'audience devant l'Office	94
G. Participant funding	99	G. Le fonds d'aide financière aux participants	99
(1) Tsleil-Waututh Nation	102	1) La Tsleil-Waututh Nation	102
(2) The Squamish Nation.....	103	2) La Nation Squamish	103
(3) Coldwater Indian Band	104	3) La bande indienne Coldwater.....	104
(4) The Stó:lō Collective	105	4) Le groupe Stó:lō	105
(5) Upper Nicola Band.....	106	5) La bande Upper Nicola.....	106
(6) SSN	107	6) Les SSN.....	107
(7) Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society	108	7) Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society	108
H. Crown consultation efforts—a brief summary	109	H. Efforts de la Couronne en matière de consultation — un bref résumé	109
(1) Phase I (from 2013 to April 2014) ...	109	1) Étape I (2013 – avril 2014).....	109
(2) Phase II (from April 2014 to February 2016).....	110	2) Étape II (avril 2014 – février 2016)...	110
(3) Phase III (February to November 2016).....	115	3) Étape III (février – novembre 2016)...	115
I. Post National Energy Board report events.....	118	I. Initiatives postérieures au rapport de l'Office national de l'énergie.....	118
(1) The Interim Measures for Pipeline Reviews.....	118	1) Mesures provisoires pour les évaluations relatives aux projets de pipelines	118
(2) The Ministerial Panel.....	121	2) Le comité ministériel.....	121
(3) Greenhouse gas assessment	124	3) Évaluation des gaz à effet de serre	124
IX. The issues to be determined.....	125	IX. Les questions à trancher.....	125
X. Consideration of the issues	129	X. Examen des questions	129
A. The preliminary issues.....	129	A. Les questions préliminaires	129
(1) Trans Mountain's motion to strike ...	133	1) Requête en radiation de Trans Mountain.....	133
(2) The applicants' motion asking that the two affidavits of Robert Love, or portions thereof, be struck or given no weight	143	2) La requête demandant à la Cour de radier tout ou partie des deux affidavits de Robert Love ou, subsidiairement, d'y accorder peu de poids	143

(a) The hearsay objection.....	144	a) L'objection fondée sur le ouï-dire ...	144
(b) Relevance of evidence of Trans Mountain's engagement with the Indigenous applicants.....	153	b) Pertinence de la preuve relativement aux discussions de Trans Mountain avec les demandeurs autochtones	153
(3) Canada's compendium—The Consultation Chronologies	163	3) Compendium du Canada — Les tableaux présentant la chronologie des consultations	163
B. Is the report of the National Energy Board amenable to judicial review?	170	B. Le rapport de l'Office national de l'énergie est-il susceptible de contrôle judiciaire?...	170
(1) The decision of this Court in <i>Gitxaala</i>	173	1) L'arrêt <i>Gitxaala</i> de notre Cour	173
(2) Was <i>Gitxaala</i> wrongly decided on this point?.....	175	2) La conclusion tirée par la Cour à ce sujet dans l'arrêt <i>Gitxaala</i> était-elle erronée?.....	175
(a) Did the Court err by stating that only “decisions about legal or practical interests” are judicially reviewable?	175	a) La Cour a-t-elle erronément conclu que seule la « décision sur des intérêts juridiques ou pratiques » est susceptible de contrôle judiciaire?	175
(b) <i>Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)</i>	183	b) <i>Forestethics Advocacy c. Canada (Procureur général)</i>	183
(c) The jurisprudence which reviewed environmental assessment reports.....	185	c) Les précédents dans lesquels des rapports d'évaluation environnementale sont examinés	185
(d) The reference to inapplicable provisions of the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i>	187	d) Le renvoi à des dispositions inapplicables de la <i>Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)</i>	187
(e) <i>Gitxaala</i> thwarts review of the decision of the National Energy Board....	200	e) L'arrêt <i>Gitxaala</i> empêche le contrôle de la décision de l'Office national de l'énergie	200
(f) Conclusion on whether the report of the National Energy Board is amenable to judicial review	202	f) Conclusion : le rapport de l'Office national de l'énergie est-il susceptible de contrôle judiciaire?	202
C. Should the decision of the Governor in Council be set aside on administrative law grounds?	204	C. La décision du gouverneur en conseil devrait-elle être annulée pour des motifs de droit administratif?	204
(1) The standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council.....	204	1) La norme de contrôle applicable à la décision du gouverneur en conseil.....	204
(a) The administrative law components of the decision.....	206	a) Le volet de la décision relevant du droit administratif.....	206
(b) The constitutional component	224	b) Le volet constitutionnel	224
(2) Did the Governor in Council err in determining that the Board's report qualified as a report so as to be a proper condition precedent to the Governor in Council's decision?.....	228	2) Le gouverneur en conseil a-t-il conclu à tort que le rapport de l'Office constituait un rapport en bonne et due forme, condition préalable à sa décision?	228

(a) Was the Board's process procedurally fair?	230	a) Le processus suivi par l'Office respectait-il l'équité procédurale?	230
(i) Applicable legal principles	230	(i) Principes juridiques applicables...	230
(ii) The asserted breaches of procedural fairness	237	(ii) Les manquements reprochés à l'équité procédurale	237
(iii) The failure to hold a full oral hearing and to allow cross-examination of Trans Mountain's witnesses	242	(iii) Le défaut de tenir une audience et de permettre le contre-interrogatoire des témoins de Trans Mountain	242
(iv) Trans Mountain's responses to the Information Requests.....	260	(iv) Les réponses de Trans Mountain aux demandes de renseignements	260
(v) The asserted deferral and delegation of the assessment of important information.....	278	(v) La prétention concernant le report et la délégation de l'évaluation de renseignements importants	278
(vi) Failing to provide adequate reasons	292	(vi) Omission de fournir des motifs suffisants	292
(vii) Trans Mountain's reply evidence.....	316	(vii) Contre-preuve de Trans Mountain	316
(viii) Conclusion on procedural fairness.....	321	(viii) Conclusion sur l'équité procédurale	321
(b) Did the Board fail to decide certain issues before recommending approval of the Project?	322	b) L'Office a-t-il omis de trancher certaines questions avant de recommander l'approbation du projet?	322
(i) Did the Board fail to assess the risks and impacts posed by the Project to Burnaby?	335	(i) L'Office a-t-il omis d'évaluer les risques et les incidences du projet pour Burnaby?	335
(ii) Did the Board fail to consider alternative means of carrying out the Project?	352	(ii) L'Office a-t-il omis d'examiner des solutions de rechange pour la réalisation du projet?	352
(iii) Did the Board fail to look at the West Alternative as an alternative route for the new pipeline?	375	(iii) L'Office a-t-il omis d'envisager l'option ouest comme tracé de rechange pour le nouveau pipeline? ..	375
(c) Did the Board fail to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal?.....	387	c) L'Office a-t-il omis d'examiner des solutions de rechange au terminal maritime Westridge?	387
(d) Did the Board err by failing to assess Project-related marine shipping under the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i> ?	388	d) L'Office a-t-il erré en n'évaluant pas le transport maritime en lien avec le projet sous le régime de la <i>Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)</i> ?	388
(i) The deficiencies said to arise from the Board's assessment of		(i) Les lacunes dont serait entachée l'évaluation faite par l'Office du	

Project-related marine shipping under the <i>National Energy Board Act</i>	411	transport maritime associé au projet sous le régime de la <i>Loi sur l'Office national de l'énergie</i>	411
(ii) The Board's consideration of Project-related marine shipping and its findings	413	(ii) Examen du transport maritime en lien avec le projet et conclusions de l'Office à cet égard	413
(iii) Was the Board's assessment of Project-related marine shipping substantially adequate?	431	(iii) L'évaluation du transport maritime en lien avec le projet par l'Office était-elle essentiellement adéquate? ...	431
(e) Did the Board err in its treatment of the <i>Species at Risk Act</i> ?	442	e) L'Office a-t-il commis une erreur au regard de la <i>Loi sur les espèces en péril</i> ?	442
(i) Did the Board err by concluding that section 79 of the <i>Species at Risk Act</i> did not apply to its consideration of the effects of Project-related marine shipping?	446	(i) L'Office a-t-il conclu à tort que l'article 79 de la <i>Loi sur les espèces en péril</i> ne s'appliquait pas à son examen des effets du transport maritime lié au projet?	446
(ii) Did the Board substantially comply with its obligations under section 79 of the <i>Species at Risk Act</i> ?	451	(ii) L'Office a-t-il respecté essentiellement ses obligations au titre de l'article 79 de la <i>Loi sur les espèces en péril</i> ?	451
(iii) Was the Governor in Council obliged to comply with subsection 77(1) of the <i>Species at Risk Act</i> ?	459	(iii) Le gouverneur en conseil était-il tenu de respecter le paragraphe 77(1) de la <i>Loi sur les espèces en péril</i> ?	459
(f) Conclusion: the Governor in Council erred by relying upon the Board's report as a proper condition precedent to the Governor in Council's decision	465	f) Conclusion : le gouverneur en conseil a fait erreur en fondant sa décision sur le rapport de l'Office comme condition préalable adéquate	465
(3) The challenge of the Attorney General of British Columbia	474	3) La prétention du procureur général de la Colombie-Britannique	474
(a) Did the Governor in Council fail to comply with the obligation to give reasons?	477	a) Le gouverneur en conseil a-t-il manqué à son obligation de fournir des motifs?	477
(b) Did the Governor in Council fail to consider the impact of Project-related shipping spill risks on the Province of British Columbia?	481	b) Le gouverneur en conseil a-t-il omis de tenir compte des effets que pourraient avoir sur la Colombie-Britannique les risques de déversement posés par le transport maritime associé au projet?	481
D. Should the decision of the Governor in Council be set aside on the ground that Canada failed to consult adequately with the Indigenous applicants?	485	D. La décision du gouverneur en conseil devrait-elle être annulée au motif que le Canada a omis de consulter adéquatement les demandeurs autochtones?	485
(1) The applicable legal principles	485	1) Les principes juridiques applicables...	485

(2) The standard to which Canada is to be held in fulfilling the duty.....	508	2) La norme à laquelle le Canada est tenu pour s'acquitter de l'obligation.....	508
(3) Application of the legal principles to the evidence	511	3) Application des principes juridiques à la preuve.....	511
(a) Was the consultation process deficient because of the design of the process selected and followed by Canada?	513	a) La consultation était-elle lacunaire en raison du processus choisi et suivi par le Canada?	513
(i) The consultation framework was unilaterally imposed	515	(i) Le cadre de consultation a été imposé unilatéralement.....	515
(ii) The Board's process is said to be inadequate for fulfilling consultation obligations	520	(ii) Le processus de l'Office ne permettrait pas de satisfaire à l'obligation de consulter.....	520
(iii) The funding provided is said to have been inadequate.....	533	(iii) L'aide financière fournie aurait été insuffisante	533
(iv) The process allowed the Project to be approved when essential information was lacking	542	(iv) Le processus a permis l'approbation du projet alors qu'il manquait des renseignements essentiels.....	542
(v) Conclusion on the adequacy of the process selected and followed by Canada	548	(v) Conclusion au sujet du caractère adéquat ou non du processus choisi et suivi par le Canada	548
(b) Was the consultation process deficient because of Canada's execution of the process?	550	b) Le processus de consultation était-il vicié en raison de la manière dont il a été mené par le Canada?.....	550
(i) The need for meaningful two-way dialogue.....	564	(i) La nécessité d'un véritable dialogue	564
(ii) The implementation of the mandate of the Crown consultation team...	575	(ii) L'exécution par l'équipe des consultations avec la Couronne de son mandat.....	575
a. The Crown Consultation Report.....	578	a. Le rapport sur les consultations de la Couronne	578
b. The experience of Tsleil-Waututh	579	b. L'expérience des Tsleil-Waututh	579
c. The experience of Squamish	582	c. L'expérience des Squamish	582
d. The experience of Coldwater ...	585	d. L'expérience des Coldwater.....	585
e. The experience of Stó:lō	589	e. L'expérience des Stó:lō	589
f. The experience of Upper Nicola.....	593	f. L'expérience des Upper Nicola...	593
g. The experience of SSN	596	g. L'expérience des SSN	596
h. Conclusion on the mandate of the Crown consultation team	598	h. Conclusion sur le mandat de l'équipe des consultations avec la Couronne.....	598

(iii) Canada's reluctance to depart from the Board's findings and recommended conditions and genuinely engage the concerns of the Indigenous applicants.....	602	(iii) La réticence du Canada à s'écarter des conclusions de l'Office et des conditions qu'il recommande pour traiter véritablement des préoccupations des demandeurs autochtones	602
(iv) Canada's erroneous view that the Governor in Council could not impose additional conditions on the proponent.....	629	(iv) L'opinion erronée du Canada selon laquelle le gouverneur en conseil ne pouvait pas imposer d'autres conditions au promoteur.....	629
(v) Canada's late disclosure of its assessment of the Project's impact on the Indigenous applicants	638	(v) Communication tardive de l'évaluation de l'effet du projet sur les demandeurs autochtones	638
(vi) Canada's failure to dialogue meaningfully.....	649	(vi) Défaut par le Canada d'engager un véritable dialogue	649
a. The experience of Tsleil-Waututh	649	a. L'expérience des Tsleil-Waututh	649
b. The experience of Squamish....	662	b. L'expérience des Squamish.....	662
c. The experience of Coldwater ...	669	c. L'expérience des Coldwater	669
d. The experience of Stó:lō	681	d. L'expérience des Stó:lō	681
e. The experience of Upper Nicola.....	728	e. L'expérience des Upper Nicola...	728
f. The experience of SSN.....	737	f. L'expérience des SSN.....	737
(vii) Conclusion on Canada's execution of the consultation process	753	(vii) Conclusion sur la manière dont le Canada a mené le processus de consultation.....	753
E. Remedy	764	E. Réparation	764
F. Proposed Disposition.....	773	F. Dispositif proposé.....	773

I. Introduction

[1] On May 19, 2016, the National Energy Board issued its report [*Trans Mountain Expansion Project*] concerning the proposed expansion of the Trans Mountain pipeline system. The Board's report recommended that the Governor in Council approve the expansion. The Board's recommendation was based on the Board's findings that the expansion is in Canada's public interest, and that if certain environmental protection procedures and mitigation measures are implemented, and if the conditions the Board recommended are implemented, the expansion is not likely to cause significant adverse environmental effects.

I. Introduction

[1] Le 19 mai 2016, l'Office national de l'énergie (l'Office) a présenté son rapport [*Trans Mountain Expansion Project*] sur le projet d'agrandissement du réseau pipelinier de Trans Mountain. Il y recommandait que le gouverneur en conseil approuve l'agrandissement, car il estimait qu'un tel projet était dans l'intérêt public du Canada et n'était pas susceptible d'entraîner d'importantes conséquences environnementales néfastes, moyennant l'adoption de certaines mesures de protection de l'environnement et d'atténuation des risques ainsi que le respect des conditions qu'il recommandait.

[2] On November 29, 2016, the Governor in Council accepted the Board's recommendation and issued Order in Council P.C. 2016-1069. The Order in Council recited the Governor in Council's acceptance of the Board's recommendation, and directed the Board to issue a certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the expansion project, subject to the conditions recommended by the Board.

[3] A number of applications for judicial review of the Board's report and the Order in Council were filed in this Court. These applications were consolidated. These are the Court's reasons for judgment in respect of the consolidated proceeding. Pursuant to the order consolidating the applications, a copy of these reasons shall be placed in each file.

A. Summary of Conclusions

[4] While a number of applicants challenge the report of the National Energy Board, as explained below, the Order in Council is legally the only decision under review. Its validity is challenged on two principal grounds: first, the Board's process and findings were so flawed that the Governor in Council could not reasonably rely on the Board's report; second, Canada failed to fulfil the duty to consult owed to Indigenous peoples.

[5] Applying largely uncontested legal principles established by the Supreme Court of Canada to the factual record, a factual record that is also largely not contested, I conclude that most of the flaws asserted against the Board's process and findings are without merit. However, the Board made one critical error. The Board unjustifiably defined the scope of the Project under review not to include Project-related tanker traffic. The unjustified exclusion of marine shipping from the scope of the Project led to successive, unacceptable deficiencies in the Board's report and recommendations. As a result, the Governor in Council could not rely on the Board's report and recommendations when assessing the Project's environmental effects and the overall public interest.

[2] Le 29 novembre 2016, le gouverneur en conseil a accepté la recommandation de l'Office et adopté le décret C.P. 2016-1069. Par le décret, le gouverneur en conseil acceptait expressément la recommandation de l'Office et enjoignait à celui-ci de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement, sous réserve du respect des conditions recommandées par l'Office.

[3] De nombreuses demandes de contrôle judiciaire visant le rapport de l'Office et le décret ont été déposées devant la Cour. Elles ont par la suite été réunies. Les présents motifs se rapportent à l'instance réunie. Conformément à l'ordonnance portant réunion des demandes, une copie des présents motifs sera versée dans chaque dossier.

A. Résumé des conclusions

[4] Bon nombre de demandeurs contestent le rapport de l'Office national de l'énergie, mais, comme je l'explique ci-après, le décret est, sur le plan juridique, la seule décision faisant l'objet d'un contrôle. Sa validité est contestée pour deux motifs principaux : premièrement, le processus et les conclusions de l'Office étaient à ce point viciés qu'il n'était pas raisonnable que le gouverneur en conseil se fonde sur le rapport de cet organisme; deuxièmement, le Canada n'a pas respecté son obligation de consulter les peuples autochtones.

[5] Appliquant les principes juridiques, établis par la Cour suprême du Canada et non contestés pour l'essentiel, au dossier factuel, également non contesté pour l'essentiel, je conclus que la plupart des allégations de vice visant le processus et les conclusions de l'Office sont dénuées de fondement. L'Office a toutefois commis une erreur cruciale : il a de façon injustifiable défini la portée du projet de manière à ne pas inclure la circulation de navires-citernes connexe au projet. L'exclusion injustifiée du transport maritime de la portée du projet a mené à une succession de vices inacceptables entachant le rapport et les recommandations de l'Office. Par conséquent, le gouverneur en conseil ne pouvait pas se fonder sur le rapport et les recommandations de l'Office pour évaluer les effets environnementaux du projet et l'intérêt public en général.

[6] Applying the largely uncontested legal principles that underpin the duty to consult Indigenous peoples and First Nations set out by the Supreme Court, I also conclude that Canada acted in good faith and selected an appropriate consultation framework. However, at the last stage of the consultation process prior to the decision of the Governor in Council, a stage called Phase III, Canada's efforts fell well short of the mark set by the Supreme Court of Canada. Canada failed in Phase III to engage, dialogue meaningfully and grapple with the real concerns of the Indigenous applicants so as to explore possible accommodation of those concerns. The duty to consult was not adequately discharged.

[7] Accordingly, for the following reasons, I would quash the Order in Council and remit the matter back to the Governor in Council for appropriate action, if it sees fit, to address these flaws and, later, proper redetermination.

[8] These reasons begin by describing: (i) the expansion project; (ii) the applicants who challenge the Board's report and the Order in Council; (iii) the pending applications for judicial review; (iv) the legislative regime; (v) the report of the Board; and, (vi) the decision of the Governor in Council. The reasons then set out the factual background relevant to the challenges before the Court before turning to the issues raised in these applications and the consideration of those issues.

II. The Project

[9] No company may operate an interprovincial or international pipeline in Canada unless the National Energy Board has issued a certificate of public convenience and necessity, and given leave to the company to open the pipeline (subsection 30(1) of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7).

[10] Trans Mountain Pipeline ULC is the general partner of Trans Mountain Pipeline L.P. (together referred to as Trans Mountain). Trans Mountain owns and holds operating certificates issued by the National Energy Board

[6] Appliquant ensuite les principes juridiques, non contestés pour l'essentiel, qui sous-tendent l'obligation de consulter les peuples autochtones et les Premières Nations énoncés par la Cour suprême, je conclus en outre que le Canada a agi de bonne foi et a choisi un régime de consultation approprié. Toutefois, à la dernière étape du processus de consultation avant la décision du gouverneur en conseil — l'étape III —, les efforts déployés par le Canada étaient loin de répondre aux exigences fixées par la Cour suprême du Canada. Le Canada en effet a omis à l'étape III d'engager un véritable dialogue et de se pencher sur les réelles préoccupations des demandeurs autochtones de manière à être en mesure de rechercher des mesures pour y répondre. Il ne s'est pas adéquatement acquitté de son obligation de consulter.

[7] Par conséquent, pour les motifs suivants, j'annulerais le décret et je renverrais l'affaire au gouverneur en conseil pour qu'il prenne les mesures qui s'imposent, s'il le juge à propos, pour corriger ces vices et rendre par la suite une nouvelle décision en bonne et due forme.

[8] Dans un premier temps, les présents motifs décriront i) le projet d'agrandissement; ii) les demandeurs qui contestent le rapport de l'Office et le décret; iii) les demandes de contrôle judiciaire en instance; iv) le régime législatif; v) le rapport de l'Office; vi) la décision du gouverneur en conseil. Nous énoncerons ensuite les faits pertinents quant aux contestations dont est saisie la Cour puis examinerons les questions soulevées dans ces demandes.

II. Le projet

[9] Aucune compagnie ne peut exploiter un pipeline interprovincial ou international au Canada à moins que l'Office national de l'énergie n'ait préalablement délivré un certificat d'utilité publique et ne l'ait autorisée à mettre le pipeline en service (paragraphe 30(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7).

[10] Trans Mountain Pipeline ULC est l'associée commanditée de Trans Mountain Pipeline L.P. (appelées collectivement Trans Mountain). Trans Mountain détient les certificats d'exploitation délivrés par l'Office pour le

for the existing Trans Mountain pipeline system. This system includes a pipeline approximately 1 147 kilometres long that moves crude oil, and refined and semi-refined petroleum products from Edmonton, Alberta to marketing terminals and refineries in the central region and lower mainland area of British Columbia, as well as to the Puget Sound area in Washington State.

[11] On December 16, 2013, Trans Mountain submitted an application to the National Energy Board for a certificate of public convenience and necessity (and certain amended certificates) for the Trans Mountain Expansion Project (Project).

[12] The application described the Project to consist of a number of components, including: (i) twinning the existing pipeline system with approximately 987 kilometres of new pipeline segments, including new proposed pipeline corridors and rights-of-way, for the purpose of transporting diluted bitumen from Edmonton, Alberta to Burnaby, British Columbia; (ii) new and modified facilities, including pump stations and tanks (in particular, an expanded petroleum tank farm in Burnaby which would be expanded from 13 to 26 storage tanks); (iii) a new and expanded dock facility, including three new berths, at the Westridge Marine Terminal in Burnaby; and, (iv) two new pipelines running from the Burnaby storage facility to the Westridge Marine Terminal.

[13] The Project would increase the number of tankers loaded at the Westridge Marine Terminal from approximately five Panamax and Aframax class tankers per month to approximately 34 Aframax class tankers per month. Aframax tankers are larger and carry more product than Panamax tankers. The Project would increase the overall capacity of Trans Mountain's existing pipeline system from 300 000 barrels per day to 890 000 barrels per day.

[14] Trans Mountain's application stated that the primary purpose of the Project is to provide additional capacity to transport crude oil from Alberta to markets

réseau pipeline Trans Mountain actuel. Ce réseau comprend un oléoduc d'une longueur d'environ 1 147 kilomètres qui sert à acheminer du pétrole brut ainsi que des produits pétroliers raffinés ou semi-raffinés d'Edmonton, en Alberta, vers des terminaux de mise en marché et des raffineries situées dans les régions du Centre et des basses-terres continentales de la Colombie-Britannique ainsi que dans la région du détroit de Puget, dans l'État de Washington.

[11] Le 16 décembre 2013, Trans Mountain a présenté une demande à l'Office national de l'énergie en vue d'obtenir un certificat d'utilité publique (et certains certificats modifiés) pour le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (le projet).

[12] La demande décrivait le projet en plusieurs volets : i) l'agrandissement du réseau pipeline visant à le doubler par la construction d'environ 987 kilomètres de nouveaux segments, dont des couloirs et des emprises supplémentaires, pour transporter du bitume dilué entre Edmonton, en Alberta, et Burnaby, en Colombie-Britannique; ii) la construction et la modification des ouvrages, dont des stations de pompage et des citernes (notamment l'agrandissement du parc de citernes pour hydrocarbures de Burnaby, qui compte actuellement 13 citernes et en compterait alors 26); iii) la construction et l'agrandissement de quais, dont trois nouveaux postes d'amarrage, au terminal maritime Westridge de Burnaby; iv) la construction de deux nouveaux oléoducs entre le site de stockage de Burnaby et le terminal maritime Westridge.

[13] Dans le cadre du projet, le nombre de pétroliers remplis au terminal maritime Westridge passerait d'environ cinq navires de taille Panamax et Aframax à environ 34 Aframax par mois. Les Aframax sont plus gros que les Panamax, et leur capacité est supérieure. Au terme du projet, la capacité globale du réseau pipeline de Trans Mountain passerait de 300 000 barils à 890 000 barils par jour.

[14] Dans sa demande, Trans Mountain indique que l'objectif premier du projet est d'augmenter la capacité de transport du pétrole brut de l'Alberta vers les marchés

in the Pacific Rim, including Asia. If built, the system would continue to transport crude oil—primarily diluted bitumen.

III. The Applicants

[15] A number of First Nations and two large cities are significantly concerned about the Project and its impact upon them, and challenge its approval. Two non-governmental agencies also challenge the Project. These applicants are described below.

A. Tsleil-Waututh Nation

[16] The applicant Tsleil-Waututh Nation is a Coast Salish Nation. It is a band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 and its members are Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52.

[17] In the traditional dialect of Halkomelem, the name Tsleil-Waututh means “People of the Inlet”. Tsleil-Waututh’s asserted traditional territory extends approximately from the vicinity of Mount Garibaldi to the north to the 49th parallel and beyond to the south. The traditional territory extends west to Gibsons and east to Coquitlam Lake. The traditional territory includes areas across British Columbia’s Lower Mainland, including sections of the Lower Fraser River, Howe Sound, Burrard Inlet and Indian Arm.

[18] Tsleil-Waututh’s traditional territory encompasses the proposed Westridge Marine Terminal and fuel storage facility expansion, and approximately 18 kilometres of pipeline right-of-way. Approximately 45 kilometres of marine shipping route will pass within Tsleil-Waututh’s asserted traditional territory.

[19] Much of Tsleil-Waututh’s population of 500 people live in its primary community of Tsleil-Waututh, which is located on the north shore of Burrard Inlet, approximately 3 kilometres across the Inlet from the Westridge Marine Terminal.

de la région du Pacifique, notamment l’Asie. Si le nouveau pipeline est construit, le réseau continuera à transporter du pétrole brut, principalement du bitume dilué.

III. Les demandeurs

[15] Certaines Premières Nations ainsi que deux grandes villes sont très préoccupées par le projet et ses répercussions sur elles et contestent son approbation. Deux organisations non gouvernementales contestent aussi le projet. Suit une description des demandeurs.

A. La Tsleil-Waututh Nation

[16] La Tsleil-Waututh Nation, l’une des demanderes, est une nation salish du littoral. Il s’agit d’une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, et ses membres appartiennent aux peuples autochtones au sens de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l’alinéa 5(1)c) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52.

[17] En halkomelem, un dialecte traditionnel, le nom Tsleil-Waututh signifie « peuple de la baie ». Le territoire traditionnel revendiqué par les Tsleil-Waututh s’étend approximativement, du nord au sud, des environs du mont Garibaldi jusqu’au-delà du 49^e parallèle et, d’ouest en est, de Gibson jusqu’au lac Coquitlam. Il englobe une partie des basses-terres continentales de la Colombie-Britannique, y compris des sections du bas Fraser, de la baie Howe, de la baie Burrard et du bras de mer Indian.

[18] Le territoire traditionnel des Tsleil-Waututh comprend notamment le lieu choisi pour l’agrandissement proposé du terminal maritime Westridge et du parc de citernes ainsi qu’environ 18 kilomètres d’emprise réservée au pipeline. La voie maritime traversera le territoire traditionnel revendiqué par les Tsleil-Waututh sur environ 45 kilomètres.

[19] Une grande partie de la population de la Tsleil-Waututh Nation, qui compte 500 âmes, habite dans la localité principale de Tsleil-Waututh, située sur la rive nord de la baie Burrard, à environ trois kilomètres du terminal maritime Westridge de l’autre côté de la baie.

[20] Tsleil-Waututh asserts Aboriginal title to the land, water, air, marine foreshore and resources in Eastern Burrard Inlet. It also asserts freestanding stewardship, harvesting and cultural rights in this area. The Crown states that it assessed its duty to consult with Tsleil-Waututh on the deeper end of the consultation spectrum.

B. City of Vancouver

[21] The City of Vancouver is the third most densely populated city in North America, after New York City and San Francisco. It has 69.8 kilometres of waterfront along Burrard Inlet, English Bay, False Creek and the Fraser River, with 18 kilometres of beaches and a 22-kilometre long seawall.

[22] Approximately 25 000 residents of Vancouver live within 300 metres of the Burrard Inlet and English Bay shorelines.

C. City of Burnaby

[23] The City of Burnaby is the third largest city in British Columbia, with a population of over 223 000 people.

[24] A number of elements of the Project infrastructure will be located in Burnaby: (i) the new Westridge Marine Terminal; (ii) the Burnaby Terminal, including 13 new storage tanks and one replacement storage tank; (iii) two new delivery lines following a new route connecting the Burnaby Terminal to the Westridge Marine Terminal through a new tunnel to be drilled under the Burnaby Mountain Conservation Area; and, (iv) a portion of the main pipeline along a new route to the Burnaby Terminal.

D. The Squamish Nation

[25] The applicant Squamish Nation is a Coast Salish Nation. It is a band within the meaning of the *Indian Act* and its members are Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982*

[20] Les Tsleil-Waututh revendiquent le titre ancestral à l'égard des terres, des eaux, de l'air, de la zone médio-littorale et des ressources dans l'est de la baie Burrard ainsi que des droits de gérance autonome et de récolte et des droits culturels dans cette région. Selon la Couronne, son obligation de consulter les Tsleil-Waututh se situe à l'extrémité supérieure du continuum applicable en la matière.

B. La Ville de Vancouver

[21] Vancouver arrive au troisième rang des villes les plus densément peuplées d'Amérique du Nord, après New York et San Francisco. Son littoral s'étend sur 69,8 kilomètres le long de la baie Burrard, de la baie English, du ruisseau False et du fleuve Fraser et il compte 18 kilomètres de plages ainsi qu'une digue d'une longueur de 22 kilomètres.

[22] Environ 25 000 Vancouverois vivent à moins de 300 mètres du littoral de la baie Burrard et de la baie English.

C. La Ville de Burnaby

[23] Forte de 223 000 habitants, Burnaby est la troisième plus grande ville de la Colombie-Britannique.

[24] Certains ouvrages du projet seront situés à Burnaby : i) le nouveau terminal maritime Westridge; ii) le terminal de Burnaby, y compris 13 nouvelles citernes et une citerne de remplacement; iii) deux nouvelles canalisations de livraison le long d'un nouveau tracé reliant le terminal de Burnaby au terminal maritime Westridge qui seront creusées sous l'aire de conservation du mont Burnaby; iv) une portion du pipeline principal qui suivra un nouveau tracé menant au terminal de Burnaby.

D. La Nation Squamish

[25] La Nation Squamish, l'une des demandereses, est rattachée aux Salishes du littoral. Il s'agit d'une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, et ses membres appartiennent aux peuples autochtones visés par l'article 35

and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. There are currently just over 4 000 registered members of the Squamish Nation.

[26] The Squamish assert that since a time before contact with Europeans, Squamish have used and occupied lands and waters on the southwest coast of what is now British Columbia, extending from the Lower Mainland north to Whistler. This territory includes Burrard Inlet, English Bay, Howe Sound and the Squamish Valley. The boundaries of asserted Squamish territory thus encompass all of Burrard Inlet, English Bay and Howe Sound, as well as the rivers and creeks that flow into these bodies of water.

[27] Squamish has three reserves located in and at the entrance to Burrard Inlet:

- i. Seymour Creek Reserve No. 2 (ch'ich'elxwi7kw) on the North shore close to the Westridge Marine Terminal;
- ii. Mission Reserve No. 1 (eslhá7an); and,
- iii. Capilano Reserve No. 5 (xwmelchstn).

Also located in the area are Kitsilano Reserve No. 6 (senákw) near the entrance to False Creek, and three other waterfront reserves in Howe Sound.

[28] Project infrastructure, including portions of the main pipeline, the Westridge Marine Terminal, the Burnaby Terminal, two new delivery lines connecting the terminals, and sections of the tanker routes for the Project will be located in Squamish's asserted traditional territory and close to its reserves across the Burrard Inlet. The shipping route for the Project will also travel past three Squamish reserves through to the Salish Sea.

[29] Squamish asserts Aboriginal rights, including title and self-government, within its traditional territory. Squamish also asserts Aboriginal rights to fish in the Fraser River and its tributaries. The Crown assessed its

de la *Loi constitutionnelle de 1982* et l'alinéa 5(1)c) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. La Nation Squamish compte actuellement un peu plus de 4 000 membres inscrits.

[26] Les Squamish affirment qu'ils utilisent et occupent les terres et eaux de la côte sud-ouest de ce qui correspond de nos jours à la Colombie-Britannique, à savoir des basses-terres continentales jusqu'à Whistler au nord, depuis une date qui précède l'arrivée des Européens. Ce territoire comprend la baie Burrard, la baie English, la baie Howe et la vallée de la Squamish. À l'intérieur des frontières du territoire revendiqué par les Squamish se trouvent donc toute la baie Burrard, la baie English et la baie Howe, ainsi que les rivières et ruisseaux qu'elles drainent.

[27] Les Squamish ont trois réserves dans la baie Burrard ou à l'embouchure de celle-ci :

- i. La réserve de Seymour Creek n° 2 (ch'ich'elxwi7kw) sur la rive nord, près du terminal maritime Westridge;
- ii. La réserve de Mission n° 1 (eslhá7an);
- iii. La réserve de Capilano n° 5 (xwmelchstn).

On trouve aussi dans les environs la réserve de Kitsilano n° 6 (senákw), près de l'entrée du ruisseau False, et trois autres réserves littorales dans la baie Howe.

[28] L'infrastructure du projet, y compris des tronçons du pipeline principal, le terminal maritime Westridge, le terminal de Burnaby, les deux nouvelles canalisations de livraison reliant les terminaux, ainsi que des sections du trajet des navires-citernes, seront situés dans le territoire traditionnel revendiqué par les Squamish et près de ses réserves situées de l'autre côté de la baie Burrard. La voie maritime que prévoit le projet longera aussi trois réserves Squamish avant d'aboutir dans la mer des Salish.

[29] Les Squamish revendiquent des droits ancestraux, notamment le titre ancestral et l'autonomie gouvernementale, dans leur territoire traditionnel. Ils revendiquent aussi des droits de pêche ancestraux dans le fleuve Fraser

duty to consult Squamish at the deeper end of the consultation spectrum.

E. Coldwater Indian Band

[30] The applicant Coldwater is a band within the meaning of section 2 of the *Indian Act*. Its members are Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Coldwater, together with 14 other bands, comprise the Nlaka’pamux Nation.

[31] The Nlaka’pamux Nation’s asserted traditional territory encompasses part of south-central British Columbia extending from the northern United States to north of Kamloops. This territory includes the Lower Thompson River area, the Fraser Canyon, the Nicola and Coldwater Valleys and the Coquihalla area.

[32] Coldwater’s registered population is approximately 850 members. Approximately 330 members live on Coldwater’s reserve lands. Coldwater holds three reserves: (i) Coldwater Indian Reserve No. 1 (Coldwater Reserve) approximately 10 kilometres southwest of Merritt, British Columbia; (ii) Paul’s Basin Indian Reserve No. 2 located to the southwest of the Coldwater Reserve, upstream on the Coldwater River; and, (iii) Gwen Lake Indian Reserve No. 3 located on Gwen Lake.

[33] Approximately 226 kilometres of the proposed pipeline right-of-way and four pipeline facilities (the Kamloops Terminal, the Stump Station, the Kingsvale Station and the Hope Station) will be located within the Nlaka’pamux Nation’s asserted traditional territory. The Kingsvale Station is located in the Coldwater Valley. The approved pipeline right-of-way skirts the eastern edges of the Coldwater Reserve. The existing Trans Mountain pipeline system transects both the Coldwater Reserve and the Coldwater Valley.

[34] Coldwater asserts Aboriginal rights and title in, and the ongoing use of, the Coldwater and Nicola Valleys and the Nlaka’pamux territory more generally.

et ses affluents. Selon la Couronne, son obligation de consulter les Squamish se situe à l’extrémité supérieure du continuum applicable en la matière.

E. La bande indienne Coldwater

[30] La Bande indienne Coldwater, demanderesse en l’espèce, est une bande au sens de l’article 2 de la *Loi sur les Indiens*, et ses membres appartiennent aux peuples autochtones visés par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et l’alinéa 5(1)c) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*. Les Coldwater ainsi que 14 autres bandes constituent la Nation Nlaka’pamux.

[31] Le territoire traditionnel revendiqué par la Nation Nlaka’pamux comprend une partie du centre-sud de la Colombie-Britannique et va du Nord des États-Unis au nord de Kamloops. Ce territoire comprend la région de la rivière Thompson sud, le canyon du Fraser, les vallées Nicola et Coldwater, ainsi que le secteur de Coquihalla.

[32] Les Coldwater comptent approximativement 850 membres inscrits, dont environ 330 vivent dans les terres de réserve de la bande. Les Coldwater possèdent trois réserves : i) la réserve indienne n° 1 de Coldwater (la réserve de Coldwater), située à environ 10 kilomètres au sud-ouest de Merritt en Colombie-Britannique; ii) la réserve indienne n° 2 de Paul’s Basin, située au sud-ouest de la réserve de Coldwater, en amont, et baignée par la rivière Coldwater; et iii) la réserve indienne n° 3 de Gwen Lake, située en bordure du lac Gwen.

[33] Les quatre ouvrages connexes (le terminal de Kamloops, la station de Stump, la station de Kingsvale et la station de Hope) ainsi que l’emprise proposée pour l’oléoduc, sur une distance d’environ 226 kilomètres, seront situés sur le territoire traditionnel revendiqué par la Nation Nlaka’pamux. La station de Kingsvale se trouve dans la vallée Coldwater. L’emprise approuvée pour le pipeline longe la frontière est de la réserve de Coldwater. L’actuel pipeline de Trans Mountain traverse la réserve de Coldwater ainsi que la vallée du même nom.

[34] Les Coldwater revendiquent des droits ancestraux et le titre ancestral à l’égard des vallées Coldwater et Nicola et, de façon générale, du territoire

The Crown assessed its duty to consult Coldwater at the deeper end of the consultation spectrum.

F. The Stó:lō Collective

[35] One translation of the term “Stó:lō” is “People of the River”, referencing the Fraser River. The Stó:lō are a Halkomelem-speaking Coast Salish people. Traditionally, they have been tribally organized.

[36] The “Stó:lō Collective” was formed for the sole purpose of coordinating and representing the interests of its membership before the National Energy Board and in Crown consultations about the Project. The Stó:lō Collective represents the following applicants:

- (a) Aitchelitz, Skowkale, Tzeachten, Squiala First Nation, Yakweakwioose, Shxwa:y Village and Soowahlie, each of which are villages and also bands within the meaning of section 2 of the *Indian Act* (the Ts’elxweyeqw Villages). The Ts’elxweyeqw Villages collectively comprise the Ts’elxweyeqw Tribe. Members of the Ts’elxweyeqw Villages are Stó:lō people and Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and,
- (b) Skwah and Kwaw-Kwaw-Apilt, each of whom are villages and also bands within the meaning of section 2 of the *Indian Act* (the Pil’Alt Villages). The Pil’Alt Villages are members of the Pil’Alt Tribe. Members of the Pil’Alt Villages are Stó:lō people and Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. The Pil’Alt Villages are represented by the Ts’elxweyeqw Tribe in matters relating to the Project. (On March 6, 2018, Kwaw-Kwaw-Apilt filed a notice of discontinuance.)

des Nlaka’pamux, et le droit de continuer à utiliser ces terres. Selon la Couronne, son obligation de consulter les Coldwater se situe à l’extrémité supérieure du continuum applicable en la matière.

F. Le groupe Stó:lō

[35] L’une des traductions que l’on peut donner du terme « Stó:lō » est « peuple du fleuve », une allusion au fleuve Fraser. Les Stó:lō, un peuple salish du littoral, s’expriment en halkomelem. Ils sont traditionnellement organisés en tribus.

[36] Le « groupe Stó:lō » a été constitué dans le seul objectif de coordonner et défendre les intérêts de ses membres devant l’Office national de l’énergie et lors des consultations de la Couronne sur le projet. Il représente les demandeurs suivants :

- a) Aitchelitz, Skowkale, Tzeachten, Première Nation Squiala, Yakweakwioose, Shxwa:y Village et Soowahlie, qui sont des villages, mais aussi des bandes au sens de l’article 2 de la *Loi sur les Indiens* (les villages Ts’elxweyeqw). Les villages Ts’elxweyeqw forment collectivement la tribu Ts’elxweyeqw. Les membres des villages Ts’elxweyeqw sont des Stó:lō et appartiennent aux peuples autochtones visés par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l’alinéa 5(1)c) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*;
- b) Skwah et Kwaw-Kwaw-Apilt, qui sont des villages, mais aussi des bandes au sens de l’article 2 de la *Loi sur les Indiens* (les villages Pil’Alt). Les membres des villages Pil’Alt appartiennent à la tribu Pil’Alt. Ils sont des Stó:lō et appartiennent aux peuples autochtones visés par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l’alinéa 5(1)c) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*. Les villages Pil’Alt sont représentés par la tribu Ts’elxweyeqw pour les questions touchant le projet. (Les Kwaw-Kwaw-Apilt ont déposé un avis de désistement le 6 mars 2018.)

[37] The Stó:lō's asserted traditional territory, known as S'olh Temexw, includes the lower Fraser River watershed.

[38] The Stó:lō live in many villages, all of which are located in the lower Fraser River watershed.

[39] The existing Trans Mountain pipeline crosses, and the Project's proposed new pipeline route would cross, approximately 170 kilometres of the Stó:lō Collective applicants' asserted traditional territory, beginning from an eastern point of entry near the Coquihalla Highway and continuing to the Burrard Inlet.

[40] The Stó:lō possess established Aboriginal fishing rights on the Fraser River (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, (1996), 137 D.L.R. (4th) 289). The Crown assessed its duty to consult Stó:lō at the deeper end of the consultation spectrum.

G. Upper Nicola Band

[41] The applicant Upper Nicola is a member community of the Syilx (Okanagan) Nation and a band within the meaning of section 2 of the *Indian Act*. Upper Nicola and Syilx are an Aboriginal people within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[42] The Syilx Nation's asserted traditional territory extends from the north past Revelstoke around Kinbasket to the south to the vicinity of Wilbur, Washington. It extends from the east near Kootenay Lake to the west to the Nicola Valley. Upper Nicola currently has eight Indian Reserves within Upper Nicola's/Syilx's asserted territory. The primary residential communities are Spaxomin, located on Upper Nicola Indian Reserve No. 3 on the western shore of Douglas Lake, and Quilchena, located on Upper Nicola Indian Reserve No. 1 on the eastern shore of Nicola Lake.

[43] Approximately 130 kilometres of the Project's proposed new pipeline will cross through Upper Nicola's area of responsibility within Syilx territory. The Stump

[37] Le territoire traditionnel revendiqué par les Stó:lō, connu sous le nom de S'olh Temexw, comprend le bassin hydrographique du bas Fraser.

[38] Les Stó:lō vivent dans de nombreux villages, tous situés dans le bassin hydrographique du bas Fraser.

[39] Le tracé de l'actuel pipeline de Trans Mountain et celui proposé pour le nouveau pipeline traversent sur environ 170 kilomètres le territoire traditionnel revendiqué par le groupe Stó:lō, qui s'étend d'un point à proximité de la route de Coquihalla, à l'est, jusqu'à la baie Burrard.

[40] Les Stó:lō possèdent des droits de pêche ancestraux établis dans le fleuve Fraser (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, 1996 CanLII 216). Selon la Couronne, son obligation de consulter les Stó:lō se situe à l'extrémité supérieure du continuum applicable en la matière.

G. La bande Upper Nicola

[41] La bande Upper Nicola, l'une des demanderesses, fait partie de la Nation Syilx (Okanagan) et est une bande au sens de l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*. Les Upper Nicola et les Syilx appartiennent aux peuples autochtones au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'alinéa 5(1)c) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

[42] Le territoire traditionnel revendiqué par la Nation Syilx s'étend, du nord au sud, d'un point situé près de Kinbasket, passé Revelstoke, jusqu'aux environs de Wilbur, dans l'État de Washington et, d'est en ouest, des environs du lac Kootenay à la vallée Nicola. Présentement, la bande Upper Nicola compte huit réserves indiennes dans le territoire revendiqué par les Upper Nicola/Syilx. Les localités principales sont Spaxomin, située dans la réserve indienne n° 3 d'Upper Nicola sur la rive ouest du lac Douglas, et Quilchena, située dans la réserve indienne Upper Nicola n° 1 sur la rive est du lac Nicola.

[43] Le pipeline proposé traversera, sur environ 130 kilomètres, le territoire des Syilx dont la bande Upper Nicola a la charge. La station Stump et la station

Station and the Kingsvale Station are also located within Syilx/Upper Nicola's asserted territory.

[44] Upper Nicola asserts responsibility to protect and preserve the claimed Aboriginal title and harvesting and other rights held collectively by the Syilx, particularly within its area of responsibility in the asserted Syilx territory. The Crown assessed its duty to consult Upper Nicola at the deeper end of the consultation spectrum.

H. Stk'emlupsemc te Secwepemc of the Secwepemc Nation

[45] The Secwepemc are an Aboriginal people living in the area around the confluence of the Fraser and Thompson Rivers. The Secwepemc Nation is comprised of seven large territorial groupings referred to as "Divisions". The Stk'emlupsemc te Secwepemc Division (SSN) is comprised of the Skeetchestn Indian Band and the Kamloops (or Tk'emlups) Indian Band. Both are bands within the meaning of section 2 of the *Indian Act*. SSN's members are also Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[46] The Skeetchestn Indian Band is located along the northern bank of the Thompson River, approximately 50 kilometres west of Kamloops and has four reserves. Its total registered population is 533. The Tk'emlups Indian Band is located in the Kamloops area and has six reserves. Its total registered population is 1 322. Secwepemc Territory is asserted to be a substantial land-mass which encompasses many areas, including the area in the vicinity of Kamloops Lake.

[47] The existing and proposed pipeline right-of-way crosses through SSN's asserted traditional territory for approximately 350 kilometres. Approximately 80 kilometres of the proposed pipeline right-of-way and two pipeline facilities, the Black Pines Station and the Kamloops Terminal, will be located within SSN's asserted traditional territory.

Kingsvale se trouvent aussi sur le territoire revendiqué par les Syilx et Upper Nicola.

[44] La bande Upper Nicola assume la responsabilité de protéger et de préserver le titre ancestral revendiqué ainsi que les droits, notamment de cueillette, que détiennent collectivement les Syilx, particulièrement dans le secteur dont elle a la charge sur le territoire revendiqué par les Syilx. Selon la Couronne, son obligation de consulter les Upper Nicola se situe à l'extrémité supérieure du continuum applicable en la matière.

H. Les Stk'emlupsemc te Secwepemc de la Nation Secwepemc

[45] Peuple autochtone, les Secwepemc habitent au confluent du fleuve Fraser et de la rivière Thompson. La Nation Secwepemc comprend sept grands regroupements territoriaux appelés « divisions ». La division Stk'emlupsemc te Secwepemc (les SSN) comprend la bande indienne Skeetchestn et la bande indienne Kamloops (ou Tk'emlups), qui sont toutes deux des bandes au sens de l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*. Les SSN appartiennent aussi aux peuples autochtones au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'alinéa 5(1)c) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

[46] La bande indienne Skeetchestn occupe des terres situées sur la rive nord de la rivière Thompson, à une cinquantaine de kilomètres à l'ouest de Kamloops. Ses quatre réserves comptent, selon les inscriptions, une population totale de 533 habitants. La bande indienne Tk'emlups, située dans la région de Kamloops, est répartie dans six réserves. Sa population inscrite s'élève à 1 322 âmes. Le territoire revendiqué par les Secwepemc, une masse terrestre considérable, englobe notamment la région du lac Kamloops.

[47] L'emprise du pipeline actuel et de celui qui est proposé traverse le territoire traditionnel revendiqué par les SSN sur environ 350 kilomètres. L'emprise du pipeline proposé traversera, sur environ quatre-vingts kilomètres, le territoire traditionnel revendiqué par les SSN, et deux ouvrages connexes, soit la station de Black Pines et le terminal de Kamloops, y seront situés.

[48] The SSN claim Aboriginal title over its traditional territory. The Crown assessed its duty to consult SSN at the deeper end of the consultation spectrum.

I. Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society

[49] These applicants are not-for-profit organizations. Their involvement in the National Energy Board review process focused primarily on the effects of Project-related marine shipping.

IV. The applications challenging the report of the National Energy Board and the Order in Council

[50] As will be discussed in more detail below, two matters are challenged in this consolidated proceeding: first, the report of the National Energy Board which recommended that the Governor in Council approve the Project and direct the Board to issue the necessary certificate of public convenience and necessity; and, second, the decision of the Governor in Council to accept the recommendation of the Board and issue the Order in Council directing the Board to issue the certificate.

[51] The following applicants applied for judicial review of the report of the National Energy Board:

- Tsleil-Waututh Nation (Court File A-232-16)
- City of Vancouver (Court File A-225-16)
- City of Burnaby (Court File A-224-16)
- The Squamish Nation and Xálek/Sekyú Siyam, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of Squamish (Court File A-217-16)
- Coldwater Indian Band and Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of Coldwater on behalf of all members of Coldwater (Court File A-223-16)

[48] Les SSN revendiquent un titre ancestral sur leur territoire traditionnel. Selon la Couronne, son obligation de consulter les SSN se situe à l'extrémité supérieure du continuum applicable en la matière.

I. Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society

[49] Ces demandresses sont des organismes sans but lucratif. Leur intervention dans le processus d'examen de l'Office national de l'énergie concernait principalement les répercussions du transport maritime découlant du projet.

IV. Les demandes attaquant le rapport de l'Office national de l'énergie et le décret

[50] Comme nous le verrons plus en détail, les présentes demandes réunies portent sur deux faits : premièrement, le rapport de l'Office national de l'énergie, qui recommandait au gouverneur en conseil d'approuver le projet et d'enjoindre à l'Office de délivrer les certificats d'utilité publique requis; deuxièmement, la décision du gouverneur en conseil d'accepter la recommandation de l'Office et de prendre le décret enjoignant à l'Office de délivrer le certificat.

[51] Les demandeurs suivants ont sollicité le contrôle judiciaire du rapport de l'Office national de l'énergie :

- La Tsleil-Waututh Nation (dossier A-232-16)
- La Ville de Vancouver (dossier A-225-16)
- La Ville de Burnaby (dossier A-224-16)
- La Nation Squamish, Xálek/Sekyú Siyam et le chef Ian Campbell, pour son propre compte et au nom de tous les membres des Squamish (dossier A-217-16)
- Bande indienne Coldwater et le chef Lee Spahan, en sa qualité de chef des Coldwater agissant au nom de tous les membres des Coldwater (dossier A-223-16)

- Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society (Court File A-218-16).

[52] The following applicants applied, with leave, for judicial review of the decision of the Governor in Council:

- Tsleil-Waututh Nation (Court File A-78-17)
- City of Burnaby (Court File A-75-17)
- The Squamish Nation and Xálek/Sekyú Siyam, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of Squamish (Court File A-77-17)
- Coldwater Indian Band and Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of Coldwater on behalf of all members of Coldwater (Court File A-76-17)
- The Stó:lō Collective applicants (Court File A-86-17)
- Upper Nicola Band (Court File A-74-17)
- Chief Ron Ignace and Chief Fred Seymour, on their own behalf and on behalf of all other members of Stk'emlupsemc te Secwepemc of the Secwepemc Nation (Court File A-68-17)
- Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society (Court File A-84-17).

V. The legislative regime

[53] For ease of reference the legislative provisions referred to in this section of the reasons are set out in the Appendix to these reasons.

A. The requirements of the *National Energy Board Act*

[54] As explained above, no company may operate an interprovincial or international pipeline in Canada unless the National Energy Board has issued a certificate

- Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society (dossier A-218-16).

[52] Les demandeurs suivants ont été autorisés à présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil :

- La Tsleil-Waututh Nation (dossier A-78-17)
- La Ville de Burnaby (dossier A-75-17)
- La Nation Squamish, Xálek/Sekyú Siyam et le chef Ian Campbell, pour son propre compte et au nom de tous les membres des Squamish (dossier A-77-17)
- La bande indienne Coldwater et le chef Lee Spahan, en sa qualité de chef des Coldwater agissant au nom de tous les membres des Coldwater (dossier A-76-17)
- Les demandeurs formant le groupe Stó:lō (dossier A-86-17)
- La bande Upper Nicola (dossier A-74-17)
- Les chefs Ron Ignace et Fred Seymour, pour leur propre compte et au nom de tous les membres des Stk'emlupsemc te Secwepemc de la Nation Secwepemc (dossier A-68-17)
- Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society (dossier A-84-17).

V. Le régime législatif

[53] Par souci de commodité, les dispositions mentionnées sous le présent titre sont reproduites à l'annexe des présents motifs.

A. Les exigences de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*

[54] Comme nous l'avons déjà expliqué, pour exploiter un pipeline interprovincial ou international au Canada, une compagnie doit avoir obtenu un certificat d'utilité

of public convenience and necessity, and, after the pipeline is built, has given leave to the company to open the pipeline.

[55] Trans Mountain’s completed application for a certificate of public convenience and necessity for the Project triggered the National Energy Board’s obligation to assess the Project pursuant to section 52 of the *National Energy Board Act*. Subsection 52(1) of that Act requires the Board to prepare and submit to the Minister of Natural Resources, for transmission to the Governor in Council, a report which sets out the Board’s recommendation as to whether the certificate should be granted, together with all of the terms and conditions that the Board considers the certificate should be subject to if issued. The Board is to provide its reasons for its recommendation. When considering whether to recommend issuance of a certificate the Board is required to take into account “whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity” [paragraph 52(1)(a)].

[56] The Board’s recommendation is, pursuant to subsection 52(2) of the *National Energy Board Act*, to be based on “all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant” and the Board may have regard to five specifically enumerated factors which include “any public interest that in the Board’s opinion may be affected by the issuance of the certificate or the dismissal of the application” [paragraph 52(2)(e)].

[57] If an application relates to a “designated” project, as defined in section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Board’s report must also set out the Board’s environmental assessment of the project. This assessment is to be prepared under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* (subsection 52(3) of the *National Energy Board Act*). A designated project is defined in section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*:

Definitions

2 (1) ...

designated project means one or more physical activities that

publique de l’Office national de l’énergie qui, après la construction du pipeline, doit avoir autorisé sa mise en service.

[55] Dès lors que la demande de certificat d’utilité publique présentée par Trans Mountain était complète, l’Office national de l’énergie était tenu, en vertu de l’article 52 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, d’évaluer le projet. Le paragraphe 52(1) exige que l’Office établisse et présente au ministre des Ressources naturelles, pour transmission au gouverneur en conseil, un rapport dans lequel figure la recommandation de l’Office quant à l’opportunité de délivrer le certificat ainsi que les conditions dont ce dernier, s’il est délivré, devrait être assorti. L’Office doit assortir sa recommandation de motifs. Dans cette analyse, l’Office doit tenir compte « du caractère d’utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, du pipeline » [alinéa 52(1)a)].

[56] Aux termes du paragraphe 52(2) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, la recommandation de l’Office doit tenir compte de « tous les facteurs qu’il estime directement liés au pipeline et pertinents » et de cinq facteurs exprès, dont « les conséquences sur l’intérêt public que peut, à son avis, avoir la délivrance du certificat ou le rejet de la demande » [alinéa 52(2)e)].

[57] Si une demande vise un « projet désigné » au sens de l’article 2 de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, le rapport de l’Office doit aussi contenir l’évaluation environnementale du projet, établie sous le régime de cette loi (paragraphe 52(3) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*). Le terme « projet désigné » est défini à l’article 2 de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* en ces termes :

Définitions

2 (1) [...]

projet désigné Une ou plusieurs activités concrètes :

(a) are carried out in Canada or on federal lands;

(b) are designated by regulations made under paragraph 84(a) or designated in an order made by the Minister under subsection 14(2); and

(c) are linked to the same federal authority as specified in those regulations or that order.

It includes any physical activity that is incidental to those physical activities. (*projet désigné*)

[58] The remaining subsections in section 52 deal with the timeframe in which the Board must complete its report. Generally, a report must be submitted to the Minister within the time limit specified by the Chair of the Board. The specified time limit must not be longer than 15 months after the completed application has been submitted to the Board.

B. The requirements of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*

[59] Pursuant to subsection 4(3) of the *Regulations Designating Physical Activities*, SOR/2012-147, and section 46 of the Schedule thereto, because the Project includes a new onshore pipeline longer than 40 kilometres, the Project is a designated project as defined in part (b) of the definition of “designated project” set out in paragraph 57 above. In consequence, the Board was required to conduct an environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. For this purpose, subsection 15(b) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* designated the National Energy Board to be the sole responsible authority for the environmental assessment.

[60] As the responsible authority, the Board was required to take into account the environmental effects enumerated in subsection 5(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. These effects include changes caused to the land, water or air and to the life forms that inhabit these elements of the environment. The effects to be considered are to include the effects upon Aboriginal peoples’ health and socio-economic conditions, their physical and cultural heritage, their current use of lands and resources for traditional purposes, and

a) exercées au Canada ou sur un territoire domanial;

b) désignées soit par règlement pris en vertu de l’alinéa 84a), soit par arrêté pris par le ministre en vertu du paragraphe 14(2);

c) liées à la même autorité fédérale selon ce qui est précisé dans ce règlement ou cet arrêté.

Sont comprises les activités concrètes qui leur sont accessoires. (*designated project*)

[58] Les autres paragraphes de l’article 52 prévoient le délai d’établissement du rapport. De façon générale, le rapport doit être présenté au ministre dans le délai fixé par le président de l’Office. Ce délai ne peut excéder 15 mois suivant la date où la demande complète a été présentée à l’Office.

B. Les exigences de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*

[59] Par le jeu du paragraphe 4(3) du *Règlement désignant les activités concrètes*, DORS/2012-147, et de l’article 46 de l’annexe de ce règlement, le projet, comme il vise un nouveau pipeline terrestre d’une longueur supérieure à 40 kilomètres, constitue un projet désigné au sens de l’alinéa b) de la définition de ce terme reproduite au paragraphe 57 des présents motifs. Par conséquent, l’Office devait effectuer une évaluation environnementale en application de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, dont l’alinéa 15b) le désigne comme seule autorité responsable à cet égard.

[60] À titre d’autorité responsable, l’Office devait tenir compte des effets environnementaux énumérés au paragraphe 5(1) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, dont les changements causés aux terres, à l’eau et à l’air ainsi qu’aux organismes vivants qui s’y trouvent. L’Office doit examiner, s’agissant des peuples autochtones, les répercussions en matière sanitaire et socio-économique, sur le patrimoine naturel et le patrimoine culturel, sur l’usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles, et sur toute construction,

any structure, site or thing that is of historical, archaeological, paleontological or architectural significance.

[61] Subsection 19(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* required the Board to take into account a number of enumerated factors when conducting the environmental assessment, including:

- the environmental effects of the designated project (including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the designated project) and any cumulative environmental effects that are likely to result from the designated project in combination with other physical activities that have been or will be carried out;
- mitigation measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the designated project;
- alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible, and the environmental effects of any such alternative means; and
- any other matter relevant to the environmental assessment that the responsible authority, here the Board, requires to be taken into account.

[62] The Board was also required under subsection 29(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* to make recommendations to the Governor in Council with respect to the decision to be made by the Governor in Council under paragraph 31(1)(a) of that Act—a decision about the existence of significant adverse environmental effects and whether those effects can be justified in the circumstances.

C. Consideration by the Governor in Council

[63] Once in receipt of the report prepared in accordance with the requirements of the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment*

emplacement ou chose d'importance sur le plan historique, archéologique, paléontologique ou architectural.

[61] Sous le régime du paragraphe 19(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, l'Office, au moment de procéder à l'évaluation environnementale, devait prendre en compte certains éléments énumérés, notamment :

- les effets environnementaux du projet désigné, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à celle d'autres activités concrètes, passées ou futures, est susceptible de causer à l'environnement;
- les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux négatifs importants du projet désigné;
- les solutions de rechange réalisables, sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux;
- tout autre élément utile à l'évaluation environnementale dont l'autorité responsable—en l'occurrence l'Office—exige la prise en compte.

[62] L'Office devait aussi, en application du paragraphe 29(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, faire une recommandation au gouverneur en conseil quant à la décision que celui-ci doit prendre aux termes de l'alinéa 31(1)a de cette loi—à savoir si le projet est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants et, auquel cas, s'ils sont justifiables dans les circonstances.

C. L'examen par le gouverneur en conseil

[63] Après réception du rapport préparé conformément à la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, le

Act, 2012, the Governor in Council may make its decision concerning the proponent's application for a certificate.

[64] Three decisions are available to the Governor in Council. It may, by order:

- i. "direct the Board to issue a certificate in respect of the pipeline or any part of it and to make the certificate subject to the terms and conditions set out in the report" (paragraph 54(1)(a) of the *National Energy Board Act*); or
- ii. "direct the Board to dismiss the application for a certificate" (paragraph 54(1)(b) of the *National Energy Board Act*); or
- iii. "refer the recommendation, or any of the terms and conditions, set out in the report back to the Board for reconsideration" and specify a time limit for the reconsideration (subsections 53(1) and (2) of the *National Energy Board Act*).

[65] Subsection 54(2) of the *National Energy Board Act* requires that the Governor in Council's order "must set out the reasons for making the order."

[66] Subsection 54(3) of the *National Energy Board Act* requires the Governor in Council to issue its order within three months after the Board's report is submitted to the Minister. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, extend this time limit.

[67] Additionally, once the National Energy Board as the responsible authority for the designated project has submitted its report with respect to the environmental assessment, pursuant to subsection 31(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Governor in Council may, by order made under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*, "decide, taking into account the implementation of any mitigation measures specified in the report with respect to the environmental assessment ... that the designated project":

gouverneur en conseil décide s'il y a lieu de délivrer le certificat au promoteur.

[64] Le gouverneur en conseil peut prendre l'une de trois décisions, à savoir, dans l'ordre :

- i. « donner à l'Office instruction de délivrer un certificat à l'égard du pipeline ou d'une partie de celui-ci et de l'assortir des conditions figurant dans le rapport » (alinéa 54(1)a) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*;
- ii. « donner à l'Office instruction de rejeter la demande de certificat » (alinéa 54(1)b) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*;
- iii. « renvoyer la recommandation ou toute condition figurant au rapport à l'Office pour réexamen » et préciser un délai pour le réexamen (paragraphes 53(1) et (2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*).

[65] Le paragraphe 54(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* prévoit que le gouverneur en conseil « énonce, dans le décret, les motifs de celui-ci ».

[66] Le paragraphe 54(3) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* prévoit que le gouverneur en conseil prend le décret dans les trois mois suivant la remise du rapport de l'Office au ministre. Le gouverneur en conseil peut, sur la recommandation du ministre, proroger ce délai.

[67] De plus, une fois que l'Office national de l'énergie, en sa qualité d'autorité responsable à l'égard du projet désigné, a présenté son rapport d'évaluation environnementale, le gouverneur en conseil peut, en application du paragraphe 31(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, par décret pris en vertu du paragraphe 54(1) of the *Loi sur l'Office national de l'énergie*, « décider, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation précisées dans le rapport d'évaluation environnementale [...], que la réalisation du projet, selon le cas » :

Governor in Council's decision

31 (1) ...

(a) ...

(i) is not likely to cause significant adverse environmental effects,

(ii) is likely to cause significant adverse environmental effects that can be justified in the circumstances, or

(iii) is likely to cause significant adverse environmental effects that cannot be justified in the circumstances;

Décisions du gouverneur en conseil

31 (1) [...]

a) [...]

(i) n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants,

(ii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui sont justifiables dans les circonstances,

(iii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui ne sont pas justifiables dans les circonstances;

VI. The report of the National Energy Board

[68] On May 19, 2016, the Board issued its report which recommended approval of the Project. The recommendation was based on a number of findings, including:

- With the implementation of Trans Mountain's environmental protection procedures and mitigation measures, and the Board's recommended conditions, the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects.
- However, effects from the operation of Project-related marine vessels would contribute to the total cumulative effects on the Southern resident killer whales, and would further impede the recovery of that species. Southern resident killer whales are an endangered species that reside in the Salish Sea. Project-related marine shipping follows a route through the Salish Sea to the open ocean that travels through the whales' critical habitat as identified in the Recovery Strategy for the Northern and Southern resident killer whales. The Board's [at page xii] finding was that "the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale, and that it is likely to result in significant adverse effects on Aboriginal cultural uses associated with these marine mammals."

VI. Le rapport de l'Office national de l'énergie

[68] Le 19 mai 2016, l'Office a rendu son rapport recommandant l'approbation du projet. Cette recommandation reposait sur plusieurs conclusions, dont les suivantes :

- Pourvu que les mesures d'atténuation et de protection de l'environnement prévues par Trans Mountain soient prises et que les conditions recommandées par l'Office soient respectées, le projet n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants.
- Toutefois, le passage des navires associés au projet contribuerait aux effets cumulatifs sur les épaulards résidents du sud et ralentirait d'autant le rétablissement de cette population. Ces épaulards sont une espèce en voie de disparition vivant dans la mer des Salish. Le transport maritime qu'entraînera le projet empruntera la mer des Salish pour atteindre l'océan. Ce trajet traverse un habitat essentiel visé par le Programme de rétablissement des épaulards résidents du nord et du sud. L'Office a conclu [à la page xii] que « le passage des navires associés au projet entraînerait des effets négatifs importants sur les épaulards résidents du sud, ce qui pourrait fort bien se répercuter en des effets négatifs importants sur les usages culturels autochtones en rapport avec ces mammifères marins ».

- The likelihood of a spill from the Project or from a Project-related tanker would be very low in light of the mitigation and safety measures to be implemented. However, the consequences of large spills could be high.
- The Board's recommendation and decisions with respect to the Project were consistent with subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.
- The Project would be in the Canadian public interest and would be required by the present and future public convenience and necessity.
- If approved, the Board would attach 157 conditions to the certificate of public convenience and necessity. The conditions dealt with a broad range of matters, including the safety and integrity of the pipeline, emergency preparedness and response and ongoing consultation with affected entities, including Indigenous communities.
- En raison des mesures d'atténuation et de sécurité prévues, il est peu probable que le projet ou un pétrolier qui y est associé entraîne un déversement. Toutefois, un déversement majeur pourrait avoir de lourdes conséquences.
- La recommandation et les décisions de l'Office quant au projet respectaient le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
- Le projet serait dans l'intérêt public canadien et d'utilité publique tant pour le présent que pour le futur.
- Si le projet est approuvé, l'Office assortirait le certificat d'utilité publique de 157 conditions portant sur une grande variété de sujets, dont la sécurité et l'intégrité du pipeline, la préparation et l'intervention d'urgence ainsi que la consultation continue avec les entités touchées, notamment les communautés autochtones.

VII. The decision of the Governor in Council

[69] On November 29, 2016, the Governor in Council issued the Order in Council, accepting the Board's recommendation that the Project be approved and directing the Board to issue a certificate of public convenience and necessity to Trans Mountain.

[70] The Order in Council contained a number of recitals, two of which are relevant to these applications. First, the Governor in Council stated its satisfaction "that the consultation process undertaken is consistent with the honour of the Crown and the [Aboriginal] concerns and interests have been appropriately accommodated". Second, the Governor in Council accepted the Board's recommendation that the Project is required by present and future public convenience and necessity and that it will not likely cause significant adverse environmental effects.

[71] The Order in Council was followed by a 20-page explanatory note which was stated not to form part of the

VII. La décision du gouverneur en conseil

[69] Le 29 novembre 2016, le gouverneur en conseil a promulgué le décret, par lequel il acceptait la recommandation de l'Office d'approuver le projet et enjoignait à l'Office de délivrer un certificat d'utilité publique à Trans Mountain.

[70] Le décret contient des attendus, dont deux sont pertinents pour les besoins des présentes demandes. Premièrement, le gouverneur en conseil déclare être convaincu « que le processus de consultation est compatible avec l'honneur de la Couronne et que les préoccupations et intérêts [des Autochtones] ont fait l'objet de mesures d'accommodement appropriées ». Deuxièmement, le gouverneur en conseil accepte la recommandation de l'Office selon laquelle le projet présentera un caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, et qu'il n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants.

[71] Le décret est suivi d'une note explicative de 20 pages précisant qu'elle ne fait pas partie du décret.

Order in Council. The Explanatory Note described the Project and its objectives and the review process before the National Energy Board, and summarized the issues raised before the Board. The Explanatory Note also dealt with matters that post-dated the Board's report and set out the government's "response to what was heard" [at page 18].

VIII. Factual background

A. Canada's consultation process

[72] The first step in the consultation process was determining the Indigenous groups whose rights and interests might be adversely impacted by the Project. In order to do this, a number of federal departments and the National Energy Board coordinated research and analysis on the proximity of Indigenous groups' traditional territories to elements of the Project, including the proposed pipeline right-of-way, the marine terminal expansion, and the designated shipping lanes. Approximately 130 Indigenous groups were identified, including all of the Indigenous applicants.

[73] On August 12, 2013, the National Energy Board wrote to the identified Indigenous groups to advise that Trans Mountain had filed a Project description on May 23, 2013, and to provide preliminary information about the upcoming review process. This letter also attached a letter from the Major Projects Management Office of Natural Resources Canada. The Major Projects Management Office's letter advised that Canada would rely on the National Energy Board's public hearing process:

to the extent possible, to fulfil any Crown duty to consult Aboriginal groups for the proposed Project. Through the [National Energy Board] process, the [Board] will consider issues and concerns raised by Aboriginal groups. The Crown will utilise the [National Energy Board] process to identify, consider and address the potential adverse impacts of the proposed Project on established or potential Aboriginal and treaty rights.

Cette note explicative décrit le projet, ses objectifs et la procédure d'examen devant l'Office national de l'énergie, et résume les questions soulevées devant l'Office. La note explicative traite aussi de questions soulevées après la publication du rapport de l'Office et énonce la « Réponse du gouvernement aux commentaires exprimés aux audiences » [à la page 18 de la note explicative].

VIII. Les faits

A. Le processus de consultation du Canada

[72] La première étape du processus de consultation consistait à déterminer quels groupes autochtones pourraient voir leurs droits et intérêts être touchés par le projet. Pour ce faire, plusieurs ministères fédéraux et l'Office national de l'énergie ont entrepris de concert des recherches et des analyses sur la proximité, par rapport aux territoires traditionnels de groupes autochtones, des éléments du projet, notamment l'emprise du pipeline proposé, l'agrandissement du terminal maritime et les voies maritimes désignées. Environ 130 groupes autochtones ont été recensés, dont l'ensemble des demandeurs autochtones en l'espèce.

[73] Le 12 août 2013, l'Office national de l'énergie a écrit aux groupes autochtones recensés pour les aviser que Trans Mountain avait déposé le 23 mai 2013 une description du projet et pour leur fournir des renseignements préliminaires concernant le processus d'examen à venir. Était également jointe à cet envoi une lettre du Bureau de gestion des grands projets de Ressources naturelles Canada. Dans cette lettre, le Bureau indiquait que le Canada s'en remettrait, [TRADUCTION] « dans la mesure du possible », au processus d'audience publique de l'Office national de l'énergie :

[TRADUCTION] pour s'acquitter de l'obligation de la Couronne de consulter les groupes autochtones à l'égard du projet proposé. Dans le cadre [de son] processus, [l'Office national de l'énergie] examinera les questions et préoccupations soulevées par les groupes autochtones. La Couronne aura recours au processus [de l'Office national de l'énergie] pour cerner, examiner et évaluer les effets négatifs possibles du projet proposé sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou non.

[74] In subsequent letters sent to Indigenous groups between August 2013 and February 19, 2016, the Major Projects Management Office directed Indigenous groups that could be impacted by the Project to participate in and communicate their concerns through the National Energy Board public hearings. Additionally, Indigenous groups were advised that Canada viewed the consultation process to be as follows:

- i. Canada would rely, to the extent possible, on the Board's process to fulfil its duty to consult Indigenous peoples about the Project;
- ii. There would be four phases of Crown consultation:
 - a. "Phase I": early engagement, from the submission of the Project description to the start of the National Energy Board hearing;
 - b. "Phase II": the National Energy Board hearing, commencing with the start of the Board hearing and continuing until the close of the hearing record;
 - c. "Phase III": consideration by the Governor in Council, commencing with the close of the hearing record and continuing until the Governor in Council rendered its decision in relation to the Project; and
 - d. "Phase IV": regulatory authorization should the Project be approved, commencing with the decision of the Governor in Council and continuing until the issuance of department regulatory approvals, if required.
- iii. Natural Resources Canada's Major Projects Management Office would serve as the Crown Consultation Coordinator for the Project.

[74] Dans des lettres ultérieures envoyées aux groupes autochtones entre août 2013 et le 19 février 2016, le Bureau de gestion des grands projets a demandé aux groupes autochtones susceptibles d'être touchés par le projet de participer aux audiences publiques de l'Office national de l'énergie pour y faire connaître leurs préoccupations. Les groupes autochtones ont en outre été avisés que le Canada envisageait le processus de consultation comme suit :

- i. Le Canada s'en remettrait, dans la mesure du possible, au processus de l'Office pour s'acquitter de son obligation de consulter les peuples autochtones au sujet du projet;
- ii. La consultation de la Couronne comporterait quatre étapes :
 - a. « étape I » : la participation initiale, de la présentation de la description du projet jusqu'avant la tenue des audiences de l'Office;
 - b. « étape II » : les audiences de l'Office national de l'énergie, du début jusqu'à la fermeture du dossier de l'audience;
 - c. « étape III » : l'examen par le gouverneur en conseil, de la fermeture du dossier de l'audience jusqu'à la décision du gouverneur en conseil sur le projet;
 - d. « étape IV » : autorisations réglementaires advenant l'approbation du projet, de la décision du gouverneur en conseil jusqu'à la délivrance des approbations ministérielles prescrites par le régime législatif, au besoin.
- iii. Le Bureau de gestion des grands projets de Ressources naturelles Canada agirait comme coordonnateur des consultations de la Couronne pour le projet.

- iv. Following Phase III consultations, an adequacy of consultation assessment would be prepared by the Crown. The assessment would be based upon the depth of consultation owed to each Indigenous group. The depth of consultation owed would in turn be based upon the Project's potential impact on each group and the strength of the group's claim to potential or established Aboriginal or treaty rights.

[75] On May 25, 2015, towards the end of Phase II, the Major Projects Management Office wrote to Indigenous groups, including the applicants, to provide additional information on the scope and timing of Phase III Crown consultation. Indigenous groups were advised that:

- i. Canada intended to submit summaries of the concerns and issues Indigenous groups had brought forward to date and to seek feedback on the completeness and accuracy of the summaries. The summaries would be issued in the form of Information Requests, a Board hearing process explained below. Canada would also seek Indigenous groups' views on adverse impacts not yet addressed by Trans Mountain's mitigation measures. The Crown would use the information provided by Indigenous groups to "refine our current understanding of the potential impacts of the project on asserted or established Aboriginal or treaty rights".
- ii. Phase III consultation would focus on two questions:
 - a. Are there outstanding concerns with respect to Project-related impacts to potential or established Aboriginal or treaty rights?
 - b. Are there incremental accommodation measures that should be considered by the Crown to address any outstanding concerns?

- iv. Après les consultations de l'étape III, la Couronne évaluerait les consultations pour décider si elles étaient suffisantes, selon la portée de son obligation à l'égard de chaque groupe autochtone. La portée des consultations nécessaires dépendrait des répercussions possibles du projet sur chaque groupe et de la solidité de la revendication du groupe à l'égard des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou non.

[75] Le 25 mai 2015, vers la fin de l'étape II, le Bureau de gestion des grands projets a écrit aux groupes autochtones, y compris aux demandeurs, pour leur donner des renseignements additionnels sur l'étendue des consultations de la Couronne ainsi que le calendrier. Les groupes autochtones ont été avisés de ce qui suit :

- i. Le Canada avait l'intention de résumer les préoccupations et les questions qui avaient été soulevées par les groupes autochtones et de solliciter les commentaires de ces derniers sur l'exhaustivité et l'exactitude de ces résumés. Pour ce faire, il procéderait par demande de renseignements, un processus qui ressortit à l'étape de l'audience devant l'Office et expliqué ci-après. Le Canada solliciterait aussi l'opinion des groupes autochtones sur les effets négatifs non visés par les mesures d'atténuation proposées par Trans Mountain. Les renseignements fournis par les groupes autochtones serviraient à [TRADUCTION] « améliorer la compréhension des répercussions éventuelles sur des droits ancestraux ou issus de traités revendiqués ou établis ».
- ii. Les consultations de l'étape III porteraient sur deux questions :
 - a. Demeure-t-il des préoccupations quant aux effets du projet sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou non?
 - b. La Couronne devrait-elle envisager certaines mesures d'accommodement supplémentaires pour y répondre?

- iii. Information made available to the Crown throughout each phase of the consultation process would be consolidated into a “Crown Consultation Report”. “This report will summarize both the procedural aspects of consultations undertaken and substantive issues raised by Aboriginal groups, as well as how these issues may be addressed in the process”. The section of the Crown Consultation Report dealing with each Indigenous group would be provided to the group for review and comment before the report was placed before the Governor in Council.
- iv. If Indigenous groups identified outstanding concerns there were a number of options which might “be considered and potentially acted upon.” The options were described to be:

The Governor in Council has the option of asking the [National Energy Board] to reconsider its recommendation and conditions. Federal and provincial governments could undertake additional consultations prior to issuing additional permits and/or authorizations. Finally, federal and provincial governments can also use existing or new policy and program measures to address outstanding concerns. [Underlining added.]

B. Prehearing matters and the Project application

[76] To facilitate participation in the National Energy Board hearing process, the Board operates a participant funding program. On July 22, 2013, the Board announced that it was making funding available under this program to assist landowners, Indigenous groups and other interested parties to participate in the Board’s consideration of the Project. To apply for funding, a party required standing as an intervener in the Board’s process.

[77] On July 29, 2013, the Board released its “list of issues” which identified the topics the Board would consider in its review of the Project. The following issues of relevance to these applications were included:

- iii. Les renseignements recueillis par la Couronne à chaque étape du processus de consultations seraient réunis dans un rapport des consultations de la Couronne. [TRADUCTION] « Ce rapport résumera les aspects procéduraux des consultations menées et les questions de fond soulevées par les groupes autochtones ainsi que la façon dont ces questions peuvent être traitées dans le processus ». Chaque groupe autochtone recevrait la section du rapport des consultations de la Couronne le concernant pour examen et commentaires avant la présentation du rapport au gouverneur en conseil.
- iv. Si des groupes autochtones avaient indiqué que des préoccupations demeuraient, plusieurs options pourraient [TRADUCTION] « être examinées et éventuellement retenues ». Les options ont été décrites en ces termes :

[TRADUCTION] Le gouverneur en conseil a l’option de demander [à l’Office national de l’énergie] d’examiner sa recommandation et ses conditions. Les gouvernements fédéral et provinciaux pourraient mener des consultations additionnelles avant de délivrer de nouveaux permis ou autorisations. Enfin, les gouvernements fédéral et provinciaux peuvent aussi recourir aux politiques existantes ou nouvelles ainsi qu’aux programmes pour répondre aux préoccupations qui subsistent. [Non souligné dans l’original.]

B. Les questions préliminaires et la demande visant le projet

[76] L’Office national de l’énergie a un programme d’aide financière pour faciliter la participation à ses audiences. Le 22 juillet 2013, l’Office a annoncé que, dans le cadre de ce programme, il mettait des fonds à la disposition des propriétaires fonciers, des groupes autochtones et des autres parties intéressées souhaitant participer à l’examen du projet. Les demandes de financement étaient réservées à ceux ayant obtenu la qualité d’intervenants devant l’Office.

[77] Le 29 juillet 2013, l’Office a publié sa « liste des questions » qui énumérait les sujets sur lesquels porterait l’examen du projet, dont les suivants, qui concernent les présentes demandes :

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • the need for the proposed Project; • the potential environmental and socio-economic effects of the proposed Project, including any cumulative environmental effects that were likely to result from the Project, including those the Board's Filing Manual required to be considered; • the potential environmental and socio-economic effects of marine shipping activities that would result from the proposed Project, including the potential effects of accidents or malfunctions that might occur; • the terms and conditions to be included in any recommendation to approve the Project that the Board might issue; • the potential impacts of the Project on Indigenous interests; • contingency plans for spills, accidents or malfunctions, during construction and operation of the Project. | <ul style="list-style-type: none"> • la nécessité du projet proposé; • les effets environnementaux et socio-économiques éventuels du projet proposé, y compris les effets environnementaux cumulatifs susceptibles de découler du projet, notamment ceux dont le Guide de dépôt de l'Office exige l'examen; • les effets environnementaux et socio-économiques éventuels des activités de transport maritime découlant du projet proposé, notamment les conséquences d'accidents ou de défaillances qui pourraient survenir; • les conditions dont devrait être assortie toute recommandation par l'Office visant l'approbation du projet, le cas échéant; • les effets possibles du projet sur des intérêts autochtones; • les plans d'urgence en cas de déversement, d'accident ou de défaillance au cours de la construction ou de l'exploitation du projet. |
|---|---|

[78] On September 10, 2013, the Board issued "*Filing Requirements Related to the Potential Environmental and Socio-Economic Effects of Increased Marine Shipping Activities*." This was a guidance document intended to assist the proponent. The document described requirements that supplemented those set out in the Board's Filing Manual.

[79] In particular, this guidance document required Trans Mountain's assessment of accidents and malfunctions to deal with a number of things, including measures to reduce the potential for accidents and malfunctions, credible worst case spill scenarios together with smaller spill scenarios and information on the fate and behaviour of any spilled hydrocarbons. For all mitigation measures Trans Mountain proposed, it was required to describe the roles, responsibilities and capabilities of each relevant organization in implementing mitigation measures, and the level of care and control Trans Mountain would have in overseeing or implementing the measures.

[78] Le 10 septembre 2013, l'Office a publié un document d'orientation intitulé « *Exigences de dépôt liées aux éventuels effets environnementaux et répercussions socioéconomiques d'un transport maritime accru* » en vue d'aider le promoteur. Ce document énonce les exigences complémentaires à celles mentionnées dans le Guide de dépôt de l'Office.

[79] Plus précisément, ce document d'orientation exige que Trans Mountain, dans son évaluation des risques d'accident et de défaillance, aborde divers sujets, dont les mesures d'atténuation des risques d'accident et de défaillance, des scénarios plausibles des pires cas de déversement, des scénarios de déversement de moindre envergure et le mouvement et le comportement d'hydrocarbures déversés. Pour toutes les mesures d'atténuation proposées, Trans Mountain doit décrire les rôles, responsabilités et capacité de chaque organisme concerné relatifs à la mise en œuvre des mesures d'atténuation, et les précautions et le contrôle dont Trans Mountain doit faire preuve en matière de surveillance et de mise en œuvre des mesures.

[80] On December 16, 2013, Trans Mountain formally filed its application, seeking approval to construct and operate the Project.

C. The scoping decision and the hearing order

[81] On April 2, 2014, the Board issued a number of decisions setting the parameters of the Project's environmental assessment and establishing the hearing process for the Project. Three of these decisions are of particular relevance to these applications.

[82] First, the Board issued a hearing order which set out timelines and a process for the hearing. The hearing order did not allow any right of oral cross-examination. Instead, the hearing order provided a process whereby interveners and the Board could submit written interrogatories, referred to as Information Requests, to Trans Mountain. The hearing order also set out a process for interveners and the Board to compel adequate responses to their Information Requests, an opportunity for Indigenous groups to provide oral traditional evidence, and allowed both written arguments in chief and summary oral arguments.

[83] Next, in the decision referred to as the “scoping” decision, the Board defined the “designated project” to be assessed, and described the factors to be assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* (and the scope of each factor). In defining the “designated project”, the Board did not include marine shipping activities as part of the “designated project”. Rather, the Board stated that it would consider the effects of increased marine shipping under the *National Energy Board Act*. To the extent there was potential for environmental effects of the designated project to interact with the effects of the marine shipping, the Board would consider those effects under the cumulative effects portion of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* environmental assessment.

[84] Finally, the Board ruled on participation rights in the hearing. The Board granted participation status to

[80] Le 16 décembre 2013, Trans Mountain a déposé, en bonne et due forme, sa demande d'approbation de la construction et de l'exploitation du projet.

C. La décision relative à la portée et l'ordonnance relative à l'audience

[81] Le 2 avril 2014, l'Office a rendu plusieurs décisions permettant l'établissement des paramètres de l'évaluation environnementale du projet et la tenue de l'audience relative au projet. Trois d'entre elles sont particulièrement pertinentes en l'espèce.

[82] Premièrement, l'Office a rendu une ordonnance relative à l'audience qui établissait le calendrier et la procédure applicable. Cette ordonnance n'accordait aucun droit de mener des contre-interrogatoires de vive voix. Elle prévoyait plutôt un mécanisme permettant aux intervenants et à l'Office de présenter des questions par écrit — les demandes de renseignements — à Trans Mountain. Cette ordonnance prévoyait également un moyen pour les intervenants et l'Office de s'assurer d'obtenir des réponses adéquates aux demandes de renseignements et pour les groupes autochtones de fournir une preuve orale sur leurs traditions. Elle autorisait de plus la présentation d'observations écrites à l'interrogatoire principal et d'un résumé oral.

[83] Ensuite, dans la décision sur la détermination de la portée du projet, l'Office a défini le « projet désigné » et a énuméré les éléments à évaluer sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* (et la portée de chaque élément). Dans sa définition du « projet désigné », l'Office n'a pas mentionné les activités de navigation maritime. Il a déclaré qu'il examinerait plutôt les effets de l'intensification des activités de navigation maritime sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Au cas où les effets environnementaux éventuels du projet désigné et ceux de la navigation maritime étaient susceptibles de se recouper, l'Office les examinerait sous le volet des effets cumulatifs de l'évaluation environnementale effectuée en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

[84] Enfin, l'Office a tranché la question des droits de participation à l'audience. Il a accordé le droit de

400 interveners and 1 250 commentators. All of the applicants before the Court applied for, and were granted, intervener status. Additionally, a number of government departments were granted intervener status; both Health Canada and the Pacific Pilotage Authority were granted commentator status.

D. Challenges to the hearing order and the scoping decision

[85] Of relevance to issues raised in these applications are two challenges brought against the hearing order and the scoping decision.

[86] The first challenge requested that all evidence filed in the hearing be subject to oral cross-examination. The Board dismissed this request in Ruling No. 14 [*Notices of motion from Ms. Robyn Allan and Ms. Elizabeth May to include cross-examination of witnesses – Trans Mountain Project*, 7 May 2014]. In Ruling No. 51 [*Request to establish new deadline for additional information requests to Trans Mountain for intervenors receiving late participant funding decisions*, 30 January 2015], the Board dismissed motions seeking reconsideration of Ruling No. 14.

[87] The second challenge was brought by Tsleil-Waututh to aspects of both the hearing order and the scoping decision. Tsleil-Waututh asserted, among other things, that the Board erred in law by failing to include marine shipping activities in the Project description. This Court granted Tsleil-Waututh leave to appeal this and other issues. On September 6, 2016, this Court dismissed the appeal (2016 FCA 219, 2 C.E.L.R. (4th) 169). The dismissal of the appeal was expressly stated, at paragraph 21 of the Court's reasons, to be without prejudice to Tsleil-Waututh's right to raise the issue of the proper scope of the Project "in subsequent proceedings".

participer à 400 intervenants et à 1 250 personnes souhaitant formuler des commentaires. Tous les demandeurs en l'espèce avaient obtenu l'autorisation d'intervenir. Par ailleurs, plusieurs ministères ont aussi été autorisés à intervenir, et Santé Canada et l'Administration de pilotage du Pacifique ont obtenu l'autorisation de présenter des commentaires.

D. Les contestations de l'ordonnance relative à l'audience et de la décision relative à la portée

[85] Les contestations de l'ordonnance relative à l'audience et de la décision relative à la portée sont pertinentes quant aux questions soulevées dans les présentes demandes.

[86] Dans la première contestation, on demandait que toute la preuve présentée à l'audience puisse faire l'objet d'un contre-interrogatoire de vive voix. L'Office a rejeté cette demande dans la décision n° 14 [*Avis de requête de Mme Robyn Allan et Elizabeth May visant l'inclusion d'un contre-interrogatoire des témoins*, le 7 mai 2014]. Dans la décision n° 51 [*Demandes visant l'établissement d'une nouvelle échéance pour les demandes de renseignements (DR) supplémentaires à adresser à Trans Mountain par des intervenants ayant reçu une décision tardive sur l'aide financière aux participants*, le 30 janvier 2015], l'Office a rejeté les requêtes en réexamen de la décision n° 14.

[87] La deuxième contestation, présentée par les Tsleil-Waututh, visait certains aspects de l'ordonnance relative à l'audience et de la décision relative à la portée. Les Tsleil-Waututh affirmaient notamment que l'Office avait omis de mentionner les activités de transport maritime dans la description du projet et avait ainsi commis une erreur de droit. Notre Cour a accordé aux Tsleil-Waututh l'autorisation de former un appel fondé en partie sur ce moyen. Le 6 septembre 2016, notre Cour a rejeté l'appel (2016 FCA 219). Au paragraphe 21 de ses motifs, elle a expressément déclaré que l'appel était rejeté sans préjudice du droit des Tsleil-Waututh de soulever la question de la portée du projet dans une autre instance.

E. The TERMPOL review process

[88] In view of the Project's impact on marine shipping, it is useful to describe this process.

[89] Trans Mountain requested that the marine transportation components of the Project be assessed under the voluntary Technical Review Process of Marine Terminal Systems and Transshipment Sites (TERMPOL). The review process was chaired by Transport Canada and the review committee was composed of representatives of other federal agencies and Port Metro Vancouver.

[90] The purpose of the review process was to objectively appraise operational vessel safety, route safety and cargo transfer operations associated with the Project, with a focus on improving, where possible, elements of the Project.

[91] The review committee did not identify regulatory concerns for the tankers, tanker operations, the proposed route, navigability, other waterway users or the marine terminal operations associated with tankers supporting the Project. It found that Trans Mountain's commitments to the existing marine safety regime would provide for a higher level of safety for tanker operations appropriate to the increase in traffic.

[92] The review committee also proposed certain measures to provide for a high level of safety for tanker operations. Examples of such proposed measures were the extended use of tethered and untethered tug escorts and the extension of the pilot disembarkation zone. Trans Mountain agreed to adopt each of the recommended measures.

[93] The TERMPOL report formed part of Transport Canada's written evidence before the National Energy Board.

F. The applicants' participation in the hearing before the Board

[94] The applicants, as interveners before the Board, were entitled to:

E. Le processus d'examen TERMPOL

[88] Étant donné les répercussions du projet sur le transport maritime, il est utile de décrire ce processus.

[89] Trans Mountain a demandé que les volets de transport maritime du projet soient évalués selon le processus volontaire d'examen technique des terminaux maritimes et des sites de transbordement (processus d'examen TERMPOL). Transports Canada présidait ce processus d'examen; le comité était composé de représentants d'autres organismes fédéraux et du port de Vancouver.

[90] Le processus d'examen visait à évaluer de manière objective la sécurité opérationnelle des bâtiments, la sécurité de l'itinéraire et les opérations de transbordement des cargaisons associées au projet dans l'optique d'améliorer si possible des éléments du projet.

[91] Le comité d'examen n'a noté aucune préoccupation de nature administrative en ce qui concerne les pétroliers, leurs opérations, l'itinéraire proposé, la navigabilité, les autres utilisateurs de la voie maritime ou les activités du terminal maritime en rapport avec les pétroliers associés au projet. Le comité a conclu que les engagements pris par Trans Mountain pour respecter le régime de sécurité maritime amélioreraient la sécurité des opérations des pétroliers en phase avec la hausse du transport.

[92] Le comité d'examen a également proposé des mesures afin d'assurer un degré de sécurité élevé pour les opérations des pétroliers, comme une utilisation accrue de remorqueurs amarrés ou non amarrés et l'agrandissement de la zone de débarquement des pilotes. Trans Mountain a accepté toutes les mesures recommandées.

[93] Le rapport TERMPOL faisait partie de la preuve écrite produite par Transports Canada devant l'Office national de l'énergie.

F. La participation des demandeurs à l'audience devant l'Office

[94] En qualité d'intervenants devant l'Office, les demandeurs avaient le droit :

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • issue Information Requests to Trans Mountain and others; • file motions, including motions to compel adequate responses to Information Requests; • file written evidence; • comment on draft conditions; and, • present written and oral summary argument. | <ul style="list-style-type: none"> • de présenter des demandes de renseignements à Trans Mountain et à d'autres; • de déposer des requêtes, y compris des requêtes visant à forcer les destinataires des demandes de renseignements à fournir des réponses adéquates; • de déposer des preuves écrites; • de formuler des commentaires au sujet des conditions provisoires; • de présenter un résumé des observations écrites et orales. |
|--|---|

[95] All of the applicants issued Information Requests, filed or supported motions and filed written evidence. Interveners who filed evidence were required to respond in writing to written questions about their evidence from the Board, Trans Mountain or other interveners.

[95] Tous les demandeurs ont présenté des demandes de renseignements, déposé ou appuyé des requêtes et déposé une preuve écrite. Les intervenants qui ont déposé une preuve étaient tenus de répondre par écrit aux questions écrites formulées par l'Office, Trans Mountain ou d'autres intervenants au sujet de leur preuve.

[96] All of the applicants filed written submissions commenting on draft conditions except for the City of Vancouver and SSN.

[96] À l'exception de Vancouver et des SSN, tous les demandeurs ont déposé des observations écrites sur les conditions provisoires.

[97] All of the applicants filed written arguments and all of the applicants except SSN delivered oral summary arguments.

[97] Tous les demandeurs ont déposé des observations écrites et, à l'exception des SSN, ils ont tous présenté un résumé oral de leurs observations.

[98] Indigenous interveners could adduce traditional Indigenous evidence, either orally or in writing. Oral evidence could be questioned orally by other interveners, Trans Mountain or the Board. Tsleil-Waututh, Squamish, Coldwater, SSN, and Upper Nicola provided oral, Indigenous traditional evidence. The Stó:lō Collective formally objected to the Board's procedure for introducing Indigenous oral traditional evidence and did not provide such evidence.

[98] Les intervenants autochtones pouvaient présenter une preuve de vive voix ou écrite sur leurs traditions. Les autres intervenants, Trans Mountain et l'Office pouvaient les interroger de vive voix au sujet de ces témoignages oraux. Les Tsleil-Waututh, Squamish, Coldwater, SSN et Upper Nicola ont présenté une preuve traditionnelle orale. Le groupe Stó:lō s'est formellement opposé à la procédure de l'Office relativement à la production par les Autochtones d'une preuve orale sur leurs traditions et n'a pas présenté une telle preuve.

G. Participant funding

G. Le fonds d'aide financière aux participants

[99] As previously mentioned, the Board operated a participant funding program. Additional funding was

[99] Comme nous le mentionnons plus haut, l'Office a un programme d'aide financière à l'intention des

available through the Major Projects Management Office and Trans Mountain.

[100] It is fair to say that the participant funding provided to the applicants by the Board and the Major Projects Management Office was generally viewed to be inadequate by them (see for example the affidavit of Chief Ian Campbell of the Squamish Nation). Concerns were also expressed about delays in funding. Funds provided by the Board could only be applied to work conducted after the funding was approved and a funding agreement was executed.

[101] The following funds were paid or offered.

1. Tsleil-Waututh Nation

[102] Tsleil-Waututh requested \$766 047 in participant funding. It was awarded \$40 000, plus travel costs for two members to attend the hearing. Additionally, the Major Projects Management Office offered to pay \$14 000 for consultation following the close of the hearing record and \$12 000 following the release of the Board's report. These offers were not accepted.

2. The Squamish Nation

[103] Squamish applied for \$293 350 in participant funding. It was awarded \$44 720, plus travel costs for one person to attend the hearing. The Major Projects Management Office offered \$12 000 for consultations following the close of the Board's hearing record, and \$14 000 to support participation in consultations following the release of the Board's report. These funds were paid.

3. Coldwater Indian Band

[104] Coldwater was awarded \$48 490 in participant funding from the Board. Additionally, the Major Projects

participants. Ceux-ci pouvaient aussi obtenir un financement supplémentaire auprès du Bureau de gestion des grands projets et de Trans Mountain.

[100] Il n'est pas exagéré de dire que l'aide financière fournie aux demandeurs par l'Office et le Bureau de gestion des grands projets était généralement considérée par les bénéficiaires comme étant inadéquate (voir, par exemple, l'affidavit du chef Ian Campbell de la Nation Squamish). Certains se sont aussi plaints du temps qu'il fallait pour obtenir le financement. Les fonds fournis par l'Office n'étaient applicables qu'aux travaux effectués après l'approbation du financement et la signature de l'entente de financement.

[101] Les fonds suivants ont été versés ou offerts.

1. La Tsleil-Waututh Nation

[102] Les Tsleil-Waututh ont demandé une aide financière de 766 047 \$ pour leur participation. On a accordé 40 000 \$ et acquitté les frais de déplacement de deux membres pour qu'ils puissent assister à l'audience. De plus, le Bureau de gestion des grands projets a offert de leur verser 14 000 \$ pour les consultations ultérieures à la fermeture du dossier de l'audience et 12 000 \$ après la publication du rapport de l'Office. Ces offres n'ont pas été acceptées.

2. La Nation Squamish

[103] Les Squamish ont demandé une aide financière de 293 350 \$ pour leur participation. On a accordé 44 720 \$ et acquitté les frais de déplacement d'une personne pour qu'elle puisse assister à l'audience. Le Bureau de gestion des grands projets a offert de leur verser 12 000 \$ pour les consultations ultérieures à la fermeture du dossier de l'audience et 14 000 \$ pour faciliter leur participation aux consultations postérieures à la publication du rapport de l'Office. Ces fonds ont été versés.

3. La bande indienne Coldwater

[104] L'Office a versé aux Coldwater une aide financière de 48 490 \$ pour leur participation. Le Bureau de

Management Office offered an additional \$52 000 in participant funding.

4. The Stó:lō Collective

[105] The Stó:lō Collective was awarded \$42 307 per First Nation band in participant funding from the Board. Additionally, the Major Projects Management Office offered \$4 615.38 per First Nation band for consultation following the close of the Board's hearing record, and \$5 384.61 per First Nation band following the release of the Board's report.

5. Upper Nicola Band

[106] Upper Nicola was awarded \$40 000 plus travel costs for two members to attend the hearing and an additional \$10 000 in special funding through the Board's participant funding program. Additionally, the Major Projects Management Office offered Upper Nicola Band and the Okanagan Nation Alliance \$11 977 and \$24 000 respectively in participant funding for consultations following the close of the Board's hearing record. The Okanagan Nation Alliance was offered an additional \$26 000 following the release of the Board's report.

6. SSN

[107] SSN applied for participant funding in excess of \$300 000 in order to participate in the Board's hearing. It was awarded \$36 920 plus travel costs for two members to attend the hearing. Additionally, the Major Projects Management Office offered \$18 000 in participation funding for consultations following the close of the Board's hearing record and \$21 000 for consultations following the release of the Board's report.

7. Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society

[108] Raincoast was awarded \$111 100 plus travel costs for two people to attend the hearing from the Board's participant funding program. Living Oceans was awarded

gestion des grands projets leur a offert une aide financière additionnelle de 52 000 \$ pour leur participation.

4. Le groupe Stó:lō

[105] Le groupe Stó:lō a reçu de l'Office 42 307 \$ pour chaque bande le constituant pour sa participation. Le Bureau de gestion des grands projets a par ailleurs offert 4 615,38 \$ à chaque bande le constituant pour les consultations postérieures à la fermeture du dossier de l'audience et 5 384,61 \$ à chaque bande après la publication du rapport de l'Office.

5. La bande Upper Nicola

[106] L'Office, par l'entremise de son Programme d'aide financière aux participants, a accordé 40 000 \$ aux Upper Nicola et a acquitté les frais de déplacement pour que deux membres puissent participer à l'audience ainsi que 10 000 \$ supplémentaires comme financement spécial. De plus, le Bureau de gestion des grands projets a offert à la bande Upper Nicola et à l'Alliance de la Nation okanagan 11 977 \$ et 24 000 \$ respectivement pour leur participation aux consultations postérieures à la fermeture du dossier d'audience de l'Office. L'Alliance de la Nation okanagan s'est vu offrir 26 000 \$ de plus après la publication du rapport de l'Office.

6. Les SSN

[107] Les SSN ont demandé une aide financière de plus de 300 000 \$ pour participer à l'audience de l'Office. On a accordé 36 920 \$ et acquitté les frais de déplacement pour que deux membres assistent à l'audience. De plus, le Bureau de gestion des grands projets leur a offert un financement de 18 000 \$ pour leur participation aux consultations postérieures à la fermeture du dossier de l'audience de l'Office et 21 000 \$ pour les consultations ultérieures à la publication du rapport de l'Office.

7. Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society

[108] L'Office, par l'entremise du programme d'aide financière aux participants, a accordé 111 100 \$ à Raincoast et acquitté les frais de déplacement pour que deux

\$89 100 plus travel costs for two persons to attend the hearing through the participant funding program.

H. Crown consultation efforts—a brief summary

1. Phase I (from 2013 to April 2014)

[109] In this initial engagement phase some correspondence was exchanged between the Crown and some of the Indigenous applicants. Canada does not suggest that any of this correspondence contained any discussion about any substantive matter.

2. Phase II (from April 2014 to February 2016)

[110] During the Board’s hearing process and continuing until the close of its hearing record, Canada continued to exchange correspondence with some of the Indigenous applicants. Additionally, some informational meetings were held; however, these meetings did not allow for any substantive discussion about any group’s title, rights or interests, or the impact of the Project on the group’s title, rights or interests.

[111] To illustrate, Crown representatives met with Squamish officials on September 11, 2015, and November 27, 2015. At these meetings Squamish raised a number of concerns, including its concerns that Squamish had not been involved in the design of the consultation process, that the consultation process was inadequate to assess impacts on Squamish rights and title and that inadequate funding was provided for participation in the Board’s hearing. Squamish also expressed confusion about the respective roles of the Board and Trans Mountain in consultations with Squamish.

[112] Similarly, informational meetings were held with the Stó:lō Collective on July 18, 2014 and December 3, 2015. Again, no substantive discussion took place about Stó:lō’s title, rights and interests or the impact of the Project thereon. The Stó:lō also expressed their concerns about the consultation process, including their concerns

personnes assistent à l’audience. Dans le cadre du même programme, Living Oceans a reçu 89 100 \$ et les frais de déplacement de deux personnes, pour permettre à ces dernières d’assister à l’audience.

H. Efforts de la Couronne en matière de consultation — un bref résumé

1. Étape I (2013 – avril 2014)

[109] À cette étape initiale de la consultation, la Couronne et certains demandeurs autochtones ont établi une correspondance. Le Canada ne laisse pas entendre que cette correspondance portait sur des questions de fond.

2. Étape II (avril 2014 – février 2016)

[110] Pendant toute la durée de l’audience devant l’Office et jusqu’à la fermeture du dossier de l’audience, le Canada a continué de correspondre avec certains demandeurs autochtones. Quelques réunions informelles ont également été organisées. Toutefois, lors de ces rencontres, aucune discussion au fond ne pouvait concerner le titre, les droits ou les intérêts d’un groupe donné ni les incidences du projet sur ces éléments.

[111] Par exemple, des représentants de la Couronne ont rencontré des représentants des Squamish les 11 septembre et 27 novembre 2015. Les Squamish ont alors soulevé des préoccupations, notamment concernant la non-participation des Squamish à la définition du processus de consultation, l’inefficacité de ce processus pour l’évaluation des conséquences du projet sur les droits et le titre des Squamish et l’insuffisance des fonds fournis pour la participation à l’audience de l’Office. Les Squamish ont également exprimé leur confusion quant aux rôles respectifs de l’Office et de Trans Mountain lors des consultations menées auprès d’eux.

[112] De même, des réunions informelles ont été tenues avec le groupe Stó:lō les 18 juillet 2014 et 3 décembre 2015. Aucune discussion de fond n’a eu lieu non plus au sujet du titre, des droits et des intérêts des Stó:lō ou des répercussions du projet sur eux. Les Stó:lō ont aussi exprimé des craintes à l’égard du processus de

that the Board failed to compel Trans Mountain to respond adequately to Information Requests and the lack of specificity of the Board's draft terms and conditions.

[113] Informational hearings of this nature were also held with Upper Nicola and SSN in 2014.

[114] It is fair to say that in Phase II Canada continued to rely upon the National Energy Board process to fulfil the Crown's duty to consult. Canada's efforts in Phase II were largely directed to using the Information Request process to solicit concerns and potential mitigation measures from First Nations. Canada prepared tables to record potential Project impacts and concerns and to record and monitor whether those potential impacts and concerns were addressed in Trans Mountain's commitments, the Board's draft terms and conditions or other mitigation measures.

3. Phase III (February to November 2016)

[115] Crown representatives met with all of the Indigenous applicants in Phase III. Generally, the Indigenous applicants expressed dissatisfaction with the National Energy Board process and the Crown's reliance on that process. Individual concerns raised by individual Indigenous applicants will be discussed in the context of consideration of the adequacy of Canada's consultation efforts.

[116] Towards the latter part of Phase III, on August 16, 2016, the Major Projects Management Office and the British Columbia Environmental Assessment Office jointly sent a letter to Indigenous groups confirming that they were responsible for conducting consultation efforts for the Project, and that they were coordinating by participating in joint consultation meetings, sharing information and by preparing the draft *“Joint Federal/Provincial Consultation and Accommodation Report*

consultation, notamment de la possibilité que l'Office n'ait pas réussi à contraindre Trans Mountain à répondre adéquatement aux demandes de renseignement et de l'imprécision de l'ébauche des conditions de l'Office.

[113] Des séances d'information de cette nature ont aussi été tenues en 2014 avec les Upper Nicola et les SSN.

[114] J'estime qu'il est raisonnable de dire que le Canada a continué, à l'étape II, de s'en remettre au processus de l'Office national de l'énergie pour s'acquitter de l'obligation de consultation qui incombe à la Couronne. Les efforts déployés par le Canada lors de cette étape visaient principalement à s'enquérir, au moyen du processus de demande de renseignements, des préoccupations des Premières Nations et des mesures d'atténuation possibles. Il a préparé des tableaux dans lesquels il a consigné les éventuels effets du projet et les préoccupations exprimées ainsi que les engagements pris par Trans Mountain, l'ébauche des conditions de l'Office ou d'autres mesures d'atténuation pour vérifier si ceux-ci répondaient aux préoccupations.

3. Étape III (février – novembre 2016)

[115] Les représentants de la Couronne ont rencontré tous les demandeurs autochtones à l'étape III. De façon générale, ces derniers ont exprimé leur mécontentement à l'égard du processus de l'Office national de l'énergie et de la décision de la Couronne de s'en remettre à ce dernier. J'aborderai les préoccupations particulières soulevées par les demandeurs autochtones au moment de juger de la qualité des efforts déployés par le Canada en matière de consultation.

[116] Le 16 août 2016, soit vers la fin de l'étape III, le Bureau de gestion des grands projets et le Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique ont écrit ensemble à des groupes autochtones pour les aviser qu'ils étaient responsables de la tenue des consultations sur le projet et que leur action était coordonnée grâce à leur participation conjointe à des réunions de consultation, à des échanges de renseignements et à la rédaction de l'ébauche du *Rapport fédéral-provincial sur*

for the Trans Mountain Expansion Project” (Crown Consultation Report).

[117] Canada summarized its consultation efforts in the Crown Consultation Report, which included appendices specific to individual Indigenous groups. Indigenous groups were generally provided with a first draft of the Crown Consultation Report, together with the appendix relevant to that group, in August of 2016. Comments and corrections were to be provided in September 2016. A second draft of the Crown Consultation Report, together with relevant appendices, was provided to Indigenous groups in November of 2016, with comments due by mid-November.

I. Post National Energy Board report events

1. The Interim Measures for Pipeline Reviews

[118] On January 27, 2016, Canada introduced this initiative as part of a strategy to review Canada’s environmental assessment processes. The Interim Measures set out five guiding principles to guide the approval of major pipeline projects:

- i. No proponent would be required to return to the beginning of the approval process. That is, no proponent would be required to begin the approval process afresh.
- ii. Decisions about pipeline approval would be based on science, traditional knowledge of Indigenous peoples and other relevant evidence.
- iii. The views of the public and affected communities would be sought and considered.
- iv. Indigenous peoples would be meaningfully consulted, and, where appropriate, accommodated.

les consultations et les accommodements pour le projet d’agrandissement de Trans Mountain (le rapport sur les consultations de la Couronne).

[117] Le Canada a résumé les efforts qu’il a déployés en matière de consultation dans ce rapport, assorti d’une annexe consacrée à chaque groupe autochtone. En règle générale, les groupes autochtones ont reçu en août 2016 la première ébauche de ce rapport ainsi que l’annexe concernant leur groupe. Ils devaient faire part de leurs commentaires et corrections en septembre 2016. Une deuxième ébauche du rapport ainsi que les annexes pertinentes ont été fournies aux groupes autochtones en novembre 2016, et ces derniers devaient remettre leurs commentaires à la mi-novembre.

I. Initiatives postérieures au rapport de l’Office national de l’énergie

1. Mesures provisoires pour les évaluations relatives aux projets de pipelines

[118] Le 27 janvier 2016, le Canada a présenté cette initiative dans le cadre de sa stratégie visant à examiner ses processus d’évaluation environnementale. Les mesures provisoires comptent ces cinq principes directeurs pour la conduite du processus d’approbation des grands projets de pipelines :

- i. Aucun promoteur n’aura à retourner à la case de départ, c’est-à-dire à recommencer le processus d’approbation depuis le début.
- ii. Les décisions au sujet de l’approbation du pipeline seront fondées sur des données scientifiques, les connaissances traditionnelles des peuples autochtones et d’autres données pertinentes.
- iii. Les points de vue du public et des collectivités concernées seront sollicités et examinés.
- iv. Un véritable processus de consultation des peuples autochtones sera tenu et, au besoin, des mesures d’accommodement seront prises.

- v. The direct and upstream greenhouse gas emissions linked to a project under review would be assessed.

[119] Canada advised that it planned to apply the Interim Measures to the Project and that in order to do so it would: undertake deeper consultations with Indigenous peoples and provide funding to support participation in these deeper consultations; assess the upstream gas emissions associated with the Project and make this information public; and, appoint a ministerial representative to engage local communities and Indigenous groups in order to obtain their views and report those views back to the responsible Minister.

[120] The Minister of Natural Resources sought and obtained a four-month extension of time to permit implementation of the Interim Measures. The deadline for the Governor in Council to make its decision on Project approval was, therefore, on or before December 19, 2016.

2. The Ministerial Panel

[121] On May 17, 2016, the Minister announced he was striking a three-member independent Ministerial Panel that would engage local communities and Indigenous groups as contemplated in Canada's implementation of the Interim Measures for the Project.

[122] The Ministerial Panel held a series of public meetings in Alberta and British Columbia, received emails and received responses to an online questionnaire. The Ministerial Panel submitted its report to the Minister on November 1, 2016, in which it identified six "high-level questions" that "remain unanswered" that it commended to Canada for serious consideration.

[123] The report of the Ministerial Panel expressly stated that the panel's work was "not intended as part of the federal government's concurrent commitment to direct consultation with First Nations" and that "full-scale consultation" was never the intent of the panel "especially in the case of First Nations, where the responsibility for consultation fell elsewhere". It follows that no further consideration of the Ministerial Panel is required in the context

- v. Les émissions de gaz à effet de serre directes et en amont attribuables à un projet seront évaluées.

[119] Le Canada a indiqué qu'il comptait mettre en œuvre les mesures provisoires relatives au projet. Pour ce faire, il mènerait des consultations plus approfondies avec les peuples autochtones et fournirait des fonds pour faciliter la participation à ces dernières, évaluerait les émissions de gaz à effet de serre en amont imputables au projet et publierait cette information. Enfin, il nommerait un porte-parole ministériel qui, après avoir discuté avec les populations locales et les groupes autochtones pour connaître leur opinion, rendrait compte au ministre.

[120] Le ministre des Ressources naturelles a obtenu une prorogation de quatre mois pour mettre en œuvre les mesures provisoires. Le gouverneur en conseil avait donc jusqu'au 19 décembre 2016 pour approuver ou non le projet.

2. Le comité ministériel

[121] Le 17 mai 2016, le ministre a annoncé qu'il établirait un comité ministériel indépendant de trois membres chargé de consulter les localités et les groupes autochtones, conformément au plan du Canada pour la mise en œuvre des mesures provisoires.

[122] Le comité ministériel a tenu de nombreuses assemblées publiques en Alberta et en Colombie-Britannique, a reçu des courriels et a obtenu des réponses à un questionnaire en ligne. Dans son rapport présenté au ministre le 1^{er} novembre 2016, il a relevé six questions de grande importance restées sans réponse et recommandait au Canada de les examiner sérieusement.

[123] Le rapport du comité ministériel mentionnait expressément que le travail du comité [TRADUCTION] « n'[avait] pas pour but de s'inscrire dans le cadre des consultations directes que le fédéral s'est parallèlement engagé à mener auprès des Premières Nations » et que le comité n'avait jamais eu l'intention de mener des [TRADUCTION] « consultations à grande échelle », « particulièrement auprès des Premières Nations puisque la

of consideration of the adequacy of Canada's consultation efforts.

3. Greenhouse gas assessment

[124] For completeness, I note that in November 2016, Environment Canada did publish an assessment estimating the upstream greenhouse gas emissions from the Project.

IX. The issues to be determined

[125] Broadly speaking, the applicants' submissions require the Court to address the following questions.

[126] First, is there merit in any of the preliminary issues raised by the parties?

[127] Second, under the applicable legislative scheme, can the report of the National Energy Board be judicially reviewed?

[128] Finally, should the decision of the Governor in Council be set aside? This in turn requires the Court to consider:

- i. What is the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council?
- ii. Did the Governor in Council err in determining whether the Board's process of assembling, analyzing, assessing and studying the evidence before it was so deficient that the report submitted by it to the Governor in Council did not qualify as a "report" within the meaning of the *National Energy Board Act*? This will require the Court to consider:
 - a. was the process adopted by the Board procedurally fair?

responsabilité de les consulter incombait à autrui ». Par conséquent, point n'est besoin d'examiner davantage les travaux du comité ministériel pour évaluer la qualité des consultations par le Canada.

3. Évaluation des gaz à effet de serre

[124] Par souci d'exhaustivité, notons qu'en novembre 2016, Environnement Canada a publié une évaluation qui donnait une estimation des émissions de gaz à effet de serre en amont associées au projet.

IX. Les questions à trancher

[125] De façon générale, les demandeurs exhortent la Cour à répondre aux questions suivantes.

[126] D'abord, les questions préliminaires soulevées par les parties sont-elles fondées?

[127] Ensuite, le régime législatif applicable permet-il le contrôle judiciaire du rapport de l'Office national de l'énergie?

[128] Enfin, la décision du gouverneur en conseil devrait-elle être annulée? Pour y répondre, la Cour doit se pencher sur ces autres questions :

- i. Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision du gouverneur en conseil?
- ii. Le gouverneur en conseil a-t-il commis une erreur en se prononçant sur la question de savoir si le processus employé par l'Office pour regrouper, analyser, évaluer et étudier la preuve dont il était saisi était lacunaire au point que le rapport qu'il lui avait présenté ne constituait pas un « rapport » pour l'application de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*? Pour y répondre, la Cour doit se pencher sur les questions suivantes :
 - a. le processus retenu par l'Office était-il équitable sur le plan procédural?

b. did the Board err by failing to assess Project-related marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*?

c. did the Board err in its treatment of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29?

d. did the Board impermissibly fail to decide certain issues before it recommended approval of the Project?

e. did the Board impermissibly fail to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal?

iii. Did the Governor in Council fail to comply with the statutory requirement to give reasons?

iv. Did the Governor in Council err by concluding that the Indigenous applicants were adequately consulted and, if necessary, accommodated?

X. Consideration of the issues

A. The preliminary issues

[129] Before turning to the substantive issues raised in this application it is necessary to deal with three preliminary issues raised by the parties. They may be broadly characterized as follows.

[130] First, as described above, a number of the applicants commenced applications challenging the report of the National Energy Board. Trans Mountain moves to strike on a preliminary basis the six applications for judicial review commenced in respect of the report of the National Energy Board on the ground that the report is not amenable to judicial review.

[131] Second, the applicants ask that the two affidavits sworn on behalf of Trans Mountain by Robert Love, or portions thereof, be struck or given no weight on a number of grounds, including that Mr. Love had no personal

b. l'Office a-t-il commis une erreur en n'évaluant pas le transport maritime associé au projet sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*?

c. l'Office a-t-il erré dans son application de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29?

d. l'Office a-t-il erronément omis de trancher certaines questions avant de recommander l'approbation du projet?

e. l'Office a-t-il erronément omis d'examiner des options autres que le terminal maritime de Westridge?

iii. Le gouverneur en conseil a-t-il omis de respecter l'exigence législative de motiver sa décision?

iv. Le gouverneur en conseil a-t-il conclu à tort qu'il y avait eu des consultations adéquates auprès des demandeurs autochtones et que des mesures d'accommodement avaient été prises, au besoin?

X. Examen des questions

A. Les questions préliminaires

[129] Avant d'examiner les questions de fond soulevées dans la présente demande, il faut traiter trois questions préliminaires soulevées par les parties. Elles peuvent être résumées de la manière suivante.

[130] Premièrement, comme on l'a vu, plusieurs demandeurs ont attaqué le rapport de l'Office national de l'énergie. Trans Mountain présente une requête préliminaire en radiation des six demandes de contrôle judiciaire visant le rapport de l'Office national de l'énergie au motif que ce document n'est pas susceptible de contrôle.

[131] Deuxièmement, les demandeurs sollicitent la radiation—complète ou partielle—des deux affidavits souscrits par Robert Love pour le compte de Trans Mountain ou demandent qu'on accorde peu de poids à

knowledge of the bulk of the matters sworn to in his affidavits.

[132] Finally, the applicants object to the “Consultation Chronologies” found in Canada’s compendium.

1. Trans Mountain’s motion to strike

[133] In *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418, at paragraph 125, this Court concluded that applications for judicial review do not lie against reports made pursuant to section 52 of the *National Energy Board Act* recommending whether a certificate of public convenience and necessity should issue for all or any portion of a pipeline. Accordingly, Trans Mountain seeks orders striking the six notices of application (listed above, at paragraph 51) that challenge the Board’s report.

[134] A comparison of the parties enumerated in paragraph 51 with those parties who challenge the decision of the Governor in Council (enumerated in paragraph 52) shows that all but one of the applicants who challenge the report of the National Energy Board also challenge the decision of the Governor in Council. For reasons not apparent on the record, the City of Vancouver elected to challenge only the report of the Board.

[135] The City of Vancouver, supported by the City of Burnaby, Tsleil-Waututh, Raincoast and Living Oceans, responds to Trans Mountain by arguing that *Gitxaala* was wrongly decided on this point and that in any event, the applications should not be struck on a preliminary basis.

[136] Those applicants who challenge both decisions are able to argue, and do argue, that in *Gitxaala* this Court determined that the decision of the Governor in Council cannot be considered in isolation from the Board’s report; it is for the Governor in Council to determine whether the process followed by the Board in assembling, analyzing, assessing, and studying the evidence before it was

ceux-ci. À l’appui de leurs demandes, ils font notamment valoir que M. Love n’avait pas une connaissance personnelle de la plupart des renseignements figurant dans ses affidavits.

[132] Enfin, les demandeurs s’opposent au tableau consignait la chronologie des consultations figurant dans le compendium du Canada.

1. Requête en radiation de Trans Mountain

[133] Dans l’arrêt *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418, au paragraphe 125, notre Cour conclut que les rapports établis conformément à l’article 52 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, qui présentent une recommandation quant à l’opportunité d’un certificat d’utilité publique relatif à tout ou partie d’un pipeline, ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire. Par conséquent, Trans Mountain sollicite la radiation des six avis de demande (énumérés au paragraphe 51 des présents motifs) qui attaquent le rapport de l’Office.

[134] Il ressort de la comparaison entre les parties énumérées au paragraphe 51 et au paragraphe 52 (celles qui attaquent la décision du gouverneur en conseil) que tous les demandeurs qui contestent le rapport de l’Office national de l’énergie, sauf un, contestent aussi la décision du gouverneur en conseil. Pour des raisons qui ne sont pas manifestes au vu du dossier, Vancouver a choisi de n’attaquer que le rapport de l’Office.

[135] Vancouver, appuyée par Burnaby, les Tsleil-Waututh, Raincoast et Living Oceans, répond à Trans Mountain que l’arrêt *Gitxaala* est erroné à cet égard et que, quoi qu’il en soit, les demandes ne devraient pas être radiées à une étape préliminaire.

[136] Selon les demandeurs qui attaquent les deux décisions, notre Cour conclut dans l’arrêt *Gitxaala* que l’on ne saurait faire abstraction du rapport de l’Office dans l’examen de la décision du gouverneur en conseil. Il appartient au gouverneur en conseil de décider si le processus suivi par l’Office pour regrouper, analyser, évaluer et étudier la preuve dont il était saisi était lacunaire au point

so deficient that its report does not qualify as a “report” within the meaning of the *National Energy Board Act*.

[137] Put another way, a statutory pre-condition for a valid Order in Council is a report from the Board prepared in accordance with all legislative requirements. The Governor in Council is therefore required to be satisfied that the report was prepared in accordance with the governing legislation. This makes practical sense as well because the Board’s report formed the factual basis for the decision of the Governor in Council.

[138] It is in the context of these arguments that I turn to consider whether the applications should be struck on a preliminary basis.

[139] The jurisprudence of this Court is uniformly to the effect that motions to strike applications for judicial review are to be resorted to sparingly: see, for example, *Odynsky v. League for Human Rights of B’Nai Brith Canada*, 2009 FCA 82, 387 N.R. 376, at paragraph 5, citing *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588, (1994), 176 N.R. 48 (C.A.).

[140] The rationale for this approach is that judicial review proceedings are designed to proceed with celerity; motions to strike carry the potential to unduly and unnecessarily delay the expeditious determination of an application. Therefore justice is better served by allowing the Court to deal at one time with all of the issues raised by an application.

[141] This rationale is particularly applicable in the present case where striking the applications would still leave intact the ability of all but one of the applicants to argue the asserted flaws in the Board’s report in the context of the Court’s review of the decision of the Governor in Council. Little utility would be achieved in deciding the motions when the arguments in support of them will be considered now, in the Court’s determination of the merits of the applications.

[142] For this reason, in the exercise of my discretion I would dismiss Trans Mountain’s motion to strike the applications brought challenging the report of the National

que son rapport ne constitue pas un « rapport » pour l’application de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*.

[137] Autrement dit, la prise d’un décret valide est subordonnée à la présentation par l’Office d’un rapport conforme aux exigences législatives. Le gouverneur en conseil doit par conséquent être convaincu que le rapport a été préparé conformément à la législation applicable, ce qui est logique étant donné que le rapport de l’Office constitue le fondement factuel de sa décision.

[138] C’est à la lumière de ces arguments que j’aborde la radiation des demandes au stade préliminaire.

[139] Selon la jurisprudence constante de notre Cour, on doit recourir avec parcimonie aux requêtes en radiation des demandes de contrôle judiciaire (voir, par exemple, *Odynsky c. Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada*, 2009 CAF 82, au paragraphe 5, citant *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588, 1994 CanLII 3529 (C.A.)).

[140] Les contrôles judiciaires sont conçus pour être tranchés rapidement. Or, une requête en radiation pourrait retarder indûment une décision au fond de la Cour à l’égard d’une demande. Par conséquent, l’intérêt de la justice est mieux servi lorsque la Cour est en mesure de traiter ensemble toutes les questions soulevées dans une demande.

[141] Ce raisonnement s’applique tout particulièrement en l’espèce étant donné que, même si les demandes étaient radiées, tous les demandeurs—à une exception près—pourraient invoquer devant la Cour les lacunes du rapport de l’Office dans le cadre du contrôle de la décision du gouverneur en conseil. Il n’est guère utile de trancher les requêtes puisque les arguments qui les étayaient se trouvent de toute façon devant la Cour, qui doit les examiner pour statuer au fond sur les demandes dont elle est saisie.

[142] Pour cette raison, j’exercerais le pouvoir discrétionnaire qui me permet de rejeter la requête par laquelle Trans Mountain sollicite la radiation des demandes

Energy Board. I deal with the merits of the argument that the report is not amenable to judicial review below at paragraph 170 and following.

2. The applicants' motion asking that the two affidavits of Robert Love, or portions thereof, be struck or given no weight

[143] The applicants argue that the Love affidavits, or portions thereof, should be struck or given no weight on three grounds. First, the applicants argue that Mr. Love had no personal knowledge of the bulk of the matters sworn to in his affidavits so that his evidence should be disregarded as inadmissible hearsay. Second, the applicants argue that the affidavits contain irrelevant and impermissible evidence about Trans Mountain's engagement and consultations with the Indigenous applicants. Finally, the applicants argue that the second affidavit impermissibly augments the evidence that was before the Board and the Governor in Council.

(a) The hearsay objection

[144] In both impugned affidavits Mr. Love swore that "I have personal knowledge of the matters in this Affidavit, except where stated to be based on information and belief, in which case I believe the same to be true". Notwithstanding this statement, on cross-examination, Mr. Love admitted that his first affidavit was based almost entirely on facts of which he had no personal knowledge and that his affidavit failed to disclose that he relied on information and belief to assert those facts. He largely relied on Trans Mountain's lawyers to prepare the paragraphs of his affidavit of which he had no direct knowledge. The basis of his belief that his affidavit was truthful and accurate was his "trust in other people". He frequently admitted that there were other Trans Mountain employees who had direct knowledge of the matters set out in his affidavit (cross-examination of Robert Love, June 19, 2017, by counsel for the City of Burnaby, page 14, line 17 to page 50, line 8).

attaquant le rapport de l'Office national de l'énergie. J'examine plus loin, à partir du paragraphe 170, le bien-fondé de la prétention selon laquelle le rapport n'est pas susceptible de contrôle judiciaire.

2. La requête demandant à la Cour de radier tout ou partie des deux affidavits de Robert Love ou, subsidiairement, d'y accorder peu de poids

[143] Les demandeurs invoquent trois motifs pour lesquels la Cour devrait radier tout ou partie des affidavits de M. Love ou y accorder peu de poids. En premier lieu, ils font valoir que M. Love n'avait pas une connaissance personnelle de la majorité des faits relatés dans ses affidavits de sorte que cette preuve—du oui-dire inadmissible—devrait être écartée. En deuxième lieu, ils soutiennent que ses affidavits renferment des éléments de preuve non pertinents et inadmissibles au sujet des discussions que Trans Mountain a eues avec les demandeurs autochtones et des consultations qu'elle a menées auprès d'eux. Enfin, selon ces demandeurs, le deuxième affidavit présente de façon inadmissible des éléments de preuve supplémentaires dont ne disposaient pas l'Office et le gouverneur en conseil.

a) L'objection fondée sur le oui-dire

[144] Dans ses deux affidavits, M. Love a déclaré sous serment ceci : [TRADUCTION] « J'ai une connaissance personnelle des sujets abordés dans le présent affidavit, sauf lorsque je précise que les déclarations sont faites sur la foi de renseignements et croyances, auquel cas je les tiens pour véridiques ». Malgré cette déclaration, M. Love a admis en contre-interrogatoire que son premier affidavit reposait presque entièrement sur des faits dont il n'avait pas une connaissance personnelle et qu'il n'y était pas mentionné que les faits provenaient de renseignements et croyances. Il s'en est remis en grande partie aux avocats de Trans Mountain pour rédiger les paragraphes de son affidavit où figuraient des renseignements dont il n'avait pas une connaissance directe. Il croyait que son affidavit était véridique et exact en raison de sa [TRADUCTION] « confiance en d'autres personnes ». À plusieurs reprises, il a admis que d'autres employés de Trans Mountain avaient une connaissance directe

[145] Similarly, under cross-examination Mr. Love admitted that he had no personal knowledge of the contents of his second affidavit which dealt with Trans Mountain's consultation with Squamish (cross-examination of Robert Love, June 22, 2017, by counsel for Squamish, page 2, line 7 to page 11, line 4). When cross-examined by counsel for Coldwater, Mr. Love admitted that he was "largely" not involved with Trans Mountain's engagement with Coldwater. Rather, "[i]t was the aboriginal engagement team who did the communications" (cross-examination of Robert Love, June 22, 2017, by counsel for Coldwater, page 2, line 9 to page 2, line 21).

[146] Mr. Love is the Manager, Land and Rights-of-Way for Kinder Morgan Canada Inc., a company related to Trans Mountain. During his cross-examination by counsel for Squamish he described his role to be responsible for securing "all of the private land interest for the Trans Mountain Expansion Project and to obtain all utility crossings". He was also responsible "for undertaking the land rights necessary to go through about 10 reserves that we have agreements with". Later, on his cross-examination, he explained that prior to swearing his affidavit he "sat down with Regan Schlecker and went through most of the First Nation's engagement and high-level [government] engagements that were happening here" because he had no direct involvement in those engagements. Regan Schlecker was Trans Mountain's Aboriginal affairs manager.

[147] On the basis of Mr. Love's many admissions the applicants argue that Mr. Love's evidence should be struck or given no weight.

des questions dont il traite dans son affidavit (contre-interrogatoire de Robert Love mené le 19 juin 2017 par l'avocat de Burnaby, de la page 14, ligne 17 à la page 50, ligne 8).

[145] De même, en contre-interrogatoire, M. Love a admis qu'il n'avait pas une connaissance personnelle des faits relatés dans son deuxième affidavit, qui portait sur les consultations menées par Trans Mountain auprès des Squamish (contre-interrogatoire de Robert Love mené le 22 juin 2017 par l'avocat des Squamish, de la page 2, ligne 7 à la page 11, ligne 4). Contre-interrogé par l'avocat des Coldwater, M. Love a admis n'avoir [TRADUCTION] « généralement » pas participé aux discussions de Trans Mountain avec les Coldwater. En effet, [TRADUCTION] « [c']était l'équipe responsable des discussions avec les Autochtones qui était chargée des communications » (contre-interrogatoire de Robert Love mené le 22 juin 2017 par l'avocat des Coldwater, à la page 2, de la ligne 9 à la ligne 21).

[146] M. Love dirige la division des terres et servitudes de Kinder Morgan Canada Inc., société liée à Trans Mountain. Contre-interrogé par un des avocats représentant les Squamish, il a expliqué qu'il était chargé de l'acquisition [TRADUCTION] « de tous les droits fonciers privés nécessaires pour le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain ainsi que de tous les droits relatifs aux croisements des installations des services publics ». Il était aussi responsable [TRADUCTION] « de l'obtention des droits fonciers nécessaires à l'empiètement sur une dizaine de réserves avec lesquelles [la société] a des ententes ». Plus tard lors de son contre-interrogatoire, il a expliqué qu'avant de signer son affidavit, il [TRADUCTION] « a passé en revue avec Regan Schlecker la plupart des discussions qui ont eu lieu avec les Premières Nations et les hautes instances [de l'Administration] » parce qu'il n'y avait pas directement participé. Regan Schlecker était le directeur de Trans Mountain responsable des questions touchant les Autochtones.

[147] Les demandeurs soutiennent, sur le fondement des nombreuses admissions de M. Love, que la Cour devrait radier la preuve présentée par ce dernier ou n'y accorder guère de poids.

[148] Trans Mountain argues in response that the City of Burnaby failed to object to the Love affidavits on a timely basis. It also argues that on judicial review the parties can provide background explanations and summaries regarding the administrative proceeding below and that no applicant points to any important statements in the affidavits that were shown to be based on hearsay.

[149] I begin by rejecting Trans Mountain's argument that the arguments raised by Burnaby were raised too late and so should not be considered. While Burnaby may well not have raised its hearsay objection on a timely basis (see the order of the case management Judge issued on July 25, 2017), both the City of Vancouver and Squamish did object to the Love affidavits on a timely basis. Squamish adopts Burnaby's objections (Squamish's memorandum of fact and law, paragraph 133) and the City of Vancouver relies upon the cross-examination of Mr. Love conducted by counsel for Burnaby (Vancouver's memorandum of fact and law, paragraph 109). On this basis, in my view, Burnaby's arguments are properly before the Court.

[150] With respect to Trans Mountain's argument on the merits, I begin by noting that to the extent background statements and summaries are admissible on an application for judicial review, this admissibility is for the sole and limited purpose of orienting the reviewing court. In any event and more importantly, affidavits must always fully and candidly disclose if an affiant is relying on information and belief and what portions of the affidavit are based on information and belief. In that event, the affiant must disclose both the sources of the information relied upon and the bases for the affiant's belief in the truth of the information sworn to. This was not done in the present case.

[151] Notwithstanding this failure, I do not see the need to strike portions of the Love affidavits. The affidavits are relevant for the purpose of orienting the Court. However, it is unsafe to rely on the contents of the Love affidavits for the purpose of establishing the truth of their contents unless Mr. Love had personal knowledge

[148] Trans Mountain répond que Burnaby ne s'est pas opposée à temps aux affidavits de M. Love. Elle ajoute que les parties peuvent, dans le cadre du contrôle judiciaire, fournir des explications générales et des résumés concernant le déroulement de l'instance devant le décideur administratif et qu'aucun demandeur n'a démontré qu'une déclaration importante dans les affidavits était fondée sur du oui-dire.

[149] Je commence par rejeter la prétention de Trans Mountain selon laquelle les arguments avancés par Burnaby l'ont été trop tard et ne devraient donc pas être examinés. Certes, Burnaby n'a pas soulevé à temps son objection fondée sur le oui-dire (voir l'ordonnance du juge responsable de la gestion de l'instance rendue le 25 juillet 2017), mais Vancouver et les Squamish l'ont fait. Les Squamish souscrivent aux objections de Burnaby (mémoire des faits et du droit des Squamish, paragraphe 133), et Vancouver invoque le contre-interrogatoire de M. Love mené par l'un des avocats de Burnaby (mémoire des faits et du droit de Vancouver, paragraphe 109). Par conséquent, j'estime que la Cour est dûment saisie des arguments de Burnaby.

[150] En ce qui concerne les observations de Trans Mountain sur le fond, je note d'emblée que, si les explications générales et les résumés sont recevables dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, leur admissibilité a pour seul objectif—limité—d'orienter la cour de révision. Quoi qu'il en soit et plus important encore, les déclarants doivent de toute façon toujours indiquer de façon complète et franche si leur affidavit est fondé sur des renseignements et croyances qu'ils tiennent pour véridiques et, auquel cas, la partie de leur affidavit qui repose sur de tels renseignements et croyances. Le déclarant doit alors mentionner les sources des renseignements et expliquer les raisons qui l'amènent à croire à la véracité des renseignements donnés sous serment, ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

[151] En dépit de cette lacune, je ne vois pas la nécessité de radier certaines parties des affidavits de M. Love. Les affidavits servent à orienter la Cour. Toutefois, il ne serait pas prudent de croire qu'ils font foi de la véracité de leur contenu, sauf si M. Love a une connaissance personnelle d'un fait ou d'une question en particulier. Comme

of a particular fact or matter. Because Mr. Love did not demonstrate any material, personal knowledge of Trans Mountain's engagement with the Indigenous applicants, and because there is no explanation as to why an individual directly involved in that engagement could not have provided evidence, evidence of Trans Mountain's engagement must come from other sources—such as the consultation logs Trans Mountain placed in evidence before the Board.

[152] As I have determined that it is unsafe except in limited circumstances to rely upon the contents of the Love affidavits to establish the truth of their contents, it is unnecessary for me to consider the applicants' objection to the second affidavit on the ground that it impermissibly supplemented the consultation logs in evidence before the Board.

(b) Relevance of evidence of Trans Mountain's engagement with the Indigenous applicants

[153] In answer to an Information Request issued by Squamish inquiring whether Canada delegated any procedural aspects of consultation to Trans Mountain, Canada responded:

The Crown has not delegated the procedural aspects of its duty to consult to Trans Mountain. The Crown does rely on the [National Energy Board] review process to the extent possible to fulfill this duty, a process that requires the proponent to work with and potentially accommodate Aboriginal groups impacted by the project. The [National Energy Board] filing manual provides information to the proponent on the requirement to engage potentially affected Aboriginal groups. This does not constitute delegation of the duty to consult. [Underlining added.]

[154] Based on this response, the Indigenous applicants argue that evidence of Trans Mountain's engagement with them is irrelevant. It is necessary to consider this submission because it is an issue that transcends the Love affidavits—there is other evidence of Trans Mountain's engagement.

M. Love n'a pas démontré qu'il avait une connaissance personnelle et pertinente des discussions que Trans Mountain a eues avec les demandeurs autochtones, et qu'on n'a pas expliqué pourquoi la preuve à cet égard n'a pas été présentée par une personne ayant directement participé aux discussions, cette preuve doit provenir d'autres sources, comme les registres des consultations que Trans Mountain a produits devant l'Office.

[152] Comme je juge qu'il est, sauf certaines circonstances bien précises, imprudent de croire que les affidavits de M. Love font foi de la véracité de leur contenu, il n'est pas nécessaire que j'examine l'objection des demandeurs à l'égard du deuxième affidavit au motif qu'il contient des renseignements qui complètent de façon inadmissible ceux qui se trouvent dans les registres des consultations produits devant l'Office.

b) Pertinence de la preuve relativement aux discussions de Trans Mountain avec les demandeurs autochtones

[153] Le Canada a répondu en ces termes à une demande de renseignements des Squamish visant à savoir si le Canada avait délégué à Trans Mountain certains aspects procéduraux de la consultation :

[TRADUCTION] La Couronne n'a pas délégué à Trans Mountain les aspects procéduraux des consultations auxquelles elle est tenue. Pour s'acquitter de cette obligation, la Couronne s'en remet, dans la mesure du possible, au processus d'examen [de l'Office national de l'énergie], lequel nécessite que le promoteur collabore avec les groupes autochtones touchés par le projet et éventuellement qu'il les accommode. Le guide de dépôt [de l'Office national de l'énergie] informe le promoteur de l'exigence de discuter avec les groupes autochtones susceptibles d'être touchés. Il ne s'agit pas d'une délégation de l'obligation de consulter. [Non souligné dans l'original.]

[154] À la lumière de cette réponse, les demandeurs autochtones font valoir que la preuve relative aux discussions qu'ils ont eues avec Trans Mountain est dénuée de pertinence. Il est nécessaire d'examiner cette prétention, car il s'agit d'une question qui va au-delà des affidavits de M. Love; il existe d'autres preuves concernant les discussions avec Trans Mountain.

[155] I accept Trans Mountain’s submission that proper evidence of its engagement with the Indigenous applicants is relevant. I reach this conclusion for the following reasons.

[156] First, the Indigenous applicants were informed by the Major Projects Management Office’s letter of August 12, 2013, that Canada would rely on the Board’s public hearing process “to the extent possible” to fulfil the Crown’s duty to consult. As Canada noted in its response to the Information Request, the Board’s hearing process required Trans Mountain to work with, and potentially accommodate, Indigenous groups impacted by the Project. Thus the Major Projects Management Office’s August 12 letter encouraged Indigenous groups with Project-related concerns to discuss those concerns directly with Trans Mountain. Unresolved concerns were to be directed to the National Energy Board. It follows from this that the Indigenous applicants were informed before the commencement of the Board’s hearing process that the Board and, in turn, Canada would rely in part on Trans Mountain’s engagement with them.

[157] Thereafter, the Board required Trans Mountain “to make all reasonable efforts to consult with potentially affected Aboriginal groups and to provide information about those consultations to the Board”. The Board expressly required this information to include “evidence on the nature of the interests potentially affected, the concerns that were raised and the manner and degree to which those concerns have been addressed. Trans Mountain was expected to report to the Board on all Aboriginal concerns that were expressed to it, even if it was unable or unwilling to address those concerns” (Report of the National Energy Board, page 46).

[158] Trans Mountain’s consultation was guided by the Board’s Filing Manual requirements and directions given by the Board during the Project Description phase.

[155] J’accepte la prétention de Trans Mountain qu’une preuve adéquate de ses discussions avec les demandeurs autochtones est pertinente, et ce, pour les motifs suivants.

[156] Premièrement, les demandeurs autochtones ont appris par lettre du Bureau de gestion des grands projets datée du 12 août 2013 que le Canada s’en remettrait « dans la mesure du possible » au processus d’audience publique de l’Office pour s’acquitter de l’obligation de consulter de la Couronne. Comme l’indique le Canada dans sa réponse à la demande de renseignements, Trans Mountain était tenue, aux termes de la procédure d’audience devant l’Office, de collaborer avec les groupes autochtones touchés par le projet et éventuellement de les accommoder. Ainsi, dans sa lettre du 12 août, le Bureau de gestion des grands projets encourageait les groupes autochtones ayant des préoccupations en lien avec le projet d’en discuter directement avec Trans Mountain. Les préoccupations auxquelles Trans Mountain ne pouvait pas répondre seraient communiquées à l’Office national de l’énergie. Par conséquent, les demandeurs autochtones ont été avisés avant le début des audiences que l’Office—et par la suite le Canada—tiendrait compte en partie des discussions que Trans Mountain aurait avec eux.

[157] Par la suite, l’Office a exigé que Trans Mountain « déploie tout effort raisonnable pour consulter les groupes autochtones susceptibles d’être touchés et [qu’il lui] [...] communique [...] l’information voulue sur ces consultations ». L’Office a expressément exigé que cette information comprenne « des éléments de preuve sur la nature des intérêts susceptibles d’être touchés, les préoccupations soulevées ainsi que la façon dont ces préoccupations ont été réglées, et la mesure dans laquelle elles ont été réglées. Trans Mountain devait présenter à l’Office toutes les préoccupations dont ont fait état les Autochtones, même si elle était incapable d’y donner suite ou n’était pas disposée à le faire » (Rapport de l’Office national de l’énergie, page 46).

[158] Pour mener ses consultations, Trans Mountain a suivi les exigences du Guide de dépôt de l’Office ainsi que les instructions données par ce dernier à l’étape de la description du projet.

[159] This demonstrates that Trans Mountain's consultation was central to the decision of the Board. Therefore, evidence of Trans Mountain's efforts is relevant.

[160] My second reason for finding proper evidence of Trans Mountain's engagement to be relevant is that, consistent with Canada's response to Squamish's Information Request, a review of the Crown Consultation Report shows that in Section 3 [at page 34] Canada summarized "the procedural elements and chronology of Aboriginal consultations and engagement activities undertaken by the proponent, the [Board] and the Crown". Elements of Trans Mountain's engagement were summarized in the Crown Consultation Report, and therefore put before the Governor in Council so it could assess the adequacy of consultation. Elements that were summarized include Trans Mountain's Aboriginal Engagement Program and the Mutual Benefit Agreements Trans Mountain entered into with Indigenous groups. Trans Mountain's Aboriginal Engagement Program was noted to have provided approximately \$12 million in capacity funding to potentially affected groups. As well, Trans Mountain provided funding to conduct traditional land and resource use and traditional marine resource use studies. As for the Mutual Benefit Agreements, as of November 2016, Canada was aware that 33 potentially affected Indigenous groups had signed such agreements with Trans Mountain. These included a letter of support for the Project.

[161] Canada's reliance on Trans Mountain's engagement also makes evidence about that engagement relevant.

[162] Finally on this point, some Indigenous applicants assert that Trans Mountain's engagement efforts were inadequate. Evidence of Trans Mountain's engagement, including its provision of capacity funding, is relevant to this allegation and to the issue of the adequacy of available funding.

[159] Ce qui précède démontre l'importance des consultations de Trans Mountain pour la décision de l'Office. Par conséquent, la preuve des efforts déployés par Trans Mountain à cet égard est pertinente.

[160] La deuxième raison pour laquelle j'ai conclu qu'une preuve adéquate des discussions menées par Trans Mountain était pertinente est que, selon la réponse du Canada à la demande de renseignements des Squamish, il ressort de l'examen du Rapport sur les consultations de la Couronne que le Canada a résumé, à la section 3 [à la page 34], [TRADUCTION] « les éléments procéduraux et la chronologie des consultations ainsi que les discussions que le promoteur, [l'Office] et la Couronne ont eues avec les Autochtones ». Des éléments des discussions menées par Trans Mountain ont été résumés dans ce rapport, et donc présentés au gouverneur en conseil pour qu'il puisse évaluer la qualité des consultations. Ont ainsi été résumés notamment le programme de Trans Mountain en vue de la participation des Autochtones et les ententes d'intérêt commun que Trans Mountain a conclues avec certains groupes autochtones. Le Rapport sur les consultations de la Couronne indique que ce programme a fourni environ 12 millions de dollars pour augmenter la capacité des groupes susceptibles d'être touchés par le projet. Trans Mountain a également fourni un financement pour la réalisation d'études sur l'utilisation des terres et des ressources maritimes à des fins traditionnelles. Quant aux ententes d'intérêt commun, le Canada avait eu vent de 33 groupes susceptibles d'être touchés par le projet ayant signé de telles ententes avec Trans Mountain en date de novembre 2016. Ces ententes comprenaient une lettre d'appui au projet.

[161] Comme le Canada a tenu compte des discussions engagées par Trans Mountain, la preuve relative à ces discussions est aussi pertinente.

[162] Finalement, selon certains demandeurs autochtones, les efforts déployés par Trans Mountain pour engager les discussions étaient insatisfaisants. La preuve à cet égard, notamment le financement par Trans Mountain, est pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer cette prétention et la question du financement offert.

3. Canada's compendium—The Consultation Chronologies

[163] In its compendium, Canada included schedules in the form of charts (referred to as Consultation Chronologies) which describe events said to have taken place. The Indigenous applicants assert that the schedules are interpretive, inaccurate, and incomplete and that they should not be received by the Court for two reasons.

[164] First, the Indigenous applicants argue that the Consultation Chronologies summarize the facts as perceived by the Crown. As such, the material should have appeared in Canada's affidavit and in its memorandum of fact and law. It is argued that Canada should not be permitted to circumvent page-length restrictions on the length of its memorandum by creating additional resources in its compendium.

[165] Second, the Indigenous applicants argue that the Consultation Chronologies are not evidence. Instead, the summaries are newly created documents that were not before the Board or the Governor in Council. Their admission is also argued to be prejudicial to the Indigenous applicants.

[166] Canada responds that, as the case management Judge noted in his direction of September 7, 2017, "parties often include material in their compendia as an aid to argument. As long as the aid to argument is brief and helpful and is not anything resembling a memorandum of fact and law and as long as the aid to argument presents or is based entirely upon facts and data from the evidentiary record without adding to it, hearing panels of this Court usually permit it. Of course, there is a limit to this".

[167] I agree with the Indigenous applicants that the Consultation Chronologies must be approached with caution. For example, the Consultation Chronology in respect of the Coldwater Indian Band recites that on May 3, 2016,

3. Compendium du Canada — Les tableaux présentant la chronologie des consultations

[163] Dans son compendium, le Canada a joint des annexes présentées sous forme de tableaux (que j'appellerai les tableaux de la chronologie des consultations) qui décrivent les faits qui se seraient produits. Les demandeurs autochtones affirment que les annexes sont sujettes à interprétation en plus d'être inexactes et incomplètes et que la Cour ne devrait pas les admettre pour deux raisons.

[164] En premier lieu, les demandeurs autochtones font valoir que les tableaux de la chronologie des consultations résument les faits du point de vue de la Couronne. Par conséquent, cette information aurait dû se trouver dans l'affidavit et le mémoire des faits et du droit du Canada. Ils soutiennent que ce dernier ne devrait pas être autorisé à contourner les restrictions liées au nombre de pages du mémoire en ajoutant des ressources à son compendium.

[165] En deuxième lieu, les demandeurs autochtones font valoir que les tableaux de la chronologie des consultations ne font pas partie de la preuve. Au contraire, les résumés sont des documents créés récemment dont ne disposaient ni l'Office ni le gouverneur en conseil. Aussi, selon les demandeurs autochtones, leur admission leur porterait préjudice.

[166] Le gouvernement du Canada répond que, comme l'a indiqué le juge responsable de la gestion de l'instance dans sa directive du 7 septembre 2017, [TRADUCTION] « les parties incluent souvent des documents dans leur compendium, en vue de leur plaidoirie. Dans la mesure où ces documents sont brefs et utiles, ne peuvent être assimilés à un mémoire des faits et du droit et renvoient à des faits et données déposés en preuve sans y suppléer, la formation de la Cour qui préside l'audience les autorisera habituellement. Il existe toutefois bien sûr des restrictions ».

[167] Comme les demandeurs autochtones, j'estime que la prudence est de mise à l'égard des tableaux de la chronologie des consultations. Par exemple, en ce qui concerne la bande indienne Coldwater, ces tableaux

Canada emailed Coldwater a letter dated November 3, 2015 sent in response to Coldwater's letter of August 20, 2015. The Consultation Chronology also recites that the letter contained an offer to meet with Coldwater to discuss the consultation process and Project-related issues. However, Coldwater points to the sworn evidence of its Chief Councillor to the effect that the November 3, 2015 letter did not actually address the concerns detailed in Coldwater's letter of August 20, 2015, and that the meeting was never arranged because the November 3, 2015 letter was not provided to Coldwater until May 3, 2016.

[168] Thus, I well understand the concern of the Indigenous applicants. This said, this Court's understanding of the evidence is not based upon a summary in chart form which briefly summarizes the consultation process. The Court will base its decision upon the evidentiary record properly before it, which includes the record before the Board and the Governor in Council, the affidavits sworn in this proceeding, the cross-examinations thereon, the statement of agreed facts, and the contents of the agreed book of documents. The sole permissible use of the Consultation Chronologies is as a form of table of contents or finding aid that directs a reader to a particular document in the record. On the basis of this explanation of the limited permissible use of the Consultation Chronologies there is no need to strike them, a point conceded by counsel for Coldwater and Squamish in oral argument.

[169] For completeness, I note that Upper Nicola moved on a preliminary basis to strike portions of the second Love affidavit on the ground that the affidavit impermissibly recited confidential information. That motion is the subject of brief, confidential reasons issued contemporaneously with these reasons. After the parties to the motion have the opportunity to make submissions, a public version of the confidential reasons will issue.

B. Is the report of the National Energy Board amenable to judicial review?

[170] While I would dismiss Trans Mountain's motion to strike the application on a preliminary basis, because

indiquent que, le 3 mai 2016, le Canada a envoyé par courriel une lettre datée du 3 novembre 2015 en réponse à la lettre des Coldwater en date du 20 août 2015. Selon les tableaux, on offrait dans la lettre de rencontrer les Coldwater pour discuter du processus de consultation et de questions liées au projet. Or, les Coldwater renvoient à la déposition sous serment du conseiller en chef, selon laquelle la lettre du 3 novembre 2015 ne répondait pas aux préoccupations mentionnées dans la lettre du 20 août 2015, et la réunion n'avait jamais été fixée parce que la lettre du 3 novembre 2015 n'a été transmise aux Coldwater que le 3 mai 2016.

[168] Je comprends donc bien la préoccupation des demandeurs autochtones. Cela dit, l'appréciation de la preuve ne repose pas sur un résumé succinct du processus de consultation présenté sous forme de tableaux. La Cour fondera sa décision sur la preuve qui lui aura été dûment présentée, qui inclut le dossier dont disposaient l'Office et le gouverneur en conseil, les affidavits souscrits dans le cadre de l'instance, les contre-interrogatoires sur ces affidavits, l'exposé conjoint des faits et le recueil de documents conjoint. Les tableaux de la chronologie des consultations ne sont autorisés qu'à servir de table des matières ou d'outil de recherche qui renvoie le lecteur à un document particulier du dossier. Vu cette clarification sur l'utilisation limitée autorisée des tableaux en question, point n'est besoin de les radier, ce qu'ont concédé les avocats des Coldwater et des Squamish dans leur plaidoirie.

[169] Par souci d'exhaustivité, je fais remarquer que les Upper Nicola ont présenté une requête préliminaire en radiation de parties du deuxième affidavit de M. Love au motif qu'il mentionnait irrégulièrement des renseignements confidentiels. Cette requête fait l'objet de brefs motifs confidentiels qui sont rendus en même temps que les présents motifs. Une version publique de ces motifs sera rendue lorsque toutes les parties à la requête auront eu l'occasion de présenter des observations.

B. Le rapport de l'Office national de l'énergie est-il susceptible de contrôle judiciaire?

[170] Je rejetterais la requête préliminaire de Trans Mountain en radiation de la demande, mais, comme

some applicants do challenge the report of the National Energy Board it is necessary to decide whether judicial review lies, notwithstanding this Court's conclusion to the contrary in *Gitxaala*.

[171] The applicants who argue that, contrary to *Gitxaala*, the Board's report is amenable to judicial review acknowledge the jurisprudence of this Court to the effect that the test applied for overruling a decision of another panel of this Court is whether the previous decision is "manifestly wrong" in the narrow sense that the Court overlooked a relevant statutory provision, or a case that ought to have been followed: see, for example, *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, at paragraph 10. The applicants argue that *Gitxaala* was manifestly wrong in deciding that the Board's report was not justiciable. The specific errors asserted are:

- a. *Gitxaala* [at paragraph 125] was manifestly wrong in holding that only "decisions about legal or practical interests [are judicially reviewable]". The Court did not address case law that has interpreted subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 more broadly.
- b. The Court failed to deal with the prior decision of this Court in *Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 71, 390 D.L.R. (4th) 376.
- c. The Court failed to deal with prior jurisprudence of the Federal Court and this Court which did review environmental assessment reports prepared by a joint review panel.
- d. The Court referred to provisions of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* that were inapplicable.

certain demandeurs attaquent le rapport de l'Office national de l'énergie, il est nécessaire de décider si ce document est susceptible de contrôle judiciaire, malgré la conclusion contraire à laquelle est parvenue notre Cour dans l'arrêt *Gitxaala*.

[171] Les demandeurs qui soutiennent que le rapport de l'Office est susceptible de contrôle judiciaire, contrairement à l'enseignement tiré de l'arrêt *Gitxaala*, reconnaissent que, suivant la jurisprudence de notre Cour, pour infirmer la décision d'une autre formation de notre Cour, il faut que la décision précédente soit « manifestement erronée ». Elle l'est, au sens strict, si la Cour n'a pas tenu compte de la législation applicable ou d'un précédent qui aurait dû être respecté (voir, par exemple, *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370, paragraphe 10). Les demandeurs font valoir que la conclusion, dans l'arrêt *Gitxaala*, selon laquelle le rapport de la Commission n'était pas susceptible de contrôle judiciaire était manifestement erronée. Les erreurs précises invoquées sont les suivantes :

- a. Dans l'arrêt *Gitxaala* [au paragraphe 125], la Cour a manifestement erré en concluant que seule une « décision sur des intérêts juridiques ou pratiques » était susceptible de contrôle judiciaire. La Cour n'a pas discuté d'arrêts ayant donné au paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, une interprétation plus large.
- b. La Cour n'a pas examiné un arrêt précédemment rendu par notre Cour, *Forestethics Advocacy c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 71.
- c. La Cour n'a pas tenu compte de précédents de la Cour fédérale et de notre Cour portant sur des rapports d'évaluation environnementale préparés par une commission d'examen conjoint.
- d. La Cour a renvoyé à des dispositions inapplicables de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

- e. The *Gitxaala* decision impermissibly thwarts the right to seek judicial review of the decision of the National Energy Board.

[172] I will deal with each argument in turn after first reviewing this Court’s analysis in *Gitxaala*.

1. The decision of this Court in *Gitxaala*

[173] The Court’s consideration of the justiciability of the report of the Joint Review Panel began with its detailed analysis of the legislative scheme (reasons [*Gitxaala*], paragraphs 99 to 118). The Court then turned to consider the proper characterization of the legislative scheme, which the Court described [at paragraph 119] to be “a complete code for decision-making regarding certificate applications”. The Court then reasoned [at paragraphs 120–126]:

The legislative scheme shows that for the purposes of review the only meaningful decision maker is the Governor in Council.

Before the Governor in Council decides, others assemble information, analyze, assess and study it, and prepare a report that makes recommendations for the Governor in Council to review and decide upon. In this scheme, no one but the Governor in Council decides anything.

In particular, the environmental assessment under the Canadian Environmental Assessment Act, 2012 plays no role other than assisting in the development of recommendations submitted to the Governor in Council so it can consider the content of any decision statement and whether, overall, it should direct that a certificate approving the project be issued.

This is a different role—a much attenuated role—from the role played by environmental assessments under other federal decision-making regimes. It is not for us to opine on the appropriateness of the policy expressed and implemented in this legislative scheme. Rather, we are to read legislation as it is written.

Under this legislative scheme, the Governor in Council alone is to determine whether the process of assembling, analyzing, assessing and studying is so deficient that the

- e. L’arrêt *Gitxaala* brime de façon inacceptable le droit de solliciter le contrôle judiciaire de la décision de l’Office national de l’énergie.

[172] Je traite de chaque prétention à tour de rôle après mon examen de l’analyse de notre Cour sur cette question dans l’arrêt *Gitxaala*.

1. L’arrêt *Gitxaala* de notre Cour

[173] Pour décider si le rapport de la commission d’examen conjoint pouvait être attaqué devant les tribunaux, la Cour commence par une analyse détaillée du régime législatif (motifs, [*Gitxaala*] paragraphes 99 à 118). Elle le décrit [au paragraphe 119] comme un « code complet en matière décisionnelle en ce qui concerne les demandes de délivrance de certificat ». La Cour enchaîne avec le raisonnement suivant [aux paragraphes 120 à 126] :

Le régime législatif révèle que, en matière d’examen, c’est le gouverneur en conseil qui est le seul véritable décideur.

Avant que le gouverneur en conseil décide, d’autres personnes regroupent les renseignements, les analysent, les évaluent, les étudient et préparent un rapport qui énonce des recommandations que le gouverneur en conseil examine, puis décide ou non de les appliquer. Dans ce régime, seul le gouverneur en conseil décide.

Précisons que l’évaluation environnementale visée par la Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012) ne joue aucun rôle si ce n’est que faciliter l’élaboration des recommandations soumises au gouverneur en conseil afin qu’il prenne en considération le contenu de toute déclaration et s’il doit donner instruction qu’un certificat approuvant le projet soit délivré.

Il s’agit d’un rôle très mince, différent du rôle joué par les évaluations environnementales prévues dans d’autres régimes décisionnels fédéraux. Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur le bien-fondé de la politique formulée et mise en œuvre dans ce régime législatif. Nous devons plutôt interpréter la loi telle qu’elle est rédigée.

En vertu de ce régime législatif, le gouverneur en conseil seul peut déterminer si le processus de regroupement, d’analyse, d’évaluation et d’étude est lacunaire au

report submitted does not qualify as a “report” within the meaning of the legislation:

- In the case of the report or portion of the report setting out the environmental assessment, subsection 29(3) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* provides that it is “final and conclusive”, but this is “[s]ubject to sections 30 and 31”. Sections 30 and 31 provide for review of the report by the Governor in Council and, if the Governor in Council so directs, reconsideration and submission of a reconsideration report by the Governor in Council.
- In the case of the report under section 52 of the *National Energy Board Act*, subsection 52(11) of the *National Energy Board Act* provides that it too is “final and conclusive”, but this is “[s]ubject to sections 53 and 54”. These sections empower the Governor in Council to consider the report and decide what to do with it.

In the matter before us, several parties brought applications for judicial review against the Report of the Joint Review Panel. Within this legislative scheme, those applications for judicial review did not lie. No decisions about legal or practical interests had been made. Under this legislative scheme, as set out above, any deficiency in the Report of the Joint Review Panel was to be considered only by the Governor in Council, not this Court. It follows that these applications for judicial review should be dismissed.

Under this legislative scheme, the National Energy Board also does not really decide anything, except in a formal sense. After the Governor in Council decides that a proposed project should be approved, it directs the National Energy Board to issue a certificate, with or without a decision statement. The National Energy Board does not have an independent discretion to exercise or an independent decision to make after the Governor in Council has decided the matter. It simply does what the Governor in Council has directed in its Order in Council. [Underlining added.]

[174] Having reviewed *Gitxaala*, I now turn to the asserted errors.

point que le rapport ne se qualifie pas comme un « rapport » au sens de la législation :

- Dans le cas d’un rapport ou de parties de rapport concernant l’évaluation environnementale, le paragraphe 29(3) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* prévoit que celui-ci est « définitif et sans appel », mais ceci « [s]ous réserve des articles 30 et 31 ». Les articles 30 et 31 prévoient que le gouverneur en conseil examine le rapport et, s’il l’ordonne, un réexamen sera fait et un rapport de réexamen lui sera soumis.
- Dans le cas d’un rapport établi au titre de l’article 52 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, le paragraphe 52(11) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* prévoit que celui-ci est également « définitif et sans appel », « [s]ous réserve des articles 53 et 54 » cependant. Ces articles habilite le gouverneur en conseil à examiner le rapport et à décider ce qu’il faut en faire.

Dans le cas qui nous occupe, plusieurs parties ont présenté des demandes de contrôle judiciaire à l’égard du rapport de la Commission d’examen conjoint. Dans le cadre du régime législatif applicable en l’espèce, ces demandes de contrôle judiciaire n’étaient pas recevables. Aucune décision sur des intérêts juridiques ou pratiques n’avait été rendue. Selon le régime législatif applicable en l’espèce, comme il a déjà été mentionné, toute lacune dans le rapport de la Commission d’examen conjoint devait être examinée uniquement par le gouverneur en conseil et non par la Cour. Par conséquent, ces demandes de contrôle judiciaire doivent être rejetées.

Selon le régime législatif applicable en l’espèce, c’est l’Office national de l’énergie qui prend officiellement la décision, même si en fait il ne décide rien. Après que le gouverneur en conseil a décidé qu’un projet proposé devrait être approuvé, il ordonne à l’Office national de l’énergie de délivrer un certificat, avec ou sans déclaration. L’Office national de l’énergie n’a aucun pouvoir discrétionnaire indépendant à exercer ni aucune décision indépendante à prendre après que le gouverneur en conseil a tranché l’affaire. Il obéit tout simplement aux directives formulées par le gouverneur en conseil dans son décret. [Non souligné dans l’original.]

[174] Ayant résumé l’arrêt *Gitxaala*, je considère maintenant les présumées erreurs.

2. Was *Gitxaala* wrongly decided on this point?

- (a) Did the Court err by stating that only “decisions about legal or practical interests” are judicially reviewable?

[175] Subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* provides that an application for judicial review may be made by “anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought” (underlining added). In *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605, this Court considered the scope of subsection 18.1(1) as follows [at paragraphs 24, 28–29]:

Subsection 18.1(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* provides that an application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by “the matter in respect of which relief is sought.” A “matter” that can be subject of judicial review includes not only a “decision or order”, but any matter in respect of which a remedy may be available under section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*: *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.). Subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] sheds further light on this, referring to relief for an “act or thing,” a failure, refusal or delay to do an “act or thing”, a “decision”, an “order” and a “proceeding”. Finally, the rules that govern applications for judicial review apply to “applications for judicial review of administrative action”, not just applications for judicial review of “decisions or orders”: rule 300 [as am. by SOR/2002-417, s. 18(E); 2004-283, s. 37] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. *idem*, s. 2)].

...

The jurisprudence recognizes many situations where, by its nature or substance, an administrative body’s conduct does not trigger rights to bring a judicial review.

2. La conclusion tirée par la Cour à ce sujet dans l’arrêt *Gitxaala* était-elle erronée?

- a) La Cour a-t-elle erronément conclu que seule la « décision sur des intérêts juridiques ou pratiques » est susceptible de contrôle judiciaire?

[175] Le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit que la demande de contrôle judiciaire peut être présentée par « quiconque est directement touché par l’objet de la demande » (non souligné dans l’original). Dans l’arrêt *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605, notre Cour se penche sur la portée du paragraphe 18.1(1) [aux paragraphes 24, 28 et 29] :

Le paragraphe 18.1(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* énonce qu’une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est « directement touché par l’objet de la demande ». La question qui peut faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire ne comprend pas seulement une « décision ou ordonnance », mais tout objet susceptible de donner droit à une réparation aux termes de l’article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales* : *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.). Le paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] apporte d’autres précisions à ce sujet, indiquant que la Cour peut accorder une réparation à l’égard d’un « acte », de l’omission ou du refus d’accomplir un « acte », ou du retard mis à exécuter un « acte », une « décision », une « ordonnance » et une « procédure ». Enfin, les règles qui régissent les demandes de contrôle judiciaire s’appliquent aux « demandes de contrôle judiciaire de mesures administratives », et non pas aux seules demandes de contrôle judiciaire de « décisions ou ordonnances » : règle 300 [mod. par DORS/2002-417, art. 18(A); 2004-281, art. 37] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod., *idem*, art. 2)].

[...]

La jurisprudence reconnaît qu’il y a de nombreuses situations où, en raison de sa nature ou de son caractère, la conduite d’un organisme administratif ne fait pas naître le droit de présenter une demande de contrôle judiciaire.

One such situation is where the conduct attacked in an application for judicial review fails to affect legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects: *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488; *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commission*, 2009 FCA 15, 86 Admin. L.R. (4th) 149. [Underlining added.]

[176] To similar effect, in *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner*, 2009 FCA 15, 387 N.R. 365, the Court wrote, at paragraph 10, that when “administrative action does not affect an applicant’s rights or carry legal consequences, it is not amenable to judicial review”.

[177] On the basis of these authorities, the City of Vancouver, supported by the City of Burnaby and Raincoast and Living Oceans, argues that this Court erred by writing in paragraph 125 in *Gitxaala* that only “decisions about legal or practical interests” are reviewable. The Court is said to have overlooked the established jurisprudence to the effect that “matter” as used in subsection 18.1(1) denotes a broader category than merely decisions.

[178] In my view, when the Court’s analysis in *Gitxaala* is read in its entirety no such statement was made and no such error was made.

[179] In *Gitxaala*, the Court found that the only action to carry legal consequences was the decision of the Governor in Council. The environmental assessment conducted by the Joint Review Panel under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* did not affect legal rights or carry legal consequences. Instead, the assessment played “no role other than assisting in the development of recommendations submitted to the Governor in Council” (reasons [*Gitxaala*], paragraph 122). The same could be said of the balance of the report prepared pursuant to the requirements of the *National Energy Board Act*.

Une de ces situations est celle où la conduite attaquée dans une demande de contrôle judiciaire n’a pas pour effet de porter atteinte à des droits, d’imposer des obligations juridiques ni d’entraîner des effets préjudiciables : *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488; *Démocratie en surveillance c. Canada (Commissaire aux conflits d’intérêts et à l’éthique)*, 2009 CAF 15. [Non souligné dans l’original.]

[176] Dans la même veine, dans l’arrêt *Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d’intérêts et à l’éthique*, 2009 CAF 15, la Cour écrit, au paragraphe 10, que les « actes administratifs qui ne portent pas atteinte aux droits des demandeurs ou n’entraînent pas de conséquences juridiques ne peuvent faire l’objet d’un contrôle judiciaire ».

[177] Sur le fondement de ces précédents, Vancouver, appuyée par Burnaby, Raincoast et Living Oceans, affirme que notre Cour a commis une erreur en écrivant au paragraphe 125 de l’arrêt *Gitxaala* que seule la « décision sur des intérêts juridiques ou pratiques » est susceptible de contrôle. Elle fait valoir que la Cour n’a pas tenu compte de la jurisprudence établie selon laquelle l’« objet » dont il est question au paragraphe 18.1(1) ne s’entend pas seulement de décisions.

[178] À mon avis, à la lumière de l’analyse entière dans l’arrêt *Gitxaala*, on constate que la Cour n’a pas fait pareille affirmation et n’a pas commis l’erreur reprochée.

[179] Dans l’arrêt *Gitxaala*, la Cour conclut que le seul acte qui entraîne des conséquences juridiques est la décision du gouverneur en conseil. L’évaluation environnementale effectuée par la commission d’examen conjoint sous le régime de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* n’avait pas d’incidence sur des intérêts juridiques et n’entraînait pas de conséquences juridiques. Au contraire, l’évaluation ne jouait « aucun rôle si ce n’est que faciliter l’élaboration des recommandations soumises au gouverneur en conseil » (motifs [*Gitxaala*], paragraphe 122). On pourrait en dire autant du reste du rapport préparé sous le régime de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*.

[180] Put another way, on the basis of the legislative scheme enacted by Parliament, the report of the Joint Review Panel constituted a set of recommendations to the Governor in Council that lacked any independent legal or practical effect. It followed that judicial review did not lie from it.

[181] Both the determination about the effect of the report of the Joint Review Panel and the conclusion that it was not justiciable were wholly consistent with *Air Canada* and *Democracy Watch*. It was therefore unnecessary for the Court to expressly deal with these decisions, or with subsection 18.1(1).

[182] To complete this analysis, I note that the City of Vancouver also argues that it was prejudiced because the report of the National Energy Board did not comply with section 19 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and because the Board's process was unfair. However, any detrimental effects upon the City of Vancouver could have been remedied through a challenge to the decision of the Governor in Council; the City has not asserted that it suffered any prejudice in the interval between the issuance of the Board's report and the issuance of the Order in Council by the Governor in Council.

(b) *Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)*

[183] In this decision [*Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 71], a single Judge of this Court decided whether this Court or the Federal Court had jurisdiction to entertain applications for judicial review brought in respect of the Report of the Joint Review Panel for the Enbridge Northern Gateway Project. Justice Sharlow found jurisdiction to lie in this Court. The City of Vancouver argues that implicit in this decision is the conclusion the reports prepared by joint review panels under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* are judicially reviewable.

[184] I respectfully disagree. At issue in *Forestethics* was the proper interpretation of section 28 of the *Federal*

[180] Autrement dit, compte tenu du régime législatif mis en place par le législateur, le rapport de la commission d'examen conjoint constituait un ensemble de recommandations faites au gouverneur en conseil dénuées d'effet juridique indépendant ou pratique. Il s'ensuivait que ce document n'était pas susceptible de contrôle judiciaire.

[181] La conclusion sur les conséquences du rapport de la commission d'examen conjoint et celle selon laquelle il ne pouvait pas être attaqué en justice étaient tout à fait conformes aux arrêts *Air Canada* et *Démocratie en surveillance*. En conséquence, point n'était besoin que la Cour examine ces décisions ou le paragraphe 18.1(1).

[182] Pour terminer l'analyse, ajoutons que Vancouver fait aussi valoir qu'elle a subi un préjudice parce que le rapport de l'Office national de l'énergie ne respectait pas l'article 19 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et que le processus de l'Office était inéquitable. Toutefois, Vancouver aurait pu demander réparation pour tout effet préjudiciable subi en attaquant la décision du gouverneur en conseil; la Ville n'a pas soutenu avoir subi un préjudice entre la date de la publication du rapport de l'Office et la prise du décret par le gouverneur en conseil.

(b) *Forestethics Advocacy c. Canada (Procureur général)*

[183] Dans cet arrêt [*Forestethics Advocacy c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 71], une juge de notre Cour siégeant seule a tranché la question de savoir qui, de notre Cour ou de la Cour fédérale, avait compétence pour instruire des demandes de contrôle judiciaire visant le rapport de la commission d'examen conjoint sur le projet Northern Gateway d'Enbridge. Selon la juge Sharlow, cette compétence ressortissait à notre Cour. Vancouver fait valoir qu'il se dégage implicitement de cette décision que les rapports préparés par des commissions d'examen conjoint sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* sont susceptibles de contrôle judiciaire.

[184] Je ne suis pas d'accord. L'affaire *Forestethics* intéressait l'interprétation qu'il convenait de donner à

Courts Act. The Court made no finding about whether the report is amenable to judicial review—its only finding was that the propriety of the report (which would include whether it was amenable to judicial review) was a matter for this Court, not the Federal Court.

- (c) The jurisprudence which reviewed environmental assessment reports

[185] The City of Vancouver also points to jurisprudence in which environmental assessment reports prepared by joint review panels were judicially reviewed, and argues that this Court erred by failing to deal with this jurisprudence. The authorities relied upon by Vancouver are: *Alberta Wilderness Assn. v. Cardinal River Coals Ltd.*, [1999] 3 F.C. 425, (1999), 15 Admin. L.R. (3d) 25 (T.D.); *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2000] 2 F.C. 263, (1999), 169 F.T.R. 298 (C.A.); *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 80 Admin. L.R. (4th) 74; *Grand Riverkeeper, Labrador Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1520, 422 F.T.R. 299; and, *Greenpeace Canada v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 463, 455 F.T.R. 1, revd on appeal, 2015 FCA 186, 475 N.R. 247.

[186] All of these authorities predate *Gitxaala*. They do not deal with the “complete code” of legislation that was before the Court in *Gitxaala*. But, more importantly, in none of these decisions was the availability of judicial review put in issue—this availability was assumed. In *Gitxaala* the Court reviewed the legislative scheme and explained why the report of the Joint Review Panel was not justiciable. The Court did not err by failing to refer to case law that had not considered this issue.

- (d) The reference to inapplicable provisions of the *Canadian Environmental Assessment Act*, 2012

[187] The City of Vancouver also argues that *Gitxaala* is distinguishable because it dealt with section 38 of

l’article 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La Cour ne s’est pas prononcée sur la possibilité de demander le contrôle judiciaire du rapport—sa seule conclusion était que l’examen du bien-fondé du rapport (et partant la question de savoir s’il est susceptible de contrôle judiciaire) relevait de notre Cour, et non de la Cour fédérale.

- (c) Les précédents dans lesquels des rapports d’évaluation environnementale sont examinés

[185] Vancouver invoque aussi des affaires où les rapports d’évaluation environnementale préparés par des commissions d’examen conjoint ont fait l’objet d’un contrôle judiciaire, et soutient que notre Cour a commis une erreur en ne tenant pas compte de cette jurisprudence. Les précédents invoqués par Vancouver sont les suivants : *Alberta Wilderness Assn. c. Cardinal River Coals Ltd.*, [1999] 3 C.F. 425, 1999 CanLII 7908 (1^{re} inst.); *Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [2000] 2 C.F. 263, 1999 CanLII 9379 (C.A.); *Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302; *Grand Riverkeeper, Labrador Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1520; *Greenpeace Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 463, inf. en appel, 2015 CAF 186.

[186] Toutes ces décisions ont été rendues avant l’arrêt *Gitxaala*. Elles ne portent pas sur le « code complet » de législation examiné par la Cour dans l’arrêt *Gitxaala*. Point plus important encore, dans aucune d’elles la possibilité de recourir à un contrôle judiciaire n’avait été remise en question—on présumait ce recours possible. Dans l’arrêt *Gitxaala*, notre Cour a examiné le régime législatif et expliqué pourquoi le rapport de la commission d’examen conjoint n’était pas susceptible de recours devant les tribunaux. La Cour n’a pas commis d’erreur en ne renvoyant pas à des précédents qui ne portaient pas sur cette question.

- (d) Le renvoi à des dispositions inapplicables de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* (2012)

[187] Vancouver fait aussi valoir qu’on peut faire une distinction entre l’affaire *Gitxaala* et celle qui nous

the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, a provision that has no application to the process at issue here. The City also notes that *Gitxaala*, at paragraph 124, referred to sections 30 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. These sections are said not to apply to the Joint Review Panel at issue in *Gitxaala*.

[188] I accept that pursuant to subsection 126(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* the environmental assessment of the Northern Gateway project (at issue in *Gitxaala*) was continued under the process established under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Subsection 126(1) specified that such continuation was to be as if the assessment had been referred to a review panel under section 38 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and that the Joint Review Panel which continued the environmental assessment was considered to have been established under section 40 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[189] It followed that sections 29 through 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* did not apply to the Northern Gateway project, and ought not to have been referenced by the Court in *Gitxaala* in its analysis of the legislative scheme.

[190] This said, the question that arises is whether these references were material to the Court's analysis. To assess the materiality, if any, of this error I begin by reviewing the content of the provisions said to be erroneously referred to in *Gitxaala*.

[191] Section 29 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, discussed above at paragraph 62, requires a responsible authority to ensure that its environmental assessment report sets out its recommendation to the Governor in Council concerning the decision the Governor in Council must make under paragraph 31(1)(a) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Section 30 allows the Governor in Council to refer any recommendation made by a responsible authority back to the responsible authority for reconsideration. Section 31

occupe : *Gitxaala* portait sur l'article 38 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, disposition qui ne s'applique pas au processus en cause en l'espèce. La Ville soutient en outre que la Cour mentionne, au paragraphe 124 de ses motifs, les articles 30 et 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. Ces articles ne s'appliqueraient pas à la commission d'examen conjoint en cause dans l'arrêt *Gitxaala*.

[188] J'admets que l'évaluation environnementale du projet Northern Gateway (en cause dans l'arrêt *Gitxaala*) s'est achevée sous le régime du paragraphe 126(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et du processus prévu par cette loi. Le paragraphe 126(1) précise que l'achèvement de l'examen se fait comme si l'évaluation avait été renvoyée, conformément à l'article 38 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, pour examen par une commission, et que la commission d'examen conjoint qui a achevé l'évaluation était réputée avoir été constituée en vertu de l'article 40 de cette loi.

[189] Par conséquent, les paragraphes 29 à 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* ne s'appliquaient pas au projet Northern Gateway et, dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour ne devait pas y renvoyer dans son analyse du régime législatif.

[190] Cela dit, la question qui se pose est de savoir si ces renvois se révélaient importants pour l'analyse de la Cour. Pour évaluer l'importance de cette erreur, je commence par examiner la substance des dispositions auxquelles la Cour aurait erronément renvoyé dans l'arrêt *Gitxaala*.

[191] L'article 29 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, que nous examinons au paragraphe 62, exige que l'autorité responsable veille à ce que figure dans le rapport d'évaluation environnementale sa recommandation à l'égard de la décision que doit prendre le gouverneur en conseil au titre de l'alinéa 31(1)a) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. L'article 30 habilite le gouverneur en conseil à renvoyer toute recommandation à l'autorité responsable pour réexamen. L'article 31

sets out the options available to the Governor in Council after it receives a report from a responsible authority. Paragraph 31(1)(a), discussed at paragraph 67 above, sets out the three choices available to the Governor in Council with respect to its assessment of the likelihood that a project will cause significant adverse environmental effects and, if so, whether such effects can be justified.

[192] These provisions, without doubt, do apply to the Project at issue in these proceedings. Therefore, the Project is to be assessed under the legislative scheme analyzed in *Gitxaala*. It follows that *Gitxaala* cannot be meaningfully distinguished.

[193] As to the effect, if any, of the erroneous references in *Gitxaala*, the statutory framework applicable to the Northern Gateway project originated in three sources: the *National Energy Board Act*; the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and, transitional provisions found in section 104 of the *Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19 (Jobs Act).

[194] Provisions relevant to the present analysis are:

- subsection 104(3) of the Jobs Act which required the Joint Review Panel to set out in its report an environmental assessment prepared under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*;
- subsection 126(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* which continued the environmental assessment under the process established under that Act; and,
- paragraph 104(4)(a) of the Jobs Act which made the Governor in Council the decision maker under section 52 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* (thus, it was for the Governor in Council to determine if the Project was likely to cause significant adverse environmental effects and, if so, whether such effects could be justified).

énonce les options dont dispose le gouverneur en conseil après avoir reçu le rapport de l'autorité responsable. L'alinéa 31(1)a), dont nous traitons au paragraphe 67, prévoit les trois possibilités qui s'offrent au gouverneur en conseil, à savoir décider que la réalisation du projet est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants ou ne l'est pas et, si c'est le cas, si de tels effets sont justifiables.

[192] Il ne fait aucun doute que ces dispositions s'appliquent au projet en cause en l'espèce. Par conséquent, le projet doit être évalué au regard du régime législatif analysé dans l'arrêt *Gitxaala*. Il s'ensuit qu'on ne peut établir de distinction utile avec cette affaire.

[193] En ce qui concerne l'effet, s'il en est, des renvois erronés dans l'arrêt *Gitxaala*, le régime législatif applicable au projet Northern Gateway découle de trois sources : la *Loi sur l'Office national de l'énergie*; la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*; les dispositions transitoires prévues à l'article 104 de la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19 (la Loi sur l'emploi).

[194] Les dispositions pertinentes pour la présente analyse sont :

- le paragraphe 104(3) de la Loi sur l'emploi, aux termes duquel la commission d'examen conjoint assortit son rapport de l'évaluation environnementale préparée conformément à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*;
- le paragraphe 126(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, qui prévoit l'achèvement de l'évaluation environnementale sous le régime de cette loi;
- l'alinéa 104(4)a) de la Loi sur l'emploi qui désigne le gouverneur en conseil comme le décideur visé à l'article 52 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* (ainsi, il appartenait au gouverneur en conseil de décider si le projet était susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants et, le cas échéant, si ces effets étaient justifiables).

[195] These provisions are to the same effect as sections 29 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. I dismiss the relevance of section 30 to this analysis because it had no application to the environmental assessment under review in *Gitxaala*. Further, and more importantly, section 30 played no significant role in the Court's analysis.

[196] It follows that the analysis in *Gitxaala* was based upon a proper understanding of the legislative scheme, notwithstanding the Court's reference to sections 29 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* instead of the applicable provisions.

[197] Put another way, the error was in no way material to the Court's analysis of the respective roles of the Joint Review Panel, which prepared the report to the Governor in Council, and the Governor in Council, which received the panel's recommendations and made the decisions required under the legislative scheme.

[198] Indeed, the technical nature of the erroneous references was acknowledged by Raincoast in its application for leave to appeal the *Gitxaala* decision to the Supreme Court of Canada. At paragraph 49 of its memorandum of argument it described the Court's error to be "technical in nature" (Trans Mountain's Compendium, Vol. 2, tab 35). To the same effect, Vancouver does not argue that the Court's error was material to its analysis. Vancouver simply notes the error in footnote 118 of its memorandum of fact and law.

[199] Accordingly, I see no error in the *Gitxaala* decision that merits departing from its analysis.

(e) *Gitxaala* thwarts review of the decision of the National Energy Board

[200] Finally, Vancouver argues that subsection 54(1) of the *National Energy Board Act* and subsection 31(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* both make the Board's report a prerequisite to the decision of

[195] Ces dispositions ont le même effet que les articles 29 et 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. Je n'estime pas que l'article 30 est pertinent pour la présente analyse parce qu'il ne s'appliquait pas à l'évaluation environnementale examinée dans l'arrêt *Gitxaala*. En outre, et fait plus important, l'article 30 n'a joué aucun rôle important dans l'analyse de la Cour.

[196] En conséquence, l'analyse dans l'arrêt *Gitxaala* reposait sur une bonne compréhension du régime législatif, même si la Cour a renvoyé aux articles 29 et 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* plutôt qu'aux dispositions applicables.

[197] Autrement dit, l'erreur n'était aucunement importante pour l'analyse de la Cour quant aux rôles respectifs de la commission d'examen conjoint, qui a établi le rapport et l'a remis au gouverneur en conseil, et du gouverneur en conseil, qui a reçu les recommandations de la commission et a pris les décisions qu'exige le régime législatif.

[198] En effet, Raincoast, dans sa demande d'autorisation d'appel présentée à la Cour suprême du Canada à l'égard de l'arrêt *Gitxaala*, a reconnu que les renvois erronés ne touchaient que la forme. Au paragraphe 49 de son mémoire, elle a décrit l'erreur de la Cour comme étant de [TRADUCTION] « de forme » (compendium de Trans Mountain, vol. 2, onglet 35). Dans la même veine, Vancouver ne fait pas valoir que l'erreur de la Cour était importante quant à son analyse; elle l'a simplement mentionnée dans la note de bas de page 118 de son mémoire des faits et du droit.

[199] Par conséquent, je ne discerne aucune erreur dans l'arrêt *Gitxaala* qui serait susceptible de justifier que l'on s'écarte de l'analyse qui y est exposée.

e) L'arrêt *Gitxaala* empêche le contrôle de la décision de l'Office national de l'énergie

[200] Enfin, Vancouver soutient qu'aux termes du paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et du paragraphe 31(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, la décision du

the Governor in Council. As the Governor in Council is not an adjudicative body, meaningful review must come in the form of judicial review of the report of the Board. The decision in *Gitxaala* thwarts such review.

[201] I respectfully disagree. As this Court noted in *Gitxaala* at paragraph 125, the Governor in Council is required to consider any deficiency in the report submitted to it. The decision of the Governor in Council is then subject to review by this Court under section 55 of the *National Energy Board Act*. The Court must be satisfied that the decision of the Governor in Council is lawful, reasonable and constitutionally valid. If the decision of the Governor in Council is based upon a materially flawed report the decision may be set aside on that basis. Put another way, under the legislation the Governor in Council can act only if it has a “report” before it; a materially deficient report, such as one that falls short of legislative standards, is not such a report. In this context the Board’s report may be reviewed to ensure that it was a “report” that the Governor in Council could rely upon. The report is not immune from review by this Court and the Supreme Court.

- (f) Conclusion on whether the report of the National Energy Board is amenable to judicial review

[202] For these reasons, I have concluded that the report of the National Energy Board is not justiciable. It follows that I would dismiss the six applications for judicial review which challenge that report. In the circumstance where the arguments about justiciability played a small part in the hearing, I would not award costs in respect of these six applications.

[203] As the City of Vancouver did not seek and obtain leave to challenge the Order in Council, it follows that the City is precluded from challenging the Order in Council.

gouverneur en conseil est subordonnée au dépôt d’un rapport par l’Office. Comme le gouverneur en conseil n’est pas un organisme juridictionnel, le seul contrôle véritable possible doit porter sur le rapport de l’Office. Or, l’arrêt *Gitxaala* l’interdit.

[201] Je ne suis pas de cet avis. Comme notre Cour le fait remarquer au paragraphe 125 de ses motifs dans l’arrêt *Gitxaala*, il incombe au gouverneur en conseil d’examiner toute lacune dans le rapport qui lui est présenté. La décision du gouverneur en conseil peut ensuite faire l’objet d’un contrôle judiciaire par notre Cour en application de l’article 55 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*. La Cour doit être convaincue que la décision du gouverneur en conseil est conforme à la loi, raisonnable et constitutionnelle. Si la décision du gouverneur en conseil repose sur un rapport qui comporte d’importantes lacunes, elle peut être annulée pour ce motif. Autrement dit, aux termes de la loi, le gouverneur en conseil ne peut agir que s’il dispose d’un « rapport ». Or, un rapport qui comporte des lacunes importantes, par exemple s’il ne répond pas aux normes législatives, ne constitue pas un tel rapport. Dans ce contexte, on peut contrôler le rapport de l’Office pour vérifier qu’il s’agit d’un « rapport » sur lequel le gouverneur en conseil peut à bon droit fonder sa décision. Le rapport n’est pas à l’abri d’un contrôle de notre Cour et de la Cour suprême.

- f) Conclusion : le rapport de l’Office national de l’énergie est-il susceptible de contrôle judiciaire?

[202] Pour ces motifs, je conclus que le rapport de l’Office national de l’énergie n’est pas susceptible de contrôle. Je rejetterais donc les six demandes de contrôle judiciaire du rapport. Étant donné que les arguments à ce sujet ont pris peu de temps à l’audience, je n’ajoute pas de dépens dans ce cas.

[203] Comme Vancouver n’a ni sollicité ni obtenu l’autorisation de faire contrôler le décret, elle n’est pas autorisée à en demander le contrôle.

C. Should the decision of the Governor in Council be set aside on administrative law grounds?

1. The standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council

[204] In *Gitxaala*, when considering the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council, the Court wrote that it was not legally permissible to adopt a “one-size-fits-all” approach to any particular administrative decision maker. Rather, the standard of review must be assessed in light of the relevant legislative provisions, the structure of the legislation and the overall purpose of the legislation (*Gitxaala*, paragraph 137).

[205] I agree. Particularly in the present case it is necessary to draw a distinction between the standard of review applied to what I will refer to as the administrative law components of the Governor in Council’s decision and that applied to the constitutional component which required the Governor in Council to consider the adequacy of the process of consultation and, if necessary, accommodation. This is an approach accepted and urged by the parties.

- (a) The administrative law components of the decision

[206] In *Gitxaala*, the Court conducted a lengthy standard of review analysis (*Gitxaala*, paragraphs 128–155) and concluded that, because the Governor in Council’s decision was a discretionary decision founded on the widest considerations of policy and public interest, the standard of review was reasonableness (*Gitxaala*, paragraph 145).

[207] Canada, Trans Mountain and the Attorney General of Alberta submit that *Gitxaala* was correctly decided on this point.

[208] Tsleil-Waututh, Raincoast and Living Oceans submit that the governing authority is not *Gitxaala*, but rather is the earlier decision of this Court in *Council of*

C. La décision du gouverneur en conseil devrait-elle être annulée pour des motifs de droit administratif?

1. La norme de contrôle applicable à la décision du gouverneur en conseil

[204] Dans l’arrêt *Gitxaala*, lorsqu’elle s’est penchée sur la norme de contrôle à appliquer à la décision du gouverneur en conseil, la Cour écrit qu’il n’est pas légalement possible d’adopter « une approche universelle » à l’égard de tout décideur. Il faut plutôt, pour déterminer la norme de contrôle qui s’applique, tenir compte des dispositions législatives pertinentes, de la structure de la loi et des objectifs généraux visés par la loi (*Gitxaala*, paragraphe 137).

[205] Je suis d’accord. Dans la présente affaire tout particulièrement, il est nécessaire de faire une distinction entre la norme de contrôle qu’il convient d’appliquer à ce que j’appellerais le volet de la décision du gouverneur en conseil relevant du droit administratif et celle à appliquer au volet constitutionnel de la décision, qui exigeait que le gouverneur en conseil examine la qualité du processus de consultation et, si nécessaire, les mesures d’accommodement. C’est l’approche acceptée et préconisée par les parties.

- a) Le volet de la décision relevant du droit administratif

[206] Dans l’arrêt *Gitxaala*, après une longue analyse de la norme de contrôle (*Gitxaala*, paragraphes 128 à 155), la Cour conclut que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable, étant donné que la décision du gouverneur en conseil était une décision discrétionnaire fondée sur des considérations d’ordre politique et d’intérêt public les plus larges possible (*Gitxaala*, paragraphe 145).

[207] Selon le Canada, Trans Mountain et le procureur général de l’Alberta, la Cour a correctement tranché cette question dans l’arrêt *Gitxaala*.

[208] Les Tsleil-Waututh, Raincoast et Living Oceans font valoir que l’arrêt de principe est non pas l’arrêt *Gitxaala*, mais une décision antérieure de notre Cour, soit

the Innu of Ekuanitshit v. Canada (Attorney General), 2014 FCA 189, 376 D.L.R. (4th) 348. In this case the Court found the reasonableness standard of review applied to a decision of the Governor in Council approving the federal government's response to a report of a joint review panel prepared under the now repealed [S.C. 2012, c. 19, s. 66] *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (*Canadian Environmental Assessment Act*, 1992). The Court rejected the submission that the correctness standard applied to the question of whether the Governor in Council and the responsible authorities had respected the requirements of the *Canadian Environmental Assessment Act*, 1992 before making their decisions under subsections 37(1) and 37(1.1) of that Act. Under these provisions the Governor in Council and the responsible authorities were required to review the report of the joint review panel and determine whether the project at issue was justified despite its adverse environmental effects.

[209] This said, while deference was owed to decisions made pursuant to subsections 37(1) and 37(1.1), the Court wrote that “a reviewing court must ensure that the exercise of power delegated by Parliament remains within the bounds established by the statutory scheme” (*Innu of Ekuanitshit*, paragraph 44).

[210] To the submission that *Innu of Ekuanitshit* is the governing authority, Tsleil-Waututh adds two additional points: first and, in any event, the “margin of appreciation” approach followed in *Gitxaala* is no longer good law; and, second, issues of procedural fairness are to be reviewed on the standard of correctness. Tsleil-Waututh's additional submissions are adopted by the City of Burnaby.

[211] I see no inconsistency between the *Innu of Ekuanitshit* and *Gitxaala* for the following reasons.

[212] First, the Court in *Gitxaala* acknowledged that it was bound by *Innu of Ekuanitshit*. However, because of the very different legislative scheme at issue in *Gitxaala*, the earlier decision did not satisfactorily determine the standard of review to be applied to the decision of the

Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Procureur général), 2014 CAF 189. Dans cette affaire, la Cour conclut que la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique à la décision du gouverneur en conseil d'approuver la réponse du gouvernement fédéral à un rapport d'une commission d'examen conjoint préparé sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (LCEE), maintenant abrogée [L.C. 2012, ch. 19, art. 66]. La Cour y rejette la prétention selon laquelle la norme de la décision correcte s'applique à la question de savoir si le gouverneur en conseil et les autorités responsables avaient respecté les exigences de la LCEE avant de prendre leurs décisions en vertu des paragraphes 37(1) et 37(1.1) de cette loi. Aux termes de ces dispositions, le gouverneur en conseil et les autorités responsables devaient examiner le rapport de la commission d'examen conjoint et décider si le projet en cause était justifié malgré les effets environnementaux négatifs.

[209] Cela dit, même si la déférence s'imposait à l'égard des décisions prises en vertu des paragraphes 37(1) et 37(1.1), la Cour écrit que « la cour de révision doit s'assurer que l'exercice du pouvoir délégué par le Parlement demeure à l'intérieur des limites prévues par le régime législatif » (*Innus de Ekuanitshit*, paragraphe 44).

[210] À leur prétention selon laquelle la décision de principe est l'arrêt *Innus de Ekuanitshit*, les Tsleil-Waututh ajoutent, en premier lieu, que l'approche fondée sur la « marge d'appréciation » suivie dans l'arrêt *Gitxaala* ne fait de toute façon plus jurisprudence et, en second lieu, que les questions relatives à l'équité procédurale sont assujetties à la norme de la décision correcte. Burnaby souscrit à ces observations additionnelles des Tsleil-Waututh.

[211] Pour les motifs suivants, je ne vois aucune incompatibilité entre les arrêts *Innus de Ekuanitshit* et *Gitxaala*.

[212] Premièrement, dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour reconnaît être liée par l'arrêt *Innus de Ekuanitshit*. Or, en raison du régime législatif très différent en cause dans *Gitxaala*, l'arrêt précédent ne tranchait pas de façon satisfaisante la question de la norme de contrôle applicable

Governor in Council at issue in *Gitxaala* (*Gitxaala*, paragraph 136). This Court did not doubt the correctness of *Innu of Ekuanitshit* or purport to overturn it.

[213] Second, in each case the Court determined the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council was reasonableness. It was within the reasonableness standard that the Court found in *Innu of Ekuanitshit* that the Governor in Council's decision must still be made within the bounds of the statutory scheme.

[214] Third, and finally, the conclusion in *Innu of Ekuanitshit* that a reviewing court must ensure that the Governor in Council's decision was exercised "within the bounds established by the statutory scheme" (*Innu of Ekuanitshit*, paragraph 44) is consistent with the requirement in *Gitxaala* that the Governor in Council must determine and be satisfied that the Board's process and assessment complied with the legislative requirements, so that the Board's report qualified as a proper prerequisite to the decision of the Governor in Council. Then, it is for this Court to be satisfied that the decision of the Governor in Council was lawful, reasonable and constitutionally valid. To be lawful and reasonable the Governor in Council must comply with the purview and rationale of the legislative scheme.

[215] Reasonableness review requires a court to assess whether the decision under review falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible on the facts and the law (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47).

[216] Reasonableness review is a contextual inquiry. Reasonableness "takes its colour from the context" (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59; *Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, 2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80, at paragraph 57); in every case the fundamental question "is the scope of decision-making power conferred on the decision-maker by the governing legislation" (*Catalyst Paper Corp. v. North*

à la décision du gouverneur en conseil dans ce cas (*Gitxaala*, paragraphe 136). La Cour n'a pas remis en question le bien-fondé de l'arrêt *Innus de Ekuanitshit* ni cherché à l'infirmier.

[213] Deuxièmement, dans les deux cas, la Cour décide que la norme de contrôle applicable à la décision du gouverneur en conseil est celle de la décision raisonnable. C'est au regard de la norme de la décision raisonnable que la Cour conclut, dans l'arrêt *Innus de Ekuanitshit*, que la décision du gouverneur en conseil doit néanmoins respecter le cadre du régime législatif.

[214] Troisièmement et finalement, la conclusion énoncée dans l'arrêt *Innus de Ekuanitshit* à l'effet que la cour de révision est tenue de veiller à ce que la décision du gouverneur en conseil demeure « à l'intérieur des limites prévues par le régime législatif » (*Innus de Ekuanitshit*, paragraphe 44) va dans le même sens que l'exigence formulée dans l'arrêt *Gitxaala* selon laquelle le gouverneur en conseil doit conclure et être convaincu que le processus et l'évaluation de l'Office satisfont aux exigences législatives, de telle sorte que le rapport de l'Office constitue un rapport en bonne et due forme, condition préalable à la décision du gouverneur en conseil. La Cour doit ensuite être convaincue que la décision du gouverneur en conseil était conforme à la loi, raisonnable et constitutionnelle. La décision conforme à la loi et raisonnable respecte le cadre et la logique du régime législatif.

[215] Pour décider si une décision est raisonnable, les cours doivent voir si elle appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, paragraphe 47).

[216] La norme de la décision raisonnable appelle une analyse contextuelle. Le caractère raisonnable « s'adapte au contexte » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, paragraphe 59; *Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.*, 2016 CSC 38, [2016] 2 R.C.S. 80, paragraphe 57); dans chaque affaire, la question fondamentale intéresse « la portée du pouvoir décisionnel que la loi a conféré au décideur » (*Catalyst Paper Corp. c. North*

Cowichan (District), 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paragraph 18).

[217] Thus, when a court reviews a decision made in the exercise of a statutory power, reasonableness review requires the decision to have been made in accordance with the terms of the statute: see, for example, *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, at paragraphs 29–30. Put another way, an administrative decision maker is constrained in the outcomes it may reach by the statutory wording (*Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203, at paragraph 21).

[218] The Supreme Court recently considered this in the context of a review of a decision of the Specific Claims Tribunal. The Tribunal is required by its governing legislation to adjudicate specific claims “in accordance with law and in a just and timely manner” [emphasis in original]. The majority of the Court observed that the Tribunal’s mandate expressly tethered “the scope of its decision-making power to the applicable legal principles” and went on to note that the “range of reasonable outcomes available to the Tribunal is therefore constrained by these principles” (*Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, 417 D.L.R. (4th) 239, at paragraphs 33–34).

[219] With respect to Tsleil-Waututh’s two additional points, I believe the first point was addressed above. Reasonableness “takes its colour from the context”. To illustrate, reasonableness review of a policy decision affecting many entities is of a different nature than reasonableness review of, say, a decision on the credibility of evidence before an adjudication tribunal.

[220] The second point raises the question of the standard of review to be applied to questions of procedural fairness.

[221] As this Court noted in *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 474 N.R. 366, at paragraph 67, the standard of review for questions of procedural fairness is currently unsettled.

Cowichan (District), 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, paragraphe 18).

[217] Par conséquent, la cour appelée à se prononcer sur une décision prise dans l’exercice d’un pouvoir conféré par la loi vérifie, au regard de la norme de la décision raisonnable, que la décision a été prise conformément au texte de loi (voir, par exemple, *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, paragraphes 29–30). Autrement dit, un décideur administratif est limité, pour tirer ses conclusions, par le libellé de la loi (*Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203, paragraphe 21).

[218] La Cour suprême s’est récemment penchée sur la question en examinant une décision du Tribunal des revendications particulières. Selon sa loi habilitante, ce tribunal doit statuer sur des revendications particulières « de façon équitable et dans les meilleurs délais ». Les juges majoritaires ont fait remarquer que sa compétence ne lui confère expressément « un pouvoir décisionnel qu’en ce qui concerne les principes de droit applicables », ajoutant que les « issues raisonnables qui s’offrent au Tribunal sont donc délimitées par ces principes » (*Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, [2018] A.C.S. n° 4 (QL), paragraphes 33 et 34).

[219] Quant aux deux autres points soulevés par les Tsleil-Waututh, le premier est traité plus haut, selon moi. Le caractère raisonnable « s’adapte au contexte ». Par exemple, le contrôle selon la norme de la décision raisonnable est d’une nature différente selon qu’il porte sur une décision de politique générale touchant de nombreuses entités ou sur une décision relative à la crédibilité de la preuve présentée à un organisme juridictionnel.

[220] Le second point concerne la norme applicable aux questions d’équité procédurale.

[221] Comme notre Cour l’indique dans l’arrêt *Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 160, au paragraphe 67, la norme de contrôle applicable aux questions d’équité procédurale n’a pas été tranchée.

[222] As Trans Mountain submits, in cases such as *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75, at paragraphs 70–72, this Court has applied the standard of correctness with some deference to the decision maker’s choice of procedure (see also *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraphs 79 and 89).

[223] This said, in my view it is not necessary to resolve any inconsistency in the jurisprudence because, as will be explained below, even on a correctness review I find there is no basis to set aside the Order in Council on the basis of procedural fairness concerns.

(b) The constitutional component

[224] As explained above, a distinction exists between the standard of review applied to the administrative law components of the Governor in Council’s decision and the standard applied to the component which required the Governor in Council to consider the adequacy of the process of consultation with Indigenous peoples, and if necessary, accommodation.

[225] Citing *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at paragraphs 61–63, the parties agree that the existence and extent of the duty to consult are legal questions reviewable on the standard of correctness. The adequacy of the consultation is a question of mixed fact and law which is reviewable on the standard of reasonableness. I agree.

[226] Reasonableness review does not require perfect satisfaction (*Gitxaala*, paragraphs 182–183 and the cases cited therein). The question to be answered is whether the government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”. Thus, “[s]o long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice” (*Haida Nation*, paragraph 62, citing *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723 and *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013). The focus of

[222] Trans Mountain fait valoir que, dans des affaires comme *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l’énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75, aux paragraphes 70 à 72, notre Cour opte pour la norme de la décision correcte, mais fait preuve d’une certaine déférence à l’égard du choix du décideur quant à la procédure (voir aussi *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, paragraphes 79 et 89).

[223] Cela dit, point n’est besoin à mon avis de résoudre une contradiction dans la jurisprudence parce que, comme nous le verrons, même à l’issue d’un contrôle selon la norme de la décision correcte, je conclus que rien ne justifie d’annuler le décret pour les motifs d’équité procédurale.

b) Le volet constitutionnel

[224] Comme nous l’avons expliqué, il y a une distinction entre la norme de contrôle appliquée au volet de la décision du gouverneur en conseil relevant du droit administratif et celle appliquée au volet qui exige du gouverneur en conseil qu’il évalue la qualité du processus de consultation des peuples autochtones et, si nécessaire, les mesures d’accommodement.

[225] Invoquant l’arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, aux paragraphes 61 à 63, les parties s’entendent pour dire que l’existence et la teneur de l’obligation de consulter constituent des questions de droit auxquelles s’applique la norme de la décision correcte. La qualité des consultations est une question mixte de fait et de droit assujettie à celle de la décision raisonnable. Je suis d’accord.

[226] Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable n’exige pas la perfection (*Gitxaala*, paragraphes 182 et 183 et arrêts qui y sont cités). La question est de savoir si l’acte gouvernemental « “considéré dans son ensemble [...] respecte le droit ancestral collectif en question” ». Ainsi, « [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 » (*Haïda*, paragraphe 62, citant *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723,

the analysis should not be on the outcome, but rather on the process of consultation and accommodation (*Haida Nation*, paragraph 63).

[227] Having set out the governing standards of review, I next consider the various flaws that are said to vitiate the decision of the Governor in Council.

2. Did the Governor in Council err in determining that the Board's report qualified as a report so as to be a proper condition precedent to the Governor in Council's decision?

[228] The Board's errors said to vitiate the decision of the Governor in Council were briefly summarized above at paragraph 128. For ease of reference I reorganize and repeat that the applicants variously assert that the Board erred by:

- a. breaching the requirements of procedural fairness;
- b. failing to decide certain issues before it recommended approval of the Project;
- c. failing to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal;
- d. failing to assess Project-related marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and,
- e. erring in its treatment of the *Species at Risk Act*.

The effect of each of these errors is said to render the Board's report materially deficient such that it was not a "report" that the Governor in Council could rely upon. A decision made by the Governor in Council without a "report" before it must be unreasonable; the statute makes it clear that the Governor in Council can only reach a decision when informed by a "report" of the Board.

[229] I now turn to consider each alleged deficiency.

et *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013). L'élément central de l'analyse devrait porter non pas sur le résultat, mais sur le processus de consultation et d'accommodement (*Haida*, paragraphe 63).

[227] Ayant énoncé les normes de contrôle applicables, j'examine les diverses lacunes qui vicieraient la décision du gouverneur en conseil.

2. Le gouverneur en conseil a-t-il conclu à tort que le rapport de l'Office constituait un rapport en bonne et due forme, condition préalable à sa décision?

[228] Les erreurs de l'Office qui vicieraient la décision du gouverneur en conseil ont été brièvement résumées au paragraphe 128 des présents motifs. Par souci de commodité, je les présente dans l'ordre suivant. Répétons que, selon les diverses prétentions des demandeurs l'Office a commis les erreurs suivantes :

- a. a manqué à l'équité procédurale;
- b. n'a pas tranché certaines questions avant de recommander l'approbation du projet;
- c. n'a pas envisagé des solutions de rechange au terminal maritime Westridge;
- d. n'a pas évalué le transport maritime associé au projet sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*;
- e. a mal interprété la *Loi sur les espèces en péril*.

On fait valoir que chacune de ces erreurs vicie substantiellement le rapport de l'Office de sorte qu'il ne pourrait constituer un « rapport » pour les besoins du gouverneur en conseil. Une décision prise par ce dernier en l'absence d'un « rapport » doit être tenue pour déraisonnable; le texte de la loi indique clairement que le gouverneur en conseil ne peut prendre une décision qu'après avoir pris connaissance du « rapport » de l'Office.

[229] Abordons chaque lacune reprochée.

(a) Was the Board's process procedurally fair?

(i) Applicable legal principles

[230] The Board, as a public authority that makes administrative decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals, owes a duty of procedural fairness to the parties before it. However, the existence of a duty of fairness does not determine what fairness requires in a particular circumstance.

[231] It is said that the concept of procedural fairness is eminently variable, and that its content is to be decided in the context and circumstances of each case. The concept is animated by the desire to ensure fair play. The purpose of the participatory rights contained within the duty of fairness has been described to be:

.... to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

(*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 22).

[232] In *Baker*, the Supreme Court articulated a non-exhaustive list of factors to be considered when determining what procedural fairness requires in a given set of circumstances: the nature of the decision being made and the process followed in making it; the nature of the statutory scheme, including the existence of an appeal procedure; the importance of the decision to the lives of those affected; the legitimate expectations of the person challenging the decision; and, the choice of procedures made by the decision maker.

[233] Applying these factors, the City of Burnaby argues that the content of the procedural duty owed to it was significant.

a) Le processus suivi par l'Office respectait-il l'équité procédurale?

(i) Principes juridiques applicables

[230] En tant qu'autorité publique qui rend des décisions administratives touchant les droits, les privilèges ou les intérêts de personnes, l'Office a une obligation d'équité procédurale envers les parties qui se présentent devant elle. Toutefois, le fait qu'il existe une obligation ne dit rien sur la teneur de cette obligation dans une situation particulière.

[231] On dit que le concept d'équité procédurale est éminemment variable et que sa teneur doit être déterminée en fonction du contexte et des circonstances de chaque affaire. Le concept repose sur un désir de veiller à ce que l'on joue franc-jeu. La Cour suprême décrit en ces termes les droits de participation que commande l'obligation d'équité :

[...] [ils] visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leurs points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur.

(*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, paragraphe 22).

[232] Dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême établit une liste non exhaustive de facteurs que l'on doit examiner pour déterminer la teneur de l'équité procédurale dans des circonstances données : la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; la nature du régime législatif, notamment l'existence d'une procédure d'appel; l'importance de la décision pour les personnes touchées; les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; enfin, le choix de procédure fait par le décideur.

[233] À la lumière de ces facteurs, Burnaby soutient que l'obligation en matière d'équité procédurale à son égard est substantielle.

[234] Other applicants and the respondents did not make submissions on the content of the procedural duty of fairness.

[235] Having regard to the adjudicative nature of the decision at issue, the court-like procedures prescribed by the *National Energy Board Rules of Practice and Procedure*, 1995, SOR/95-208, the absence of an unrestricted statutory right of appeal (subsection 22(1) of the *National Energy Board Act* permits an appeal on a question of law or jurisdiction only with leave of this Court) and the importance of the Board's decision to the parties, I accept Burnaby's submission that the content of the duty of fairness owed by the Board to the parties was significant. The parties were entitled to a meaningful opportunity to present their cases fully and fairly. Included in the right to present a case fully is the right to effectively challenge evidence that contradicts that case. I will consider below more precisely the content of this duty.

[236] Having briefly summarized the legal principles that apply to issues of procedural fairness, I next enumerate the assertions of procedural unfairness.

(ii) The asserted breaches of procedural fairness

[237] The City of Burnaby asserts that the Board breached a duty of fairness owed to it by:

- a. failing to hold an oral hearing;
- b. failing to provide Burnaby with an opportunity to test Trans Mountain's evidence by cross-examination;
- c. failing to require Trans Mountain to respond to Burnaby's written Information Requests and denying Burnaby's motions to compel further and better responses to the Information Requests;
- d. delegating the assessment of critically important information until after the Board's report and the Governor in Council's decision;

[234] D'autres demandeurs et les défendeurs n'ont pas présenté d'observations sur la portée de l'obligation d'équité procédurale.

[235] Compte tenu de la nature juridictionnelle de la décision en cause, de la procédure de l'Office—qui s'apparente à celle d'une cour—prescrite par les *Règles de pratique et de procédure de l'Office national de l'énergie* (1995), DORS/95-208, de l'absence de droit d'appel sans restrictions prévu par la loi (le paragraphe 22(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* permet d'interjeter appel sur une question de droit ou de compétence uniquement avec l'autorisation de notre Cour) et de l'importance de la décision de l'Office pour les parties, j'accepte la prétention de Burnaby selon laquelle l'obligation d'équité que l'Office avait à l'endroit des parties était substantielle. Les parties avaient droit à une véritable occasion de présenter leur point de vue complètement, incluant l'opportunité de contester la preuve qui contredit leur thèse. J'examine plus en détail la teneur de cette obligation ci-après.

[236] Ayant résumé les principes juridiques qui s'appliquent en matière d'équité procédurale, j'aborde ensuite les allégations de violation à ces principes.

(ii) Les manquements reprochés quant à l'équité procédurale

[237] Burnaby affirme que l'Office a manqué à son obligation d'équité procédurale envers elle :

- a. en ne tenant pas d'audience;
- b. en ne lui donnant pas la possibilité de réfuter, par un contre-interrogatoire, la preuve de Trans Mountain;
- c. en n'exigeant pas que Trans Mountain réponde à ses demandes de renseignements écrites et en rejetant ses requêtes qui visaient à forcer des réponses plus complètes aux demandes de renseignements;
- d. en déléguant l'évaluation de renseignements d'une importance cruciale, qui aura lieu après le rapport de l'Office et la décision du gouverneur en conseil;

- e. failing to provide sufficient reasons concerning:
 - i. alternative means of carrying out the Project;
 - ii. the risks, including seismic risk, related to fire and spills;
 - iii. the suitability of the Burnaby Mountain Tunnel;
 - iv. the protection of municipal water sources; and,
 - v. whether, and on what basis, the Project is in the public interest.

[238] Tsleil-Waututh submits that the Board breached the duty of fairness by restricting its ability to test Trans Mountain's evidence and by permitting Trans Mountain to file improper reply evidence.

[239] The Stó:lō submit that it was procedurally unfair to subject their witnesses who gave oral traditional Indigenous evidence to cross-examination when Trans Mountain's witnesses were not cross-examined.

[240] Squamish briefly raised the issue of inadequate response to their Information Request to Natural Resources Canada, and the Board's terse rejection of their requests for further and better responses from Natural Resources Canada, the Department of Fisheries and Oceans and Trans Mountain.

[241] Each assertion will be considered.

- (iii) The failure to hold a full oral hearing and to allow cross-examination of Trans Mountain's witnesses

[242] It is convenient to deal with these two asserted errors together.

- e. en donnant des motifs insuffisants en ce qui a trait :
 - i. aux solutions de rechange pour le projet;
 - ii. aux risques, notamment sismiques, en cas d'incendie ou de déversement;
 - iii. au choix de percer un tunnel sous le mont Burnaby;
 - iv. à la protection des sources d'eau municipales;
 - v. au caractère d'intérêt public du projet, s'il en est.

[238] Les Tsleil-Waututh affirment que l'Office a manqué à son obligation d'équité en restreignant sa capacité à réfuter la preuve de Trans Mountain et en permettant à Trans Mountain de déposer une contre-preuve irrégulière.

[239] Selon les Stó:lō, un manquement à l'équité procédurale a découlé du contre-interrogatoire de leurs témoins qui ont fait une déposition orale sur les traditions autochtones, les témoins de Trans Mountain n'ayant pas été contre-interrogés.

[240] Les Squamish ont brièvement soulevé la question de la réponse inadéquate donnée par Ressources naturelles Canada à leur demande de renseignements et du rejet laconique par l'Office de leurs demandes visant à obtenir des réponses plus complètes de Ressources naturelles Canada, du ministère des Pêches et des Océans et de Trans Mountain.

[241] Examinons tour à tour chaque prétention.

- (iii) Le défaut de tenir une audience et de permettre le contre-interrogatoire des témoins de Trans Mountain

[242] Il convient de traiter ensemble ces deux erreurs alléguées.

[243] The applicants argue that the Board’s decision precluding oral cross-examination was “a stark departure from the previous practice for a project of this scale” (Burnaby’s memorandum of fact and law, paragraph 160) that deprived the Board of an important and established method for determining the truth. The applicants argue that this was particularly unfair because Trans Mountain failed to participate in good faith in the Information Request process with the result that the process did not provide an effective, alternative method to test Trans Mountain’s evidence.

[244] The respondents Canada and Trans Mountain answer that:

- The Board has discretion to determine whether a hearing proceeds as a written or oral hearing, and the Board is entitled to deference with respect to its choice of procedure.
- The process was tailored to take into account the number of participants, the volume of evidence and the technical nature of the information to be received by the Board.
- Many aspects of the hearing were conducted orally: the oral Indigenous traditional evidence, Trans Mountain’s oral summary argument, the interveners’ oral summary arguments and any reply arguments.
- Cross-examination is never an absolute right. A decision maker may refuse or limit cross-examination so long as there is an effective means to challenge and test evidence.

[245] I acknowledge the importance of cross-examination at common law. However, because the content of the duty of fairness varies according to context and circumstances, the duty of fairness does not always require the right of cross-examination. For example, in a multi-party public hearing related to the public interest, fairness was held not to require oral cross-examination (*Unicity Taxi Ltd. v. Manitoba Taxicab Board* (1992), 80 Man. R. (2d) 241, [1992] 6 W.W.R. 35 (Q.B.); affd

[243] Les demandeurs font valoir que la décision de l’Office d’empêcher le contre-interrogatoire était [TRANSDUCTION] « aux antipodes de la pratique antérieure pour un projet de cette envergure » (mémoire des faits et du droit de Burnaby, paragraphe 160) et privait l’Office d’une méthode importante et bien établie de découverte de la vérité. Ils ajoutent que cette décision était particulièrement inéquitable étant donné que Trans Mountain n’a pas participé de bonne foi au processus de demande de renseignements. Ainsi, le processus ne s’est pas révélé une méthode de recharge efficace pour réfuter la preuve de Trans Mountain.

[244] Les défendeurs Canada et Trans Mountain répondent ceci :

- L’Office est habilité à décider si l’instruction se fera par écrit ou par voie d’audience, et il faut faire preuve de déférence quant à son choix de procédure.
- Le processus a été conçu pour tenir compte du nombre de participants, du volume de la preuve et de la nature technique des renseignements devant être reçus par l’Office.
- De nombreux aspects de l’instruction se sont déroulés oralement : l’audition de la preuve traditionnelle autochtone, la plaidoirie finale de Trans Mountain, les plaidoiries finales des intervenants et l’argumentation présentée en réplique.
- Il n’y a pas de droit absolu au contre-interrogatoire. Un décideur peut refuser ou limiter le contre-interrogatoire s’il existe un moyen efficace de confirmer ou réfuter la preuve.

[245] Je reconnais l’importance du contre-interrogatoire en common law. Toutefois, comme la teneur de l’obligation en matière d’équité procédurale varie selon le contexte et les circonstances, cette obligation n’emporte pas toujours le droit de contre-interroger. Par exemple, il a été jugé, dans le cadre d’une instruction publique liée à l’intérêt public faisant intervenir de nombreuses parties, que l’équité n’exigeait pas la tenue de contre-interrogatoires (*Unicity Taxi Ltd. v. Manitoba Taxicab*

(1992), 83 Man. R. (2d) 305, [1992] M.J. No. 608 (QL) (C.A.)). The Court dismissed the allegation of unfairness because “in the conduct of multi-faceted and multi-party public hearings [cross-examination] tends to become an unwieldy and even dangerous weapon that may lead to disturbance, disruption and delay”.

[246] Similarly, in *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099, the Supreme Court found that the Chippewas of the Thames were given an adequate opportunity to participate in the decision-making process of the Board (reasons, paragraph 51). This finding was supported by the Court’s enumeration of the following facts: the Board held an oral hearing; provided early notice of the hearing process to affected Indigenous groups and sought their formal participation; granted intervener status to the Chippewas of the Thames; provided participant funding to allow the Chippewas of the Thames to tender evidence and pose formal Information Requests to the project proponent, to which they received written responses; and permitted the Chippewas of the Thames to make oral closing submissions. No right of oral cross-examination was granted (reasons, paragraph 52), yet the process provided an adequate right to participate.

[247] These decisions are of course not determinative of the requirements of fairness in the present context.

[248] The relevant context is discussed by the Board in its Ruling No. 14, which dealt with a motion requesting that the hearing order be amended to include a phase for oral cross-examination of witnesses. After quoting an administrative law text to the effect that procedural fairness is not a fixed concept, but rather is one that varies with the context and the interest at stake, the Board wrote [at pages 4–5]:

Board (1992), 80 Man. R. (2d) 241, [1992] 6 W.W.R. 35 (Q.B.); conf. par (1992), 83 Man. R. (2d) 305, [1992] M.J. n° 608 (QL) (C.A.)). La cour de première instance a rejeté la prétention de manquement à l’équité parce que, [TRANSDUCTION] « dans le cadre d’instructions publiques ayant des enjeux multiples et mettant en cause de nombreuses parties, [les contre-interrogatoires] ont tendance à devenir une arme lourde, voire dangereuse, susceptible de mener au désordre et de faire traîner l’affaire en longueur ».

[246] Dans la même veine, dans l’arrêt *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099, la Cour suprême conclut que les Chippewas de la Thames se sont vu offrir une possibilité adéquate de participer au processus décisionnel de l’Office (motifs, paragraphe 51). Cette conclusion repose sur les faits suivants énumérés par la Cour : l’Office a tenu une audience; il a informé au préalable les groupes autochtones du processus et les a invités à y participer formellement; il a accordé le statut d’intervenant aux Chippewas de la Thames; il a fourni à ces derniers de l’aide financière qui leur a permis de présenter une preuve, de présenter de manière formelle au promoteur du projet des demandes de renseignements, auxquelles ce dernier a répondu par écrit, et a permis aux Chippewas de la Thames de présenter de vive voix des observations finales. On ne leur a pas accordé le droit de contre-interroger (motifs, paragraphe 52), mais le processus leur a néanmoins assuré un droit de participation adéquat.

[247] Ces décisions ne sont évidemment pas déterminantes quant aux exigences en matière d’équité dans le présent contexte.

[248] L’Office traite du contexte pertinent dans sa décision n° 14, qui porte sur une requête en modification de l’ordonnance d’audience visant à solliciter le contre-interrogatoire oral des témoins. Après avoir cité un extrait d’un ouvrage de droit administratif suivant lequel la notion d’équité procédurale n’a rien d’un concept fixe, mais varie plutôt selon les circonstances et les intérêts en jeu, l’Office écrit ce qui suit [aux pages 4 et 5] :

Here, the context is that the Board will be making a recommendation to the Governor in Council. The recommendation will take into account whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity. The Board's recommendation will be polycentric in nature as it involves a wide variety of considerations and interests. Persons directly affected by the Application include Aboriginal communities, land owners, governments, commercial interests, and other stakeholders. The motion and several of the comments in support of it appear to place significant reliance on the potential credibility of witnesses. The Board notes that this is not a criminal or civil trial. The Board's hearing also does not involve an issue of individual liberty. It is a process for gathering and testing evidence for the Board's preparation, as an expert tribunal, of its recommendation to the Governor in Council about whether to issue a certificate under section 52 of the NEB Act. The Board will also be conducting an environmental assessment and making a recommendation under CEAA 2012.

Hearing processes are designed individually and independently by the Board based on the specific circumstances of the application. Each process is designed to provide for a fair hearing, but the processes are not necessarily the same. For this Application, the Hearing Order provides two opportunities to ask written information requests. There is also an opportunity to file written evidence, and to provide both written and oral final argument. For Aboriginal groups that also wish to present Aboriginal traditional evidence orally, there is an opportunity to do this.

Regarding the nature of the statutory scheme, section 8 of the NEB Act authorizes the Board to make rules about the conduct of hearings before the Board. The Rules provide that public hearings may be oral or written, as determined by the Board. The Board has previously held fully written hearings for section 52 oil and gas pipeline applications. Hearings can also be oral, with significant written components, as is the case here. In addition to the hearing procedures set out in the Rules, the Board makes rules about hearing procedures in its Hearing Order and associated rulings and bulletins.

...

Dans le cas qui nous occupe, le contexte est la présentation d'une recommandation de l'Office au gouverneur en conseil quant à la question de savoir si le pipeline a un caractère d'utilité publique tant pour le présent que pour le futur. Cette recommandation est à plusieurs facettes, car elle tient compte d'une grande diversité de considérations et d'intérêts. Les groupes directement touchés par la demande sont notamment les collectivités autochtones, les propriétaires fonciers, les gouvernements, les intérêts commerciaux et les autres parties prenantes. Dans la requête et un certain nombre de commentaires à l'appui, on semble accorder une grande importance à la crédibilité possible des témoins. L'Office fait observer qu'il ne s'agit pas là d'un procès pénal ou civil. L'audience de l'Office ne porte pas non plus sur une question de libertés individuelles. C'est plutôt un processus permettant à l'Office de recueillir et d'analyser des éléments de preuve pour pouvoir préparer, en tant que tribunal spécialisé, une recommandation au gouverneur en conseil en vue de la délivrance ou non d'un certificat aux termes de l'article 52 de la Loi. L'Office doit aussi procéder à une évaluation environnementale et produire une recommandation dans le cadre de la LCEE 2012.

L'Office conçoit individuellement et indépendamment ses processus d'audience en se fondant sur les circonstances de la demande. Chaque processus est conçu pour permettre une audience équitable, mais les processus ne sont pas nécessairement les mêmes. Dans le cas de cette demande, l'ordonnance d'audience prévoit deux occasions de solliciter des renseignements par écrit. Elle prévoit également la possibilité de déposer par voie de mémoires et de présenter une plaidoirie finale de vive voix ou par écrit. Pour les groupes autochtones qui désirent présenter un témoignage traditionnel verbalement, cette possibilité existe aussi.

En ce qui concerne la nature des prescriptions, l'article 8 de la Loi autorise [l'Office] à établir des règles de conduite des audiences devant lui. Les Règles disent que les audiences publiques peuvent être orales ou sur mémoires selon ce que détermine l'Office. Par le passé, l'Office a tenu des audiences entièrement sur mémoires dans le cas des demandes relatives aux oléoducs et aux gazoducs aux termes de l'article 52. Il se peut aussi que des audiences soient orales avec d'importants volets sur mémoires comme dans le présent cas. En plus des procédures d'audience que prévoient les Règles, l'Office décide des procédures à suivre dans ses ordonnances d'audience et les décisions et bulletins qui y sont liés.

[...]

Additional legislative requirements for the Board's public hearings are found in subsection 11(4) of the NEB Act, which requires that applications before the Board are to be dealt with as expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit, and within the time limit provided. This subsection of the NEB Act was added in 2012. For this Application, the legislated time limit, which is 15 months after the completeness determination is made, is 2 July 2015.

As the legislative time limits are recent, there is no legitimate expectation as to the hearing procedures that will be used to test the evidence. In this case, the Board has provided notice about the procedures that will apply.

In the Board's view, the legislation makes it clear that the Board is master of its own procedure and can establish its own procedures for each public hearing with regard to the conduct of hearings. This includes the authority to determine for a particular public hearing the manner in which evidence will be received and tested. In the circumstances of this hearing, where there are 400 intervenors and much of the information is technical in nature, the Board has determined that it is appropriate to test the evidence through written processes. All written evidence submitted will be subject to written questioning by up to 400 parties, and the Board. [Underlining added; footnotes omitted.]

[249] Further aspects of the relevant context are discussed in the Board's final report, at page 4:

For the Board's review of the Project application, the hearing had significant written processes as well as oral components. With the exception of oral traditional evidence described below, evidence was presented in writing, and testing of that evidence was carried out through written questions, known as Information Requests (IRs). Intervenors submitted over 15,000 questions to Trans Mountain over two major rounds of IRs. Hundreds of other questions were asked in six additional rounds of IRs on specific evidence. If an intervenor believed that Trans Mountain provided inadequate responses to its questions, it could ask the Board to compel Trans Mountain to provide a more complete response. Trans Mountain could do the same in respect of IRs it posed to intervenors on their evidence. There was also written questioning on various additional evidence, including supplemental, replacement, late and Trans Mountain's reply evidence.

On peut trouver d'autres exigences législatives applicables aux audiences publiques de l'Office au paragraphe 11(4) de la Loi, qui prévoit que « l'Office tranche les demandes et procédures dont il est saisi le plus rapidement possible, compte tenu des circonstances et de l'équité, mais en tout état de cause dans le délai prévu sous le régime de la présente loi, le cas échéant ». Ce paragraphe a été ajouté en 2012. Pour la présente demande, la date limite prescrite par la loi est le 2 juillet 2015 (soit 15 mois après que la demande est jugée complète).

Comme les délais prescrits par la loi sont une exigence récente, il n'y a aucune attente légitime pour ce qui est des procédures d'audience devant permettre d'examiner la preuve présentée. Dans le cas qui nous occupe, l'Office a donné avis des procédures à appliquer.

À son avis, le législateur a clairement dit qu'il est maître de sa propre procédure, c'est-à-dire qu'il peut décider de la marche à suivre dans la conduite de chaque audience publique. Cela comprend le pouvoir d'établir la manière dont la preuve sera reçue et examinée dans telle ou telle audience publique. Dans la présente audience où on compte 400 intervenants et où le gros de l'information livrée est technique, l'Office a jugé qu'il convenait de vérifier la preuve présentée sur mémoires. Toute la preuve présentée par écrit sera aussi soumise à des questions écrites par jusqu'à 400 intervenants et par l'Office même. [Non souligné dans l'original; renvois omis.]

[249] L'Office traite d'autres aspects pertinents du contexte dans son rapport final, à la page 4 :

Enfin, dans le cadre de l'audience, l'Office a eu recours à d'importants processus écrits et à des composantes pour favoriser l'examen de la demande visant le projet. À l'exception de la preuve traditionnelle orale décrite plus loin, les éléments de preuve ont été présentés par écrit et ont été validés au moyen de questions écrites présentées sous forme de demandes de renseignements. Les intervenants ont présenté plus de 15 000 questions à Trans Mountain au cours des deux grandes rondes de demandes de renseignements. Des centaines d'autres questions ont été posées au cours de six rondes de demandes de renseignements supplémentaires portant sur des éléments de preuve précis. Si un intervenant croyait que Trans Mountain avait fourni des réponses inadéquates à ses questions, il pouvait demander à l'Office de contraindre l'entreprise à fournir une réponse plus complète. Trans Mountain pouvait également demander des précisions au sujet des demandes de renseignements présentées aux intervenants à propos de leurs éléments de preuve. Un interrogatoire écrit a été déposé pour de nombreux éléments de preuve (éléments

The Board decided, in its discretion in determining its hearing procedure, to allow testing of evidence by IRs and determined that there would not be cross examination in this hearing. The Board decided that, in the circumstances of this hearing where there were 400 intervenors and legislated time limits, and taking into consideration the technical nature of the information to be examined, it was appropriate to test the evidence through written processes. In the final analysis, the written evidence submitted was subjected to extensive written questioning by up to 400 participants and the Board. The Board is satisfied that the evidence was appropriately tested in its written process and that its hearing was fair for all parties and met natural justice requirements. [Underlining added; footnote omitted.]

[250] Having set out the context relevant to determining the content of the duty of fairness, and the Board's discussion of the context, the next step is to apply the contextual factors enumerated in *Baker* to determine whether the absence of oral cross-examination was inconsistent with the participatory rights required by the duty of fairness. The heart of this inquiry is directed to whether the parties had a meaningful opportunity to present their case fully and fairly.

[251] Applying the first *Baker* factor, the nature of the Board's decision is different from a judicial decision. The Board is required to apply its expertise to the record before it in order to make recommendations about whether the Project is and will be required by public convenience and necessity, and whether the Project is likely to cause significant adverse environmental effects that can or cannot be justified in the circumstances. Each recommendation requires the Board to consider a broad spectrum of considerations and interests, many of which depend on the Board's discretion. For example, subsection 52(2) of the *National Energy Board Act* requires the Board's recommendation to be based on "all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant". The Board's environmental assessment is to take into account "any other matter relevant to the

de preuve supplémentaires ou de remplacement, éléments de preuve déposés tardivement et contre-preuve de Trans Mountain).

L'Office, qui détermine la procédure d'audience à son gré, a décidé d'accepter la vérification de l'exactitude des éléments de preuve par voie de demandes de renseignements et de ne pas tenir de contre-interrogatoire dans le cadre de l'audience. Compte tenu des quelque 400 intervenants qui participeraient à l'audience, des délais prescrits par la *Loi* et de la nature technique des renseignements à examiner, l'Office a en effet jugé qu'il serait approprié de vérifier l'exactitude des éléments de preuve au moyen de processus écrits. Au cours de l'analyse définitive, les éléments de preuve présentés par écrit ont fait l'objet d'une interrogation écrite approfondie par l'Office et jusqu'à 400 intervenants. L'Office est convaincu que l'exactitude de la preuve a été vérifiée comme il se devait dans le cadre du processus sur pièces et que l'audience a été équitable pour tous les participants et qu'elle a été menée dans le respect [de] la règle de justice naturelle. [Non souligné dans l'original; renvoi omis.]

[250] La prochaine étape, une fois établi le contexte pertinent à la détermination du contenu de l'obligation d'équité et l'analyse qu'en fait l'Office, est d'appliquer les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Baker* pour décider si l'absence de contre-interrogatoire contrevenait aux droits de participation qu'assure l'obligation d'équité procédurale. La question centrale de l'analyse consiste à savoir si les parties ont eu une occasion valable de présenter leur point de vue complètement et équitablement.

[251] Il ressort de l'application du premier facteur de l'arrêt *Baker* que la décision de l'Office n'est pas de la même nature qu'une décision judiciaire. L'Office est tenu de faire appel à son expertise pour examiner le dossier dont il est saisi et formuler des recommandations quant à savoir si le projet est requis à des fins d'utilité publique et s'il est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui sont justifiables ou non dans les circonstances. Chaque recommandation appelle l'Office à examiner un grand éventail de considérations et d'intérêts, sa marge d'appréciation étant à cet égard appréciable. Par exemple, le paragraphe 52(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* exige que l'Office tienne compte, en faisant sa recommandation, de « tous les facteurs qu'il estime directement liés au pipeline et pertinents ». L'évaluation environnementale

environmental assessment that the [Board] requires to be taken into account” (paragraph 19(1)(j) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*). The nature of the decision points in favour of more relaxed requirements under the duty of fairness.

[252] The statutory scheme also points to more relaxed requirements. The Board may determine that a pipeline application be dealt with wholly in writing (subsection 22(1), *National Energy Board Rules of Practice and Procedure, 1995*). The Board is required to deal with matters expeditiously, and within the legislated time limit. When the hearing order providing for Information Requests, not oral cross-examination, was issued on April 2, 2014, the Board was required to deliver its report by July 2, 2015. In legislating this time limit Parliament must be presumed to have contemplated that pipeline approval projects could garner significant public interest such that, as in this case, 400 parties successfully applied for leave to intervene. One aspect of the statutory scheme does point to a higher duty of fairness: the legislation does not provide for a right of appeal (save with leave on a question of law or jurisdiction). However, as discussed at length above, the Board’s decision is subject to scrutiny in proceedings such as this.

[253] The importance of the decision is a factor that points toward a heightened fairness requirement.

[254] For the reasons given by the Board, I do not see any basis for a legitimate expectation that oral cross-examination would be permitted. To the Board’s reasons I would add that such an expectation would be contrary to the Board’s right to determine that an application be reviewed wholly in writing. While the Board did permit oral cross-examination in its review of the Northern Gateway Pipeline, in that case the Board’s report discloses that intervenor status was granted to 206 entities—roughly half the number of entities given intervenor status in this case.

de l’Office doit prendre en compte « tout autre élément utile à l’évaluation environnementale dont [l’Office] peut exiger la prise en compte » (alinéa 19(1)j) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*). La nature de la décision milite en faveur d’exigences assouplies au titre de l’obligation d’équité procédurale.

[252] Le régime législatif milite aussi en faveur d’exigences assouplies. L’Office peut décider qu’une demande de pipeline fera l’objet en tout ou en partie d’un examen sur dossier (paragraphe 22(1) des *Règles de pratique et de procédure de l’Office national de l’énergie (1995)*). L’Office doit examiner rapidement les questions, dans les délais prévus par la loi. Lorsque l’ordonnance d’audience — qui prévoyait la possibilité de faire des demandes de renseignements, et non de contre-interroger de vive voix — a été rendue le 2 avril 2014, l’Office avait jusqu’au 2 juillet 2015 pour remettre son rapport. Pour prévoir un tel délai, le législateur doit, peut-on présumer, avoir envisagé la possibilité que des projets d’approbation de pipeline suscitent un intérêt public important comme en l’espèce, où 400 parties ont obtenu l’autorisation d’intervenir. Un des aspects du régime législatif milite en faveur d’exigences élevées au titre de l’obligation d’équité : la loi ne prévoit pas de droit d’appel (sauf pour une question de droit ou de compétence, et ce sur autorisation). Toutefois, comme je l’explique longuement plus haut, la décision de l’Office est soumise à un examen minutieux dans des instances comme la présente.

[253] L’importance de la décision est un facteur qui milite en faveur d’exigences élevées en matière d’équité procédurale.

[254] Pour les motifs donnés par l’Office, je ne vois rien qui puisse fonder une attente légitime à un contre-interrogatoire oral. Or, j’ajouterais qu’une telle attente serait contraire au droit de l’Office de décider qu’une demande soit entièrement examinée sur dossier. L’Office a effectivement permis un contre-interrogatoire oral dans le cas du pipeline Northern Gateway, mais, selon le rapport de l’Office concernant ce projet, la qualité d’intervenant avait alors été accordée à 206 entités, soit environ la moitié des entités en cause dans l’affaire qui nous occupe.

[255] Finally, the Board's choice of procedure, while not determinative, must be given some respect, particularly where the legislation gives the Board broad leeway to choose its own procedure, and the Board has experience in deciding appropriate hearing procedures.

[256] I note that when the Board rendered its decision on the request that it reconsider Ruling No. 14 so as to allow oral cross-examination, the applicants had received Trans Mountain's responses to their first round of Information Requests; many had brought motions seeking fuller and better answers. The Board ruled on the objections on September 26, 2014. Therefore, the Board was well familiar with the applicants' stated concerns, as is seen in Ruling No. 51 when it declined to reconsider its earlier ruling refusing to amend the hearing order to allow oral cross-examination.

[257] Overall, while the importance of the decision and the lack of a statutory appeal point to stricter requirements under the duty of fairness, the other factors point to more relaxed requirements. Balancing these factors, I conclude that the duty of fairness was significant. Nevertheless, the duty of fairness was not breached by the Board's decisions not to allow oral cross-examination and not to allow a full oral hearing. The Board's procedure did allow the applicants a meaningful opportunity to present their cases fully and fairly.

[258] Finally on this issue, the Board allowed oral traditional Indigenous evidence because "Aboriginal people have an oral tradition that cannot always be shared adequately in writing." (Ruling No. 14, page 5). With respect to Stó:lō's concerns about permitting oral questioning of oral traditional evidence, the Board permitted "Aboriginal groups [to] choose to answer any questions in writing or orally, whichever is practical or appropriate by their determination." (Ruling No. 14, page 5). This is a complete answer to the concerns of the Stó:lō.

[255] Enfin, le choix de procédure de l'Office n'est pas déterminant, mais appelle un certain respect, surtout lorsque la loi confère à ce dernier une grande latitude quant au choix de sa propre procédure, et qu'il a de l'expérience pour déterminer la procédure qui convient pour l'audience.

[256] Je note que lorsque l'Office a tranché la demande en réexamen de la décision n° 14 visant à permettre les contre-interrogatoires oraux, les demandeurs avaient reçu les réponses de Trans Mountain à leur première série de demandes de renseignements. Nombreux sont ceux qui avaient présenté des requêtes sollicitant des réponses plus complètes. L'Office a statué sur les objections le 26 septembre 2014. Il connaissait donc bien les préoccupations exprimées par les demandeurs, comme on peut le voir dans la décision n° 51, dans laquelle il refusait de revenir sur sa décision antérieure au terme de laquelle il déclinait de modifier l'ordonnance d'audience en vue d'autoriser des contre-interrogatoires oraux.

[257] Dans l'ensemble, bien que l'importance de la décision et l'absence de droit d'appel prévu dans la loi militent en faveur d'exigences plus strictes au titre de l'obligation d'équité, les autres facteurs supposent des exigences assouplies. Après une mise en balance de ces facteurs, je conclus que l'obligation d'équité était importante. Toutefois, les décisions de l'Office de ne pas permettre de contre-interrogatoires oraux et des audiences complètes ne violaient pas cette obligation. La procédure de l'Office donnait bel et bien aux demandeurs une occasion valable de présenter leur position complètement et équitablement.

[258] Enfin, l'Office a permis la présentation d'une preuve orale traditionnelle parce que « [l]es Autochtones ont une tradition orale qu'ils ne peuvent pas toujours bien faire connaître par l'écriture » (décision n° 14, page 5). Quant aux inquiétudes des Stó:lō's au sujet d'un contre-interrogatoire sur les témoignages traditionnels oraux, l'Office a permis aux « groupes autochtones [de] décider de répondre à toute question par écrit ou de vive voix selon ce qu'ils jugent pratique ou approprié » (décision n° 14, page 6), ce qui répond entièrement aux préoccupations des Stó:lō.

[259] I now turn to the next asserted breach of procedural fairness.

(iv) Trans Mountain's responses to the Information Requests

[260] The City of Burnaby and Squamish argue that Trans Mountain provided generic, incomplete answers to the Information Requests and the Board failed in its duty to compel further and better responses.

[261] During the oral hearing before this Court, Burnaby reviewed in detail: Burnaby's first Information Request questioning Trans Mountain about its consideration of alternatives to expanding the pipeline, tank facilities and marine terminal in a major metropolitan area; Trans Mountain's response; the Board's denial of Burnaby's request for a fuller answer; Burnaby's second Information Request; Trans Mountain's response; the Board's denial of Burnaby's request for a fuller answer; the Board's first Information Request to Trans Mountain questioning alternative means of carrying out the Project; Trans Mountain's response; the Board's second Information Request; and, Trans Mountain's response to the Board's second Information Request. Burnaby argues that Trans Mountain provided significantly more information to the Board than it did to Burnaby, but the information Trans Mountain provided was still insufficient.

[262] Squamish made brief reference in oral argument to the Board's failure to order fuller answers about the Crown's assessment of the strength of its claims to Aboriginal rights and title.

[263] As can be seen from Burnaby's oral submission, it brought motions before the Board to compel better answers in respect of both of Trans Mountain's responses to Burnaby's Information Requests.

[264] I begin consideration of this issue by acknowledging that most, but not all, of Burnaby's requests for

[259] Passons à l'élément suivant dans l'énumération des manquements allégués à l'équité procédurale.

(iv) Les réponses de Trans Mountain aux demandes de renseignements

[260] Burnaby et les Squamish font valoir que Trans Mountain a donné des réponses générales et incomplètes à leurs demandes de renseignements et que l'Office a manqué à son obligation de la contraindre à fournir des réponses plus complètes.

[261] Au cours de la partie orale de l'instruction qui a eu lieu devant cette Cour, Burnaby a repassé en détail : sa première demande de renseignements à l'intention de Trans Mountain relativement à son examen de solutions de rechange à l'agrandissement du pipeline, des réservoirs et des terminaux maritimes dans un grand centre métropolitain; la réponse de Trans Mountain; le rejet, par l'Office, de la demande de Burnaby visant l'obtention d'une réponse plus complète; la seconde demande de renseignements de Burnaby; la réponse de Trans Mountain; le rejet, par l'Office, de la demande de Burnaby visant l'obtention d'une réponse plus complète; la première demande de renseignements présentée par l'Office — sur les autres moyens de réaliser le projet —; la réponse de Trans Mountain; la seconde demande de renseignements de l'Office; la réponse de Trans Mountain à cette demande. Burnaby soutient que Trans Mountain a fourni beaucoup plus de renseignements à l'Office qu'à elle, mais que les renseignements fournis demeuraient insuffisants.

[262] Dans leur plaidoirie, les Squamish ont fait allusion au fait que l'Office n'a pas ordonné de réponses plus complètes au sujet de l'évaluation, effectuée par la Couronne, de la solidité de leurs revendications quant à leurs droits et au titre ancestraux.

[263] Comme il ressort de sa plaidoirie, Burnaby a présenté des requêtes à l'Office pour qu'il enjoigne à Trans Mountain de fournir de meilleures réponses à ses deux demandes de renseignements.

[264] Je commence l'examen de cette question en reconnaissant que l'Office a refusé la plupart des demandes

fuller answers were denied by the Board. However, procedural fairness does not guarantee a completely successful outcome. The Board did order some further and better answers in respect of each motion. Burnaby must prove more than just that the Board did not uphold all of its objections.

[265] The Board's reasons for declining to compel further answers are found in two of the Board's rulings: Ruling No. 33 [*Motions to compel full and adequate responses to the first round of intervenor information requests*, 26 September 2014] (A4 C4 H7) in respect of the first round of Information Requests directed to Trans Mountain by the interveners, and Ruling No. 63 [*Motions to compel full and adequate responses to the second round of intervenor information requests (IRs)*, 27 April 2015] (A4 K8 G4) in respect of the second round of the interveners' Information Requests. Each ruling was set out in the form of a letter which attached an appendix. The appendix listed each question included in the motions to compel, organized by intervenor, and provided "the primary reason" the motion to compel was granted or denied. Each ruling also provided in the body of the decision "overall comments about the motions and the Board's decision" [Ruling No. 33, at page 2].

[266] The Board set out the test it applied when considering motions to compel in the following terms [at page 2]:

... the Board looks at the relevance of the information sought, its significance, and the reasonableness of the request. The Board balances these factors so as to satisfy the purpose of the [Information Request] process, while preventing an intervenor from engaging in a "fishing expedition" that could unfairly burden the applicant. [Footnote omitted.]

[267] In its decision the Board also provided general information describing circumstances that led it to decline to compel further answers. Of relevance are the following two situations:

de Burnaby visant à obtenir des réponses plus complètes. L'équité procédurale ne garantit toutefois pas un résultat entièrement positif. L'Office a ordonné, à l'égard de chaque requête, des réponses plus complètes. Burnaby ne peut pas se contenter de démontrer que l'Office n'a pas fait droit à toutes ses objections.

[265] Les motifs donnés par l'Office à l'appui de son refus de forcer des réponses plus détaillées sont consignés dans la décision n° 33 [*Requêtes visant l'obligation de fournir une réponse complète et adéquate à la première série de demandes de renseignements (DR)*, le 26 septembre 2014] (A4 C4 H7) — portant sur la première série de demandes de renseignements que les intervenants ont adressées à Trans Mountain — et la décision n° 63 [*au sujet des requêtes pour l'obtention de réponses complètes et satisfaisantes à la deuxième série de demandes de renseignements (DR) des intervenants*, 27 avril 2015] (A4 K8 G4) — concernant la deuxième série. Chaque décision revêtait la forme d'une lettre à laquelle était jointe une annexe, dans laquelle était énumérée chaque question figurant dans la requête de l'intervenant visant à forcer une réponse adéquate et fournissait le « motif principal » pour lequel l'Office faisait droit ou non à la requête. Chaque décision comportait aussi des remarques d'ordre général au sujet des requêtes et la décision de l'Office.

[266] L'Office a énoncé en ces termes le critère qu'il a appliqué lors de l'examen des requêtes visant à forcer une réponse plus complète [Décision n° 33, à la page 2] :

[...] l'Office [...] se penche sur la pertinence des renseignements demandés, leur signification et le caractère raisonnable de la demande. L'Office pondère ces facteurs de manière à respecter le processus [de demande de renseignements], tout en empêchant les intervenants de procéder à un interrogatoire à l'aveuglette qui pourrait imposer un fardeau injuste au demandeur. [Notes de bas de page omise.]

[267] Dans sa décision, l'Office a aussi fourni des renseignements généraux décrivant les circonstances qui l'ont mené à refuser de forcer des réponses plus détaillées. Les deux situations suivantes sont pertinentes :

- In some instances, Trans Mountain provided a full answer to the question asked, but the intervenor disagreed with the answer. In these cases, rather than seeking to compel a further answer, the Board advised the intervenors to file their own evidence in response or to provide their views during final argument.
- In some cases, Trans Mountain may not have answered all parts of an intervenor's Information Request. However, in those cases where the Board was of the view that the response provided sufficient information and detail for the Board to consider the application, the Board declined to compel a further response.

[268] It is clear that the Board viewed Burnaby's requests for fuller answers about Trans Mountain's consideration and rejection of alternate locations for the marine terminal to fall within the second situation described above.

[269] The Board's second Information Request to Trans Mountain on this point was answered by Trans Mountain on July 21, 2014, and its answer was served upon all of the intervenors. Therefore, the Board was aware of this response when on September 26, 2014, it rejected Burnaby's motion in Ruling No. 33.

[270] That the Board found Trans Mountain's answer to its second Information Request to be sufficient is reflected in the Board's report, where at pages 241 to 242 the Board relied on the content of Trans Mountain's response to its second Information Request to articulate Trans Mountain's consideration of the alternatives to the Westridge Marine Terminal. At page 244 of the report, the Board found Trans Mountain's "alternative means assessment" to be appropriate. The Board went on to acknowledge Burnaby's concern that Trans Mountain had not provided an assessment of the risks, impacts and effects of the alternate marine terminal locations at Kitimat or Roberts Bank. However, the Board [at page 244] disagreed, finding that "Trans Mountain has provided an adequate assessment, including consideration of the technical, socio-economic and environmental effects, of technically and economically feasible alternative marine terminal locations."

- Dans certains cas, Trans Mountain a fourni une réponse complète à la question, mais l'intervenant la désapprouvait. Dans ces cas, plutôt que d'ordonner une réponse plus détaillée, l'Office a conseillé aux intervenants de déposer leur propre preuve en réplique ou de donner leur point de vue lors de leur plaidoirie finale.
- Dans d'autres cas, Trans Mountain peut ne pas avoir répondu à tous les volets de la demande de renseignements de l'intervenant. Toutefois, dans ces cas, l'Office était d'avis que la réponse contenait suffisamment de renseignements et de détails pour lui permettre d'examiner la demande et a donc refusé de forcer une réponse plus détaillée.

[268] Il est manifeste que selon l'Office les demandes de Burnaby visant à obtenir des réponses plus complètes de Trans Mountain à propos des autres sites qu'elle avait envisagés pour le terminal maritime et rejetés relevaient de la deuxième situation.

[269] Trans Mountain a répondu le 21 juillet 2014 à la deuxième demande de renseignements à cet égard de l'Office, et cette réponse a été signifiée à tous les intervenants. Par conséquent, l'Office connaissait cette réponse quand, le 26 septembre 2014, il a rejeté la requête de Burnaby dans la décision n° 33.

[270] L'Office a conclu que la réponse de Trans Mountain à sa deuxième demande de renseignements était suffisante. C'est ce qui ressort de son rapport, aux pages 249 et 250, où il reprend la réponse donnée par Trans Mountain à sa deuxième demande de renseignements pour décrire l'examen par Trans Mountain des solutions de rechange au terminal maritime Westridge. À la page 252 du rapport, l'Office a jugé adéquate l'« évaluation d'autres moyens » effectuée par Trans Mountain. Il a ensuite pris acte de la préoccupation soulevée par Burnaby, selon qui Trans Mountain n'avait pas produit d'évaluation des risques, des répercussions et des effets des emplacements du terminal maritime qui avaient été envisagés à Kitimat ou à Roberts Bank. Toutefois, l'Office ne partageait pas cette préoccupation, concluant [à la page 252] que « Trans Mountain a fourni une évaluation suffisante, et notamment [...] a tenu compte des effets techniques, socioéconomiques et environnementaux

[271] Obviously, Burnaby disagrees with this assessment. However, it has not demonstrated how the Board's conduct concerning Burnaby's Information Requests breached the requirements of procedural fairness. For example, Burnaby has not pointed to evidence that contradicted Trans Mountain's stated reasons for rejecting alternative marine terminal locations. Trans Mountain stated that its assessment was based on feasibility of co-incident marine and pipeline access, and technical, economic and environmental considerations of the screened alternative locations. Any demonstrated conflict in the evidence on these points may have supported a finding that meaningful participation required Trans Mountain to provide more detailed information.

[272] In support of its submission concerning procedural fairness Squamish pointed to a question it directed to Natural Resources Canada. It asked whether that entity had "assessed the strength of Squamish's claim to aboriginal rights in the area of the proposed Project" and if so, to provide "that assessment and any material upon which that assessment is based."

[273] The response Squamish received to its Information Request was:

The Crown has conducted preliminary depth of consultation assessments for all Aboriginal groups, including Squamish Nation, whose traditional territory intersects with or is proximate to the proposed pipeline right of way, marine terminal expansion and designated marine shipping lanes. (Depth of consultation assessments consider both potential impacts to rights and the strength of claim to rights.) The Crown's depth of consultation assessment is iterative and is expected to evolve as the [Board] review process unfolds and as Aboriginal groups submit their evidence to the [Board] and engage in Phase III consultations with the Crown. The Crown has assessed depth of consultation for the Squamish Nation as "high." This preliminary conclusion was filed into evidence [by the Major Projects Management Office] on May 27, 2015.

d'autres emplacements réalisables sur les plans technique et économique pour le terminus maritime ».

[271] De toute évidence, Burnaby ne souscrit pas à ce point de vue. Elle n'a cependant pas démontré en quoi la conduite de l'Office à l'égard des demandes de renseignements de Burnaby contrevenait à l'équité procédurale. Par exemple, Burnaby n'a pas indiqué les éléments de preuve qui contredisaient les motifs donnés par Trans Mountain pour rejeter les emplacements de rechange du terminal maritime. Trans Mountain a déclaré que son évaluation à cet égard reposait sur les possibilités d'accès maritime et pipelinier qui coïncident ainsi que sur des facteurs techniques, économiques et environnementaux. Toute contradiction dans la preuve sur ces points aurait peut-être permis de conclure que Trans Mountain devait fournir des renseignements plus détaillés pour assurer une véritable participation.

[272] À l'appui de leur prétention concernant l'équité procédurale, les Squamish ont renvoyé à une question qu'ils avaient posée à Ressources naturelles Canada (RNC). Ils avaient demandé si RNC avait [TRADUCTION] « évalué la solidité de la revendication des Squamish visant leurs droits ancestraux dans la région visée par projet proposé » et, dans l'affirmative, de fournir [TRADUCTION] « cette évaluation et tout document sur lequel celle-ci reposait ».

[273] Les Squamish ont reçu la réponse suivante à leur demande de renseignements :

[TRADUCTION] La Couronne a effectué des évaluations préliminaires de l'ampleur des consultations pour tous les groupes autochtones, y compris la Nation Squamish, dont le territoire traditionnel soit touche l'emprise pipelinère proposée, l'agrandissement du terminal maritime et les couloirs de navigation désignés soit se trouve à proximité de ces derniers. (Les évaluations de l'ampleur des consultations tiennent compte à la fois des conséquences possibles sur des droits et la solidité des revendications visant ces droits.) L'évaluation de l'ampleur des consultations par la Couronne est itérative et on s'attend à ce qu'elle évolue au fil de l'examen [par l'Office] et au fur et à mesure que les groupes autochtones produiront leur preuve [à l'Office] et participeront aux consultations de l'étape III menées par la Couronne. La Couronne a déterminé que l'ampleur des consultations auprès de la Nation

Squamish était « grande ». Cette conclusion préliminaire a été déposée en preuve [par le Bureau de gestion des grands projets] le 27 mai 2015.

The starting point for these assessments is to work with information the Crown has in hand, but Squamish Nation is invited to provide information that they believe could assist the Crown in understanding the nature and scope of their rights. [Underlining added.]

Le point de départ de ces évaluations est l'information dont dispose la Couronne, mais la Nation Squamish est invitée à fournir les renseignements qui, selon elle, pourraient aider la Couronne à comprendre la nature et l'étendue de ses droits. [Non souligné dans l'original.]

[274] Squamish objected to the Board that its request was only partly addressed, and requested that Natural Resources Canada provide the material on which its assessment was based.

[274] Les Squamish ont fait valoir devant l'Office qu'on a seulement répondu partiellement à leur demande et ont demandé que Ressources naturelles Canada fournisse les documents sur lesquels elle s'est appuyée pour faire son évaluation.

[275] In reply to Squamish's motion to compel a further answer, Natural Resources Canada responded:

[275] En réponse à la requête des Squamish visant à forcer une réponse plus détaillée, Ressources naturelles Canada a répondu ceci :

In the context of the current hearing process, it is the view of [the Major Projects Management Office] that the further information and records sought by Squamish Nation will not be of assistance to the Panel in fulfilling its mandate.

[TRADUCTION] Dans le contexte du présent processus d'audience, [le Bureau de gestion des grands projets] est d'avis que les renseignements et dossiers supplémentaires sollicités par la Nation Squamish n'aideront pas le comité à s'acquitter de son mandat.

However, the Crown will communicate with the Squamish Nation in August 2015 to provide further information on Phase III Crown consultation and the Crown's approach to considering adverse impacts of the Project on potential or established Aboriginal and treaty rights. This forthcoming correspondence will summarize the Crown's understanding of the strength of Squamish Nation's claim for rights and title.

Toutefois, la Couronne communiquera avec la Nation Squamish en août 2015 pour lui fournir des renseignements supplémentaires sur l'étape III des consultations de la Couronne et lui expliquer la façon dont elle examinera les effets négatifs du projet sur des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis. Cette prochaine correspondance résumera la compréhension de la Couronne quant à la solidité de la revendication relative aux droits ancestraux et au titre ancestral de la Nation Squamish.

[276] The Board denied Squamish's request for a fuller answer on the primary ground that the information Squamish sought "would not contribute to the record in any substantive way and, therefore, would not be material to the Board's assessment."

[276] L'Office a rejeté la demande des Squamish visant l'obtention d'une réponse plus complète pour le motif principal que les renseignements sollicités par les Squamish [TRADUCTION] « n'apporteraient rien de substantiel au dossier et n'influeraient donc pas sur l'évaluation par l'Office ».

[277] Given the mandate of the Board, the iterative nature of the consultation process and the fact that direct Crown consultation would take place in Phase III following the release of the Board's report, Squamish has not shown that it was a breach of procedural fairness for the Board not to compel a fuller answer to its question.

[277] Vu le mandat de l'Office, la nature itérative du processus de consultation et le fait que des consultations directes menées par la Couronne auraient lieu à l'étape III, après la publication du rapport de l'Office, les Squamish n'ont pas démontré que l'Office avait manqué à l'équité procédurale en refusant d'ordonner la fourniture d'une réponse plus complète à leur question.

(v) The asserted deferral and delegation of the assessment of important information

[278] The City of Burnaby next argues that the Board impermissibly deferred “the provision of critically important information to after the Report stage, and after the [Governor in Council’s decision]” (memorandum of fact and law, paragraph 164). Burnaby says that by doing so, the Board acted contrary to the statutory regime and breached the principle of *delegatus non potest delegare*. At this point in its submissions, Burnaby did not suggest what specific aspect of the statutory regime was contravened, or how the Board or the Governor in Council improperly delegated their statutory responsibility. At this stage, Burnaby deals with this as an issue of procedural fairness. I deal with the statutory scheme argument commencing at paragraph 322.

[279] Burnaby points to a number of issues where it alleges that the Board failed to weigh the evidence and expert opinions put before it. Burnaby says:

- It provided expert evidence that the Project presents serious and unacceptable safety risks to the neighbourhoods that are proximate to the Burnaby Terminal as a result of fire, explosion and boil-over, and that Trans Mountain had failed to assess these risks.
- It established gaps in Trans Mountain’s geotechnical investigation of the tunnel option and a lack of analysis of the feasibility of the tunnel option.
- It identified significant information gaps with respect to the Westridge Marine Terminal, including gaps concerning: the final design; spill risk; fire risk; geotechnical risk; and, the ability to respond to these risks.
- It adduced evidence that the available fire response resources were inadequate.

(v) La prétention concernant le report et la délégation de l’évaluation de renseignements importants

[278] Burnaby soutient ensuite que l’Office a, de façon inacceptable, reporté [TRADUCTION] « la communication de renseignements cruciaux, pour qu’elle ait lieu après l’étape du rapport et après [la décision du gouverneur en conseil] » (mémoire des faits et du droit, paragraphe 164). Elle affirme que, ce faisant, l’Office a agi contrairement au régime législatif et a violé le principe selon lequel le délégué ne peut pas déléguer (*delegatus non potest delegare*). À ce stade de ses observations, Burnaby n’indique pas quel aspect précis du régime législatif avait été enfreint ou comment l’Office ou le gouverneur en conseil avaient irrégulièrement délégué leur responsabilité légale. Elle en traite comme une question d’équité procédurale. J’examine l’argument fondé sur le régime législatif à partir du paragraphe 322.

[279] Burnaby renvoie à des exemples démontrant selon elle que l’Office a omis d’apprécier la preuve et les opinions d’expert qui lui avaient été présentées. Elle affirme ce qui suit :

- Elle a produit une preuve d’expert à l’effet que le projet présente des risques graves et inacceptables pour les quartiers à proximité du terminal de Burnaby en cas d’incendie, d’explosion et de débordement thermique, et Trans Mountain a omis d’évaluer ces risques.
- Elle a relevé des lacunes dans l’enquête géotechnique de Trans Mountain concernant l’option du tunnel. Selon elle, l’analyse de faisabilité du tunnel est également lacunaire.
- Elle a relevé des lacunes importantes concernant le terminal maritime Westridge, notamment la conception finale, le risque de déversement, le risque d’incendie, le risque géotechnique et la mitigation des risques.
- Elle a fourni la preuve de l’insuffisance des ressources disponibles en cas d’incendie.

- It demonstrated the risk to Simon Fraser University following an incident at the Burnaby Terminal because of the tunnel's proximity to the only evacuation route from the University.

[280] Burnaby argues that the Board declined to compel further information from Trans Mountain on these points, and instead imposed conditions that required Trans Mountain to do certain specified things in the future. For example, the Board imposed conditions requiring Trans Mountain to file with the Board for approval a report to revise the terminal risk assessments, including the Burnaby Terminal risk assessment, to include consideration of the risks not assessed (Board Conditions 22 and 129). Board Condition 22 had to be met at least six months before Trans Mountain commenced construction; Condition 129 had to be met at least three months before Trans Mountain applied to open each terminal. Burnaby also notes that many conditions imposed by the Board were not subject to subsequent Board approval.

[281] Burnaby argues that this process prevented meaningful testing of information filed after the Board issued its report recommending that the Project be approved. Further, the Governor in Council did not have access to the material to be filed in response to the Board's conditions when it made its determination of the public interest.

[282] Underpinning these arguments is Burnaby's assertion that the "Board's rulings deprived Burnaby of the ability to review and assess the validity of the alternatives assessment (or to confirm that one was made)" (memorandum of fact and law, paragraph 41).

[283] I can well understand Burnaby's concern—the consequence of a serious spill or explosion and fire in a densely populated metropolitan area might be catastrophic. However, in my respectful view, Burnaby's understandable desire to be able to independently review and assess the validity of the assessment of alternatives to the expansion of the Westridge Marine Terminal, or other matters that affect the City, is inconsistent with the

- Elle a démontré le risque pour l'Université Simon Fraser en cas d'incident au terminal de Burnaby en raison de la proximité du tunnel par rapport à l'unique voie d'évacuation de l'institution.

[280] Burnaby fait valoir que l'Office a refusé de contraindre Trans Mountain à produire un complément de renseignements sur ces questions, et lui a plutôt imposé des conditions l'obligeant à certaines choses pour l'avenir. Par exemple, l'Office l'a enjoint à déposer devant lui, pour approbation, un rapport contenant une révision des évaluations du risque des terminaux, y compris du terminal de Burnaby, dont un examen des risques non évalués (conditions 22 et 129 de l'Office). Trans Mountain était tenue de satisfaire à la condition 22 au moins six mois avant le début des travaux et, dans le cas de la condition 129, au moins trois mois avant que Trans Mountain présente sa demande d'autorisation de mise en service à l'égard de chaque terminal. Burnaby note aussi que de nombreuses conditions imposées par l'Office n'ont pas fait l'objet d'une approbation subséquente de la part de ce dernier.

[281] Burnaby fait valoir que ce processus empêchait une vérification efficace des renseignements déposés après la publication du rapport de l'Office recommandant l'approbation du projet. De plus, lorsqu'il a tiré sa conclusion au sujet de l'intérêt public, le gouverneur en conseil ne disposait pas des documents devant être déposés en réponse aux conditions imposées par l'Office.

[282] C'est l'affirmation de Burnaby selon laquelle [TRADUCTION] « les décisions de l'Office ont privé Burnaby de la faculté d'examiner et d'évaluer la validité de l'évaluation des solutions de rechange (ou de confirmer qu'il y en avait bel et bien eu une) » qui sous-tend ces prétentions (mémoire des faits et du droit, paragraphe 41).

[283] Je peux comprendre la préoccupation de Burnaby — la conséquence d'un déversement important ou d'une explosion suivie d'un incendie dans une région métropolitaine densément peuplée pourrait être catastrophique. Toutefois, à mon humble avis, le désir compréhensible de Burnaby d'être autorisée à examiner et à évaluer de façon indépendante la validité de l'évaluation des solutions de rechange à l'agrandissement du terminal

regulatory scheme enacted by Parliament. Parliament has vested in the Board the authority and responsibility to consider and then make recommendations to the Governor in Council on matters of public interest; the essence of the Board's responsibility is to balance the Project-related benefits against the Project-related burdens and residual burdens, and to then make recommendations to the Governor in Council. In this legislative scheme, the Board is not required to facilitate an interested party's independent review and assessment of a project. It is not for this Court to opine on the appropriateness of the policy expressed and implemented in the *National Energy Board Act*. Rather, the Court's role is to apply the legislation as Parliament has enacted.

[284] The Supreme Court has recognized the Board's "expertise in the supervision and approval of federally regulated pipeline projects" and described the Board to be "particularly well positioned to assess the risks posed by such projects". The Supreme Court went on to note the Board's "broad jurisdiction to impose conditions on proponents to mitigate those risks" and to acknowledge that it is the Board's "ongoing regulatory role in the enforcement of safety measures [which] permits it to oversee long-term compliance with such conditions" (*Chippewas of the Thames First Nation*, paragraph 48). While the Supreme Court was particularly focused on the Board's expertise in the context of its ability to assess risks posed to Indigenous groups, the Board's expertise extends to the full range of risks inherent in the operation of a pipeline, including the risks raised by Burnaby.

[285] Burnaby's submission must be assessed in the light of the Board's approval process. I will set out the Board's approval process at some length because of the importance of this issue to the City of Burnaby and other applicants.

[286] The Board described its approval process in Section 1.3 of its report:

maritime Westridge, ou d'autres questions touchant la municipalité, ne cadre pas avec le régime réglementaire adopté par le législateur. Ce dernier a conféré à l'Office le pouvoir et la responsabilité d'examiner les questions d'intérêt public et de faire ensuite des recommandations au gouverneur en conseil; la responsabilité de l'Office consiste essentiellement à mettre en balance d'une part les avantages du projet et d'autre part ses inconvénients, notamment résiduels, et de faire des recommandations au gouverneur en conseil. Ce cadre législatif n'oblige pas l'Office à faciliter la tenue d'un examen et d'une évaluation indépendants du projet par une partie intéressée. Il n'appartient pas à notre Cour de se prononcer sur le bien-fondé de la politique énoncée dans la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Le rôle de la Cour consiste plutôt à appliquer les mesures législatives telles qu'elles ont été adoptées.

[284] La Cour suprême reconnaît « l'expertise [que l'Office] possède en ce qui concerne la surveillance et l'approbation de projets de pipeline réglementés par le fédéral » et affirme que l'Office est « particulièrement bien placé pour évaluer les risques que posent des projets de cette nature ». Elle ajoute que l'Office dispose de « vastes pouvoirs l'habilitant à imposer aux promoteurs des conditions en vue d'atténuer de tels risques » et indique que « le rôle permanent qu'il joue en tant qu'organisme de réglementation en ce qui concerne l'application de mesures de sécurité lui permet de veiller au respect à long terme de ces conditions » (*Chippewas of the Thames First Nation*, paragraphe 48). Certes, la Cour suprême mentionne particulièrement l'expertise de l'Office pour ce qui est d'évaluer les risques pour les groupes autochtones, mais cette expertise s'étend à la panoplie complète de risques inhérents à l'exploitation d'un pipeline, y compris ceux soulevés par Burnaby.

[285] L'argument de Burnaby doit être évalué à la lumière du processus d'approbation de l'Office. J'expose de façon assez détaillée ce processus étant donné l'importance de cette question pour Burnaby et d'autres demandeurs.

[286] L'Office décrit son processus d'approbation à la section 1.3 de son rapport :

1.3 The Project application stage – codes, commitments and conditions

Trans Mountain's Application was filed while the Project was at an initial phase of the regulatory lifecycle, as is typical of applications under section 52 of the NEB Act. As set out in the Board's Filing Manual, the Board requires a broad range of information when a section 52 application is filed. At the end of the hearing, the level of information available to the Board must be sufficient to allow it to make a recommendation to the GIC that the Project is or is not in the public interest. There also must be sufficient information to allow the Board to draft conditions that would attach to any new and amended CPCNs, and other associated regulatory instruments (Instruments), should the Project be approved by the GIC.

The Board does not require final information about every technical detail during the application stage of the regulatory process. For example, much of the information filed with respect to the engineering design would be at the conceptual or preliminary level. Site-specific engineering information would not be filed with the Board until after the detailed routing is confirmed, which would be one of the next steps in the regulatory process should the Project be approved. Completion of the detailed design of the project, as well as subsequent construction and operations, would have to comply with:

- the NEB Act, regulations, including the *National Energy Board Onshore Pipeline Regulations* (OPR), referenced standards and applicable codes;
- the company's conceptual design presented, and commitments made in the Application and hearing proceedings; and
- conditions which the Board considers necessary.

The Board may impose conditions requiring a company to submit detailed information for review (and in some cases, for approval) by the Board before the company is permitted to begin construction. Further information, such as pressure testing results, could be required in future leave to open applications before a company would be permitted to begin pipeline operations. In compliance with the OPR, a company is also required to fully develop an emergency response plan prior to beginning operations. In some cases, the Board has imposed conditions with specific requirements for the development, content and filing of the emergency response plan (see Table 1). This would be filed and fully assessed at a condition compliance stage

1.3 Étape de la demande visant le projet : codes engagements et conditions

Trans Mountain a déposé sa demande au début du processus réglementaire, comme c'est habituellement le cas des demandes effectuées en vertu de l'article 52 de la *Loi*. Comme le précise le Guide de dépôt, l'Office exige une vaste quantité de renseignements dans le cas des demandes en vertu de l'article 52. À la fin d'une audience, les renseignements mis à la disposition de l'Office doivent être suffisants pour lui permettre de présenter une recommandation au gouverneur en conseil sur l'intérêt public du projet. Les renseignements doivent également être suffisants pour permettre à l'Office de rédiger des conditions relatives à un certificat d'intérêt public et à d'autres instruments réglementaires si le projet est approuvé par le gouverneur en conseil.

L'Office n'a pas besoin des renseignements définitifs sur les détails techniques à l'étape de la demande. Par exemple, la plupart des renseignements présentés en lien avec la conception technique sont d'ordre conceptuel ou [se rapportent à la phase de l'ingénierie préliminaire]. Les renseignements sur les aspects techniques propres au site n'ont pas à être déposés auprès de l'Office avant la présentation du tracé détaillé, qui constitue l'une des étapes suivantes du processus réglementaire lorsqu'un projet est approuvé. La conception détaillée du projet, la construction et l'exploitation doivent respecter les éléments suivants :

- la *Loi*, des règlements, dont le *Règlement de l'Office national de l'énergie sur les pipelines terrestres* (le *Règlement*), les normes et les codes applicables;
- le modèle de conception présenté par l'entreprise et les engagements effectués au cours de la demande et de l'audience;
- toute condition que l'Office juge nécessaire.

L'Office peut exiger d'une entreprise qu'elle soumette des renseignements détaillés à des fins d'examen (et parfois d'approbation) avant de pouvoir commencer la construction. D'autres renseignements, comme les résultats de tests de pression, peuvent être exigés pour une autorisation de mise en service avant qu'une entreprise ait le droit de commencer l'exploitation d'un pipeline. Conformément au *Règlement*, une entreprise est également tenue d'élaborer un plan d'intervention d'urgence avant de commencer l'exploitation d'un pipeline. Dans certains cas, l'Office impose des conditions qui comprennent des exigences précises quant à l'élaboration, au contenu et au dépôt du plan d'intervention d'urgence (voir

once detailed routing is known. Because the detailed routing information is necessary to perform this assessment, it would be premature to require a fully detailed emergency response plan to be filed at the time of the project application.

While the project application stage is important, as set out in Chapter 3, there are further detailed plans, studies and specifications that are required before the project can proceed. Some of these are subject to future Board approval, and others are filed with the Board for information, disclosure, and/or future compliance enforcement purposes. The Board's recommendation on the project application is not a final determination of all issues. While some hearing participants requested the final detailed engineering or emergency response plans, the Board does not require further detailed information and final plans at this stage of the regulatory lifecycle.

To set the context for its reasons for recommendation, the Board finds it helpful to identify the fundamental consideration used in reaching any section 52 determination. The overarching consideration for the Board's public interest determination at the application stage is: can this pipeline be constructed, operated and maintained in a safe manner. The Board found this to be the case. While this initial consideration is fundamental, a finding that a pipeline could be constructed, operated and maintained in a safe manner does not mean a pipeline is necessarily in the public interest as there are other considerations that the Board must weigh, as discussed below. However, the analysis would go no further if the answer to this fundamental question were answered in the negative, as an unsafe pipeline can never be in the public interest. [Underlining added; footnote omitted.]

[287] The Board went on to describe how projects are regulated through their lifecycle in Chapter 3, particularly in sections 3.1 to 3.5:

3.0 Regulating through the Project lifecycle

The approval of a project, through issuance of one or more Certificate of Public Convenience and Necessity (CPCN) and/or orders incorporating applicable conditions, forms just one phase in the Board's lifecycle regulation. The Board's public interest determination relies upon the subsequent execution of detailed design,

le tableau 1). Ces conditions sont déposées et évaluées en profondeur à l'étape du respect des conditions, une fois le tracé détaillé connu. Étant donné que le tracé détaillé est nécessaire pour procéder à l'évaluation, demander le dépôt d'un plan d'intervention d'urgence détaillé au moment de la demande visant un projet serait prématuré.

L'étape de la demande visant un projet est importante. Toutefois, comme il est précisé au chapitre 3, d'autres plans détaillés, études et devis sont exigés avant qu'un projet puisse débiter. Certains de ces documents sont assujettis à l'approbation de l'Office, alors que d'autres lui sont remis à des fins de renseignements, de déclaration de l'information et d'application ultérieure de mesures de conformité. La recommandation de l'Office quant à la demande visant un projet ne constitue pas une décision définitive concernant tous les éléments en jeu. Certains participants à l'audience ont demandé des renseignements sur l'ingénierie de détail ou sur les plans d'intervention d'urgence, mais l'Office n'avait pas besoin de plus de renseignements détaillés à cette étape du processus réglementaire.

Afin de bien définir le contexte quant aux motifs de sa recommandation, l'Office considère qu'il est utile de cerner l'élément fondamental servant à déterminer quoi que ce soit en vertu de l'article 52. Cet élément pour la détermination de l'intérêt public à l'étape de la demande est le suivant : est-ce que ce pipeline peut-être [sic] construit, exploité et entretenu sans danger. L'Office a estimé que c'était le cas. Même s'il s'agit de l'élément fondamental, cela ne signifie pas pour autant que, même dans de telles circonstances, un pipeline est nécessairement dans l'intérêt public et pour en juger, l'Office doit soupeser d'autres facteurs, dont il sera question plus loin. Cependant, l'analyse s'arrêterait net si la réponse à la question fondamentale était négative, car un pipeline posant un danger ne sera jamais dans l'intérêt public. [Non souligné dans l'original; renvois omis.]

[287] L'Office décrit ensuite, au chapitre 3, et particulièrement aux sections 3.1 à 3.5, la façon dont sont réglementés les projets au cours de leur cycle de vie :

3.0 Réglementation tout au long du cycle de vie du projet

L'approbation d'un projet, par l'émission d'un certificat ou de plusieurs certificats et/ou d'ordonnances comportant les conditions applicables, n'est que l'une des étapes de la réglementation axée sur le cycle de vie de l'Office. L'établissement de la conformité à l'intérêt public repose sur l'exécution subséquente de la conception, de la

construction, operation, maintenance and, ultimately, abandonment of a project in compliance with applicable codes, commitments and conditions, such as those discussed in Chapter 1. Throughout the lifecycle of an approved project, as illustrated in Figure 4, the Board holds the pipeline company accountable for meeting its regulatory requirements in order to keep its pipelines and facilities safe and secure, and protect people, property and the environment. To accomplish this, the Board reviews or assesses condition filings, tracks condition compliance, verifies compliance with regulatory requirements, and employs appropriate enforcement measures where necessary to quickly and effectively obtain compliance, prevent harm, and deter future non-compliance.

After a project application is assessed and the Board makes its section 52 recommendation (as described in Chapter 2, section 2.1), the project cannot proceed until and unless the Governor in Council approves the project and directs the Board to issue the necessary CPCN. If approved, the company would then prepare plans showing the proposed detailed route of the pipeline and notify landowners. A detailed route hearing may be required, subject to section 35 of the *National Energy Board Act* (NEB Act). The company would also proceed with the detailed design of the project and could be required to undertake additional studies, prepare plans or meet other requirements pursuant to NEB conditions on any CPCN or related NEB order. The company would be required to comply with all conditions to move forward with its project, prior to and during construction, and before commencing operations. While NEB specialists would review all condition filings, those requiring approval of the Board would require this approval before the project could proceed.

Once construction is complete, the company would need to apply for the Board's permission (or "leave") to open the project and begin operations. While some conditions may apply for the life of a pipeline, typically the majority must be satisfied prior to beginning operations or within the first few months or years of operation. However, the company must continue to comply with the *National Energy Board Onshore Pipeline Regulations* (OPR) and other regulatory requirements to operate the pipeline safely and protect the environment.

construction, de l'exploitation et, finalement, de la cessation d'exploitation d'un projet en conformité avec les codes, les engagements et les conditions applicables, dont des exemples ont été donnés précédemment. Comme le montre la figure 4, tout au long du cycle de vie d'un projet approuvé, l'Office tient la société pipelinère responsable de satisfaire aux exigences réglementaires de façon à tenir ses pipelines et ses installations sécuritaires et à protéger les personnes, les biens et l'environnement. À cette fin, l'Office passe en revue et évalue les dépôts liés aux conditions, fait le suivi des conditions pour veiller à leur respect, vérifie la conformité aux exigences réglementaires, instaure au besoin des mesures de mise en application appropriées afin d'assurer rapidement et efficacement la conformité, de prévenir les dommages et de dissuader les futurs comportements non conformes.

Une fois que la demande relative au projet est évaluée et que l'Office formule sa recommandation conformément à l'article 52 (de la façon décrite [au] chapitre 2, section 2.1), le projet ne peut pas être mis en œuvre avant et à moins que le gouverneur en conseil approuve le projet et ordonne à l'Office de délivrer le certificat d'utilité publique nécessaire. Si le projet est approuvé, la société doit préparer des plans indiquant le tracé détaillé projeté du pipeline et doit aviser les propriétaires fonciers. Une audience sur le tracé détaillé pourrait être nécessaire, sous réserve de l'article 35 de la *Loi sur l'office national de l'énergie* (la *Loi*). La société devra aussi procéder à la conception détaillée du projet, et pourrait être tenue de mener des études supplémentaires, d'élaborer des plans ou de satisfaire à d'autres exigences selon les conditions de l'Office à l'égard de tout certificat d'utilité publique ou de toute ordonnance connexe. La société devra se conformer à toutes les conditions afin d'aller de l'avant avec son projet, avant et pendant les travaux de construction et avant le début de l'exploitation. Même si les spécialistes de l'Office passent en revue tous les dépôts liés aux conditions, celles qui requièrent l'approbation de l'Office doivent être approuvées avant que le projet puisse être réalisé.

Une fois les travaux de construction achevés, la société devra solliciter la permission de l'Office (ou l'autorisation) pour mettre le projet en service et pour commencer les activités d'exploitation. Même si certaines conditions peuvent s'appliquer tout au long de la durée de vie d'un pipeline, la majorité d'entre elles doit habituellement être respectée avant le début des activités d'exploitation ou dans les premiers mois ou premières années de l'exploitation du pipeline. Toutefois, la société doit continuer de se conformer au *Règlement de l'Office national de l'énergie sur les pipelines terrestres* (le *Règlement*) et aux autres

...

If the Project is approved, the Board would employ its established lifecycle compliance verification and enforcement approach to hold Trans Mountain accountable for implementing the proposed conditions and other regulatory requirements during construction, and the subsequent operation and maintenance of the Project.

3.1 Condition compliance

If the Project is approved and Trans Mountain decides to proceed, it would be required to comply with all conditions that are included in the CPCNs and associated regulatory instruments (Instruments). The types of filings that would be required to fulfill the conditions imposed on the Project, if approved, are summarized in Table 4.

...

If the Project is approved, the Board would oversee condition compliance, make any necessary decisions respecting such conditions, and eventually determine, based on filed results of field testing, whether the Project could safely be granted leave to open.

Documents filed by Trans Mountain on condition compliance and related Board correspondence would be available to the public on the NEB website. All condition filings, whether or not they are for approval, would be reviewed and assessed to determine whether the company has complied with the condition, and whether the filed information is acceptable within the context of regulatory requirements and standards, best practices, professional judgement and the goals the condition sought to achieve. If a condition is “for approval”, the company must receive formal approval, by way of a Board letter, for the condition to be fulfilled.

If a filing fails to fulfill the condition requirements or is determined to be inadequate, the Board would request further information or revisions from the company by a specified deadline, or may direct the company to undertake additional steps to meet the goals that the condition was set out to achieve.

[...]

exigences réglementaires afin d’exploiter de façon sécuritaire le pipeline et de protéger l’environnement.

Si le projet est approuvé, l’Office aura recours à sa démarche établie d’exécution et de vérification de la conformité afin que Trans Mountain soit tenue responsable de mettre en œuvre les conditions proposées et les autres exigences réglementaires pendant la construction, l’exploitation et l’entretien ultérieur du projet.

3.1 Conformité aux conditions

Si le projet est approuvé et si Trans Mountain décide de le réaliser, elle sera tenue de respecter toutes les conditions assorties aux certificats d’utilité publique et instruments. Le type de dépôts qui sera exigé pour remplir les conditions imposées au projet d’agrandissement du réseau de Trans Mountain, s’il est approuvé, est résumé dans le tableau 4.

[...]

Si le projet est approuvé, l’Office surveillera la conformité aux conditions, prendra les décisions nécessaires relatives à ces conditions et déterminera éventuellement, selon les résultats déposés des essais sur le terrain, s’il est sécuritaire d’autoriser la mise en service du projet.

Les documents déposés par Trans Mountain sur la conformité aux conditions ainsi que la correspondance connexe échangée avec l’Office seront rendus publics dans le registre du projet dans le dépôt central des documents de réglementation sur le site web de l’Office. Tous les dépôts liés aux conditions, qu’elles visent ou non l’obtention de l’approbation, seront examinés et évalués afin de déterminer si la société s’est conformée à la condition, et de déterminer si les renseignements déposés sont acceptables dans le contexte des exigences réglementaires, des normes, des pratiques exemplaires, du jugement professionnel et des objectifs que ladite condition cherche à atteindre. Si une condition vise « l’obtention de l’approbation », la société doit obtenir, par voie de lettre de l’Office, l’approbation officielle selon laquelle la condition est remplie.

Si un dépôt ne satisfait pas aux exigences liées à une condition, ou qu’il est jugé inapproprié, l’Office demandera à la société qu’elle fournisse des renseignements complémentaires ou qu’elle apporte des modifications dans un délai déterminé; l’Office pourra aussi ordonner à la société de prendre des mesures supplémentaires pour parvenir au résultat escompté par la condition.

3.2 Construction phase

During construction, the Board would require Trans Mountain to have qualified inspectors onsite to oversee construction activities. The Board would also conduct field inspections and other compliance verification activities (as described in section 3.5) to confirm that construction activities meet the conditions of the Project approval and other regulatory requirements, to observe whether the company is implementing its own commitments and to monitor the effectiveness of the measures taken to meet the condition goals, and ensure worker and public safety and protection of the environment.

3.3 Leave to open

If the Project is approved and constructed, the Board will require Trans Mountain to also apply, under section 47 of the NEB Act, for leave to open the pipelines and most related facilities. This is a further step that occurs after conditions applicable to date have been met and the company wishes to begin operating its pipeline and facilities. The Board reviews the company's submissions for leave to open, including the results of field pressure testing, and may seek additional information from the company. Before granting leave to open, the Board must be satisfied that the pipeline or facility has been constructed in compliance with requirements and that it can be operated safely. The Board can impose further terms and conditions on a leave to open order, if needed. [Underlining added; figures and tables omitted.]

[288] In Section 3.5 the Board set out its compliance and enforcement programs noting that:

3.5 Compliance verification and enforcement

...

While all companies are subject to regulatory oversight, some companies receive more than others. In other words, high consequence facilities, challenging projects and those companies who are not meeting the Board's regulatory expectations and goals can expect to see the Board more often than those companies and projects with routine operations.

3.2 Étape de la construction

Pendant la construction, l'Office exigerait de Trans Mountain qu'elle dispose sur place d'inspecteurs aux compétences reconnues pour la supervision des travaux. Il mènerait lui-même certaines inspections sur le terrain en plus d'effectuer d'autres activités de vérification (décrites à la section 3.5) afin de confirmer que les travaux en cours répondent aux conditions d'approbation du projet et aux autres exigences réglementaires, d'observer si la société met en œuvre ses propres engagements et de surveiller l'efficacité des mesures prises de manière à répondre aux objectifs visés par les conditions, ainsi que d'assurer la sécurité des travailleurs et du public de même que la protection de l'environnement.

3.3 Autorisation de mise en service

Si le projet est approuvé et construit, l'Office exigera de Trans Mountain qu'elle présente également, conformément à l'article 47 de la *Loi*, une demande d'autorisation de mise en service du pipeline et de la plupart des installations connexes. Il s'agit là d'une étape supplémentaire à franchir une fois que toutes les conditions applicables ont été respectées au moment où la société veut commencer à utiliser les installations ou le pipeline. L'Office passe en revue la demande d'autorisation de mise en service présentée par la société, y compris les résultats des essais de pression sur le terrain, et peut alors chercher à obtenir un complément d'information. Avant d'accorder l'autorisation de mise en service, l'Office doit avoir vérifié à sa satisfaction que la construction de l'installation ou du pipeline était conforme aux exigences en vue d'une exploitation sécuritaire. Au besoin, l'Office peut imposer de nouvelles conditions avant d'accorder une autorisation de mise en service. [Non souligné dans l'original; figures et tableaux omis.]

[288] À la section 3.5, l'Office décrit ses programmes de conformité et d'exécution, faisant observer que :

3.5 Vérification de la conformité et application

[...]

Toutes les sociétés sont soumises à un certain degré de surveillance réglementaire, mais certaines font l'objet d'une surveillance plus étroite au besoin. Autrement dit, des installations à haut risque, des projets présentant des défis et des sociétés qui ne satisfont pas aux objectifs et aux attentes réglementaires de l'Office doivent s'attendre à voir celui-ci plus fréquemment que les autres sociétés et les projets dont les activités sont routinières.

[289] No applicant challenged the accuracy of the Board's formulation of its approval process and subsequent compliance verification and enforcement approach. The City of Burnaby has not shown how the Board's multi-step approval process is either procedurally unfair or an improper delegation of authority. Implicit in the Board's imposition of a condition, such as a condition requiring a revised risk assessment, or a condition requiring information regarding tunnel location, construction methods, and the like, is the Board's expectation that the condition may realistically be complied with, and that compliance with the condition will allow the pipeline to be constructed, operated and maintained in a safe manner. Also implicit in the Board's imposition of a condition is its understanding of its ability to assess condition filings (whether or not the condition requires formal approval), and its ability to oversee compliance with its conditions.

[290] Transparency with respect to Trans Mountain's compliance with conditions is provided by the Board publishing on its website all documents filed by Trans Mountain relating to condition compliance and all related, responsive Board correspondence.

[291] As for the role of the Governor in Council in such a tiered-approval process, the recitals to the Order in Council show that the Board's conditions were placed before the Governor in Council. Therefore, the Governor in Council must be seen to have been aware of the extent of the matters left for future review by the Board, and to have accepted the Board's assessment and recommendation about the public interest on that basis.

(vi) Failing to provide adequate reasons

[292] The City of Burnaby next argues that the Board erred by failing to provide sufficient reasons on the following issues:

- a. alternative means of carrying out the Project;
- b. risks relating to fire and spills (including seismic risk);
- c. the suitability of the Burnaby Mountain Tunnel;

[289] Aucun demandeur n'a remis en question l'exactitude de la description par l'Office de son processus d'approbation et de vérification ultérieure de la conformité et de l'application des mesures. Burnaby n'a pas démontré en quoi le processus d'approbation à plusieurs étapes enfreint l'équité procédurale ou comporte une délégation de pouvoir irrégulière. En imposant une condition — par exemple la révision de l'évaluation du risque ou la communication de renseignements au sujet de l'emplacement du tunnel, des méthodes de construction, etc. — l'Office donne à entendre que la condition est réaliste et que le respect de cette dernière permettra de construire, d'exploiter et d'entretenir de façon sécuritaire le pipeline. Il donne aussi à entendre qu'il est en mesure d'évaluer les dépôts liés aux conditions imposées (que la condition exige ou non une approbation formelle) et de surveiller le respect de ses conditions.

[290] L'Office fait preuve de transparence quant au respect des conditions par Trans Mountain en affichant sur son site Web tous les documents déposés par cette dernière à ce sujet ainsi que les réponses qu'il lui a envoyées.

[291] En ce qui concerne le rôle du gouverneur en conseil dans un tel processus d'approbation à plusieurs niveaux, les attendus du décret démontrent que les conditions imposées par l'Office lui ont été présentées. Par conséquent, le gouverneur en conseil est réputé connaître la portée des questions que l'Office devra examiner ultérieurement et avoir accepté, sur ce fondement, l'évaluation et la recommandation de l'Office concernant l'intérêt public.

(vi) Omission de fournir des motifs suffisants

[292] Burnaby fait ensuite valoir que l'Office a commis une erreur en fournissant des motifs insuffisants à l'égard des questions suivantes :

- a. les solutions de rechange pour le projet;
- b. les risques en cas d'incendie, de déversement ou de séisme;
- c. le choix de percer un tunnel sous le mont Burnaby;

- d. the protection of municipal water sources; and,
- e. whether, and on what basis, the Project is in the public interest.

[293] I begin my analysis by noting that the adequacy of reasons is not a “stand-alone basis for quashing a decision”. Rather, reasons are relevant to the overall assessment of reasonableness. Further, reasons “must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes”. (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraph 14).

[294] This is consistent with the Court’s reasoning in *Dunsmuir* where the Supreme Court explained the notion of reasonableness review and spoke of the role reasons play in reasonableness review [at paragraphs 47–48]:

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.

The move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Southam* formalism. In this respect, the concept of deference, so central to judicial review in administrative law, has perhaps been insufficiently explored in the case law. What does deference mean in this context? Deference is both an attitude of the court and a requirement of the law of judicial review. It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts

- d. la protection des sources d’eau municipales;
- e. la question de savoir si le projet est dans l’intérêt public, et, dans l’affirmative, en quoi il l’est.

[293] Je commence mon analyse en notant que l’insuffisance des motifs ne permet pas « à elle seule de casser une décision ». Les motifs sont pertinents lorsqu’il s’agit de décider si une décision est raisonnable dans son ensemble. En outre, les motifs « doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles » (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, paragraphe 14).

[294] Ces règles sont conformes au raisonnement exposé dans l’arrêt *Dunsmuir*, où la Cour suprême explique la notion du contrôle au regard du caractère raisonnable et explique le rôle que jouent les motifs à cet égard [aux paragraphes 47 et 48] :

La norme déferente du caractère raisonnable procède du principe à l’origine des deux normes antérieures de raisonabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n’appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

L’application d’une seule norme de raisonabilité n’ouvre pas la voie à une plus grande immixtion judiciaire ni ne constitue un retour au formalisme d’avant l’arrêt *Southam*. À cet égard, les décisions judiciaires n’ont peut-être pas exploré suffisamment la notion de déférence, si fondamentale au contrôle judiciaire en droit administratif. Que faut-il entendre par déférence dans ce contexte? C’est à la fois une attitude de la cour et une exigence du droit régissant le contrôle judiciaire. Il ne s’ensuit pas que les cours de justice doivent s’incliner devant

must show blind reverence to their interpretations, or that they may be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. The notion of deference “is rooted in part in a respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers” (*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 596, *per* L’Heureux-Dubé J., dissenting). We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of “deference as respect” requires of the courts “not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision”: “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286 (quoted with approval in *Baker*, at para. 65, *per* L’Heureux-Dubé J.; *Ryan*, at para. 49). [Underlining added.]

[295] Reasons need not include all of the relevant arguments, statutory provisions or jurisprudence. A decision-maker need not make an explicit finding on each constituent element leading to the final conclusion. Reasons are adequate if they allow the reviewing court to understand why the decision-maker made its decision and permit the reviewing court to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes.

[296] I now turn to consider Burnaby’s submissions in the context of the Board’s reasons.

Alternative means of carrying out the Project

[297] Burnaby’s concern about alternative means of carrying out the Project centers on the Board’s treatment of alternative locations for the marine terminal. In section 11.1.2 the Board dealt with the requirement imposed by paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* that an environmental assessment of a designated project must take into account “alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible”. The views of the Board are expressed in this section on pages 244 through 245.

les conclusions des décideurs ni qu’elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations. Elles ne peuvent pas non plus invoquer la notion de raisonabilité pour imposer dans les faits leurs propres vues. La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. Elle « repose en partie sur le respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués » : (*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 596, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente). Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] « retenue au sens de respect » n’exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » : « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286 (cité avec approbation par la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Baker*, par. 65; *Ryan*, par. 49). [Non souligné dans l’original.]

[295] Les motifs n’ont pas besoin de mentionner la totalité des arguments pertinents, des dispositions législatives ou de la jurisprudence. Le décideur n’est pas tenu de tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement qui a mené à sa conclusion finale. Les motifs sont suffisants s’ils permettent à la cour de révision de déterminer pourquoi le décideur a tranché comme il l’a fait et si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables.

[296] Analysons les prétentions de Burnaby à la lumière des motifs de l’Office.

Solutions de rechange pour réaliser le projet

[297] La préoccupation de Burnaby quant aux autres moyens de réaliser le projet porte sur l’examen, effectué par l’Office, des emplacements de rechange pour le terminal maritime. À la section 11.1.2, l’Office traite de l’exigence, à l’alinéa 19(1)g) de la *Loi sur l’évaluation environnementale (2012)*, que l’évaluation environnementale d’un projet désigné prenne en compte « les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique ». L’opinion de l’Office est exprimée dans cette section aux pages 252 à 253.

[298] Of particular relevance to Burnaby's concern are the first two paragraphs of the Board's reasons [at page 244 of the report]:

The Board finds that Trans Mountain's route selection process, route selection criteria, and level of detail for its alternative means assessment are appropriate. The Board further finds that aligning the majority of the proposed pipeline route alongside, and contiguous to, existing linear disturbances is reasonable, as this would minimize the environmental and socio-economic impacts of the Project.

The Board acknowledges the concern raised by the City of Burnaby that Trans Mountain did not provide an assessment of the risks, impacts and effects of the alternate marine terminal locations at Kitimat, B.C., or Roberts Bank in Delta, B.C. The Board finds that Trans Mountain has provided an adequate assessment, including consideration of technical, socio-economic and environmental effects, of technically and economically feasible alternative marine terminal locations.

[299] In my view, these reasons allowed the Governor in Council and allow this Court to know why the Board found Trans Mountain's assessment of alternative means to be adequate or appropriate—the Board accepted the facts conveyed by Trans Mountain and found that these facts provided an appropriately detailed consideration of the alternative means. In my further view, the reasons, when read with the record, also allow the Court to consider whether the Board's treatment of alternatives to the Westridge Marine Terminal were so materially flawed that the Board's report was not a "report" that the Governor in Council could rely upon. This is a substantive issue I deal with below commencing at paragraph 322.

Assessment of risks

[300] Burnaby's concerns about the assessment of risks centre on the Burnaby Terminal risk assessment, the Westridge Marine Terminal risk assessment, the Emergency Fire Response plan and the evacuation of Simon Fraser University.

[298] Les deux premiers paragraphes sont particulièrement pertinents quant à la préoccupation de Burnaby [à la page 252 du rapport] :

L'Office juge appropriés le mécanisme et les critères de sélection du tracé, ainsi que le niveau de détail, retenus pour son évaluation d'autres moyens. L'Office juge en outre raisonnable aussi l'alignement de la majeure partie du tracé pipelinier proposé dans l'axe des perturbations linéaires existantes et contiguës à celles-ci, car il réduit au minimum les incidences environnementales et socio-économiques éventuelles du projet.

L'Office prend acte de la préoccupation soulevée par la Ville de Burnaby, qui a affirmé que Trans Mountain n'a pas produit d'évaluation des risques, des répercussions et des effets des emplacements de rechange du terminal maritime à Kitimat (C.-B.) ou à Roberts Bank, à Delta (C.-B.). L'Office juge que Trans Mountain a fourni une évaluation suffisante, et notamment qu'elle a tenu compte des effets techniques, socioéconomiques et environnementaux d'autres emplacements réalisables sur les plans technique et économique pour le terminus maritime.

[299] À mon avis, ces motifs permettaient au gouverneur en conseil — et permettent à notre Cour — de savoir pourquoi l'Office avait conclu que l'évaluation des solutions de rechange par Trans Mountain était adéquate. L'Office a accepté les faits présentés par cette dernière et a conclu qu'ils exposaient de façon suffisamment détaillée les solutions de rechange. Je suis également d'avis que les motifs, à la lumière de l'ensemble du dossier, permettent aussi à la Cour de décider si l'examen par l'Office des solutions de rechange au terminal maritime Westridge était vicié au point que le rapport de l'Office ne constituait pas un « rapport » en bonne et due forme sur lequel pouvait se fonder le gouverneur en conseil. Je traite ci-après de cette question de fond, à partir du paragraphe 322.

Évaluation des risques

[300] Les préoccupations de Burnaby au sujet de l'évaluation des risques ont trait à l'évaluation des risques du terminal de Burnaby et du terminal maritime Westridge, ainsi qu'au plan d'intervention d'urgence en cas d'incendie et à l'évacuation de l'Université Simon Fraser.

Burnaby Terminal

[301] The Board's consideration of terminal expansions generally is found in Section 6.4 of its report. The Burnaby Terminal is discussed at pages 92 through 95 of the Board's report. After setting out the evidence, including Burnaby's evidence, at page 95 the Board expressed its reasons on the Burnaby Terminal as follows:

The Burnaby Terminal is uphill of the neighborhood of Forest Grove. An issue of potential concern is the possibility, however remote, of a multiple-tank failure in a common impounding area exceeding the available secondary containment capacity under certain conditions. The Board would impose a condition requiring Trans Mountain to demonstrate that the secondary containment system would be capable of draining large spills away from Tank 96, 97 or 98 to the partial RI. Trans Mountain must also demonstrate that the secondary containment system has the capacity to contain a spill from a multiple-tank rupture scenario (Condition 24).

The City of Burnaby and the City of Burnaby Fire Department raised concerns about fire and safety risks at the Burnaby Terminal following, in particular, those associated with boil-overs. Trans Mountain claimed that boil-over events are unlikely, yet did not quantify the risks through rigorous analysis. The Board is of the view that a complete assessment of risk requires consideration of the cumulative risk from all tanks at a terminal. The Board would impose conditions requiring Trans Mountain to revise the terminal risk assessments, including the Burnaby Terminal, to demonstrate how the mitigation measures will reduce the risks to levels that are As Low As Reasonably Practicable (ALARP) while complying with the Major Industrial Accidents Council of Canada (MIACC) criteria considering all tanks in each respective terminal (Conditions 22 and 129).

[302] With respect to the geotechnical design, the Board wrote at page 97:

The Board acknowledges the concerns of participants regarding the preliminary nature of the geotechnical design evidence provided. However, the Board is of the view that the design information and the level of detail provided by Trans Mountain with respect to the geotechnical design for the Edmonton Terminal West Tank Area and the Burnaby Terminal are sufficient for the Board at the application stage. The Board notes that more extensive

Terminal de Burnaby

[301] L'analyse par l'Office portant sur l'agrandissement des terminaux en général se trouve à la section 6.4 de son rapport. Il traite du terminal de Burnaby aux pages 94 à 97. Il expose la preuve, notamment celle présentée par Burnaby, et énonce en ces termes ses motifs au sujet du terminal de Burnaby, à la page 97 :

Le terminal de Burnaby est en amont du secteur de Forest Grove. Un sujet de préoccupation est la possibilité, quelque éloignée qu'elle soit, d'une rupture de réservoirs multiples dans une ZCR où la capacité disponible de confinement secondaire serait dépassée dans certaines conditions. L'Office imposerait une condition en exigeant de Trans Mountain qu'elle démontre que le système de confinement secondaire serait capable de drainer un déversement abondant du réservoir 96, 97 ou 98 en direction de la ZER partielle. La société doit aussi démontrer que ce système est capable de retenir le déversement dans un scénario de rupture de réservoirs multiples (condition 24).

La Ville de Burnaby et son service des incendies ont soulevé des préoccupations au sujet des risques d'incendie et des risques pour la sécurité au terminal de Burnaby, plus particulièrement à la suite d'un débordement thermique par bouillonnement. Trans Mountain a maintenu que de tels événements étaient improbables sans chiffrer les risques par une analyse rigoureuse. L'Office estime que, dans une évaluation complète des risques, on se doit de tenir compte du risque cumulatif pour tous les réservoirs d'un terminal. Il imposerait des conditions en exigeant de Trans Mountain qu'elle révise les évaluations de risques des terminaux, dont celui de Burnaby, en vue de démontrer en quoi les mesures d'atténuation ramèneraient les risques au NBRF, tout en se conformant aux critères du CCAIM et en s'attachant à l'ensemble des réservoirs de chaque terminal (conditions 22 et 129).

[302] En ce qui concerne la conception géotechnique, l'Office écrit ce qui suit à la page 99 :

L'Office prend acte des préoccupations exprimées par les participants au sujet du caractère préliminaire des données de conception géotechnique présentées. Il est toutefois d'avis que les données de conception et la finesse descriptive de l'information livrée par Trans Mountain sur la conception géotechnique de la ZSO du terminal d'Edmonton et du terminal de Burnaby sont suffisantes pour qu'il puisse prendre une décision quant à la

geotechnical work will be completed for the detailed engineering and design phase of the Project.

...

With regard to the selection of Seismic Use Group (SUG) for the design of the tanks, the Board notes that Trans Mountain has not made a final determination. Nevertheless, should the Project be approved, the Board will verify that Trans Mountain's tanks have secondary controls to prevent public exposure, in accordance with SUG I design criteria, by way of Conditions 22, 24 and 129.

[303] In my view, these reasons adequately allow the Court to understand why the Board rejected Burnaby's evidence and why it imposed the conditions it did.

Westridge Marine Terminal

[304] The Board dealt with the Westridge Marine Terminal expansion in section 6.5 of its report.

[305] The Board expressed its views at pages 100 through 102. With respect to the design approach the Board wrote:

Trans Mountain has committed to design, construct, and operate the Westridge Marine Terminal (WMT) in accordance with applicable regulations, standards, codes and industry best practices. The Board accepts Trans Mountain's design approach, including Trans Mountain's effort to eliminate two vapour recovery tanks in the expanded WMT by modifying the vapour recovery technology. The Board considers this to be a good approach for eliminating potential spills and fire hazards. The Board would impose Condition 21 requiring Trans Mountain to provide its decision as well as its rationale to either retain or eliminate the proposed relief tank.

[306] With respect to the geotechnical design, the Board wrote:

The Board acknowledges the City of Burnaby's concern regarding the level of detail of the geotechnical information provided in the hearing for the Westridge Marine Terminal (WMT) offshore facilities. However, the Board

recommandation qu'il destine au gouverneur en conseil. Il prend acte aussi qu'on poussera les travaux géotechniques à l'étape des études et de la conception détaillées.

[...]

En ce qui a trait au choix d'un code SUG pour la conception des réservoirs, il se rend compte par ailleurs que la société n'a pas encore pris de décision définitive en la matière. Il reste que, si le projet devait être approuvé, l'Office vérifierait si, pour les réservoirs de la société, il existe un système de maîtrise secondaire empêchant que le public ne soit exposé, et ce, conformément aux critères de conception SUG I et conformément aux conditions 22, 24 et 129.

[303] À mon avis, ces motifs permettent à la Cour de comprendre pourquoi l'Office a rejeté la preuve présentée par Burnaby et imposé telles conditions.

Terminal maritime Westridge

[304] L'Office traite de l'agrandissement du terminal maritime Westridge à la section 6.5 de son rapport.

[305] L'opinion de l'Office figure aux pages 102 à 104. Quant au mode de conception, il écrit :

Trans Mountain s'est engagée à concevoir, à construire et à exploiter le TMW [terminal maritime Westridge] conformément aux règlements, normes et codes applicables et aux meilleures pratiques de l'industrie. Il accepte le mode de conception de la société et les efforts consentis par celle-ci en vue de retrancher deux réservoirs à récupération de vapeur dans le TMW agrandi grâce à une modification de la technologie de récupération en question. Il y voit une bonne approche en matière d'élimination des risques de déversement et des dangers d'incendie. Il imposerait la condition 21 en exigeant de Trans Mountain qu'elle lui présente avec justification sa décision de conserver ou d'écarter le réservoir de détente proposé.

[306] L'Office ajoute au sujet de la conception géotechnique :

L'Office prend acte des préoccupations exprimées par la Ville de Burnaby au sujet de la finesse descriptive de l'information géotechnique présentée à l'audience dans le cas des installations hors rivage du terminal maritime

is of the view that Trans Mountain has demonstrated its awareness of the requirements for the geotechnical design of the offshore facilities and accepts Trans Mountain's geotechnical design approach.

To confirm that soil conditions have been adequately assessed for input to the final design of the WMT offshore facilities, the Board would impose conditions requiring Trans Mountain to file a final preliminary geotechnical report for the design of the offshore facilities, and the final design basis for the offshore pile foundation layout once Trans Mountain has selected the pile design (Conditions 34 and 83).

To verify the geotechnical design approach for the WMT onshore facilities the Board would impose Condition 33 requiring Trans Mountain to file a preliminary geotechnical report for the onshore facilities prior to the commencement of construction.

The Board would examine the geotechnical reports upon receipt and advise Trans Mountain of any further requirements for the fulfilment of the above conditions prior to the commencement of construction.

[307] I have previously dealt with Burnaby's concern with the Board's failure to compel further and better information from Trans Mountain at the hearing stage, and to instead impose conditions requiring Trans Mountain to do certain things in future. Burnaby's concerns relating to the assessment of risks centre on this approach taken by the Board. Burnaby has not demonstrated how the Board's reasons with respect to the Westridge Marine Terminal risk assessment are inadequate.

Emergency fire response

[308] The Board responded to Burnaby's concerns about adequate resources to respond to a fire as follows at page 156:

The Board shares concerns raised by the City of Burnaby Fire Department and others about the need for adequate resources to respond in the case of a fire. The Board finds the 6-12 hour response time proposed by Trans Mountain for industrial firefighting contractors to arrive on site as inadequate, should they be needed immediately for a

Westridge. Il estime cependant que Trans Mountain a démontré connaître les exigences de conception géotechnique de ces installations du TMW et il accepte la conception retenue par la société.

Pour bien vérifier que les conditions du sol ont convenablement été évaluées aux fins de la conception finale des installations hors rivage du TMW, il imposerait des conditions en exigeant de Trans Mountain qu'elle dépose un rapport final d'évaluation géotechnique préliminaire pour la conception de ces installations, ainsi qu'un plan définitif de disposition des fondations sur pieux des installations hors rivage après avoir adopté une conception pour ces pieux (conditions 34 et 83).

Pour une vérification du mode de conception géotechnique des installations à terre du TMW, l'Office imposerait la condition 33 en exigeant de Trans Mountain qu'elle dépose un rapport d'évaluation géotechnique préliminaire pour ces installations avant que ne débutent les travaux de construction.

Il examinerait les rapports géotechniques à leur réception et aviserait Trans Mountain de toute autre exigence quant à l'application des conditions qui précèdent avant que ne débutent les travaux de construction.

[307] J'ai déjà traité de la préoccupation de la municipalité de Burnaby au sujet du refus de l'Office d'enjoindre à Trans Mountain de fournir une preuve plus complète à l'étape de l'instruction et de la décision de l'Office et d'imposer plutôt des conditions pour obliger Trans Mountain à prendre certaines mesures à l'avenir. Les préoccupations de la municipalité de Burnaby quant à l'évaluation des risques concernent cette approche adoptée par l'Office. Burnaby n'a pas démontré en quoi sont insuffisants les motifs de l'Office relatifs à l'évaluation des risques associés au terminal maritime Westridge.

Intervention d'urgence en cas d'incendie

[308] L'Office répond ainsi aux préoccupations de Burnaby concernant les ressources disponibles en cas d'incendie, à la page 159 :

L'Office partage les préoccupations exprimées par les services d'incendie de la Ville de Burnaby et d'autres parties au sujet du besoin de ressources adéquates pour intervenir en cas d'incendie. L'Office estime que le temps d'arrivée sur les lieux de 6 à 12 heures proposé par Trans Mountain pour les entrepreneurs industriels

response to a fire at the Burnaby Terminal. The Board would impose conditions requiring Trans Mountain to complete a needs assessment with respect to the development of appropriate firefighting capacity for a safe, timely, and effective response to a fire at the Westridge Marine Terminal (WMT) and at the Edmonton, Sumas, and Burnaby Terminals. The conditions would require Trans Mountain to assess and evaluate resources and equipment to address fires, and a summary of consultation with appropriate municipal authorities and first responders that will help inform a Firefighting Capacity Framework (Conditions 118 and 138).

[309] Again, Burnaby's concern is not so much with respect to the adequacy of the Board's reasons, but rather with the Board's approach to dealing with Burnaby's concerns through the imposition of conditions—in this case conditions that do not require formal Board approval. On this last point, the Board's explanation of its process for the review of conditions supports the conclusion that an inadequate response to a condition, even a condition not requiring formal Board approval, would be detected by the Board's specialists. Further, the Board oversees compliance with the conditions it imposes.

[310] In any event, I see no inadequacy in the Board's reasons.

Suitability of the Burnaby Mountain Tunnel

[311] The Board deals with the Burnaby Mountain Tunnel in sections 6.2.2 and 6.2.3. The Board's views, in part, are expressed as follows at pages 81 and 82:

Regarding the City of Burnaby's concern with Trans Mountain's geotechnical investigation, the Board is of the view that the level of detail of the geotechnical investigation for the tunnel option is sufficient for the purpose of assessing the feasibility of constructing the tunnel. The Board notes that a second phase of drilling is planned for the development of construction plans at the tunnel portals, and that additional surface boreholes or probe holes could be drilled from the tunnel face during construction. The Board is of the view that both the tunnel and street options are technically feasible, and accepts Trans

de lutte contre l'incendie est inadéquat, si leurs services sont immédiatement requis en cas d'incendie au terminal de Burnaby. L'Office imposerait des conditions exigeant que Trans Mountain effectue une évaluation des besoins à l'égard de la création d'une capacité de lutte contre l'incendie appropriée pour une intervention sécuritaire, rapide et efficace en cas d'incendie au terminal maritime Westridge et aux terminaux d'Edmonton, de Sumas et de Burnaby. Les conditions exigeraient que Trans Mountain évalue les ressources et l'équipement pour lutter contre les incendies et un résumé des consultations avec les autorités municipales et les premiers intervenants pertinents qui aidera à éclairer le cadre relatif à la capacité de lutte contre les incendies (conditions 118 et 138).

[309] Répétons-le, les préoccupations de Burnaby ne tiennent pas tant à l'insuffisance des motifs de l'Office qu'à la façon dont ce dernier a répondu à ses préoccupations en imposant des conditions — en l'occurrence des conditions qui n'exigent pas l'approbation officielle de l'Office. Sur ce dernier point, la Cour estime que l'explication de l'Office concernant son processus d'examen des conditions permet de dire que le non-respect d'une condition, même une condition qui ne requiert pas l'approbation officielle de l'Office, serait décelé par les spécialistes de l'Office. De plus, l'Office assure le suivi des conditions qu'il impose.

[310] Quoi qu'il en soit, je ne vois rien d'insuffisant dans les motifs de l'Office.

Le bien-fondé du choix de percer un tunnel sous le mont Burnaby

[311] L'Office traite du tunnel sous le mont Burnaby aux sections 6.2.2 et 6.2.3. Son opinion est exposée aux pages 83 et 84 :

Pour ce qui est des préoccupations exprimées par la Ville de Burnaby au sujet des études géotechniques de Trans Mountain, l'Office estime que les détails de l'étude géotechnique de l'option du tunnel sont suffisants pour une évaluation de la faisabilité de l'aménagement d'un tel tunnel. Il prend acte qu'une autre étape de forage est prévue pour l'élaboration des plans de construction aux extrémités du tunnel et que d'autres trous de fonçage ou de sondage en surface seraient pratiqués en front de tunnel pendant les travaux de construction. Il pense que les deux options sont techniquement faisables et il accepte la

Mountain's proposal that the streets option be considered as an alternative to the tunnel option.

The Board is not aware of the use of the concrete or grout-filled tunnel installation method for other hydrocarbon pipelines in Canada. The Board is concerned that damage to the pipe or coating may occur during installation of the pipelines or grouting, and that there will be limited accessibility for future maintenance and repairs. The Board is also concerned that there may be voids or that cracks could form in the grout. The Board would require Trans Mountain to address these and other matters, including excavation, pipe handling, backfilling, pressure testing, cathodic protection, and leak detection, through the fulfillment of Conditions 26, 27 and 28 on tunnel design, construction, and operation.

The Board would impose Condition 29 regarding the quality and quantity of waste rock from the tunnel and Trans Mountain's plans for its disposal.

The Board would also impose Condition 143 requiring Trans Mountain to conduct baseline inspections, including in-line inspection surveys, of the new delivery pipelines in accordance with the timelines and descriptions set out in the condition. The Board is of the view that these inspections would aid in mitigating any manufacturing and construction related defects, and in establishing re-inspection intervals.

[312] Burnaby has not demonstrated how these reasons are inadequate.

Protection of municipal water sources

[313] While Burnaby enumerated this as an issue on which the Board gave inadequate reasons, Burnaby made no submissions on this point and did not point to any particular section of the Board's reasons said to be deficient. In the absence of submissions on the point, Burnaby has not demonstrated the reasons to be inadequate.

Public interest

[314] Again, while Burnaby enumerated this issue as an issue on which the Board gave inadequate reasons, Burnaby made no submissions on the point.

proposition de Trans Mountain avançant l'option des rues comme solution de rechange à l'option du tunnel.

L'Office n'est conscient d'aucune utilisation de la méthode proposée de remblayage au mortier ou au béton imperméable pour des pipelines d'hydrocarbures au Canada. Il craint que le pipeline ou l'enrobage ne subisse des dégâts pendant l'installation des conduites ou leur remblayage au mortier et que les lieux soient peu accessibles à des fins d'entretien et de réparation. Il craint aussi que des cavités ou des fissures ne se forment dans le mortier. Il exigerait de Trans Mountain qu'elle étudie ces questions et d'autres : excavation, manutention du tubage, remblayage, essais de pression, protection cathodique, détection des fuites, etc. Cette exigence prendrait la forme des conditions 26, 27 et 28 pour la conception, la construction et l'exploitation du tunnel.

Il imposerait en outre la condition 29 au sujet de la qualité des déblais rocheux du tunnel et des plans d'évacuation de Trans Mountain.

Il énoncerait enfin la condition 143 en exigeant de la société qu'elle fasse subir aux nouvelles canalisations de livraison des inspections comparatives, dont des inspections internes, respectant les délais et les descriptions figurant dans la formulation de cette condition. Il estime que de telles inspections aideraient à atténuer tout défaut de fabrication et de construction et à établir des intervalles de reprise d'inspection.

[312] Burnaby n'a pas démontré en quoi ces motifs sont insuffisants.

Protection des sources d'eau municipales

[313] Burnaby a affirmé que les motifs de l'Office sur cette question étaient insuffisants, mais elle n'a présenté aucune observation à cet égard et n'a renvoyé à aucune section en particulier qu'elle jugeait lacunaire. Vu l'absence d'observations sur cette question, Burnaby n'a pas démontré l'insuffisance des motifs.

Intérêt public

[314] À nouveau, Burnaby soutient que les motifs de l'Office sur cette question sont insuffisants, mais elle n'a pas présenté d'observations à cet égard.

[315] The Board’s finding with respect to public interest is contained in Chapter 2 of the Board’s report where, among other things, the Board described the respective benefits and burdens of the Project and then balanced the benefits and burdens in order to conclude that the Project “is in the present and future public convenience and necessity, and in the Canadian public interest” [at page 18]. In the absence of submissions on the point, Burnaby has not demonstrated the reasons to be inadequate.

(vii) Trans Mountain’s reply evidence

[316] At paragraph 71 of its memorandum of fact and law, Tsleil-Waututh makes the bare assertion that the Board “permitted [Trans Mountain] to file improper reply evidence”. While Tsleil-Waututh referenced in a footnote its motion record filed in response to Trans Mountain’s reply evidence, it did not make any submissions on how the Board erred or how the reply evidence was improper. Nor did Tsleil-Waututh reference the Board’s reasons issued in response to its motion.

[317] Tsleil-Waututh argued before the Board that, rather than testing Tsleil-Waututh’s evidence through Information Requests, Trans Mountain filed extensive new or supplementary evidence in reply. Tsleil-Waututh alleged that the reply evidence was substantially improper in nature. Tsleil-Waututh sought an order striking portions of Trans Mountain’s reply evidence. In the alternative Tsleil-Waututh sought, among other relief, an order allowing it to issue Information Requests to Trans Mountain about its reply evidence and allowing it to file sur-reply evidence.

[318] The Board, in Ruling No. 96 [*Notices of motion regarding Trans Mountain’s reply evidence*, 8 October 2015], found that Trans Mountain’s reply evidence was not improper. In response to the objections raised before it, the Board found that:

- Trans Mountain’s reply evidence was not evidence that Trans Mountain ought to have brought

[315] La conclusion de l’Office au sujet de l’intérêt public se trouve au chapitre 2 de son rapport, où il décrit notamment les avantages et inconvénients du projet, qu’il a ensuite mis en balance pour conclure que le projet « est d’utilité publique, tant pour le présent que pour le futur et dans l’intérêt public canadien » [à la page 18]. Comme elle n’a pas présenté d’observations sur cette question, Burnaby n’a pas démontré que les motifs sont insuffisants.

(vii) Contre-preuve de Trans Mountain

[316] Au paragraphe 71 de leur mémoire des faits et du droit, les Tsleil-Waututh se contentent d’affirmer que l’Office [TRADUCTION] « a permis à [Trans Mountain] de déposer une contre-preuve non appropriée ». Dans une note de bas de page, les Tsleil-Waututh renvoient au dossier de requête déposé en réponse à la contre-preuve de Trans Mountain, mais ils ne présentent aucune observation sur l’erreur qu’aurait commise l’Office ni ne précisent en quoi la contre-preuve n’était pas appropriée. Ils ne renvoient pas non plus aux motifs que l’Office a rendus en réponse à leur requête.

[317] Les Tsleil-Waututh ont soutenu devant l’Office qu’au lieu de vérifier la preuve des Tsleil-Waututh au moyen de demandes de renseignements, Trans Mountain a produit en réponse de nombreux nouveaux éléments de preuve. Ils affirment que la contre-preuve était essentiellement inappropriée. Les Tsleil-Waututh sollicitent une ordonnance radiant des parties de la contre-preuve de Trans Mountain. Subsidiairement, ils sollicitent, entre autres mesures, une ordonnance les autorisant à présenter des demandes de renseignements à Trans Mountain au sujet de sa contre-preuve et à déposer à leur tour une contre-preuve.

[318] Dans la décision n° 96 [*Avis de requête au sujet de la contre-preuve de Trans Mountain*, 8 octobre 2015], l’Office conclut que la contre-preuve de Trans Mountain n’était pas inappropriée. En réponse aux objections soulevées, l’Office est d’avis que :

- La contre-preuve en cause ne constituait pas une preuve que Trans Mountain aurait dû présenter

forward as evidence-in-chief in order to meet its onus.

- Trans Mountain's reply evidence was filed in response to new evidence adduced by the interveners.
- Given the large volume of evidence filed by the interveners, the length of Trans Mountain's reply evidence was not a sufficient basis on which to find it to be improper.
- To the extent that portions of the reply evidence repeated evidence already presented, this caused no prejudice to the interveners who had already had an opportunity to test the evidence and respond to it.

[319] The Board allowed Tsleil-Waututh to test the reply evidence through one round of Information Requests. The Board noted that the final argument stage was the appropriate stage for interveners and Trans Mountain to make submissions to the Board about the weight to be given to the evidence.

[320] Tsleil-Waututh has not demonstrated any procedural unfairness arising from the Board's dismissal of its motion to strike portions of Trans Mountain's reply evidence.

(viii) Conclusion on procedural fairness

[321] For all the above reasons the applicants have not demonstrated that the Board breached any duty of procedural fairness.

- (b) Did the Board fail to decide certain issues before recommending approval of the Project?

[322] Both Burnaby and Coldwater make submissions on this issue. Additionally, Coldwater, Squamish and Upper Nicola make submissions about the Board's failure to decide certain issues in the context of the Crown's

dans le cadre de sa preuve principale pour s'acquitter du fardeau qui lui incombait.

- La contre-preuve de Trans Mountain a été déposée en réponse à de nouveaux éléments de preuve produits par les intervenants.
- Comme la preuve déposée par les intervenants était volumineuse, la longueur de la contre-preuve de Trans Mountain ne constituait pas un fondement suffisant pour emporter la conclusion selon laquelle elle était inappropriée.
- Dans la mesure où la contre-preuve répétait certains éléments qui avaient déjà été présentés, aucun préjudice n'en découlait pour les intervenants, qui avaient déjà eu l'occasion de vérifier la preuve et d'y répondre.

[319] L'Office a permis aux Tsleil-Waututh de vérifier la contre-preuve au moyen d'une série de demandes de renseignements. Il a indiqué que l'étape de la plaidoirie finale convenait pour la présentation des observations des intervenants et de Trans Mountain au sujet du poids qu'il convenait de donner à la preuve.

[320] Les Tsleil-Waututh n'ont démontré aucun manquement à l'équité procédurale découlant du rejet par l'Office de leur requête en radiation de certaines parties de la contre-preuve de Trans Mountain.

(viii) Conclusion sur l'équité procédurale

[321] Pour tous les motifs susmentionnés, les demandeurs n'ont pas démontré que l'Office a manqué de quelque façon que ce soit à son obligation d'équité procédurale.

- b) L'Office a-t-il omis de trancher certaines questions avant de recommander l'approbation du projet?

[322] Tant Burnaby que les Coldwater ont présenté des observations sur cette question. Les Coldwater, les Squamish et les Upper Nicola ont aussi formulé des observations au sujet de l'omission par l'Office de trancher

duty to consult. The latter submissions will be considered in the analysis of the adequacy of the Crown's consultation process.

[323] Burnaby's and Coldwater's submissions may be summarized as follows.

[324] Burnaby raises two principal arguments: first, the Board failed to consider and assess the risks and impacts of the Project to Burnaby, instead deferring the collection of information relevant to the risks and impacts and consideration of that information until after the decision of the Governor in Council when Trans Mountain was required to comply with the Board's conditions; and, second, the Board failed to consider alternative means of carrying out the Project and their environmental effects. Instead, contrary to paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Board failed to require Trans Mountain to include with its application an assessment of the Project's alternatives and failed to require Trans Mountain to provide adequate answers in response to Burnaby's multiple Information Requests about alternatives to the Project.

[325] With respect to the first error, Burnaby asserts that it is a "basic principle of law that a tribunal or a court must weigh and decide conflicting evidence. It cannot defer determinations post-judgment" (Burnaby's memorandum of fact and law, paragraph 142). In breach of this principle, the Board did not require Trans Mountain to provide further evidence, nor did the Board weigh or decide conflicting evidence. Instead, the Board deferred assessment of critical issues by imposing a series of conditions on Trans Mountain.

[326] With respect to the second error, Burnaby states that Trans Mountain failed to provide evidence about alternative routes and locations for portions of the Project, including the Burnaby Terminal and the Westridge Marine Terminal. Thus, Burnaby says the Board "had no demonstrated basis on the record to decide" about preferred options or to decide that Trans Mountain used "criteria that justify and demonstrate how the proposed option was

certaines questions eu égard à l'obligation de consulter de la Couronne. Ces dernières observations seront examinées dans l'analyse du processus de consultation de la Couronne.

[323] Les observations de Burnaby et des Coldwater peuvent être ainsi résumées.

[324] Burnaby soulève deux arguments principaux : premièrement, l'Office n'a pas examiné et évalué les risques et les incidences du projet pour elle, et a plutôt décidé qu'il recueillerait et examinerait les renseignements pertinents quant aux risques et incidences du projet après la décision du gouverneur en conseil, quand Trans Mountain devrait satisfaire aux conditions de l'Office; deuxièmement, l'Office n'a pas examiné les solutions de rechange pour la réalisation du projet et leurs effets environnementaux. Il a plutôt, contrairement à l'alinéa 19(1)g de la *Loi sur l'évaluation environnementale (2012)*, omis d'exiger que Trans Mountain joigne à sa demande une évaluation d'autres moyens de réaliser le projet et qu'elle fournisse des réponses adéquates aux multiples demandes de renseignements de Burnaby au sujet des solutions de rechange au projet.

[325] En ce qui concerne la première erreur, Burnaby affirme qu'il existe [TRADUCTION] « un principe de droit fondamental selon lequel le tribunal doit apprécier et trancher la preuve contradictoire. Il ne peut pas décider que certaines conclusions soient tirées après que le jugement sera rendu » (mémoire des faits et du droit de Burnaby, paragraphe 142). En contravention de ce principe, l'Office n'a pas exigé que Trans Mountain fournisse des éléments de preuve supplémentaires et n'a pas apprécié et tranché la preuve contradictoire. Il a plutôt reporté l'évaluation de questions cruciales en imposant à Trans Mountain une série de conditions.

[326] En ce qui concerne la deuxième erreur, Burnaby déclare que Trans Mountain n'a présenté ni tracés ni emplacements de rechange pour certaines parties du projet, notamment pour le terminal de Burnaby et le terminal maritime Westridge. Ainsi, Burnaby soutient que [TRADUCTION] « le dossier n'offrait à l'Office aucun fondement lui permettant de prendre une décision » sur les options à privilégier ou de décider que Trans Mountain s'est servie

selected and why it is the preferred option”. (Burnaby’s memorandum of fact and law, paragraph 133).

[327] Coldwater asserts that contrary to paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Board failed to look at the West Alternative as an alternative means of carrying out the Project. Briefly stated, the West Alternative is an alternative route for a segment of the new pipeline. The approved route for this segment of the new pipeline passes through the recharge zone of the aquifer that supplies the sole source of drinking water for 90 percent of the residents of the Coldwater Reserve and crosses two creeks which are the only known, consistent sources of water that feed the aquifer. The West Alternative is said by Coldwater to pose the least apparent danger to the aquifer.

[328] Trans Mountain responds that the Board considered the risks and impacts of the Project to Burnaby and determined that there was sufficient evidence to conclude that the Project can be constructed, operated and maintained in a safe manner. Further, it was reasonable for the Board to implement conditions requiring Trans Mountain to submit additional information for Board review or approval throughout the life of the Project. This Court’s role is not to reweigh evidence considered by the Board.

[329] Trans Mountain notes that the proponent’s application and the subsequent Board hearing represent the process by which the Board collects enough information to ensure that a project can be developed safely and that its impacts are mitigated. At the end of the hearing, the Board requires sufficient information to assess the Project’s impacts, and whether the Project can be constructed, operated and maintained safely, and to draft terms and conditions to attach to a certificate of public convenience and necessity, should the Governor in Council approve the Project. It follows that the Board did not improperly defer its consideration of Project impacts to the conditions.

de « critères pour retenir l’option proposée et expliquer comment et pourquoi elle est arrivée à ce choix » (mémoire des faits et du droit de Burnaby, paragraphe 133).

[327] Les Coldwater affirment que, contrairement à l’alinéa 19(1)g) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, l’Office n’a pas considéré l’option ouest comme solution de rechange pour réaliser le projet. En bref, l’option ouest est un tracé de rechange pour un segment du nouveau pipeline. Le tracé approuvé pour ce segment du nouveau pipeline passe à travers une zone d’alimentation de l’aquifère qui approvisionne la seule source d’eau potable de 90 p. 100 de la population de la réserve de Coldwater et traverse deux ruisseaux qui sont les seules sources d’eau constantes et connues qui alimentent l’aquifère. L’option ouest semble, selon les Coldwater, la moins dangereuse pour l’aquifère.

[328] Trans Mountain répond que l’Office a examiné les risques et les conséquences du projet pour Burnaby et était d’avis que la preuve était suffisante pour conclure que le pipeline projeté pouvait être construit, exploité et entretenu de façon sécuritaire. De plus, il était raisonnable de la part de l’Office d’imposer des conditions en vue de forcer Trans Mountain à présenter des renseignements additionnels à l’Office, pour examen et approbation pendant toute la durée du projet. Il n’appartient pas à la Cour d’apprécier à nouveau la preuve examinée par l’Office.

[329] Trans Mountain fait remarquer que la demande du promoteur et le processus d’audience subséquent par l’Office permet à ce dernier de recueillir suffisamment d’information pour veiller à ce qu’un projet puisse être réalisé de façon sécuritaire et à ce que ses incidences soient atténuées. À la fin de l’audience, l’Office exige suffisamment de renseignements pour évaluer les incidences du projet et décider si le pipeline peut être construit, exploité et entretenu de façon sécuritaire, et pour rédiger les conditions devant être jointes au certificat d’utilité publique, advenant l’approbation du projet par le gouverneur en conseil. Par conséquent, l’Office n’a pas irrégulièrement reporté son examen des conséquences du projet à l’étape des conditions.

[330] To the extent that some applicants suggest that the Board acted contrary to the “precautionary principle” Trans Mountain responds that the precautionary principle must be applied with the corollary principle of “adaptive management”. Adaptive management responds to the difficulty, or impossibility, of predicting all of the environmental consequences of a project on the basis of existing knowledge. Adaptive management permits a project with uncertain, yet potentially adverse, environmental impacts to proceed based on mitigation measures and adaptive management techniques designed to identify and deal with unforeseen effects (*Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2003 FCA 197, [2003] 4 F.C. 672, at paragraph 24).

[331] With respect to the assessment of alternative means, Trans Mountain notes that it presented evidence that it had conducted a feasibility analysis of alternative locations to the Westridge Marine Terminal and the Burnaby Terminal. Based on technical, economic and environmental considerations Trans Mountain had eliminated these options because of the significantly increased costs and larger environmental impacts associated with these alternatives.

[332] Trans Mountain also argues that it presented evidence to confirm that its routing criteria followed the existing pipeline alignment and other linear facilities wherever possible. Additionally, it presented various routing alternatives to the Board. Trans Mountain’s preferred corridor through Burnaby Mountain was developed in response to requests that it consider a trenchless option through Burnaby Mountain (as opposed to routing the new pipeline through residential streets). Further, while it had initially considered the West Alternative route around the Coldwater Reserve, Trans Mountain rejected this alternative because it necessitated two crossings of the Coldwater River and involved geo-technical challenges and greater environmental disturbances.

[333] Based on the evidence before it, the Board found that:

[330] Aux demandeurs qui soutiennent que l’Office a agi de façon contraire au « principe de précaution », Trans Mountain répond que ce principe doit être appliqué en tandem avec celui, corollaire, de la « gestion adaptative ». Ce dernier veut qu’il soit difficile, voire impossible, de prédire toutes les conséquences environnementales d’un projet sur le fondement des données connues. Moyennant la prise de mesures d’atténuation et l’adoption de techniques de gestion visant à déterminer et à gérer les effets imprévus, la gestion adaptative permet de donner suite à des projets dont les effets négatifs sur l’environnement sont incertains, et potentiellement négatifs (*Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2003 CAF 197, [2003] 4 C.F. 672, paragraphe 24).

[331] En ce qui concerne l’évaluation des solutions de rechange, Trans Mountain souligne qu’elle a présenté la preuve à l’effet qu’elle avait effectué une analyse de faisabilité des emplacements de rechange au terminal maritime Westridge et au terminal de Burnaby. Sur le fondement de considérations techniques, économiques et environnementales, Trans Mountain a éliminé ces options en raison des coûts beaucoup plus élevés et des conséquences environnementales plus graves de ces solutions de rechange.

[332] Trans Mountain fait aussi valoir qu’elle a présenté une preuve confirmant que ses critères régissant les tracés suivaient, dans la mesure du possible, l’alignement du pipeline existant et d’autres éléments linéaires. De plus, elle a présenté divers autres tracés à l’Office. Le corridor qu’elle privilégie à travers le mont Burnaby a été conçu en réponse à des demandes l’invitant à examiner la possibilité d’une solution sans tranchée traversant le mont Burnaby (plutôt qu’un couloir pour le nouveau pipeline qui suivrait des rues résidentielles). En outre, bien qu’elle ait initialement envisagé l’option ouest autour de la réserve de Coldwater, Trans Mountain a rejeté cette solution parce qu’elle nécessiterait deux franchissements de la rivière Coldwater, comporterait des défis d’ordre géotechnique et causerait des perturbations environnementales plus importantes.

[333] Se fondant sur la preuve, l’Office tire les conclusions suivantes :

- Trans Mountain provided an adequate assessment of technically and economically feasible alternatives, including alternative locations;
- the Burnaby Mountain corridor minimized Project impacts and risks;
- Trans Mountain's route selection process and criteria, and the level of detail it provided for its alternative means assessment, were appropriate; and
- the Board imposed Condition 39 to deal with Coldwater's concerns regarding the aquifer. This condition required Trans Mountain to file with the Board, at least six months prior to commencing construction between two specified points, a hydrogeological report relating to Coldwater's aquifer. This report must describe, delineate and characterize a number of things. For example, based on the report's quantification of the risks posed to the groundwater supplies for the Coldwater Reserve, the report [at page 433] must "describe proposed measures to address identified risks, including but not limited to considerations related to routing, project design, operational measures, or monitoring".
- Trans Mountain a fourni une évaluation adéquate des solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, y compris des propositions d'autres emplacements;
- le corridor du mont Burnaby permet d'atténuer les incidences et les risques du projet;
- les critères et le processus de sélection du tracé employés par Trans Mountain ainsi que les détails fournis par elle dans son évaluation des solutions de rechange étaient adéquats;
- l'Office a imposé la condition 39 pour répondre aux préoccupations des Coldwater concernant l'aquifère. Aux termes de cette condition, Trans Mountain doit déposer auprès de l'Office, au moins six mois avant le début de la construction entre deux points donnés, un rapport hydrogéologique sur l'aquifère des Coldwater. Ce rapport doit décrire et délimiter de nombreux éléments. Par exemple, sur le fondement de la quantification des risques pour les réserves d'eau souterraine dans la réserve de Coldwater, le rapport [à la page 449] doit « décrire, en fonction de l'évaluation des risques, les mesures proposées, le cas échéant, pour combler les lacunes, y compris notamment les facteurs liés au tracé, à la conception du projet, aux mesures d'exploitation ou à la surveillance ».

[334] Trans Mountain submits that while the applicants disagree with the Board's finding about the range of alternatives, the Board has discretion to determine the range of alternatives it must consider and it is not this Court's role to reweigh the Board's assessment of the facts.

- (i) Did the Board fail to assess the risks and impacts posed by the Project to Burnaby?

[335] At paragraphs 278 to 291, I dealt with Burnaby's argument that the Board breached the duty of procedural fairness by deferring and delegating the assessment of important information. This argument covers much of

[334] Trans Mountain affirme que, s'il est vrai que les demandeurs ne souscrivent pas à la conclusion de l'Office sur l'étendue des solutions de rechange, l'Office peut, à sa discrétion, décider quelles solutions de rechange il doit examiner et il n'appartient pas à la Cour de procéder à nouveau à l'appréciation des faits effectuée par l'Office.

- (i) L'Office a-t-il omis d'évaluer les risques et les incidences du projet pour Burnaby?

[335] Aux paragraphes 278 à 291, je traite de l'argument de Burnaby selon lequel l'Office a manqué à son obligation d'équité procédurale en reportant et en déléguant l'évaluation de renseignements importants. La

the same ground, except it is not couched in terms of procedural fairness.

[336] The gist of Burnaby's concern is reflected in its argument that "[i]t is a basic principle of law that a tribunal or court must weigh and decide conflicting evidence. It cannot defer determinations post-judgment".

[337] This submission is best considered in concrete terms. The risks the Board is said not to have assessed are the risks posed by the Burnaby Terminal, the tunnel route through Burnaby Mountain, the Westridge Marine Terminal, the lack of available emergency fire response resources to respond to a fire at the Westridge Marine and Burnaby terminals and, finally, the risk in relation to the evacuation of Simon Fraser University following an incident at the Burnaby Terminal. Illustrative of Burnaby's concerns is its specific and detailed argument with respect to the assessment of the risk associated with the Burnaby Terminal.

[338] With respect to the assessment of the risks associated with the Burnaby Terminal, Burnaby points to the report of its expert, Dr. Ivan Vince, which identified deficiencies or information gaps in Trans Mountain's risk assessment for the Burnaby Terminal. A second report prepared by Burnaby's Deputy Fire Chief identified gaps in Trans Mountain's analysis of fire risks and fire response capability.

[339] Burnaby acknowledges that the Board recognized these gaps and deficiencies. Thus, it found that while Trans Mountain claimed that boil-over events are unlikely, Trans Mountain "did not quantify the risks through a rigorous analysis" and that "a complete assessment of risk requires consideration of the cumulative risk from all tanks at a terminal". Burnaby argues, however, that despite recognizing this deficiency, the Board then failed to require Trans Mountain to provide further information and assessment prior to the issuance of the Board's report. Instead, the Board imposed conditions requiring Trans Mountain to file for the Board's approval a report revising the terminal risk assessments, including the Burnaby Terminal risk assessment, and including consideration of

présente thèse reprend en gros les mêmes questions, sans invoquer l'équité procédurale.

[336] L'essentiel de la préoccupation de Burnaby ressort de sa prétention selon laquelle il existe [TRADUCTION] « un principe de droit fondamental selon lequel le tribunal doit apprécier et trancher la preuve contradictoire. Il ne peut pas décider que certaines conclusions soient tirées après le jugement ».

[337] L'examen de cette prétention se fait plus facilement si on la traduit en termes concrets. Les risques que l'on reproche à l'Office d'avoir négligés sont ceux que présente le terminal de Burnaby, le tunnel à travers le mont Burnaby, le terminal maritime Westridge, le manque de ressources pour une intervention d'urgence en cas d'incendie au terminal maritime Westridge et au terminal de Burnaby et, enfin, le risque relatif à l'évacuation de l'Université Simon Fraser à la suite d'un incident au terminal de Burnaby. L'argument précis et détaillé concernant l'évaluation des risques associés au terminal de Burnaby illustre bien les préoccupations de cette ville.

[338] Pour ce qui est de l'évaluation des risques associés au terminal de Burnaby effectuée par Trans Mountain, Burnaby renvoie au rapport de son expert, M. Ivan Vince, Ph. D., qui a relevé des lacunes dans les renseignements fournis. Un deuxième rapport, préparé par le chef adjoint du service d'incendie de Burnaby, relève des lacunes dans l'analyse effectuée par Trans Mountain des risques d'incendie et de la capacité d'intervention.

[339] Burnaby reconnaît que l'Office a admis l'existence de ces lacunes. Il a en effet conclu que, bien que Trans Mountain ait soutenu que des débordements par bouillonnement étaient improbables, elle [TRADUCTION] « n'a pas quantifié les risques au moyen d'une analyse rigoureuse » et qu'une [TRADUCTION] « évaluation complète des risques exige un examen des risques cumulatifs présentés par l'ensemble des réservoirs d'un terminal ». Burnaby fait toutefois valoir que, même s'il a reconnu ces lacunes, l'Office a omis d'exiger que Trans Mountain fournisse des renseignements additionnels et une nouvelle évaluation avant la publication de son rapport. L'Office a plutôt imposé à Trans Mountain de lui soumettre, pour approbation, un rapport à jour comportant

the risks not assessed (Conditions 22 and 129 [Board's report, at page 95]).

[340] Condition 22 specifically required the revised risk assessment to quantify and/or include the following [Board's report, at page 424]:

- a) the effect of any revised spill burn rates;
- b) the potential consequences of a boil-over;
- c) the potential consequences of flash fires and vapour cloud explosions;
- d) the cumulative risk based on the total number of tanks in the terminal, considering all potential events (pool fire, boil-over, flash fire, vapour cloud explosion);
- e) the domino (knock-on) effect caused by a release of the contents of one tank on other tanks within the terminals and impoundment area(s), or other tanks in adjacent impoundment areas; and,
- f) risk mitigation measures, including ignition source control methods.

[341] The Board [at page 424] required that for those risks that could not be eliminated "Trans Mountain must demonstrate in each risk assessment that mitigation measures will reduce the risks to levels that are As Low As Reasonably Practicable (ALARP) while complying with the Major Industrial Accidents Council of Canada (MIACC) criteria for risk acceptability."

[342] Burnaby concludes its argument on this point by stating that this demonstrates that when the Board completed its report and made its recommendation to the Governor in Council the Board did not have information on the risks enumerated in Condition 22, or information on whether these risks could be mitigated. It follows, Burnaby submits, that the Board failed in its duty to weigh and decide conflicting evidence.

des évaluations des risques pour les terminaux, y compris pour celui de Burnaby, ainsi qu'un examen des risques non évalués (conditions 22 et 129).

[340] La condition 22 exige expressément que l'évaluation des risques à jour quantifie ou comprenne ce qui suit [rapport de l'Office, à la page 440] :

- a) l'effet de la révision de la vitesse de combustion pour les déversements;
- b) les conséquences potentielles d'un débordement par bouillonnement;
- c) les conséquences potentielles d'un feu à inflammation instantanée ou d'une explosion du panache de vapeurs;
- d) le risque cumulatif selon le nombre total de réservoirs dans le terminal, en tenant compte de tous les événements possibles (feu en nappe, débordement par bouillonnement, du panache de vapeurs);
- e) l'effet domino (réaction en chaîne) causé par le déversement du contenu d'un réservoir sur d'autres réservoirs faisant partie des bassins de retenue communs pour le terminal, ou d'autres réservoirs dans des bassins de retenue adjacents;
- f) les mesures d'atténuation des risques, notamment les méthodes de contrôle des sources d'inflammation.

[341] L'Office [à la page 440] a exigé, en ce qui concerne les risques qui ne peuvent pas être éliminés, que « Trans Mountain [...] démontre dans chacune des évaluations des risques que les mesures d'atténuation permettent de réduire les risques au niveau le plus bas raisonnablement possible (NBRP) tout en répondant aux critères du Conseil canadien des accidents industriels majeurs (CCAIM) pour l'acceptabilité des risques ».

[342] Burnaby conclut son argument sur ce point en déclarant qu'il découle de ce qui précède que, lorsqu'il a terminé son rapport et a fait sa recommandation au gouverneur en conseil, l'Office ne disposait d'aucun renseignement sur les risques énumérés à la condition 22 ni de renseignements sur la possibilité de les atténuer. Il s'ensuit, selon Burnaby, que l'Office a manqué à son obligation d'apprécier et de trancher la preuve contradictoire.

[343] Burnaby advances similar arguments in respect of the other risks described above.

[344] In my view, Burnaby's argument illustrates that the Board did look critically at the competing expert evidence about risk assessment. After weighing the competing expert reports, the Board determined that Burnaby's evidence did reveal gaps and deficiencies in Trans Mountain's risk assessments. Burnaby's real complaint is not that the Board did not consider and weigh conflicting evidence. Rather, its complaint is that the Board did not then require Trans Mountain to in effect re-do its risk assessment.

[345] However this, in my respectful view, overlooks the Board's project approval process, a process described in detail at paragraphs 285 to 287 above.

[346] This process does not require a proponent to file in its application information about every technical engineering detail. What is required is that by the end of the Board's hearing the Board have sufficient information before it to allow it to form its recommendation to the Governor in Council about whether the project is in the public interest and, if approved, what conditions should attach to the project. Included in the consideration of the public interest is whether the project can be constructed, operated and maintained safely.

[347] This process reflects the technical complexity of projects put before the Board for approval. What was before the Board for consideration was Trans Mountain's study and application for approval of a 150 metre-wide pipeline corridor for the proposed pipeline route. At the hearing stage much of the information filed with the Board about the engineering design was at a conceptual or preliminary level.

[348] Once a project is approved, one of the next steps in the regulatory process is a further hearing for the purpose of confirming the detailed routing of a project. Only after the detailed route is approved by the Board can site-specific engineering information be prepared and filed with the Board. Similarly, detailed routing

[343] Burnaby fait valoir des arguments similaires à l'égard des autres risques mentionnés.

[344] À mon avis, l'argument de Burnaby démontre que l'Office a, au contraire, examiné de façon critique la preuve d'expert contradictoire sur l'évaluation des risques. Après avoir apprécié les rapports d'expert contradictoires, l'Office a conclu que la preuve de Burnaby révélait effectivement des lacunes dans les évaluations des risques effectuées par Trans Mountain. Le véritable reproche de Burnaby n'est pas tant que l'Office n'a pas examiné et apprécié la preuve contradictoire, mais plutôt que l'Office n'a pas enjoint à Trans Mountain de reprendre son évaluation des risques.

[345] Or, à mon avis, ce reproche méconnaît le processus d'approbation de l'Office décrit précédemment, aux paragraphes 285 à 287.

[346] Ce processus n'exige pas que le promoteur inclue dans sa demande tous les détails techniques. Ce qu'il exige, c'est qu'à la fin du processus d'audience, l'Office dispose de suffisamment de renseignements pour lui permettre de formuler sa recommandation au gouverneur en conseil quant à savoir si le projet est dans l'intérêt public et, s'il est approuvé, de quelles conditions il faudrait l'assortir. Pour déterminer ce qui est dans l'intérêt public, il faut notamment décider si le projet peut être construit, exploité et entretenu de façon sécuritaire.

[347] Ce processus tient compte de la complexité technique des projets présentés à l'Office aux fins d'approbation. Ce dont était saisi l'Office était l'étude faite par Trans Mountain et la demande d'approbation présentée par cette dernière visant un couloir de 150 mètres de largeur pour le tracé du pipeline proposé. À l'étape de l'audience, la plupart des renseignements présentés en lien avec la conception technique étaient d'ordre conceptuel ou étaient préliminaires.

[348] Après l'approbation du projet, la prochaine étape du processus réglementaire consiste en la tenue d'une audience supplémentaire pour confirmer le tracé détaillé du projet. Ce n'est qu'après l'approbation par l'Office du tracé détaillé que les renseignements sur les aspects techniques propres au site peuvent être préparés et déposés

information is necessary before things such as a fully detailed emergency response plan acceptable to the Board may be prepared and filed (report, page 7).

[349] The Board describes the approval of a project to be “just one phase” in the Board’s lifecycle regulation. Thereafter the Board’s public interest determination “relies upon the subsequent execution of detailed design, construction, operation, maintenance and, ultimately, abandonment of a project in compliance with applicable codes, commitments and conditions” (report, page 19).

[350] As stated above, implicit in the Board’s imposition of a condition is the Board’s expert view that the condition can realistically be complied with, and that compliance with the condition will allow the pipeline to be constructed, operated and maintained in a safe manner. After the Board imposes conditions, mechanisms exist for the Board to assess information filed in response to its conditions and to oversee compliance with its conditions.

[351] Burnaby obviously disagrees with the Board’s assessment of risk. However, Burnaby has not shown that the Board’s approval process is in any way contrary to the legislative scheme. Nor has it demonstrated that the approval process impermissibly defers determinations post-judgment. Courts cannot determine issues after a final judgment is rendered because of the principle of *functus officio*. While this principle has some application to administrative decision makers it has less application to the Board whose mandate is ongoing to regulate through a project’s entire lifecycle.

- (ii) Did the Board fail to consider alternative means of carrying out the Project?

[352] As explained above, Burnaby’s concern is that Trans Mountain did not provide sufficient information to allow the Board to conclude that Trans Mountain’s

auprès de l’Office. De même, l’information sur le tracé détaillé doit précéder les autres étapes, comme la présentation et le dépôt d’un plan d’intervention d’urgence détaillé et acceptable aux yeux de l’Office (rapport, page 7).

[349] Selon l’Office, l’approbation du projet ne constitue qu’« une des étapes » du cycle de vie du projet prévu par la réglementation de l’Office. Par conséquent, la détermination de l’intérêt public par l’Office « repose sur l’exécution subséquente de la conception, de la construction, de l’exploitation et, finalement, de la cessation d’exploitation d’un projet en conformité avec les codes, les engagements et les conditions applicables » (rapport, page 19).

[350] Comme nous l’avons vu, en imposant une condition, l’Office estime, sur le fondement de son expertise, qu’elle est réaliste et que son respect permettra de construire, d’exploiter et d’entretenir le pipeline de façon sécuritaire. Des mécanismes permettent ensuite à l’Office d’évaluer les renseignements déposés en réponse aux conditions et d’en surveiller le respect.

[351] Manifestement, Burnaby rejette l’évaluation des risques effectuée par l’Office. Elle n’a toutefois pas démontré que le processus d’approbation de ce dernier est de quelque façon contraire au régime législatif ni qu’il reporte de façon inacceptable certaines conclusions à une date ultérieure au jugement. Les cours de justice ne peuvent pas trancher des questions après le prononcé d’un jugement définitif en raison du principe du dessaisissement. Ce principe s’applique dans une certaine mesure aux décideurs administratifs, mais il s’applique dans une moindre mesure à l’Office, dont le mandat permanent est de régler les projets tout au long de leur cycle de vie.

- (ii) L’Office a-t-il omis d’examiner des solutions de rechange pour la réalisation du projet?

[352] Comme nous l’avons expliqué plus haut, Burnaby estime que Trans Mountain n’a pas fourni des renseignements suffisants pour permettre à l’Office de conclure que

assessment of alternatives was adequate. Burnaby says that the Board simply accepted Trans Mountain's unsupported assertion that the alternatives would result in "significantly greater cost, larger footprint and additional environmental effects, as compared to expanding existing facilities" [Board's report, at page 242] without testing Trans Mountain's assertion. Burnaby argues that evidence is required to support that assertion "so that the evidence may be tested by intervenors and weighed by the Board in determining whether the preferred location is the best environmental alternative and in the public interest" (Burnaby's memorandum of fact and law, paragraph 136).

[353] I begin consideration of Burnaby's submission with the observation that Burnaby's challenge is a challenge to the Board's assessment of the sufficiency of the evidence before it. The Board, as an expert Tribunal, is entitled to significant deference when making such a fact-based assessment.

[354] Moreover, in my respectful view, Burnaby's submission fails to take into account that paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* does not require the Board to have regard to any and all alternative means of carrying out a designated project. The Board is required to consider only those alternative means that are "technically and economically feasible".

[355] While Burnaby relies upon guidance from the Canadian Environmental Assessment Agency as to the steps to be followed in the assessment of alternative means, and also relies upon the guidance set out in the Board's Filing Manual about the filing requirements for the consideration of alternatives, these criteria apply only to the treatment of true alternatives, that is alternatives that are technically and economically feasible.

[356] I now turn to Burnaby's specific concern that the Board simply accepted Trans Mountain's assertion that Project alternatives would result in "significantly greater cost, larger footprint and additional environmental effects, as compared to expanding existing facilities" [report, at page 242] without testing this assertion. Burnaby argues that the Board was obliged to require that Trans

son évaluation des solutions de rechange était adéquate. Selon Burnaby, l'Office a simplement accepté, sans la vérifier, l'affirmation non étayée de Trans Mountain selon laquelle les solutions de rechange « augmenter[aient] considérablement les coûts, élargir[aient] l'empreinte et alourdir[aient] les effets sur l'environnement comparativement à l'agrandissement des installations existantes » [rapport, à la page 250]. Burnaby soutient que cette affirmation doit être appuyée par une preuve [TRADUCTION] « pour que les intervenants puissent vérifier cette preuve et que l'Office décide si l'emplacement privilégié représente la meilleure solution de rechange quant à l'environnement et à l'intérêt public » (mémoire des faits et du droit de Burnaby, paragraphe 136).

[353] J'aborde la prétention de Burnaby en faisant observer que cette dernière n'est pas d'accord avec l'Office pour dire que la preuve qui lui a été présentée était suffisante. En tant que tribunal administratif spécialisé, l'Office a droit à une grande déférence à l'égard de ses conclusions factuelles.

[354] De plus, à mon avis, la prétention de Burnaby fait fi de l'alinéa 19(1)g) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (2012), qui n'exige pas que l'Office examine toute solution de rechange pour la réalisation du projet désigné. Il n'est tenu que d'examiner les solutions de rechange « réalisables sur les plans technique et économique ».

[355] Burnaby invoque les orientations données par l'Agence canadienne d'évaluation environnementale quant aux étapes à suivre pour l'évaluation des solutions de rechange ainsi que celles figurant dans le Guide de dépôt au sujet des exigences de dépôt à cet égard, mais ces critères s'appliquent uniquement au traitement des véritables solutions de rechange, soit celles réalisables sur les plans technique et économique.

[356] Je me penche ensuite sur la préoccupation précise de Burnaby selon laquelle l'Office s'est contenté d'accepter, sans la vérifier, l'affirmation de Trans Mountain que des solutions de rechange au projet « augmenteraient considérablement les coûts, élargiraient l'empreinte et alourdiraient les effets sur l'environnement comparativement à l'agrandissement des installations existantes »

Mountain provide evidence about alternative routes and locations for the Burnaby Terminal and the Westridge Marine Terminal so that the evidence could be tested by it and other interveners.

[357] The impugned quotation comes from Trans Mountain's response to Burnaby's first Information Request (Exhibit H to the affidavit of Derek Corrigan). As previously referred to above at paragraph 269, in addition to Burnaby's Information Requests, the Board also served two Information Requests on Trans Mountain questioning it about alternative marine terminals.

[358] The preamble to the Board's second Information Request referenced Trans Mountain's first response to the Board in which it stated that it had considered potential alternative marine terminal locations based on the feasibility of coincident marine and pipeline access, and screened them based on technical, economic, and environmental considerations. The preamble also referenced Trans Mountain's response that it had ultimately concluded that constructing and operating a new marine terminal and supporting infrastructure would result in significantly greater cost, a larger footprint and significantly greater environmental effects as compared to the existing facilities. Based on this conclusion Trans Mountain did not continue with a further assessment of alternative termini for the Project.

[359] One of the specific inquiries directed to Trans Mountain by the Board in its second Information Request was:

Please elaborate on Trans Mountain's rationale for the Westridge Marine Terminal as the preferred alternative, including details to justify Trans Mountain's statement in [Trans Mountain's response to the Board's first Information Request] that constructing and operating a new marine terminal and supporting infrastructure would result in significantly greater cost, a larger footprint, and additional

[rapport, à la page 250]. Burnaby soutient que l'Office avait l'obligation d'exiger que Trans Mountain fournisse une preuve concernant des tracés et emplacements de rechange au terminal de Burnaby et au terminal maritime Westridge pour permettre aux intervenants, dont elle, de la vérifier.

[357] La citation contestée provient de la réponse fournie par Trans Mountain à la première demande de renseignements présentée par Burnaby (pièce H jointe à l'affidavit de Derek Corrigan). Comme nous l'avons vu au paragraphe 269, en plus des demandes de renseignements de Burnaby, l'Office a aussi signifié deux demandes de renseignements à Trans Mountain dans lesquelles il l'interrogeait sur l'existence de terminaux maritimes de rechange.

[358] Le préambule de la deuxième demande de renseignements de l'Office renvoyait à la première réponse que Trans Mountain avait donnée à l'Office. Elle y déclarait avoir étudié d'autres emplacements possibles pour le terminal maritime en se basant sur la faisabilité d'un accès maritime et d'un accès pipelinier qui coïncident, et les avoir évalués en se basant sur des facteurs techniques, économiques et environnementaux. Le préambule renvoyait aussi à la réponse de Trans Mountain selon laquelle elle était parvenue à la conclusion que la construction et l'exploitation d'un nouveau terminal maritime et de l'infrastructure connexe augmenteraient considérablement les coûts, élargiraient l'empreinte et alourdiraient les effets sur l'environnement comparativement à l'agrandissement des installations existantes. Vu cette conclusion, Trans Mountain n'a pas poursuivi son évaluation de terminaux de rechange pour le projet.

[359] L'une des questions précises que l'Office a posées à Trans Mountain dans sa deuxième demande de renseignements était la suivante :

[TRADUCTION] Veuillez expliquer plus en détail la raison pour laquelle Trans Mountain privilégie la solution du terminal maritime Westridge, notamment en fournissant des renseignements à l'appui de la déclaration de Trans Mountain [dans sa réponse à la première demande de renseignements] selon laquelle la construction et l'exploitation d'un nouveau terminal maritime et des infrastructures

environmental effects, as compared to expanding existing facilities.

connexes augmenteraient considérablement les coûts, élargiraient l’empreinte et alourdiraient les effets sur l’environnement comparativement à l’agrandissement des installations existantes.

[360] In its response to the Board, Trans Mountain began by explaining the consideration it had given the option of a northern terminal. Trans Mountain’s assessment ultimately “favoured expansion of the existing system south over a new northern lateral [pipeline] and terminal.” This assessment was based on the following considerations. The northern option involved:

- A 250 kilometre longer pipeline with a concomitant 10 percent to 20 percent higher project capital cost.
- Greater technical challenges, including routing through high alpine areas of the Coast Mountains, or extensive tunneling to avoid these areas. These technical challenges, while not determined to be insurmountable, resulted in greater uncertainty for both cost and construction schedule.
- Fewer opportunities to benefit from existing operations, infrastructure and relationships. These benefits involved both using the existing Trans Mountain right-of-way, facilities, programs and personnel, and the synergies flowing from other existing infrastructure such as road access, power, and marine infrastructure. The inability to benefit from existing operations would increase the footprint and the potential impact of the northern option.

[361] Based on these considerations, Trans Mountain concluded that expansion along the existing Trans Mountain pipeline route was the more favourable option because of the higher costs and the greater uncertainty of both cost and schedule that accompanied the northern option.

[362] Trans Mountain then turned to explain its consideration of the alternative southern terminals. Five

[360] En réponse à l’Office, Trans Mountain a commencé par expliquer comment elle s’y était prise pour évaluer l’option d’un terminal situé plus au nord. Au terme de son évaluation, Trans Mountain [TRADUCTION] « a privilégié l’agrandissement du réseau actuel au sud plutôt qu’un nouveau [pipeline] latéral et un nouveau terminal au nord ». L’évaluation reposait sur les considérations suivantes. L’option nord :

- allongerait le pipeline de 250 kilomètres, ce qui entraînerait des dépenses d’immobilisations supplémentaires de 10 à 20 p. 100;
- aggraverait les défis techniques, notamment pour faire passer le tracé dans des zones de hautes montagnes de la chaîne côtière, ou obligerait à creuser des tunnels importants pour éviter ces zones. Ces défis techniques, bien qu’ils n’aient pas été jugés insurmontables, exacerberaient l’incertitude quant aux coûts et au calendrier des travaux.
- réduirait les possibilités de tirer parti des activités, de l’infrastructure et des relations existantes. Pour bénéficier de ces avantages, il faut utiliser l’emprise, les installations, les programmes et le personnel actuels de Trans Mountain et les synergies découlant d’autres infrastructures existantes comme l’accès routier, l’électricité et l’infrastructure maritime. L’impossibilité de profiter des activités actuelles élargirait l’empreinte et les possibles incidences de l’option nord.

[361] Eu égard à ces considérations, Trans Mountain a conclu que l’agrandissement le long du tracé actuel du pipeline de Trans Mountain était préférable en raison des coûts plus élevés et de l’incertitude accrue quant aux coûts et au calendrier associés à l’option nord.

[362] Trans Mountain a ensuite expliqué son évaluation des terminaux de rechange situés au sud. Cinq

southern alternative locations were considered: (i) Howe Sound, which was eliminated because there was no feasible pipeline access west of Hope, it would require a new lateral pipeline from the Kamloops area, it involved extreme terrain and there was limited land available in close proximity for storage facilities; (ii) Vancouver Harbour, which was eliminated because there were no locations with coincident feasible pipeline access and no land for storage facilities; (iii) Sturgeon Bank, which was eliminated because there was no feasible land available in close proximity for storage facilities; (iv) Washington State, which was eliminated because it involved a longer pipeline and complex regulatory issues (including additional permits required by both Washington State and federal authorities); and, (v) Boundary Bay, which was eliminated because of insufficient water depth.

[363] This left for consideration Roberts Bank. Trans Mountain conducted a screening level assessment based on “desktop studies” of technical, economic and environmental considerations for marine access, storage facilities and pipeline routing for a terminal at that location.

[364] After setting out the assumed technical configuration for the Roberts Bank dock, storage and pipeline, Trans Mountain reviewed the engineering and geotechnical considerations. While no unsurmountable engineering or geotechnical issues were identified, Trans Mountain’s assessment showed that relative to the Westridge Marine Terminal, the Roberts Bank alternative “required a significantly larger dock structure, a large new footprint for the storage terminal, a longer right of way, and a greater diversion from the existing corridor. The extent and cost of ground improvement necessary for the dock and storage terminal also presented a significant source of uncertainty”.

[365] Trans Mountain then reviewed the relevant environmental considerations. Trans Mountain’s assessment showed that while both Westridge and Roberts Bank:

... have unique and important environmental values, based on the setting the environmental conditions at

emplacements possibles ont été examinés : i) la baie Howe, éliminée parce qu’elle n’offrait pas un accès pipelinier faisable viable à l’ouest de Hope; qu’il faudrait construire un nouveau pipeline latéral depuis la région de Kamloops et composer avec un relief extrême et des terres limitées à proximité des installations de stockage; ii) le port de Vancouver, éliminé en raison de l’absence d’emplacements permettant un accès pipelinier faisable et de terrains pour les installations de stockage; iii) Sturgeon Bank, éliminé pour cause d’absence de terrains pour les installations de stockage; iv) l’État de Washington, éliminé parce qu’il faudrait un pipeline plus long et que cette solution causerait des tracas administratifs complexes (dont l’obtention de permis additionnels, exigés tant par l’État de Washington que par les autorités fédérales); v) la baie Boundary, éliminée parce qu’elle n’était pas assez profonde.

[363] Il restait donc Roberts Bank. Trans Mountain a réalisé une évaluation préalable fondée sur une étude documentaire concernant les facteurs techniques, économiques et environnementaux relatifs à l’accès maritime, aux installations de stockage et au tracé du pipeline vers un terminal situé à cet endroit.

[364] Après avoir exposé la configuration technique du quai, des installations de stockage et du pipeline pour l’option Roberts Bank, Trans Mountain a examiné les facteurs techniques et géotechniques. Il n’y avait aucun problème technique ou géotechnique insurmontable, mais l’évaluation de Trans Mountain démontrait que, par rapport au terminal maritime Westridge, cette option [TRADUCTION] « nécessitait des structures de quai beaucoup plus importantes, élargirait l’empreinte pour le terminal de stockage, nécessiterait une emprise plus longue et une déviation plus grande du corridor actuel. L’étendue et le coût des améliorations du terrain nécessaires pour le quai et le terminal de stockage étaient aussi source de grande incertitude ».

[365] Trans Mountain a ensuite examiné les facteurs environnementaux pertinents. Son évaluation montrait que tant Westridge que Roberts Bank :

[TRADUCTION] [...] ont des valeurs environnementales uniques et importantes, mais, compte tenu de la situation,

Roberts Bank appeared to be more substantial and uncertain than at Westridge Terminal, particularly given the larger footprint required for the dock and storage terminal. Without effective mitigation accidents or malfunctions at Roberts Bank could result in greater and more immediate consequences for the natural [environment].

[366] Trans Mountain then detailed the salient First Nations' considerations. For the purpose of the screening assessment, Trans Mountain assumed First Nation concerns and interests to be similar to those for the Westridge Terminal and likely to include concerns for impacts on traditional rights, environmental protection, and potential interest in economic opportunities.

[367] Trans Mountain then reviewed the land use considerations, concluding that relative to the Westridge Terminal "the Roberts Bank alternative would result in a greater change in land use both for the storage terminal and the dock structure. As surrounding development is less than that for Westridge accidents or malfunctions at this location would be expected to affect fewer people".

[368] Trans Mountain's assessment next looked to the estimated cost differences. While operating costs were not quantified for comparison purposes, "given the additional dock and storage terminal required these costs would be higher for the Roberts Bank alternative".

[369] The assessment then looked at marine access considerations. While Roberts Bank offered a shorter and relatively less complex marine transit:

[T]here is an existing well established marine safety system for vessels calling at Westridge. Although Roberts Bank would allow service to larger vessels which would result in potentially lower transport costs for shippers and lower probability of oil spill accidents larger cargos result in potentially larger spill volumes. While the overall effect on marine spill risk was not determined it is expected

les conditions environnementales à Roberts Bank semblaient plus difficiles et incertaines qu'au terminal Westridge, notamment en raison de l'empreinte accrue requise pour le quai et le terminal de stockage. L'absence de mesures d'atténuation efficaces en cas d'accident ou de mauvais fonctionnement à Roberts Bank pourrait entraîner des conséquences plus graves et plus rapides pour [le milieu] naturel.

[366] Trans Mountain a ensuite exposé en détail les principales considérations présentées par les Premières Nations. Pour les besoins de l'évaluation préalable, Trans Mountain a supposé que les préoccupations et intérêts des Premières Nations à l'égard de l'option Roberts Bank étaient semblables à celles qu'elles avaient l'égard du terminal Westridge : incidences sur les droits ancestraux, protection de l'environnement et intérêt économique.

[367] Après avoir examiné les considérations liées à l'utilisation des terres, Trans Mountain a conclu que, en comparaison au terminal Westridge, [TRADUCTION] « l'option Roberts Bank changerait davantage l'utilisation des terres tant pour le terminal de stockage que pour la structure du quai. Comme il y a moins d'aménagements dans les environs de Roberts Bank que de Westridge, on s'attend à ce que, dans l'éventualité d'un accident ou d'une défaillance, moins de personnes soient touchées ».

[368] Trans Mountain a poursuivi son évaluation par un examen de la différence de coûts estimée. Bien que les coûts d'exploitation n'aient pas été quantifiés aux fins de comparaison, [TRADUCTION] « étant donné le quai et le terminal de stockage additionnels requis, ces coûts seraient plus élevés dans le cas de l'option Roberts Bank ».

[369] L'évaluation a ensuite porté sur les considérations liées à l'accès maritime. Certes, l'option Roberts Bank offrait un parcours maritime plus court et un peu moins complexe, mais :

[TRADUCTION] [I]l y a actuellement un système de sécurité maritime bien établi pour les navires qui font escale à Westridge. Roberts Bank permettrait de desservir des navires plus grands, ce qui réduirait peut-être les coûts de transport et les risques d'accident avec déversement de pétrole, mais de grandes cargaisons emportent le risque de déversements abondants. Bien qu'on n'ait pas déterminé

that larger cargos would require a greater investment in spill response.

l'effet global sur le risque de déversement en milieu marin, on s'attend à ce que de grandes cargaisons nécessitent un investissement accru destiné aux interventions en cas de déversement.

[370] Trans Mountain then set out the conclusions it drew from its assessment. While the Westridge and Roberts Bank terminal alternatives each had positive and negative attributes, especially when viewed from any one perspective, overall Trans Mountain's rationale for the Westridge Marine Terminal as a preferred alternative was based on the expectation that Roberts Bank would result in:

- Significantly greater cost—Trans Mountain estimated a \$1.2 billion higher capital cost and assumed higher operating costs for the Roberts Bank alternative.
- A larger footprint and additional environmental effects—Roberts Bank would result in an additional storage terminal with an estimated 100 acres of land required, a larger dock structure with a 7 kilometre trestle, and a 14 kilometre longer pipeline that diverges further from the existing pipeline corridor.

[371] I have set out Trans Mountain's response to the Board at some length because of the importance of this issue to Burnaby. In my view, two points arise from Trans Mountain's response to the Board.

[372] First, its response was not as conclusory as Burnaby's submission might suggest. Second, Trans Mountain's explanation for eliminating a northern alternative and the six, southern alternatives on the ground they were not technically or economically feasible was based on factual and technical considerations well within the expertise of the Board. To illustrate, the Board would have an understanding of the technical challenges posed when routing through high alpine areas. It would also be familiar with considerations such as the expense and environmental impact that accompany the construction of a longer pipeline, away from an existing pipeline corridor, or a new storage facility. The Board would have an

[370] Trans Mountain a ensuite énoncé les conclusions qu'elle a tirées à la suite de son évaluation. Les options Westridge et Roberts Bank comportaient chacune des points positifs et négatifs, qui ressortaient tout particulièrement à la lumière de tel ou tel critère, mais, de façon générale, Trans Mountain privilégie l'option du terminal maritime Westridge, car l'option Roberts Bank donnerait lieu selon elle à :

- des coûts beaucoup plus élevés — Trans Mountain a estimé à 1,2 milliard de dollars la différence de coût, les coûts d'exploitation étant, selon elle, plus élevés pour l'option Roberts Bank;
- une empreinte et des effets accrus sur l'environnement — à Roberts Bank, il y aurait un terminal de stockage additionnel qui exigerait un terrain d'environ 100 acres, des structures de quai plus importantes comportant un pont sur chevalets de 7 kilomètres et un pipeline de 14 kilomètres de plus qui s'écarte davantage du couloir pipelinier existant.

[371] Je reprends en détail la réponse donnée par Trans Mountain à l'Office compte tenu de l'importance de cette question pour Burnaby. À mon avis, deux points découlent de cette réponse.

[372] Premièrement, la réponse n'était pas aussi déterminante que ce que Burnaby semble avancer. Deuxièmement, l'explication donnée par Trans Mountain pour avoir écarté la solution de rechange au nord et les six autres au sud au motif qu'elles n'étaient pas réalisables sur les plans technique et économique reposait sur des considérations factuelles et techniques qui relevaient tout à fait de l'expertise de l'Office. À titre d'exemple, l'Office est réputé comprendre les défis techniques posés par un tracé dans des zones de hautes montagnes. Il est aussi réputé connaître les considérations telles que les coûts et les conséquences environnementales inhérentes à la construction d'un pipeline plus long, qui s'écarte du

appreciation of the need for coincident pipeline access and land for storage facilities and of the efficiencies that flow from things such as the use of existing infrastructure and relationships.

[373] In relevant part, the Board's conclusion on alternative means was [at page 244]:

The Board finds that Trans Mountain's route selection process, route selection criteria, and level of detail for its alternative means assessment are appropriate. The Board further finds that aligning the majority of the proposed pipeline route alongside, and contiguous to, existing linear disturbances is reasonable, as this would minimize the environmental and socio-economic impacts of the Project.

The Board acknowledges the concern raised by the City of Burnaby that Trans Mountain did not provide an assessment of the risks, impacts and effects of the alternate marine terminal locations at Kitimat, B.C., or Roberts Bank in Delta, B.C. The Board finds that Trans Mountain has provided an adequate assessment, including consideration of technical, socio-economic and environmental effects, of technically and economically feasible alternative marine terminal locations. [Underlining added.]

[374] Burnaby has not demonstrated that the Board's finding that Trans Mountain provided an appropriate level of detail in its alternative means assessment was flawed. This was a fact-based assessment well within the Board's area of expertise.

- (iii) Did the Board fail to look at the West Alternative as an alternative route for the new pipeline?

[375] In its project application, Trans Mountain initially proposed four alternative routes for the new pipeline through the Coldwater River Valley. These were referred to as the Modified Reserve Route, the East Alternative, the Modified East Alternative and the West Alternative. While initially its preferred route was identified to be the East Alternative, Trans Mountain later changed its preferred route to be the Modified East Alternative. Coldwater alleges that at some point early in the process Trans

corridor pipelinier existant, ou d'une nouvelle installation de stockage. L'Office est réputé comprendre la nécessité d'un accès pipelinier et des installations de stockage qui coïncident et l'efficacité qui découle, par exemple, du recours aux infrastructures et aux relations existantes.

[373] Voici la partie pertinente de la conclusion de l'Office [à la page 252] sur les solutions de rechange :

L'Office juge appropriés le mécanisme et les critères de sélection du tracé, ainsi que le niveau de détail, retenus pour son évaluation d'autres moyens. L'Office juge en outre raisonnable [...] l'alignement de la majeure partie du tracé pipelinier proposé dans l'axe des perturbations linéaires existantes et contiguës à celles-ci, car il réduit au minimum les incidences environnementales et socio-économiques éventuelles du projet.

L'Office prend acte de la préoccupation soulevée par la Ville de Burnaby, qui a affirmé que Trans Mountain n'a pas produit d'évaluation des risques, des répercussions et des effets des emplacements de rechange du terminal maritime à Kitimat (C.-B.) ou à Roberts Bank, à Delta (C.-B.). L'Office juge que Trans Mountain a fourni une évaluation suffisante, et notamment qu'elle a tenu compte des effets techniques, socioéconomiques et environnementaux d'autres emplacements réalisables sur les plans technique et économique pour le terminus maritime. [Non souligné dans l'original.]

[374] Burnaby n'a pas démontré que l'Office avait conclu à tort que Trans Mountain avait adéquatement justifié son évaluation des solutions de rechange. Cette évaluation reposait sur des faits et relevait entièrement du champ d'expertise de l'Office.

- (iii) L'Office a-t-il omis d'envisager l'option ouest comme tracé de rechange pour le nouveau pipeline?

[375] Trans Mountain a initialement proposé, dans sa demande de projet, quatre tracés de rechange dans la vallée de la rivière Coldwater pour le nouveau pipeline : le tracé modifié dans la réserve, la solution de rechange est, la solution de rechange est modifiée ainsi que l'option ouest. Trans Mountain privilégiait d'abord la solution de rechange est, mais elle a ensuite opté pour la solution de rechange est modifiée. Les Coldwater soutiennent qu'au début du processus, Trans Mountain a unilatéralement

Mountain unilaterally withdrew the West Alternative from consideration without notice to Coldwater. Coldwater also alleges that the East and Modified East Alternatives pose the greatest risk of contaminating the aquifer that supplies drinking water to the Coldwater Reserve, and that the West Alternative is the only route to pose no apparent threat to the aquifer.

[376] Before the Board, Coldwater argued that Trans Mountain did not adequately assess alternative locations for the new pipeline through the Coldwater River Valley. Coldwater requested that the Board require a re-examination of routing options for the Coldwater River Valley before any recommendation on the Project was made.

[377] The Board, in its report, acknowledged Coldwater's concerns at pages 241, 285 and 289.

[378] The Board noted, at page 245, that "the detailed route for the Project has not been finalized, and that this hearing assessed the general route for the Project, the potential environmental and socio-economic effects of the Project, as well as all evidence and commitments made by Trans Mountain regarding the design, construction and safe operation of the pipeline and associated facilities."

[379] At page 290 the Board found that Trans Mountain had not sufficiently shown that there was no potential interaction between the aquifer underlying the Coldwater Reserve and the proposed Project route. Therefore, the Board imposed Condition 39 requiring Trans Mountain to file a hydrogeological study to more precisely determine the potential for interactions and impacts on the aquifer and to assess the need for any additional measures to protect the aquifer, including monitoring measures (Condition 39 was described in greater detail above, at paragraph 333).

[380] Coldwater argues that the Board breached its statutory obligation to consider alternative means of carrying out the designated project. Further, this breach cannot be cured at the detailed route hearing because at a detailed route hearing the Board can only consider limited routing options within the approved pipeline corridor.

écarté l'option ouest, sans les aviser. Ils affirment aussi que les solutions de rechange est et est modifiée comportent le plus grand risque de contamination pour l'aquifère fournissant l'eau potable à la réserve de Coldwater et que l'option ouest est la seule qui ne semble présenter aucun risque pour l'aquifère.

[376] Devant l'Office, les Coldwater ont soutenu que Trans Mountain n'avait pas bien évalué les emplacements de rechange pour le nouveau pipeline dans la vallée de la rivière Coldwater. Ils ont demandé à l'Office d'exiger un nouvel examen des options de tracé dans cette vallée avant de faire toute recommandation concernant le projet.

[377] L'Office prend acte, dans son rapport, des préoccupations des Coldwater aux pages 249, 296 et 300.

[378] À la page 253, l'Office signale que « le trajet détaillé du projet n'est pas arrêté et que l'audience en a évalué le trajet général, les effets environnementaux et socioéconomiques possibles, ainsi que tous les éléments de preuve déposés et les engagements pris par Trans Mountain au sujet de la conception, de la construction et de l'exploitation sécuritaire du pipeline et des installations connexes ».

[379] À la page 300, l'Office conclut que Trans Mountain n'a pas bien démontré l'absence d'interaction possible entre l'aquifère qui se trouve dans la réserve de Coldwater et le tracé proposé pour le projet. Par conséquent, l'Office a imposé la condition 39 pour obliger Trans Mountain à déposer une étude hydrogéologique afin de pousser l'étude de l'interaction et des incidences possibles sur l'aquifère et voir si la prise de mesures supplémentaires de protection de l'aquifère s'impose, y compris des mesures de surveillance (la condition 39 est décrite au paragraphe 333 des présents motifs).

[380] Les Coldwater affirment que l'Office a manqué à son obligation légale d'examiner des solutions de rechange pour la réalisation du projet désigné. Ils ajoutent qu'on ne peut remédier à ce manquement à l'audience sur le tracé détaillé parce que l'Office pourra alors uniquement examiner les options de tracé dans le corridor

The West Alternative is well outside the approved corridor. Coldwater submits that the Board's only option at the detailed route hearing is to decline to approve the detailed routing and to reject Trans Mountain's Plan, Profile and Book of Reference (PPBoR); Coldwater says this is an option the Board would be unwilling to pursue given the Project's post-approval momentum.

[381] I agree that at a detailed route hearing the Board may only approve, or refuse to approve, a proponent's PPBoR. However, this does not mean that at a detailed route hearing the Board is precluded from considering routes outside of the approved pipeline corridor.

[382] Subsection 36(1) of the *National Energy Board Act* requires the Board "to determine the best possible detailed route of the pipeline and the most appropriate methods and timing of constructing the pipeline". This provision does not limit the Board to considering the best possible detailed route within the approved pipeline corridor. This was recognized by the Board in *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCNEB 10 (QL), at page 30.

[383] Additionally, section 21 of the *National Energy Board Act* permits the Board to review, vary or rescind any decision or order, and in *Emera* the Board recognized, at page 31, that where a proposed route is denied on the basis of evidence of a better route outside of the approved pipeline corridor an application may be made under section 21 to vary the corridor in that location.

[384] It follows that the Board would be able to vary the route of the new pipeline should the hydrogeological study to be filed pursuant to Condition 39 require an alternative route, such as the West Alternative route, in order to avoid risk to the Coldwater aquifer.

[385] As the pipeline route through the Coldwater River Valley remains a live issue, depending on the findings of the hydrogeological report, it follows that Coldwater has not demonstrated that the Board breached its statutory obligation to consider alternative means.

de pipeline approuvé. L'option ouest se trouve bien en dehors du corridor approuvé. Selon les Coldwater, à l'audience sur le tracé détaillé, la seule option que devrait retenir l'Office serait de refuser d'approuver le tracé détaillé et de rejeter les plans, profils et livres de renvoi (PPLR) de Trans Mountain; or, selon les Coldwater, il s'agit d'une option que l'Office ne voudra pas envisager étant donné que la réalisation du projet s'accélérera après l'approbation.

[381] Certes, à l'audience sur le tracé détaillé, l'Office peut uniquement approuver ou refuser d'approuver les PPLR d'un promoteur. Toutefois, il ne s'ensuit pas que l'Office est inhabile, lors de cette audience, à examiner des tracés hors du corridor de pipeline approuvé.

[382] Le paragraphe 36(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* exige que l'Office « détermin[e] [le] meilleur tracé possible et [l]es méthodes et moments les plus appropriés à la construction du pipeline ». Cette disposition ne contraint pas l'Office à examiner uniquement le meilleur tracé possible dans le corridor de pipeline approuvé. C'est la conclusion à laquelle l'Office est arrivé dans la décision *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCONE 10 (QL), à la page 34.

[383] De plus, l'article 21 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* permet à l'Office de réviser, d'annuler ou de modifier ses ordonnances ou décisions, et l'Office a reconnu dans la décision *Emera*, à la page 35, que lorsque le tracé proposé est refusé parce que la preuve indique un meilleur tracé hors du corridor de pipeline approuvé, une demande peut être présentée en vertu de l'article 21 pour modifier le corridor à cet endroit.

[384] Il s'ensuit que l'Office serait habilité à modifier le tracé du nouveau pipeline si l'étude hydrogéologique devant être déposée conformément à la condition 39 requerrait un autre tracé, comme celui de l'option ouest, pour éviter de mettre en danger l'aquifère de Coldwater.

[385] Comme le tracé du pipeline devant traverser la vallée de la rivière Coldwater n'est pas arrêté et dépendra des conclusions du rapport hydrogéologique, les Coldwater n'ont pas démontré que l'Office a manqué à son obligation légale d'examiner des solutions de rechange.

[386] The next error said to vitiate the Board’s report is its alleged failure to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal.

- (c) Did the Board fail to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal?

[387] In my view, this issue was fully canvassed in the course of considering Burnaby’s argument that the Board impermissibly failed to decide certain issues for recommended approval of the Project.

- (d) Did the Board err by failing to assess Project-related marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*?

[388] Tsleil-Waututh argues that the Board breached the requirements of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* by excluding Project-related marine shipping from the definition of the “designated project” which was to be assessed under that Act. In turn, the Governor in Council is said to have unreasonably exercised its discretion when it relied upon the Board’s materially flawed report—in effect the Governor in Council did not have a “report” before it and, thus, could not proceed to its decision. Tsleil-Waututh adds that the Board failed to comply with the requirements of subsection 31(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* by:

- i. failing to determine whether the environmental effects of Project-related marine shipping are likely, adverse and significant;
- ii. concluding that the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects; and,
- iii. failing to determine whether the significant adverse environmental effects likely to be caused by Project-related marine shipping can be justified under the circumstances.

[386] On reproche également au rapport de l’Office de n’avoir pas analysé de solutions de rechange au terminal maritime Westridge.

- c) L’Office a-t-il omis d’examiner des solutions de rechange au terminal maritime Westridge?

[387] À mon avis, nous avons amplement étudié la question en analysant la prétention de Burnaby selon laquelle l’Office avait, de façon inacceptable, omis de trancher certaines questions avant de recommander l’approbation du projet.

- d) L’Office a-t-il erré en n’évaluant pas le transport maritime en lien avec le projet sous le régime de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*?

[388] Les Tsleil-Waututh soutiennent que l’Office a manqué aux exigences de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* en excluant le transport maritime associé au projet de la définition du « projet désigné » devant être évalué sous le régime de cette loi. Quant au gouverneur en conseil, il aurait selon eux exercé de manière déraisonnable son pouvoir discrétionnaire en s’en remettant au rapport de l’Office, lequel était entaché de vices importants —en fait, le gouverneur en conseil ne disposait pas d’un « rapport » et, par conséquent, il ne pouvait pas prendre sa décision. Les Tsleil-Waututh ajoutent que l’Office n’a pas satisfait aux exigences du paragraphe 31(1) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* :

- i. en ne décidant pas si les effets environnementaux du transport maritime associé au projet étaient susceptibles d’être négatifs et importants;
- ii. en concluant que le projet n’était pas susceptible d’entraîner des effets environnementaux négatifs et importants;
- iii. en ne décidant pas si les effets négatifs et importants susceptibles d’être causés par le transport maritime associé au projet sont justifiables dans les circonstances.

[389] The significant adverse effect of particular concern to Tsleil-Waututh are the Project's significant adverse effects upon the endangered Southern resident killer whales and their use by Indigenous peoples.

[390] Tsleil-Waututh's submissions are adopted by Raincoast and Living Oceans. To these submissions they add that the Board's decision to exclude Project-related shipping from the definition of the "designated project" was not a discretionary scoping decision as Trans Mountain argues. Rather, the Board erroneously interpreted the statutory definition of "designated project".

[391] The definition of "designated project" is found in section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*: see paragraph 57 above. The parties agree that the issue of whether Project-related marine shipping ought to have been included as part of the defined designated project turns on whether Project-related marine shipping is a "physical activity that is incidental" to the pipeline component of the Project. This is not a pure issue of statutory interpretation. Rather, it is a mixed question of fact and law heavily suffused by evidence.

[392] In response to the submissions of Tsleil-Waututh, Raincoast and Living Oceans, Canada and Trans Mountain make two submissions. First, they submit that the Board reasonably concluded that the increase in marine shipping was not part of the designated project. Second, and in any event, they argue that the Board conducted an extensive review of marine shipping. Therefore, the question for the Court becomes whether the Board's assessment was substantively adequate, such that the Governor in Council still had a "report" before it such that the Board's assessment could be relied upon. Canada and Trans Mountain answer that question in the affirmative.

[393] Before commencing my analysis, it is important to situate the Board's scoping decision and the exclusion of Project-related shipping from the definition of the Project. The definition of the designated project

[389] Les effets négatifs importants du projet qui préoccupent particulièrement les Tsleil-Waututh concernent les épaulards résidents du sud en voie de disparition et l'utilisation de cette ressource par les peuples autochtones.

[390] Raincoast et Living Oceans souscrivent aux prétentions des Tsleil-Waututh. Elles ajoutent que la décision de l'Office d'exclure de la définition du « projet désigné » le transport lié au projet ne constituait pas une décision discrétionnaire sur la portée du projet, contrairement à ce que prétend Trans Mountain. Selon elles, l'Office aurait mal interprété la définition légale de « projet désigné ».

[391] La définition de « projet désigné » se trouve à l'article 2 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* (voir le paragraphe 57 des présents motifs). Les parties conviennent que la question de savoir si le transport maritime associé au projet doit être inclus dans la définition du projet désigné dépend de celle de savoir si le transport maritime en lien avec le projet est une « activité concrète [...] accessoir[e] » à la composante pipeline du projet. Il s'agit non pas d'une question de pure interprétation législative, mais d'une question mixte de fait et de droit largement tributaire de la preuve.

[392] En réponse aux observations des Tsleil-Waututh, de Raincoast et de Living Oceans, le Canada et Trans Mountain font valoir deux points. Premièrement, ils soutiennent que l'Office a raisonnablement conclu que l'augmentation du transport maritime ne tombait pas sous le coup du projet désigné. Deuxièmement, ils affirment que, quoi qu'il en soit, l'Office a effectué un examen exhaustif du transport maritime. Par conséquent, la question à laquelle doit répondre la Cour est la suivante : l'évaluation par l'Office était-elle adéquate sur le fond, de sorte que le gouverneur en conseil disposait quand même d'un « rapport » et qu'il pouvait fonder sa décision sur cette évaluation? Le Canada et Trans Mountain y répondent par l'affirmative.

[393] Avant l'analyse, il importe de remettre en contexte la décision prise par l'Office sur la portée du projet et l'exclusion du transport maritime associé au projet de la définition du projet. Cette définition circonscrit

truly frames the scope of the Board's analysis. Activities included as part of the designated project are assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* with its prescribed list of factors to be considered. Further, as the Board acknowledged in Chapter 10 of its report, the *Species at Risk Act* imposes additional obligations on the Board when a designated project is likely to affect a listed wildlife species. These obligations are discussed below, commencing at paragraph 442.

[394] This assessment is to be contrasted with the assessment of activities not included in the definition of the designated project. These excluded activities are assessed under the *National Energy Board Act* if the Board is of the opinion that any public interest may be affected by the issuance of a certificate of public convenience and necessity, or by the dismissal of the proponent's application. On this assessment the Board is to have regard to all considerations that "appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant" [subsection 52(2) of *National Energy Board Act*]. Parenthetically, to the extent that there is potential for the effects of excluded activities to interact with the environmental effects of a project, these effects are generally assessed under the cumulative effects portion of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* environmental assessment.

[395] I begin my analysis with Trans Mountain's application to the Board for a certificate of public convenience and necessity for the Project. In Volume 1 of the application, at pages 1–4, Trans Mountain describes the primary purpose of the Project to be "to provide additional transportation capacity for crude oil from Alberta to markets in the Pacific Rim including BC, Washington State, California and Asia". In Volume 2 of the application, at pages 2–27, Trans Mountain describes the marine shipping activities associated with the Project. Trans Mountain notes that of the 890 000 barrels per day capacity of the expanded system, up to 630 000 barrels per day, or 71 percent, could be delivered to the Westridge Marine Terminal for shipment by tanker. To place this in perspective, currently in a typical month five tankers are loaded with diluted bitumen at the Westridge Marine Terminal, some of which are the smaller, Panamax tankers. The expanded system would be capable of serving

véritablement l'analyse de l'Office. Les activités incluses dans le projet désigné sont évaluées sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* en fonction de la liste prescrite de facteurs à examiner. De plus, comme le reconnaît l'Office au chapitre 10 de son rapport, la *Loi sur les espèces en péril* impose des obligations additionnelles à l'Office lorsqu'un projet désigné est susceptible de toucher une espèce sauvage inscrite. Ces obligations sont examinées plus loin, à partir du paragraphe 442.

[394] Comparons cette évaluation à celle des activités non incluses dans la définition du projet désigné, qui sont évaluées sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* si l'Office est d'avis que la délivrance d'un certificat d'utilité publique ou le rejet de la demande du promoteur est susceptible d'affecter l'intérêt public. Pour cette évaluation, l'Office tient compte de tous les facteurs qu'il « estime directement liés au pipeline et pertinents » [paragraphe 52(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*]. Incidemment, si les effets des activités exclues risquent d'interagir avec les effets environnementaux du projet, ils sont généralement évalués au cours de l'évaluation environnementale des effets cumulatifs effectuée sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

[395] Commençons par analyser la demande que Trans Mountain a présentée à l'Office en vue d'obtenir un certificat d'utilité publique pour le projet. Au volume 1 de la demande, aux pages 1 à 4, Trans Mountain décrit l'objectif principal du projet ainsi [TRADUCTION] : « augmenter la capacité de transport du pétrole brut de l'Alberta aux marchés du littoral du Pacifique, dont la Colombie-Britannique, l'État de Washington, la Californie et l'Asie ». Au volume 2 de la demande, aux pages 2 à 27, Trans Mountain décrit les activités de transport maritime associées au projet. Elle fait remarquer que, sur la capacité de 890 000 barils par jour après l'agrandissement du réseau, 630 000 barils par jour, ou 71 p. 100 de la capacité, pourraient transiter par le terminal maritime Westridge pour être expédiés par navire-citerne. Pour donner un ordre de grandeur, actuellement, cinq navires-citernes — dont des Panamax, d'un tonnage inférieur — sont chargés de bitume dilué

up to 34 of the larger, Aframax tankers per month (with actual demand influenced by market conditions).

[396] This evidence demonstrates that marine shipping is, at the least, an element that accompanies the Project. Canada argues that an element that accompanies a physical activity while not being a major part of the activity is not “incidental” to the physical activity. Canada says that this was what the Board implicitly found.

[397] The difficulty with this submission is that it is difficult to infer that this was indeed the Board’s finding, albeit an implicit finding. I say this because in its scoping decision the Board gave no reasons for its conclusion. In the second paragraph of the decision, under the introductory heading [at page 519], the Board simply set out its conclusion:

For the purposes of the environmental assessment under the CEAA 2012, the designated project includes the various components and physical activities as described by Trans Mountain in its 16 December 2013 application submitted to the NEB. The Board has determined that the potential environmental and socio-economic effects of increased marine shipping activities to and from the Westridge Marine Terminal that would result from the designated project, including the potential effects of accidents or malfunctions that may occur, will be considered under the NEB Act (see the NEB’s Letter of 10 September 2013 for filing requirements specific to these marine shipping activities). To the extent that there is potential for environmental effects of the designated project to interact with the effects of the marine shipping, the Board will consider those effects under the cumulative effects portion of the CEAA 2012 environmental assessment. [Underlining added.]

[398] Having defined the designated project not to include the increase in marine shipping, the Board dealt with the Project-related increase in marine shipping activities in Chapter 14 of its report. Consistent with the scoping decision, at the beginning of Chapter 14 the Board stated, at page 323:

au terminal maritime Westridge au cours d’un mois donné. L’agrandissement du réseau permettrait de remplir mensuellement jusqu’à 34 Aframax, d’un tonnage supérieur (la demande réelle dépendrait des conditions du marché).

[396] Cette preuve démontre que le transport maritime est à tout le moins un élément qui accompagne le projet. Selon le Canada, un élément qui accompagne une activité concrète tout en ne constituant pas une partie importante de celle-ci n’est pas « accessoire » à l’activité concrète. Le Canada affirme que c’est la conclusion implicite à laquelle est arrivé l’Office.

[397] Le problème, c’est qu’il est difficile d’inférer qu’il s’agit effectivement de la conclusion — même implicite — tirée par l’Office. En effet, dans sa décision sur la portée du projet, l’Office n’a pas motivé sa conclusion. Au deuxième paragraphe de la décision, sous le titre « Introduction » [à la page 535], l’Office énonce simplement sa conclusion :

Aux fins de l’évaluation environnementale réalisée aux termes de la LCEE 2012, le projet désigné comprend les diverses composantes et activités concrètes du projet décrites par Trans Mountain dans sa demande déposée auprès de l’Office en date du 16 décembre 2013. L’Office a déterminé que les effets environnementaux et socioéconomiques potentiels liés à l’intensification des activités de navigation maritime vers et depuis le terminal Westridge en raison du projet, y compris les effets que pourraient avoir un accident ou une défaillance éventuels, seraient examinés aux termes de la Loi [sur l’Office national de l’énergie] (voir la lettre de l’Office datée du 10 septembre 2013 pour prendre connaissance des exigences de dépôt visant les activités de navigation maritime). Dans la mesure où les effets environnementaux potentiels du projet désigné sont susceptibles d’interagir avec les effets de la navigation maritime, l’Office examinera ces derniers au titre des effets cumulatifs de l’évaluation environnementale en vertu de la LCEE 2012. [Non souligné dans l’original.]

[398] Ayant défini le projet désigné de manière à exclure l’augmentation du transport maritime, l’Office traite de l’augmentation des activités maritimes liées au projet au chapitre 14 de son rapport. Conformément à la décision sur la portée du projet, l’Office déclare à la page 333, au début du chapitre 14 :

As described in Section 14.2, marine vessel traffic is regulated by government agencies, such as Transport Canada, Port Metro Vancouver, Pacific Pilotage Authority and the Canadian Coast Guard, under a broad and detailed regulatory framework. The Board does not have regulatory oversight of marine vessel traffic, whether or not the vessel traffic relates to the Project. There is an existing regime that oversees marine vessel traffic. The Board's regulatory oversight of the Project, as well as the scope of its assessment of the Project under the *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA 2012), reaches from Edmonton to Burnaby, up to and including the Westridge Marine Terminal (WMT). However, the Board determined that potential environmental and socio-economic effects of Project-related tanker traffic, including the potential effects of accidents or malfunctions that may occur, are relevant to the Board's consideration of the public interest under the NEB Act. Having made this determination, the Board developed a set of Filing Requirements specific to the issue of the potential effects of Project-related marine shipping activities to complement the Filing Manual. [Underlining added; footnotes omitted.]

[399] Two points emerge from this passage. The first point is the closest the Board came to explaining its scoping decision was that the Board did not have regulatory oversight over marine vessel traffic. There is no indication that the Board grappled with this important issue.

[400] The issue is important because the Project is intended to bring product to tidewater; 71 percent of this product could be delivered to the Westridge Marine Terminal for shipment by tanker. Further, as explained below, if Project-related shipping forms part of the designated project additional requirements apply under the *Species at Risk Act*. Finally, Project-related tankers carry the risk of significant, if not catastrophic, adverse environmental and socio-economic effects should a spill occur.

[401] Neither Canada nor Trans Mountain point to any authority to the effect that a responsible authority conducting an environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* must itself have

Comme il est dit à la section 14.2, la circulation maritime, réglementée par des organismes gouvernementaux, notamment Transports Canada, Port Metro Vancouver, l'Administration de pilotage du Pacifique et la Garde côtière canadienne est assujettie à un vaste cadre de réglementation à la fois étendu et détaillé. La réglementation ne confie pas à l'Office la surveillance de la circulation maritime, qu'elle soit ou non connexe au projet, car un régime existant s'en charge déjà. La surveillance réglementaire du projet qu'exerce l'Office, ainsi que la portée de l'évaluation du projet qu'il effectue en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCEE 2012), s'étendent d'Edmonton à Burnaby, jusqu'au terminal maritime Westridge (TMW) inclusivement. Cependant, l'Office a décidé que les éventuels effets environnementaux et socioéconomiques de la circulation de navires-citernes connexe au projet, y compris les conséquences que pourraient avoir d'éventuels accidents ou défaillances, sont des éléments dont il doit tenir compte pour s'acquitter de l'obligation de veiller à l'intérêt public que lui impose la *Loi*. Après avoir pris cette décision, l'Office a énoncé, en complément du *Guide de dépôt*, un ensemble d'exigences de dépôt qui visent précisément l'enjeu que constituent les effets que peut exercer le transport maritime dans le contexte du projet. [Non souligné dans l'original; renvois omis.]

[399] Il ressort de ce passage deux points. En premier lieu, dans ce qui se rapproche le plus d'une explication concernant sa décision sur la portée du projet, l'Office fait remarquer que la surveillance de la circulation maritime ne lui ressortit pas. Rien n'indique que l'Office se soit arrêté sur cette importante question.

[400] Il s'agit d'une question importante parce que le projet vise à amener le produit à la côte, et 71 p. 100 de ce produit pourrait aboutir au terminal maritime Westridge en vue de son transport par navire-citerne. De plus, et nous y reviendrons, si le transport maritime lié au projet fait partie du projet désigné, des exigences additionnelles s'appliquent en vertu de la *Loi sur les espèces en péril*. Enfin, les navires-citernes en lien avec le projet présentent un risque important, voire catastrophique, d'effets environnementaux et socioéconomiques négatifs en cas de déversement.

[401] Ni le Canada ni Trans Mountain n'invoque de précédent pour appuyer leur prétention selon laquelle une autorité responsable procédant à une évaluation environnementale sous le régime de la *Loi canadienne sur*

regulatory oversight over a particular subject matter in order for the responsible authority to be able to define a designated project to include physical activities that are properly incidental to the Project. The effect of the respondents' submission is to impermissibly write the following italicized words into the definition of "designated project": "It includes any physical activity that is incidental to those physical activities *and that is regulated by the responsible authority*"

[402] In addition to being impermissibly restrictive, the Board's view that it was required to have regulatory authority over shipping in order to include shipping as part of the Project is inconsistent with the purposes of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* enumerated in subsection 4(1). These purposes include protecting the components of the environment that are within the legislative authority of Parliament and ensuring that designated projects are considered in a careful and precautionary manner to avoid significant adverse environmental effects.

[403] The second point that arises is that the phrase "incidental to" is not defined in the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. It is not clear that the Board expressly directed its mind to whether Project-related marine shipping was in fact an activity "incidental" to the Project. Had it done so, the Canadian Environmental Assessment Agency's, *Guide to Preparing a Description of a Designated Project under the Canadian Environmental Assessment Act, 2012* provides a set of criteria relevant to the question of whether certain activities should be considered "incidental" to a project. These criteria are:

- i. the nature of the proposed activities and whether they are subordinate or complementary to the designated project;
- ii. whether the activity is within the care and control of the proponent;
- iii. if the activity is to be undertaken by a third party, the nature of the relationship between the proponent and the third party and whether the proponent has the ability to "direct or influence" the carrying out of the activity;

l'évaluation environnementale (2012) doit elle-même exercer un pouvoir de surveillance réglementaire sur une matière particulière pour pouvoir inclure, dans sa définition du projet désigné, des activités concrètes qui sont véritablement accessoires au projet. La prétention des défendeurs aurait pour effet inacceptable d'introduire les mots en italique suivants dans la définition de « projet désigné » : « Sont comprises les activités concrètes qui leur sont accessoires *et qui sont réglementées par l'autorité responsable* ».

[402] En plus d'être indûment restrictive, l'interprétation de l'Office — selon laquelle il devait avoir un pouvoir réglementaire à l'égard du transport pour inclure le transport dans le projet — est incompatible avec les objectifs de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* énumérés au paragraphe 4(1), notamment de protéger les composantes de l'environnement qui relèvent de la compétence législative du Parlement et de veiller à ce que les projets soient étudiés avec soin et prudence afin qu'ils n'entraînent pas d'effets environnementaux négatifs importants.

[403] En deuxième lieu, le terme « accessoire » n'est pas défini dans la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. Il n'est pas certain que l'Office a cherché à savoir si le transport maritime associé au projet était en fait une activité « accessoire » au projet. À cet égard, le *Guide de préparation d'une description de projet désigné en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale énonce une série de critères permettant de savoir si certaines activités sont « accessoires » à un projet :

- i. la nature des activités proposées et si ces activités sont subordonnées ou complémentaires au projet désigné;
- ii. est-ce une activité qui incombe au promoteur;
- iii. si l'activité doit être réalisée par un tiers, la nature de la relation entre le promoteur et le tiers; le promoteur peut-il diriger la réalisation de l'activité ou exercer une influence sur celle-ci;

- iv. whether the activity is solely for the benefit of the proponent or is available for other proponents as well; and,
- v. the federal and/or provincial regulatory requirements for the activity.

[404] The Board does not advert to, or grapple with, these criteria in its report. Had the Board grappled with these criteria it would have particularly considered whether marine shipping is subordinate or complementary to the Project and whether Trans Mountain is able to “direct or influence” aspects of tanker operations.

[405] In this regard, Trans Mountain stated in its application, on pages 8A-33 to 8A-34, that while it did not own or operate the vessels calling at the Westridge Marine Terminal, “it is an active member in the maritime community and works with BC maritime agencies to promote best practices and facilitate improvements to ensure the safety and efficiency of tanker traffic in the Salish Sea”. Trans Mountain also referenced its Tanker Acceptance Standard whereby it can prevent any tanker not approved by it from loading at the Westridge Marine Terminal.

[406] The Board recognized Trans Mountain’s ability to give directions to tanker operators in Conditions 133, 134 and 144 where, among other things, the Board required Trans Mountain to:

- confirm that it had implemented its commitments to enhanced tug escort by prescribing minimum tug capabilities required to escort outbound, laden tankers and by including these minimum capabilities as part of its Tanker Acceptance Standard;
- file an updated Tanker Acceptance Standard and a summary of any revisions made to the Standard; and,

- iv. l’activité est-elle pour le bénéfice exclusif du promoteur ou bien d’autres promoteurs peuvent-ils également en bénéficier;
- v. les exigences fédérales et/ou provinciales en matière de réglementation en ce qui concerne l’activité.

[404] L’Office ne mentionne ni n’analyse ces critères dans son rapport. S’il l’avait fait, il aurait examiné en particulier les questions de savoir si le transport maritime est accessoire ou complémentaire au projet et si Trans Mountain peut « diriger » certains aspects des activités des navires-citernes ou « exercer une influence » sur elles.

[405] À cet égard, Trans Mountain a déclaré dans sa demande, aux pages 8A-33 à 8A-34, que bien qu’elle ne possède ni n’exploite les navires qui accostent au terminal maritime Westridge, [TRADUCTION] « elle est un membre actif de la communauté maritime et travaille avec les agences maritimes de la Colombie-Britannique à promouvoir des pratiques exemplaires et à faciliter des améliorations pour assurer la sécurité et l’efficacité du trafic des navires dans la mer des Salish ». Trans Mountain a aussi renvoyé à sa norme d’acceptation de pétroliers qui lui permet d’interdire à tout navire-citerne qu’elle n’a pas approuvé de prendre un chargement au terminal maritime Westridge.

[406] L’Office reconnaît que Trans Mountain avait la capacité de donner des directives aux exploitants des navires-citernes dans les conditions 133, 134 et 144, dans lesquelles il a notamment exigé que Trans Mountain :

- confirme qu’elle a exécuté ses engagements en matière d’escorte renforcée par remorqueur en prescrivant les capacités minimales de remorquage nécessaires à l’escorte des pétroliers chargés au départ et en incluant ces capacités minimales dans sa norme d’acceptation de pétroliers;
- dépose une norme actualisée d’acceptation de pétroliers et un résumé de toute révision de cette norme;

- file annually a report documenting the continued implementation of Trans Mountain's marine shipping-related commitments noted in Condition 133, any instances of non-compliance with Trans Mountain's requirements and the steps taken to correct instances of non-compliance.

[407] To similar effect, as discussed below in more detail, Trans Mountain committed in the TERMPOL review process to require, through its tanker acceptance process, that tankers steer a certain course upon exiting the Juan de Fuca Strait.

[408] Trans Mountain's ability to "direct or influence" tanker operations was a relevant factor for the Board to consider.

[409] The Board's reasons do not well-explain its scoping decision, do not grapple with the relevant criteria and appear to be based on a rationale that is not supported by the statutory scheme. As explained in more detail below, it follows that the Board failed to comply with its statutory obligation to scope and assess the Project so as to provide the Governor in Council with a "report" that permitted the Governor in Council to make its decision.

[410] It follows that it is necessary to consider the respondents' alternate submission that the assessment the Board conducted was, nevertheless, substantially adequate such that the Governor in Council could rely upon it for the purpose of assessing the public interest and the environmental effects of the Project. To do this I will first consider the deficiencies said to arise from the assessment of Project-related shipping under the *National Energy Board Act*, as opposed to its assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. I will then turn to the Board's findings, as set out in its report, in order to determine whether the Board's report was materially deficient or substantially adequate.

- dépose chaque année un rapport attestant qu'elle continue de tenir les engagements liés à la marine marchande mentionnés à la condition 133 et documentant les cas de non-conformité aux exigences de ces engagements ainsi que les mesures prises pour redresser la situation.

[407] Dans la même veine, comme nous le verrons plus loin en détail, Trans Mountain s'est engagée dans le cadre du processus d'examen TERMPOL à exiger, au moyen de son processus d'acceptation des navires-citernes, que ces navires suivent un certain couloir à la sortie du détroit de Juan de Fuca.

[408] La capacité de Trans Mountain de « diriger » les activités des navires-citernes ou « d'exercer une influence » sur elles était un facteur pertinent pour l'examen de l'Office.

[409] Les motifs de l'Office n'expliquent pas bien sa décision sur la portée du projet, n'examinent pas les critères pertinents et semblent reposer sur un raisonnement qui n'est pas étayé par le régime législatif. Comme nous l'expliquerons en détail plus loin, il s'ensuit que l'Office a manqué à son obligation légale de déterminer la portée du projet et d'évaluer ce dernier de manière à fournir au gouverneur en conseil un « rapport » permettant à ce dernier de prendre sa décision.

[410] Par conséquent, il est nécessaire d'examiner la prétention subsidiaire des défendeurs selon laquelle l'évaluation par l'Office était néanmoins essentiellement adéquate, de sorte que le gouverneur en conseil pouvait évaluer l'intérêt public et les effets environnementaux du projet sur le fondement de l'évaluation. Pour ce faire, j'examine pour commencer les lacunes dont serait entachée l'évaluation du transport lié au projet, qui a été effectuée sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, et non de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. J'examine ensuite les conclusions que l'Office a énoncées dans son rapport pour décider s'il était entaché de vices importants ou s'il était essentiellement adéquat.

- (i) The deficiencies said to arise from the Board's assessment of Project-related marine shipping under the *National Energy Board Act*

[411] Had the Project been defined to include Project-related marine shipping, subsection 19(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* would have required the Board to consider, and make findings, concerning the factors enumerated in section 19. In the present case, these include:

- the environmental effects of marine shipping, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the designated project, and any cumulative effects likely to result from the designated project in combination with other physical activities that have or will be carried out;
- the significance of these effects;
- mitigation measures that are technically and economically feasible that would mitigate any significant adverse effects of marine shipping; and,
- alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible. This would include alternate shipping routes.

[412] I now turn to address the Board's consideration of Project-related shipping.

- (ii) The Board's consideration of Project-related marine shipping and its findings

[413] I begin by going back to the Board's statement, quoted above, at paragraph 398, that "potential environmental and socio-economic effects of Project-related tanker traffic, including the potential effects of accidents or malfunctions that may occur" were relevant to the Board's consideration of the public interest under the *National Energy Board Act*. In this context, in order to ensure that the Board had sufficient information about

- (i) Les lacunes dont serait entachée l'évaluation faite par l'Office du transport maritime associé au projet sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*

[411] Si la définition du projet avait inclus le transport maritime en lien avec le projet, l'Office serait tenu, par le paragraphe 19(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, de tirer des conclusions à l'égard des facteurs qui y sont énumérés, à savoir :

- les effets environnementaux du transport maritime, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant résulter du projet désigné, et les effets cumulatifs que la réalisation du projet désigné, combinée à celle d'autres activités concrètes, passées ou futures, est susceptible de causer à l'environnement;
- l'importance de ces effets;
- les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux négatifs importants du transport maritime;
- les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, notamment à l'égard des couloirs de navigation.

[412] Passons à l'examen par l'Office du transport lié au projet.

- (ii) Examen du transport maritime en lien avec le projet et conclusions de l'Office à cet égard

[413] Pour commencer, je reviens à la déclaration de l'Office, reproduite au paragraphe 398, selon laquelle les « éventuels effets environnementaux et socioéconomiques de la circulation de navires-citernes connexe au projet, y compris les conséquences que pourraient avoir d'éventuels accidents ou défaillances » étaient pertinents pour l'examen par l'Office de l'intérêt public sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Ainsi,

those effects, the Board developed the specific filing requirements referred to by the Board in the passage quoted above.

[414] These filing requirements required Trans Mountain to provide a detailed description of the increase in marine shipping activities including: the frequency of passages, passage routing, speed, and passage transit time; and, the alternatives considered, such as passage routing, frequency of passages and tanker type utilized.

[415] Trans Mountain's assessment of accidents and malfunctions related to the increase in marine shipping was required to include descriptions of matters such as:

- measures to reduce the potential for accidents and malfunctions to occur, including an overview of relevant regulatory regimes;
- credible worst case spill scenarios and smaller spill scenarios;
- the fate and behaviour of any hydrocarbons that may be spilled;
- the potential environmental and socio-economic effects of credible worst case spill scenarios and smaller spill scenarios, taking into account the season-specific behaviour, trajectory, and fate of the hydrocarbon(s) spilled, as well as the range of weather and marine conditions that could prevail during the spill event; and,
- Trans Mountain's preparedness and response planning, including an overview of the relevant regulatory regimes.

[416] Trans Mountain was required to provide information on navigation and safety including:

pour s'assurer de disposer de suffisamment de renseignements sur ces effets, l'Office a élaboré les exigences précises en matière de dépôt auxquelles il renvoie dans l'extrait cité.

[414] Aux termes de ces exigences en matière de dépôt, Trans Mountain devait fournir une description détaillée de l'augmentation des activités de transport maritime, indiquant notamment la fréquence des passages, les couloirs de navigation, la vitesse des navires et le temps de transit, ainsi que les solutions de rechange examinées relativement aux couloirs de navigation, à la fréquence des passages et au type de navire-citerne utilisé.

[415] L'évaluation faite par Trans Mountain des accidents et des défaillances liés à l'augmentation du transport maritime devait inclure des descriptions de questions telles que :

- les mesures pour réduire le risque d'accidents et de défaillances, y compris un aperçu des régimes de réglementation applicables;
- les pires scénarios crédibles de déversement et les scénarios de déversement de moindre envergure;
- l'évolution et le comportement des hydrocarbures susceptibles d'être déversés;
- les éventuels effets environnementaux et socioéconomiques liés aux pires scénarios de déversement et aux scénarios de déversement de moindre envergure, eu égard au comportement selon la saison, à la trajectoire et à l'évolution des hydrocarbures déversés, ainsi qu'à l'ensemble des conditions climatiques et maritimes qui pourraient exister au moment de l'incident;
- la planification et la préparation de l'intervention faite par Trans Mountain, y compris un aperçu des régimes de réglementation applicables.

[416] Trans Mountain était tenue de fournir des renseignements sur la navigation et les mesures de sécurité, notamment :

- an overview of the relevant regulatory regimes and the role of the different organizations involved;
- any additional mitigation measures in compliance with, or exceeding regulatory requirements, proposed by Trans Mountain to further facilitate marine shipping safety; and,
- an explanation of how the regulatory regimes and any additional measures promote the safety of the increase in marine shipping activities.

[417] The filing requirements also required specific information relating to all mitigation measures related to the increase in marine shipping activities.

[418] I now turn to specifically consider Chapter 14 of the Board's report and its consideration of the Project-related increase in marine shipping activities. Because the applicants' primary concern centers on the Project's impact on the Southern resident killer whales and their use, I will focus on the Board's consideration of this endangered species, including spill prevention and the effects of spills. The Board did also consider and make findings about the impact of increased Project-related shipping on air emissions, greenhouse gases, marine and fish habitat, marine birds, socio-economic effects, heritage resources and human health effects.

[419] The Board began by describing the extent of existing, future, and Project-related shipping activities. It then moved to a review of the regulatory framework and some federal improvement initiatives. The Board's report describes how marine shipping is regulated under the *Canada Shipping Act, 2001*, S.C. 2001, c. 26 and administered by Transport Canada, the Canadian Coast Guard and other government departments.

[420] The Board then moved, in section 14.3, to the assessment of the effects of increased marine shipping,

- un aperçu des régimes de réglementation applicables et du rôle des différentes organisations concernées;
- toute autre mesure d'atténuation additionnelle en vue de respecter ou de dépasser les exigences réglementaires proposée par Trans Mountain pour augmenter la sécurité du transport maritime;
- une explication de la façon dont les régimes de réglementation et toute autre mesure additionnelle favorisent la sécurité des activités accrues de transport maritime.

[417] Aux termes des exigences de dépôt, Trans Mountain devait aussi fournir des renseignements précis concernant toutes les mesures d'atténuation liées à l'augmentation du transport maritime.

[418] Reportons-nous tout particulièrement au chapitre 14 du rapport de l'Office pour voir comment ce dernier a traité l'augmentation des activités de transport maritime liées au projet. Comme la principale préoccupation des demandeurs a trait à l'incidence du projet sur les épaulards résidents du sud et leur utilisation de cette ressource, nous examinons surtout la manière dont l'Office a abordé la question relative à cette espèce en voie de disparition, y compris la prévention et les effets des déversements. L'Office a aussi tiré des conclusions sur les répercussions de l'augmentation du transport lié au projet sur les émissions atmosphériques, les gaz à effet de serre, les habitats marins et l'habitat du poisson, les oiseaux marins, les ressources patrimoniales et la santé humaine, y compris ses effets socioéconomiques.

[419] L'Office commence par décrire l'étendue des activités de transport actuelles et futures connexes au projet. Il examine ensuite le cadre réglementaire et certaines initiatives d'amélioration fédérales. Il explique dans son rapport que le transport maritime est réglementé par la *Loi de 2001 sur la marine marchande*, L.C. 2001, ch. 26, et administré par Transports Canada, la Garde côtière canadienne et d'autres ministères.

[420] Ensuite, à la section 14.3, l'Office se penche sur les effets de l'intensification du transport maritime, tout

focusing on changes to the environmental and socio-economic setting caused by the routine operation of Project-related marine vessels. It noted that while it assessed the potential environmental and socio-economic factors of increased marine shipping as part of its public interest determination under the *National Energy Board Act*, the Board [at page 332] “followed an approach similar to the environmental assessment conducted under [the *Canadian Environmental Assessment Act*, 2012] ... to the extent it was appropriate, to inform the Board’s public interest determination.”

[421] The Board went on to explain that in order to consider whether the effects of marine shipping were likely to cause significant environmental effects, it considered the existing regulatory scheme in the absence of any specific mitigation measures. This reflected the Board’s view that since marine shipping was beyond its regulatory authority, it did not have the ability to impose specific mitigation conditions to address environmental effects of Project-related marine shipping. The Board also explained that it considered any cumulative effects that were likely to arise from Project-related shipping, in combination with environmental effects arising from other current or reasonably foreseeable marine vessel traffic in the area.

[422] Finally, before turning to its assessment of the Project’s effects, the Board stated that its assessment had considered:

- adverse impacts of Project-related marine shipping on *Species at Risk Act* (SARA)-listed wildlife species and their critical habitat;
- all reasonable alternatives to Project-related marine shipping that would reduce impact on SARA-listed species’ critical habitat; and,

particulièrement les changements au contexte environnemental et socioéconomique découlant de l’exploitation courante de bâtiments de mer en lien avec le projet. Il indique avoir évalué les éventuels effets environnementaux et socioéconomiques découlant de l’intensification du transport maritime en se penchant sur l’intérêt public conformément à la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, mais avoir « adopté une approche semblable à celle qui a été utilisée pour l’évaluation environnementale menée en vertu de [la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* (2012)] [...] dans la mesure où elle convenait, afin d’éclairer la détermination de l’intérêt public » [à la page 342].

[421] L’Office explique ensuite que, pour décider si le transport maritime entraînera probablement des effets environnementaux importants, il a tenu compte du régime de réglementation actuel, sans quelque mesure d’atténuation particulière. Cette démarche cadre avec son point de vue selon lequel, comme le transport maritime dépasse les pouvoirs de réglementation qui lui sont dévolus, il n’est pas habilité à imposer des conditions d’atténuation particulières pour parer aux conséquences environnementales du transport maritime en lien avec le projet. L’Office explique aussi qu’il a tenu compte de tout effet cumulatif susceptible de résulter du transport maritime associé au projet, ainsi que des effets environnementaux découlant de la circulation maritime actuelle ou raisonnablement prévisible dans le secteur.

[422] Enfin, avant de présenter son évaluation des effets du projet, l’Office indique avoir tenu compte :

- des incidences négatives du transport maritime lié au projet sur les espèces sauvages répertoriées dans la *Loi sur les espèces en péril* et l’habitat essentiel de ces espèces;
- de toutes les solutions de rechange raisonnables au transport maritime qui réduiraient les effets que ce transport a sur l’habitat essentiel des espèces répertoriées dans la *Loi sur les espèces en péril*;

- measures to avoid or lessen any adverse impacts, consistent with applicable recovery strategies or action plans.

[423] The Board then went on to make the following findings and statements with respect to marine mammals generally:

- Underwater noise from Project-related marine vessels would result in sensory disturbances to marine mammals. The disturbance is expected to be long-term as it is likely to occur for the duration of operations of Project-related vessel traffic.
- When assessing the impact of Project-related shipping on specific species, the Board's approach was to consider the temporal and spatial impact, and its reversibility.
- Project-related marine vessels have the potential to strike a marine mammal, which could result in lethal or non-lethal effects. Further, the increase in Project-related marine traffic would contribute to the cumulative risk of marine mammal vessel strikes. The Board acknowledged Trans Mountain's commitment to provide explicit guidance for reporting both marine mammal vessel strikes and mammals in distress to appropriate authorities.
- The Board accepted the evidence of the Department of Fisheries and Oceans and Trans Mountain to the effect that there were no direct mitigation measures that Trans Mountain could apply to reduce or eliminate potential adverse effects from Project-related tankers. It recognized that altering vessel operations, for example by shifting shipping lanes away from marine mammal aggregation areas or reducing marine vessel speed, could be an effective mitigation measure. However, these specific measures were outside of the Board's regulatory authority, and out of Trans

- des mesures pour éviter ou réduire toute conséquence négative conformes aux programmes ou plans d'action de rétablissement applicables.

[423] L'Office présente ensuite les conclusions et observations suivantes au sujet des mammifères marins en général :

- Le bruit sous-marin causé par les bâtiments de mer en lien avec le projet provoquerait des perturbations sensorielles chez les mammifères marins. On s'attend à des perturbations à long terme puisqu'elles se feraient probablement sentir pendant toute la durée de la circulation maritime liée au projet.
- Pour évaluer l'incidence du transport lié au projet sur certaines espèces, l'Office a examiné les conséquences sur les plans temporel et spatial ainsi que la réversibilité de ces conséquences.
- Les bâtiments de mer en lien avec le projet sont susceptibles d'entrer en collision avec un mammifère marin, ce qui pourrait avoir des conséquences létales ou non létales. De plus, l'augmentation de la circulation maritime imputable au projet contribuerait aux risques cumulatifs de collision entre un navire et un mammifère marin. L'Office prend acte de l'engagement, pris par Trans Mountain, de fournir une directive explicite pour que soient remises aux autorités compétentes des déclarations concernant les mammifères en détresse et les collisions avec des mammifères marins.
- L'Office accepte les observations du ministère des Pêches et des Océans et de Trans Mountain selon lesquelles il n'existait pas de mesures d'atténuation directes que cette dernière pourrait prendre pour réduire ou éliminer les éventuels effets négatifs des navires-citernes associés au projet. Il reconnaît que la modification des opérations des navires, par exemple déplacer les corridors de navigation pour les éloigner des aires de rassemblement de mammifères marins ou réduire la vitesse des navires, pourrait constituer une mesure d'atténuation efficace. Cependant, ces mesures précises ne relèvent

Mountain's control. The Board encouraged other regulatory authorities, such as Transport Canada or Fisheries and Oceans Canada to explore initiatives that would aim to reduce the potential effects of marine vessels on marine mammals.

- The Board recognized initiatives currently underway, or proposed, and noted Trans Mountain's commitment to participate in some of these initiatives. The Board imposed Condition 132 requiring Trans Mountain to develop a Marine Mammal Protection Program, and to undertake or support initiatives that focus on understanding and mitigating Project-related effects. Such Protection Program is to be filed prior to the commencement of Project operations.
- The Board explained that Condition 132 was meant to ensure that Trans Mountain fulfilled its commitments to participate in the development of industry-wide shipping practices in conjunction with the appropriate authorities. At the same time, the Board recognized that the Marine Mammal Protection Program offered no assurance that effective mitigation would be developed and implemented to address Project-related effects on marine mammals.
- The Board acknowledged the recommendation of the Department of Fisheries and Oceans that Trans Mountain explore the use of marine mammal on-board observers on Project-related marine vessels. The Board expressed its agreement and set out its expectation that it would see an initiative of this type incorporated as part of Trans Mountain's Marine Mammal Protection Program.

[424] The Board also acknowledged Trans Mountain's commitment to require Project-related marine vessels to meet any future guidelines or standards for reducing underwater noise from commercial vessels as they come into force.

pas des pouvoirs de réglementation de l'Office et échappent au contrôle de Trans Mountain. L'Office encourage d'autres autorités de réglementation, comme Transports Canada et Océans Canada, à envisager des initiatives qui auraient pour objectif de réduire les effets possibles des bâtiments de mer sur les mammifères marins.

- L'Office reconnaît que des initiatives ont été engagées ou proposées et note que Trans Mountain s'était engagée à participer à quelques-unes d'entre elles. Il a imposé la condition 132 aux termes de laquelle Trans Mountain doit élaborer un programme de protection des mammifères marins et entreprendre ou soutenir des initiatives dont l'objet principal est de comprendre et d'atténuer les conséquences découlant du projet. L'entreprise devra déposer un tel programme avant le début des activités liées au projet.
- L'Office explique que la condition 132 vise à faire en sorte que Trans Mountain tienne ses engagements de participer à l'élaboration de pratiques de transport maritime à l'échelle du secteur, de concert avec les autorités compétentes. Il a en même temps reconnu que le programme de protection des mammifères marins ne donnait aucune garantie que des mesures d'atténuation seront effectivement élaborées et mises en œuvre pour contrer les effets du projet sur les mammifères marins.
- L'Office prend acte de la recommandation du ministère des Pêches et des Océans que Trans Mountain envisage le recours à des observateurs marins sur les navires en lien avec le projet. Il convient qu'il pourrait s'agir de programmes valables et dit s'attendre à voir des initiatives de ce type dans le cadre du programme de protection des mammifères marins de Trans Mountain.

[424] L'Office prend également acte de l'engagement par Trans Mountain d'exiger des navires associés au projet qu'ils respectent les directives ou normes futures concernant la réduction du bruit sous-marin causé par les navires commerciaux dès leur entrée en vigueur.

[425] The Board went on to make the following findings with specific reference to the Southern resident killer whale [report, at page 350]:

- The Southern resident killer whale population has crossed a threshold where any additional adverse environmental effects would be considered significant. The current level of vessel traffic in the regional study area and the predicted future increase of vessel traffic in that area, even excluding Project-related marine vessels, “have and would increase the pressure on the Southern resident killer whale population”
- The Board expressed its expectation that Project-related marine vessels would represent a maximum of 13.9 percent of all vessel traffic in the regional study area, excluding the Burrard Inlet, and would decrease over time as the volume of marine vessel movements in the area is anticipated to grow. Therefore, while the effects from Project-related marine vessels would be a small fraction of the total cumulative effects, the Board acknowledged that this increase in marine vessels associated with the Project “would further contribute to cumulative effects that are already jeopardizing the recovery of the Southern resident killer whale. The effects associated with Project-related marine vessels will impact numerous individuals of the Southern resident killer whale population in a habitat identified as critical to the recovery”. The Board classified these effects as “high magnitude”. Consequently, the Board found that “the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale.”
- The Board recognized that the “Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whale” prepared by the Department of Fisheries and Oceans identified vessel noise as “a threat to the acoustic integrity of Southern resident killer whale critical habitat, and that physical and acoustic disturbance from human activities may be key

[425] L’Office tire ensuite les conclusions suivantes au sujet de l’épaulard résident du sud [rapport, aux pages 361 et 362] :

- La population de l’épaulard résident du sud a franchi un seuil au-delà duquel tout effet indésirable supplémentaire sur l’environnement est considérable. Le niveau actuel, et l’augmentation prévue, de la circulation maritime dans la zone d’étude régionale, même si l’on exclut les navires en lien avec le projet, « [a] intensifié et intensifier[a] la pression qui s’exerce sur la population de l’épaulard résident du sud ».
- L’Office dit s’attendre à ce que les bâtiments de mer liés au projet représentent 13,9 p. 100 de toute la circulation maritime dans la zone d’étude régionale, à l’exclusion de la baie Burrard, et que ce pourcentage baisse au fil du temps, car la circulation maritime dans cette zone devrait augmenter. Par conséquent, bien que les effets exercés par les bâtiments de mer en lien avec le projet soient une faible fraction des effets cumulatifs totaux, l’Office reconnaît que cette augmentation du nombre de bâtiments de mer en lien avec le projet « contribuera davantage encore aux effets cumulatifs qui mettent déjà en péril le rétablissement de l’épaulard résident du sud. Les effets occasionnés par les bâtiments de mer participant au projet auront des répercussions sur de nombreux individus de la population de l’épaulard résident du sud dans un habitat désigné comme essentiel pour le rétablissement ». L’Office qualifie ces effets comme étant d’une « grande ampleur ». Par conséquent, il conclut que « l’exploitation de bâtiments de mer participant au projet aura probablement des conséquences pernicieuses importantes pour l’épaulard résident du sud ».
- L’Office reconnaît que le « Programme de rétablissement des épaulards résidents [...] du nord et du sud du Canada », préparé par le ministère des Pêches et des Océans, considère le bruit des navires comme une menace pour « l’intégrité acoustique de l’habitat essentiel de l’épaulard résident du sud, et que la perturbation physique et

factors causing depletion or preventing recovery of resident killer whale populations.”

- The Board noted that the death of a Southern resident killer whale from a Project-related marine vessel collision, despite the low likelihood of such an event, would have population level consequences. The Board acknowledged that Project-related marine vessels would encounter a killer whale relatively often, however, “given the limited number of recorded killer whale marine vessel strikes and the potential avoidance behaviors of killer whales” the Board accepted the evidence of Trans Mountain and the Department of Fisheries and Oceans that the probability of a Project-related marine mammal vessel strike on a Southern resident killer whale was low.
- The Board expressed the view that the recovery of the Southern resident killer whale requires complex, multi-party initiatives, and that the Department of Fisheries and Oceans and other organizations are currently undertaking numerous initiatives to support the recovery of the species, including finalizing an action plan. The Board acknowledged Trans Mountain’s commitment to support the objectives and recovery measures identified in the action plan. The draft action plan included a detailed prioritized list of initiatives. The Board expressed its expectation that Trans Mountain would support these initiatives within the Marine Mammal Protection Program. The Board encouraged initiatives, including initiatives of the federal government, to prioritize and implement specific measures to promote recovery of the species.
- Finally, the Board concluded that “the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale.”

acoustique imputable à l’activité anthropique peut être un facteur déterminant qui contribue au décroissement des populations d’épaulards résidents ou empêche leur rétablissement ».

- Selon l’Office, bien qu’elle soit faible, la probabilité de mort d’un épaulard résident du sud par suite d’une collision avec un bâtiment de mer en lien avec le projet aurait des conséquences à l’échelle de la population. Il reconnaît que ces navires rencontreraient un épaulard relativement souvent. Toutefois, « comme le nombre de collisions entre des épaulards et des bâtiments de mer qui ont été enregistré[es] est limité et que les épaulards adoptent éventuellement un comportement qui permet de les éviter », l’Office accepte la prétention de Trans Mountain et du ministère des Pêches et des Océans selon laquelle il est peu probable qu’un navire en lien avec le projet entre en collision avec un épaulard résident du sud.
- L’Office exprime l’opinion que le rétablissement de l’épaulard résident du sud exigera la mise sur pied d’initiatives complexes mettant à contribution plusieurs parties. Il souligne que le ministère des Pêches et des Océans et d’autres organismes lancent actuellement de nombreuses initiatives pour favoriser le rétablissement de l’espèce, et met notamment la dernière touche à un plan d’action. L’Office reconnaît que Trans Mountain s’est engagée à appuyer les objectifs et les mesures de rétablissement énoncés dans le plan d’action. Le projet de plan d’action comprend une liste détaillée des initiatives par ordre de priorité. L’Office dit s’attendre à ce que Trans Mountain appuie une partie de ces initiatives dans le cadre du programme de protection des mammifères marins. Il encourage l’adoption d’initiatives, notamment par le fédéral, visant en priorité la prise de mesures particulières pour favoriser le rétablissement de l’espèce et leur mise en œuvre.
- Enfin, l’Office conclut que « l’exploitation de bâtiments de mer participant au projet aura probablement des conséquences pernicieuses pour l’épaulard résident du sud ».

[426] The Board then considered the impact of marine shipping on the traditional use of marine resources by Indigenous communities, finding that:

- There would be disruptions to Indigenous marine vessels and harvesters, and this may disrupt activities or access to specific sites. However, in the Board's view these disruptions would be temporary, occurring only during the period of time when Project-related tanker vessels are in transit. Thus, it was of the view that Indigenous marine vessel users would maintain the ability to continue to harvest marine resources and to access subsistence and cultural sites in the presence of these periodic and short-term disruptions.
- Therefore, the Board found that, with the exception of the effects on the Southern resident killer whale, the magnitude of effects of Project-related marine vessel traffic on traditional marine resource uses, activities and sites would be low.
- Given the low frequency, duration and magnitude of effects associated with potential disruptions, and Trans Mountain's commitments to provide regular updated information on Project-related marine vessel traffic to Indigenous communities, the Board found that adverse effects on traditional marine resource uses, activities and sites were not likely and that, overall, Project-related marine traffic's contribution to overall effects related to changes in traditional marine use patterns was not likely to be significant.
- Project-related marine traffic's contribution to cumulative effects was found to be of low to medium magnitude, and reversible in the long term. The Board therefore found significant adverse cumulative effects associated with Project-related marine vessel traffic on traditional marine resource use was not likely to be significant, with the exception of effects associated with the

[426] L'Office examine ensuite l'incidence du transport maritime sur l'utilisation par les communautés autochtones des ressources marines à des fins traditionnelles et en tire les conclusions suivantes :

- Les navires et les pêcheurs autochtones subiront des perturbations, ce qui risque de perturber les activités ou l'accès aux sites. Toutefois, selon l'Office, ces perturbations seront temporaires, ne se produiront que pendant le transit des navires-citernes du projet. Ainsi, il s'est dit d'avis que les Autochtones qui utilisent des bâtiments de mer conserveraient leur capacité de poursuivre leurs récoltes et d'accéder aux sites culturels et de subsistance malgré ces perturbations périodiques de courte durée.
- Par conséquent, l'Office conclut qu'exception faite des effets sur l'épaulard résident du sud, les conséquences sur l'utilisation des ressources marines, les activités et les lieux traditionnels seraient de faible ampleur.
- Étant donné la fréquence, la durée et la faible ampleur des effets connexes aux perturbations éventuelles, et les engagements pris par Trans Mountain de fournir régulièrement aux collectivités autochtones des renseignements actualisés sur la circulation des navires en lien avec le projet, l'Office a jugé qu'il est peu probable qu'il y ait des effets négatifs sur les utilisations des ressources marines, les activités et les lieux traditionnels, et que, dans l'ensemble, l'incidence de la circulation maritime en lien avec le projet sur les changements globaux des habitudes d'utilisation des ressources marines à des fins traditionnelles ne sera probablement pas importante.
- L'Office juge que l'incidence du trafic maritime en lien avec le projet sur les effets cumulatifs est faible ou moyenne et réversible à long terme. Il estime par conséquent peu probable que le trafic maritime connexe au projet ait des conséquences défavorables importantes et cumulatives sur l'utilisation des ressources marines à des fins traditionnelles, exception faite des effets sur

traditional use of the Southern resident killer whale, which were considered significant.

- Recognizing the cultural importance of the killer whale to certain Indigenous groups, the Board found [at page 363] that “the increase in marine vessel traffic associated with the Project is likely to result in significant adverse effects on the traditional Aboriginal use associated with the Southern resident killer whale.”

[427] Finally, in sections 14.4 to 14.6 the Board considered spill prevention. It made the following findings:

- The Board accepted the evidence filed by Trans Mountain regarding marine shipping navigation and safety, including the reports filed as part of the TERMPOL Review Process.
- Although a large spill from a tanker associated with the Project would result in significant adverse environmental and socio-economic effects, such an event is not likely.
- Even with response efforts, any large spill would result in significant adverse environmental and socio-economic effects.
- Trans Mountain, in conjunction with the Western Canada Marine Response Corporation, proposed appropriate measures to respond to potential oil spills from Project-related tankers. These proposed measures exceed regulatory requirements and would result in a response capacity that is double, and a delivery time that is half, that required by the existing planning standards. The Board gave substantial weight to the fact that the TERMPOL Review Committee and the Canadian Coast Guard did not identify any particular concerns with marine spill response planning associated with the Project.

l'utilisation à des fins traditionnelles de l'épaulard résident du sud, qui sont considérés comme importants.

- Reconnaissant l'importance culturelle de l'épaulard pour certains groupes autochtones, l'Office conclut [à la page 375] que « l'accroissement de la circulation maritime occasionné par le projet entraînera probablement des conséquences pernicieuses considérables pour l'épaulard résident du sud ».

[427] Finalement, l'Office traite de la prévention des déversements aux sections 14.4 à 14.6. Il tire les conclusions suivantes :

- L'Office retient la preuve déposée par Trans Mountain au sujet de la navigation et de la sécurité du transport maritime, y compris les rapports déposés dans le cadre du processus d'examen TERMPOL.
- Un déversement important causé par un navire-citerne aurait des conséquences environnementales et socioéconomiques importantes, mais un tel accident est peu probable.
- Même s'il y a intervention, tout déversement important se soldera par des effets environnementaux et socioéconomiques négatifs importants.
- Trans Mountain, de concert avec la Western Canada Marine Response Corporation, a proposé des mesures appropriées pour intervenir en cas de déversement d'hydrocarbures par des navires-citernes du projet. Ces mesures dépassent les exigences réglementaires et donneraient lieu à une capacité d'intervention deux fois plus importante que celle prévue par les normes de planification actuelles, et à un délai d'exécution deux fois moins long que celui exigé par ces mêmes normes. L'Office accorde un poids considérable au fait que le comité d'examen TERMPOL et la Garde côtière canadienne n'ont pas fait mention de préoccupations particulières quant à la planification de l'intervention en cas de déversement en ce qui concerne le projet.

- The environmental effects of a spill from a tanker would be highly dependent on the particular circumstances, such as the amount and the type of product(s) spilled, the location of the spill, the response time, the effectiveness of containment and cleanup, the valued components that were impacted, and the weather and time of year of the spill.
- A small spill, quickly contained, could have adverse effects of low magnitude, whereas a credible worst-case spill could have adverse effects of larger geographic extent and longer duration, and such effects would probably be significant. Moreover, spills could impact key marine habitats such as salt marshes, eelgrass beds and kelp forests, which could, in turn, affect the numerous species that rely upon them. Spills could also affect terrestrial species along the coastline, including SARA-listed terrestrial plant species.
- Although impacts from a credible worst-case spill would probably be adverse and significant, natural recovery of the impacted areas and species would likely return most biological conditions to a state generally similar to pre-spill conditions. Such recovery might be as quick as a year or two for some valued components, or might take as long as a decade or more for others. Valuable environmental values and uses could be lost or diminished in the interim. For some valued components, including certain SARA-species, recovery to pre-spill conditions might not occur.
- Les conséquences pour l'environnement d'un déversement d'un navire-citerne dépendront fortement des circonstances particulières, notamment de la quantité et du type de produit déversé, du lieu du déversement, du délai d'intervention, de l'efficacité du confinement et du nettoyage, des composantes valorisées qui sont touchées ainsi que des conditions météorologiques et du moment de l'année où se produit le déversement.
- Un petit déversement qui est rapidement confiné pourrait avoir des effets néfastes de faible ampleur, alors qu'un déversement équivalant au pire scénario crédible pourrait avoir des conséquences négatives de plus grande portée géographique et de plus grande durée, et qui seraient probablement importantes. Qui plus est, les déversements seraient susceptibles de toucher des habitats marins clés, notamment des marais salés, des herbiers de zostère et des forêts d'algues brunes, qui risqueraient à leur tour d'affecter les nombreuses espèces qui en dépendent. Les déversements pourraient aussi toucher les espèces terrestres le long du littoral, y compris des espèces de plantes terrestres répertoriées dans la *Loi sur les espèces en péril*.
- Bien que les incidences d'un déversement équivalant au pire scénario crédible soient probablement négatives et importantes, le rétablissement naturel des zones et des espèces touchées ramènerait probablement la plupart des conditions biologiques à un état semblable à celui qui existait avant le déversement. Un tel rétablissement pourrait se faire rapidement, en à peine un an ou deux, pour certaines composantes valorisées, ou prendre jusqu'à une décennie ou plus pour d'autres. Des valeurs et utilisations environnementales valorisées pourraient être perdues ou réduites dans l'intervalle. Pour certaines composantes valorisées, dont certaines espèces répertoriées dans la *Loi sur les espèces en péril*, il est possible qu'on ne puisse obtenir un rétablissement aux conditions existant avant le déversement.

- Mortality of individuals of SARA-listed species could result in population level impacts and could jeopardize recovery. For example, the impact on a Southern resident killer whale of exposure to an oil spill potentially would be catastrophic.
- There is a very low probability of a credible worst-case event.
- The effects of a credible worst-case spill on the current use of lands, waters and resources for traditional purposes by Indigenous people would likely be adverse and significant. However, the probability of such a worst-case event is very low.
- La mortalité d'individus des espèces répertoriées dans la *Loi sur les espèces en péril* pourrait aboutir à des conséquences à l'échelle de la population et mettre en péril le rétablissement de ces espèces. Par exemple, l'exposition des épaulards résidents du sud à un déversement pourrait avoir des conséquences catastrophiques.
- La probabilité qu'un accident correspondant au pire scénario crédible se produise est très faible.
- Les effets qu'un déversement correspondant au pire scénario aurait sur l'utilisation actuelle des terres, des eaux et des ressources à des fins traditionnelles par les peuples autochtones seraient probablement négatifs et importants. Toutefois, la probabilité qu'il se produise un tel accident est très faible.

[428] With respect to the Board's reference to the report of the TERMPOL Review Committee [*TERMPOL Review Process Report on the Trans Mountain Expansion Project*, 2014], one of the topics dealt with in that report was Project routing. It was noted, in Section 3.2, that the "shipping route to and from Trans Mountain's terminal to the open sea is well-established and used by deep sea tankers as well as other vessel types such as cargo vessels, cruise ships and ferries." Later in the report it was noted that "Aframax class tankers currently use the proposed route, demonstrating that tanker manoeuvrability issues are not a concern."

[429] Notwithstanding, the Review Committee did make one finding with respect to the shipping route. Finding 9 was to the effect that "*Trans Mountain's commitment to require via its tanker acceptance process that Project tankers steer a course no more northerly than due West (270°) upon exiting the Juan de Fuca Strait will enhance safety and protection of the marine environment by providing the shortest route out of the Canadian*" [italics in original] economic exclusion zone.

[430] Returning to the Board's report, the end result of the Board's assessment of the Project was that, notwithstanding the impacts of the Project upon the Southern

[428] L'Office renvoie également au rapport du processus d'examen TERMPOL [*TERMPOL Review Process Report on the Trans Mountain Expansion Project*, 2014], lequel traite du tracé du projet. Il est écrit dans ce rapport, à la section 3.2, que [TRADUCTION] « [l]a route de navigation au large des côtes en direction et en provenance du terminal de Trans Mountain est bien établie et elle est empruntée par les navires-citernes de haute mer, et par d'autres navires de charge, des navires de croisière et des traversiers ». Plus loin, il est indiqué que [TRADUCTION] « des navires-citernes de classe Aframax utilisent actuellement la route proposée, ce qui démontre que la manoeuvrabilité n'est pas une préoccupation ».

[429] Le comité d'examen a cependant tiré une conclusion à l'égard du tracé maritime, sa conclusion 9 : « L'engagement de Trans Mountain à exiger, dans le cadre de son processus d'acceptation, que les navires-citernes ne naviguent pas plus au nord que franc ouest (270°) en sortant du détroit de Juan de Fuca renforcera la sécurité et la protection du milieu marin parce que les navires-citernes emprunteront la route la plus courte pour sortir de la [zone d'exclusion économique] canadienne ».

[430] Pour revenir au rapport de l'Office, l'évaluation du projet par ce dernier a abouti à la conclusion suivante : malgré les effets du projet sur les épaulards

resident killer whales and Indigenous cultural uses associated with them, with the implementation of Trans Mountain's environmental protection procedures and mitigation, and the Board's recommended conditions, the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects. This was the Board's recommendation under section 29 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

- (iii) Was the Board's assessment of Project-related marine shipping substantially adequate?

[431] I begin with the Board's description of its approach to the assessment of marine shipping. It "followed an approach similar to the environmental assessment conducted under" the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* "to the extent it was appropriate" [at page 332]. Consistent with this approach, the Board's filing requirements in respect of marine shipping required Trans Mountain to provide information about mitigation measures and alternatives—factors which subsection 19(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* require be considered in an environmental assessment.

[432] Bearing in mind that the primary focus of the applicants' concern about the Board's assessment of Project-related marine shipping is the Board's assessment of the adverse effects of the Project on Southern resident killer whales, the previous review of the Board's findings demonstrates that the Board considered the Project's effects on the Southern resident killer whales, including the environmental effects of malfunctions or accidents that might occur, the significance of those effects and the cumulative effects of the Project on efforts to promote recovery of the species. The Board found the operation of the Project-related tankers was likely to result in significant, adverse effects to the Southern resident killer whale population.

résidents du sud et sur les usages culturels autochtones en lien avec ces mammifères marins, le projet n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants si des mesures d'atténuation et de protection de l'environnement sont mises en œuvre par Trans Mountain et les conditions recommandées par l'Office, appliquées. Il s'agit de la recommandation faite par l'Office en application de l'article 29 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

- (iii) L'évaluation du transport maritime en lien avec le projet par l'Office était-elle essentiellement adéquate?

[431] Je commence par la description faite par l'Office de la façon dont il a procédé pour évaluer le transport maritime : il « a adopté une approche semblable à celle qui a été utilisée pour l'évaluation environnementale menée en vertu de » la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* « dans la mesure où elle convenait » [à la page 342]. Conformément à cette approche et aux termes des exigences de dépôt de l'Office en ce qui concerne le transport maritime, Trans Mountain devait fournir des renseignements sur les mesures d'atténuation et les solutions de rechange — facteurs qu'une évaluation environnementale doit prendre en compte suivant le paragraphe 19(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

[432] Étant donné que la principale préoccupation des demandeurs concernant l'évaluation du transport maritime lié au projet faite par l'Office a trait à l'évaluation des effets négatifs du projet sur les épaulards résidents du sud, l'examen que nous venons de faire des conclusions de l'Office démontre que ce dernier a tenu compte des effets du projet sur les épaulards résidents du sud, y compris des effets environnementaux qu'auraient d'éventuels accidents ou défaillances, de l'importance de ces effets et des effets cumulatifs du projet sur les efforts déployés pour favoriser le rétablissement de l'espèce. L'Office a conclu que les activités connexes au projet des navires-citernes auraient probablement des conséquences négatives importantes sur la population des épaulards résidents du sud.

[433] Given the Board's finding that the Project was likely to result in significant adverse effects on the Southern resident killer whale, and its finding that Project-related marine vessel traffic would further contribute to the total cumulative effects (which were determined to be significant), the Board found that the increase in marine vessel traffic associated with the Project is likely to result in significant adverse effects on the traditional Indigenous use associated with the Southern resident killer whale.

[434] The Board then considered mitigation measures through the limited lens of its regulatory authority. It found there were no direct mitigation measures Trans Mountain could apply to reduce or eliminate potential adverse effects from Project-related tankers.

[435] The Board stated that it considered all reasonable alternatives to Project-related marine shipping that would reduce the impact on SARA-listed species' critical habitat. This would include the critical habitat of the Southern resident killer whale. As part of this consideration, the Board directed Information Request No. 2 to Trans Mountain. In material part, Trans Mountain responded that the only known potential mitigation measures relevant to the Salish Sea to reduce the risk of marine mammal vessel strikes would be to alter the shipping lanes in order to avoid sensitive habitat (that is areas where whales aggregate), and to set speed restrictions. Trans Mountain advised that shipping lanes and speed restrictions are set at the discretion of Transport Canada.

[436] Thereafter, the Board issued an Information Request to Transport Canada that, among other things, requested Transport Canada to summarize any initiatives it was currently supporting or undertaking that evaluated potential alternative shipping lanes or vessel speed reductions along the southern coast of British Columbia with the intent of reducing impacts on marine mammals from marine shipping. Transport Canada responded that it was "not currently contemplating alternative shipping lanes or vessel speed restrictions for the purpose of reducing impacts on marine mammals from marine shipping in British Columbia". However, Transport Canada noted it was participating in the Enhancing Cetacean

[433] Vu les conclusions de l'Office selon lesquelles le projet est susceptible d'entraîner des effets négatifs importants sur les épaulards résidents du sud et que le passage des navires associés au projet ajouterait aux effets cumulatifs totaux (lesquels ont été jugés importants), l'Office a conclu que l'augmentation du transport maritime résultant du projet risquerait d'entraîner des effets négatifs importants sur les utilisations à des fins traditionnelles de ces mammifères marins par les Autochtones.

[434] L'Office a ensuite examiné les mesures d'atténuation sous l'éclairage limité de son pouvoir de réglementation. Il a conclu que Trans Mountain ne pouvait appliquer aucune mesure d'atténuation directe pour limiter ou éliminer des effets négatifs éventuels des navires-citernes en lien avec le projet.

[435] L'Office a déclaré qu'il a tenu compte de toutes les solutions de rechange raisonnables au transport maritime associé au projet qui pourraient réduire l'incidence sur l'habitat essentiel des espèces répertoriées dans la *Loi sur les espèces en péril*, dont celui de l'épaulard résident du sud. Pour ce faire, l'Office a envoyé la demande de renseignements n° 2 à Trans Mountain. Cette dernière a répondu en substance que le seul moyen possible de réduire le risque de collision entre les mammifères marins et les navires dans la mer des Salish consisterait à éviter les habitats sensibles (à savoir les lieux où les épaulards se réunissent) et à établir des limites de vitesse. Trans Mountain a indiqué que les couloirs de navigation et les limites de vitesse sont établis par Transports Canada.

[436] Par la suite, l'Office a envoyé une demande de renseignements à Transports Canada dans laquelle il demandait un résumé des initiatives que le Ministère appuyait à ce moment ou qu'il avait prises pour évaluer d'éventuels couloirs de navigation de rechange ou des limites de vitesse des navires sur la côte méridionale de la Colombie-Britannique afin de réduire les effets du transport maritime sur les mammifères marins. Transports Canada a répondu qu'il n'envisageait pas [TRADUCTION] « actuellement des couloirs de navigation de rechange ou des limitations de vitesse pour réduire les effets du transport maritime en Colombie-Britannique sur les mammifères marins ». Transports Canada a cependant

Habitat and Observation [ECHO] Program led by Port Metro Vancouver.

mentionné qu'il participait au programme ECHO (Enhancing Cetacean Habitat and Observation Program) dirigé par le port de Vancouver.

[437] Transport Canada's statement that it had no current intent to make alterations to shipping lanes or to impose vessel speed restrictions would seem to have pre-empted further consideration of routing alternatives by the Board.

[437] La déclaration de Transports Canada selon laquelle il n'avait pas pour l'instant l'intention de modifier les couloirs de navigation ou d'imposer des limites de vitesse aux navires paraît avoir court-circuité un examen plus approfondi de tracés de rechange par l'Office.

[438] This review of the Board's report has shown that the Board in its assessment of Project-related marine shipping considered:

[438] Il ressort de notre examen du rapport de l'Office que, pour son évaluation du transport maritime lié au projet, l'Office a tenu compte :

- the effects of Project-related marine shipping on Southern resident killer whales;
- the significance of the effects;
- the cumulative effect of Project-related marine shipping on the recovery of the Southern resident killer whale population;
- the resulting significant, adverse effects on the traditional Indigenous use associated with the Southern resident killer whale;
- mitigation measures within its regulatory authority; and,
- reasonable alternatives to Project-related marine shipping.

- des effets du transport maritime lié au projet sur les épaulards résidents du sud;
- de l'importance des effets;
- des effets cumulatifs du transport maritime sur le rétablissement de la population des épaulards résidents du sud;
- des effets négatifs importants qui découlent de ce transport sur l'utilisation à des fins traditionnelles de l'épaulard résident du sud par les Autochtones;
- des mesures d'atténuation relevant de son pouvoir de réglementation;
- des solutions de rechange raisonnables au transport maritime en lien avec le projet.

[439] Given the Board's approach to the assessment and its findings, the Board's report was adequate for the purpose of informing the Governor in Council about the effects of Project-related marine shipping on the Southern resident killer whales and their use by Indigenous groups. The Board's report adequately informed the Governor in Council of the significance of these effects, the Board's view there were no direct mitigation measures Trans Mountain could apply to reduce potential adverse effects from Project-related tankers, and that there were potential mitigation measures beyond the Board's regulatory authority and so not the subject of proper consideration by the Board or conditions. Perhaps most

[439] Étant donné la méthode que l'Office a retenue pour faire son évaluation et ses conclusions, le rapport de l'Office était suffisant pour informer le gouverneur en conseil des effets du transport maritime lié au projet sur les épaulards résidents du sud et l'utilisation de cette ressource par des groupes autochtones. Le rapport de l'Office a adéquatement informé le gouverneur en conseil de l'importance de ces effets, de l'opinion de l'Office selon laquelle il n'existait pas de mesures d'atténuation directes que Trans Mountain pourrait prendre pour réduire les éventuels effets négatifs des navires-citernes associés au projet et que certaines mesures d'atténuation possibles ne relèvent pas de son pouvoir

importantly, the report put the Governor in Council on notice that the Board defined the Project not to include Project-related marine shipping. This decision excluded the effects of Project-related shipping from the definition of the Project as a designated project and allowed the Board to conclude that, as it defined the Project, the Project was not likely to cause significant adverse effects.

[440] The Order in Council and its accompanying Explanatory Note demonstrate that the Governor in Council was fully aware of the manner in which the Board had assessed Project-related marine shipping under the *National Energy Board Act*. The Governor in Council was also fully aware of the effects of Project-related marine shipping identified by the Board and that the operation of Project-related vessels is likely to result in significant adverse effects upon both the Southern resident killer whale and Indigenous cultural uses of this endangered species.

[441] Having found that the Governor in Council understood the Board's approach and resulting conclusions, it remains to consider the reasonableness of the Governor in Council's reliance on the Board's report to approve the Project. This is considered below, after considering the applicants' submissions with respect to the *Species at Risk Act*.

(e) Did the Board err in its treatment of the *Species at Risk Act*?

[442] The purposes of the *Species at Risk Act* are: to prevent wildlife species from being extirpated or becoming extinct; to provide for the recovery of wildlife species that are extirpated, endangered or threatened as a result of human activity; and, to manage species of special concern to prevent them from becoming endangered or threatened (section 6).

de réglementation et n'ont donc pas été examinées en bonne et due forme par l'Office ni fait l'objet de conditions. Plus important encore peut-être, le rapport a averti le gouverneur en conseil que l'Office avait exclu de la définition du projet le transport maritime qui y est lié. Cette décision excluait les effets du transport maritime lié au projet de la définition du projet en tant que projet désigné. L'Office pouvait ainsi conclure que le projet, tel qu'il l'avait défini, n'était pas susceptible d'entraîner des effets négatifs importants.

[440] Le décret et la note explicative qui y est jointe démontrent que le gouverneur en conseil était pleinement conscient de la façon dont l'Office a évalué le transport maritime lié au projet sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Le gouverneur en conseil était aussi tout à fait au courant des effets du transport maritime en lien avec le projet relevés par l'Office et savait que l'exploitation de navires pour le projet était susceptible d'entraîner des effets négatifs importants sur l'épaulard résident du sud ainsi que sur les usages culturels autochtones en lien avec cette espèce en voie de disparition.

[441] Ayant conclu que le gouverneur en conseil a compris la méthode retenue par l'Office et les conclusions qui en découlent, je dois maintenant me prononcer sur la question de savoir s'il était raisonnable de sa part de fonder sa décision d'approuver le projet sur le rapport de l'Office. C'est ce que je ferai, après avoir examiné les observations des demandeurs au sujet de la *Loi sur les espèces en péril*.

e) L'Office a-t-il commis une erreur au regard de la *Loi sur les espèces en péril*?

[442] La *Loi sur les espèces en péril* a pour objet de prévenir la disparition des espèces sauvages, de permettre le rétablissement de celles qui sont devenues des espèces disparues, en voie de disparition ou menacées par suite de l'activité humaine et de favoriser la gestion des espèces préoccupantes pour éviter qu'elles ne deviennent des espèces en voie de disparition ou menacées (article 6).

[443] Important protections are found in section 77 of the Act, which is intended to protect the critical habitat of listed wildlife species, and section 79, which is intended to protect listed wildlife species and their critical habitat from new projects. Listed wildlife species are those species listed in Schedule 1 of the Act, a list of wildlife species at risk. Sections 77 and 79 are set out in the Appendix to these reasons.

[444] Raincoast and Living Oceans argue that as a result of unreasonably defining the designated project not to include Project-related marine shipping, the Board failed to meet the requirement of subsection 79(2) of the *Species at Risk Act*. As a result of this error they say it was unreasonable for the Governor in Council to rely upon the Board's report without first ensuring that the Board had complied with subsection 79(2) of the Act with respect to Southern resident killer whales. They also argue that it was unreasonable for the Governor in Council not to comply with its additional, independent obligations under subsection 77(1) of the *Species at Risk Act*.

[445] I will deal first with the applicability of section 79 of the Act.

- (i) Did the Board err by concluding that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of Project-related marine shipping?

[446] Section 79 obligates every person required “to ensure that an assessment of the environmental effects of a project is conducted” to:

- i. promptly notify the competent minister or ministers if the project “is likely to affect a listed wildlife species or its critical habitat” (subsection 79(1));
- ii. identify the adverse effects of the project on the listed wildlife species and its critical habitat (subsection 79(2)); and,
- iii. if the project is carried out, ensure that measures are taken “to avoid or lessen those effects and to

[443] D’importantes protections sont mentionnées à l’article 77 de la Loi, qui vise à protéger l’habitat essentiel des espèces sauvages inscrites, et à l’article 79, qui vise à protéger les espèces sauvages inscrites et leur habitat essentiel lors de nouveaux projets. Les espèces sauvages inscrites sont celles figurant à l’annexe 1 de la Loi, intitulée Liste des espèces en péril. Les articles 77 et 79 sont reproduits à l’annexe des présents motifs.

[444] Raincoast et Living Oceans soutiennent qu’en définissant déraisonnablement le projet désigné de manière à exclure le transport maritime qui y est associé, l’Office n’a pas respecté le paragraphe 79(2) de la *Loi sur les espèces en péril*. Elles affirment qu’en raison de cette erreur, il était déraisonnable pour le gouverneur en conseil de fonder sa décision sur le rapport de l’Office sans d’abord vérifier que ce dernier avait respecté le paragraphe 79(2) de la Loi quant aux épaulards résidents du sud. Elles prétendent aussi qu’il a manqué de manière déraisonnable aux obligations additionnelles et distinctes que lui dicte le paragraphe 77(1) de cette loi.

[445] Commençons par examiner l’application de l’article 79 de la *Loi sur les espèces en péril*.

- (i) L’Office a-t-il conclu à tort que l’article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* ne s’appliquait pas à son examen des effets du transport maritime lié au projet?

[446] L’article 79 oblige toute personne qui est tenue « de veiller à ce qu’il soit procédé à l’évaluation des effets environnementaux d’un projet » :

- i. à aviser sans tarder le ministre compétent si le projet « est susceptible de toucher une espèce sauvage inscrite ou son habitat essentiel » (paragraphe 79(1));
- ii. à déterminer les effets nocifs du projet sur l’espèce et son habitat essentiel (paragraphe 79(2));
- iii. si le projet est réalisé, à veiller à ce que des mesures soient prises « en vue [d’]éviter [ces

monitor them.” The measures taken must be taken in a way that is consistent with any applicable recovery strategy and action plans (subsection 79(2)).

[447] Subsection 79(3) defines a “project” to mean, among other things, a designated project as defined in subsection 2(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act*, 2012.

[448] The Board acknowledged its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act* in the course of its environmental assessment (Chapter 10, page 161). However, because it had not defined the designated project to include Project-related marine shipping, the Board rejected Living Oceans’ submission that the Board’s obligations under section 79 of the *Species at Risk Act* applied to its consideration of the effects of Project-related marine shipping on the Southern resident killer whale (Chapter 14, page 332). Notwithstanding this conclusion that section 79 did not apply, for reasons that are not explained in its report, the Board did comply with the obligation under subsection 79(1) to notify the responsible ministers that the Project might affect Southern resident killer whales and their habitat. The Board did this by letter dated April 23, 2014 (a letter sent approximately three weeks after the Board made its scoping decision).

[449] I have found that the Board unjustifiably excluded Project-related marine shipping from the Project’s description. It follows that the failure to apply section 79 of the *Species at Risk Act* to its consideration of the effects of Project-related marine shipping on the Southern resident killer whale was also unjustified.

[450] Both Canada and Trans Mountain argue that, nonetheless, the Board substantially complied with its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act*. Therefore, as with the issue of Project-related marine shipping, the next question is whether the Board substantially complied with its obligations under section 79.

effets] ou de les amoindrir ». Les mesures prises doivent être compatibles avec tout programme de rétablissement et tout plan d’action applicable (paragraphe 79(2)).

[447] Suivant le paragraphe 79(3), « projet » s’entend notamment d’un projet désigné au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* (2012).

[448] L’Office a reconnu ses obligations sous le régime de l’article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* dans son évaluation environnementale (chapitre 10, page 165). Toutefois, comme sa définition du projet désigné n’incluait pas le transport maritime lié au projet, il a rejeté la prétention de Living Oceans selon laquelle l’article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* l’obligeait à examiner les effets du transport maritime associé au projet sur les épaulards résidents du sud (chapitre 14, page 343). Malgré sa conclusion selon laquelle cette disposition ne s’appliquait pas, l’Office, sans dire pourquoi dans son rapport, a respecté l’obligation mentionnée au paragraphe 79(1) d’aviser les ministres responsables que le projet pourrait toucher les épaulards résidents du sud et leur habitat. Il l’a fait dans une lettre en date du 23 avril 2014 (lettre envoyée environ trois semaines après la décision de l’Office sur la portée du projet).

[449] Je suis d’avis que l’Office a commis une erreur en excluant de façon injustifiable le transport maritime connexe au projet de la description du projet. Il s’ensuit que le défaut d’appliquer l’article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* à son examen des effets de ce transport sur les épaulards résidents du sud était également injustifié.

[450] Le Canada et Trans Mountain soutiennent tous deux que l’Office a néanmoins respecté essentiellement ses obligations au titre de l’article 79 de la *Loi sur les espèces en péril*. Par conséquent, comme pour la question du transport maritime associé au projet, la question à laquelle il faut maintenant répondre est celle de savoir si l’Office a essentiellement respecté les obligations que lui impose l’article 79.

(ii) Did the Board substantially comply with its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act*?

[451] The respondents argue that, in addition to complying with the notification requirement found in subsection 79(1), the Board considered:

- the adverse impacts of marine shipping on listed wildlife species and their critical habitat;
- all reasonable alternatives to marine shipping that would reduce impact on listed species' critical habitat; and
- measures, consistent with the applicable recovery strategies or action plans, to avoid or lessen any adverse impacts of the Project.

[452] Canada and Trans Mountain submit that as a result the Board met its requirements "where possible" (Trans Mountain's memorandum of fact and law, paragraph 120). On this last point, Trans Mountain submits that the Board lacked authority to impose conditions or otherwise ensure that measures were taken to avoid or lessen the effects of marine shipping on species at risk. Thus, while the Board could identify potential mitigation measures, and encourage the appropriate regulatory authorities to take further action, it could not ensure compliance with subsection 79(2) of the *Species at Risk Act*.

[453] Canada and Trans Mountain have accurately summarized the Board's findings that are relevant to its consideration of Project-related shipping in the context of the *Species at Risk Act*. However, I do not accept their submission that the Board's consideration of the Project's impact on the Southern resident killer whale substantially complied with its obligation under section 79 of the *Species at Risk Act*. I reach this conclusion for the following reason.

(ii) L'Office a-t-il respecté essentiellement ses obligations au titre de l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril*?

[451] Les défendeurs soutiennent que, outre le fait qu'il a respecté l'obligation de notification énoncée au paragraphe 79(1), l'Office a tenu compte :

- des effets nocifs du transport maritime sur les espèces sauvages inscrites et leur habitat essentiel;
- de toutes les solutions de rechange raisonnables au transport maritime qui pourraient réduire les incidences sur l'habitat des espèces inscrites;
- des mesures, compatibles avec les initiatives ou plans d'action de rétablissement applicables, visant à éviter ou à diminuer les conséquences négatives du projet.

[452] Le Canada et Trans Mountain affirment que l'Office a par conséquent satisfait à ses obligations [TRANSDUCTION] « dans la mesure du possible » (mémoire des faits et du droit de Trans Mountain, paragraphe 120). Sur ce dernier point, Trans Mountain prétend que l'Office n'a pas compétence pour imposer des conditions ou autrement veiller à ce que des mesures soient prises pour éviter ou diminuer les effets du transport maritime sur les espèces en péril. Par conséquent, l'Office pouvait mentionner d'éventuelles mesures d'atténuation et encourager les autorités de réglementation concernées à prendre d'autres mesures, mais il ne pouvait pas assurer le respect du paragraphe 79(2) de la *Loi sur les espèces en péril*.

[453] Le Canada et Trans Mountain ont correctement résumé les conclusions de l'Office qui sont pertinentes pour son examen du transport associé au projet dans le contexte de la *Loi sur les espèces en péril*. Je n'accepte toutefois pas leur prétention selon laquelle l'examen par l'Office de l'incidence du projet sur l'épaulard résident du sud satisfaisait essentiellement à son obligation au titre de l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril*, et ce, pour le motif suivant.

[454] By defining the Project not to include Project-related marine shipping, the Board failed to consider its obligations under the *Species at Risk Act* when it considered the Project's impact on the Southern resident killer whale. Had it done so, in light of its recommendation that the Project be approved, subsection 79(2) of the *Species at Risk Act* required the Board to ensure, if the Project was carried out, that "measures are taken to avoid or lessen" the Project's effects on the Southern resident killer whale and to monitor those measures.

[455] While I recognize the Board could not regulate shipping, it was nonetheless obliged to consider the consequences at law of its inability to "ensure" that measures were taken to ameliorate the Project's impact on the Southern resident killer whale. However, the Board gave no consideration in its report to the fact that it recommended approval of the Project without any measures being imposed to avoid or lessen the Project's significant adverse effects upon the Southern resident killer whale.

[456] Because marine shipping was beyond the Board's regulatory authority, it assessed the effects of marine shipping in the absence of mitigation measures and did not recommend any specific mitigation measures. Instead it encouraged other regulatory authorities "to explore any such initiatives" (report, page 349). While the Board lacked authority to regulate marine shipping, the final decision maker was not so limited. In my view, in order to substantially comply with section 79 of the *Species at Risk Act* the Governor in Council required the Board's exposition of all technically and economically feasible measures that are available to avoid or lessen the Project's effects on the Southern resident killer whale. Armed with this information the Governor in Council would be in a position to see that, if approved, the Project was not approved until all technically and economically feasible mitigation measures within the authority of the federal government were in place. Without this information the Governor in Council lacked the necessary information to make the decision required of it.

[454] Comme sa définition du projet exclut le transport maritime en lien avec le projet, l'Office n'a pas tenu compte des obligations qui lui incombent sous le régime de la *Loi sur les espèces en péril* lorsqu'il a examiné l'incidence du projet sur l'épaulard résident du sud. Or, s'il en avait tenu compte, comme il avait recommandé l'approbation du projet, il aurait fallu, aux termes du paragraphe 79(2) de la *Loi sur les espèces en péril*, qu'il veille, si le projet était réalisé, à ce que des « mesures compatibles [...] soient prises » en vue d'éviter ou d'amoin-drir les effets du projet sur l'épaulard résident du sud et de les surveiller.

[455] Certes, l'Office ne peut réglementer le transport, mais il était néanmoins obligé d'envisager les conséquences juridiques de son incapacité à « veiller » à ce que des mesures soient prises pour améliorer les incidences du projet sur l'épaulard résident du sud. Or, son rapport est muet sur le fait qu'il a recommandé l'approbation du projet sans imposer des mesures pour éviter ou amoindrir les effets nocifs importants du projet sur l'épaulard résident du sud.

[456] Comme le transport maritime ne relevait pas de son pouvoir de réglementation, l'Office a évalué les effets du transport maritime, abstraction faite de toute mesure d'atténuation, et n'en a recommandé aucune. Il a plutôt encouragé d'autres autorités de réglementation à « examiner de telles initiatives » (rapport, page 361). Si l'Office n'avait pas le pouvoir de réglementer le transport maritime, le décideur final n'était pas contraint de la sorte. À mon avis, afin de se conformer pour l'essentiel aux exigences de l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril*, le gouverneur en conseil nécessitait de se voir communiquer par l'Office toutes les mesures réalisables, sur les plans technique et économique, visant à éviter ou à amoindrir les effets du projet sur l'épaulard résident du sud. Fort de ces renseignements, le gouverneur en conseil serait en mesure de voir que, s'il était approuvé, le projet ne serait pas approuvé tant que toutes les mesures d'atténuation réalisables sur les plans technique et économique ne seraient pas mises en œuvre. Sans ces renseignements, le gouverneur en conseil ne disposait pas de l'information nécessaire pour prendre la décision qu'il était tenu de prendre.

[457] The reasonableness of the Governor in Council's reliance on the Board's report is considered below.

[458] For completeness I now turn to the second argument advanced by Raincoast and Living Oceans: it was unreasonable for the Governor in Council to fail to comply with its additional, independent obligations under subsection 77(1) of the *Species at Risk Act*.

(iii) Was the Governor in Council obliged to comply with subsection 77(1) of the *Species at Risk Act*?

[459] Subsection 77(1) applies when any person or body, other than a competent minister, issues or approves "a licence, a permit or any other authorization that authorizes an activity that may result in the destruction of any part of the critical habitat of a listed wildlife species". The person or body may authorize such an activity only if they have consulted with the competent minister, considered the impact on the species' critical habitat and formed the opinion that: (a) all reasonable alternatives to the activity that would reduce the impact on the critical habitat have been considered and the best solution has been adopted; and (b) all feasible mitigation measures will be taken to minimize the impact on the critical habitat.

[460] The Board accepted that:

... vessel noise is considered a threat to the acoustic integrity of Southern resident killer whale critical habitat, and that physical and acoustic disturbance from human activities may be key factors causing depletion or preventing recovery of resident killer whale populations.

(report, page 350.)

[461] It also accepted that the impact of a Southern resident killer whale being exposed to an oil spill "is potentially catastrophic" (report, page 398).

[457] J'examine plus loin la question de savoir s'il était raisonnable pour le gouverneur en conseil de fonder sa décision sur le rapport de l'Office.

[458] Par souci d'exhaustivité, j'examine le deuxième argument avancé par Raincoast et Living Oceans : il était déraisonnable pour le gouverneur en conseil de faire fi des obligations additionnelles et distinctes que lui impose le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les espèces en péril*.

(iii) Le gouverneur en conseil était-il tenu de respecter le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les espèces en péril*?

[459] Le paragraphe 77(1) s'applique lorsque toute personne ou tout organisme, autre qu'un ministre compétent, donne son accord à « un permis ou autre autorisation [...] visant la mise à exécution d'une activité susceptible d'entraîner la destruction d'un élément de l'habitat essentiel d'une espèce sauvage inscrite ». La personne ou l'organisme ne peut donner son accord que s'il a consulté le ministre compétent, s'il a envisagé les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce et s'il estime, à la fois : a) que toutes les solutions de rechange susceptibles de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce ont été envisagées, et que la meilleure solution a été retenue; b) que toutes les mesures possibles seront prises afin de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce.

[460] L'Office reconnaît que :

[...] le bruit provoqué par les navires passe pour menacer l'intégrité acoustique de l'habitat essentiel de l'épaulard résident du sud, et que la perturbation physique et acoustique imputable à l'activité anthropique peut être un facteur déterminant qui contribue au décroissement des populations d'épaulards résidents ou empêche leur rétablissement.

(rapport, page 362.)

[461] Il accepte aussi qu'un déversement « risque d'avoir des conséquences catastrophiques » pour les épaulards résidents du sud (rapport, page 413).

[462] Based on these findings, Raincoast and Living Oceans submit that Project-related shipping “may destroy” critical habitat so that subsection 77(1) was engaged.

[463] I respectfully disagree. The Order in Council directed the Board to issue a certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the expansion project. The Governor in Council did not issue or approve a licence, permit or other authorization that authorized marine shipping.

[464] Further, subsection 77(1.1) of the *Species at Risk Act* provides that subsection 77(1) does not apply to the Board when, as in the present case, it issues a certificate pursuant to an order made by the Governor in Council under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*. I accept Canada’s submission that Parliament would not have intended to exempt the Board from the application of subsection 77(1) while at the same time contemplating that the Governor in Council was not exempted and was obliged to comply with subsection 77(1). This is particularly so given the Board’s superior expertise in assessing impacts on habitat and mitigation measures. If subsection 77(1) applied, the Board’s ability to meet its obligations was superior to that of the Governor in Council.

- (f) Conclusion: the Governor in Council erred by relying upon the Board’s report as a proper condition precedent to the Governor in Council’s decision

[465] Trans Mountain’s application was complex, raising challenging issues on matters as diverse as Indigenous rights and concerns, pipeline integrity, the fate and behaviours of spilled hydrocarbons in aquatic environments, emergency prevention, preparedness and response, the need for the Project and its economic feasibility and the effects of Project-related shipping activities.

[466] The approval process was long and demanding for all participants; after the hearing the Board was left to review tens of thousands of pages of evidence.

[462] Sur le fondement de ces conclusions, Raincoast et Living Oceans soutiennent que le transport lié au projet [TRADUCTION] « peut détruire » l’habitat essentiel, de sorte que le paragraphe 77(1) entre en jeu.

[463] Je ne suis pas d’accord. Le décret enjoint à l’Office de délivrer un certificat d’utilité publique approuvant la construction et l’exploitation du projet d’agrandissement. Le gouverneur en conseil n’a pas délivré ou approuvé un permis ou une autre autorisation concernant le transport maritime.

[464] De plus, le paragraphe 77(1.1) de la *Loi sur les espèces en péril* prévoit que le paragraphe 77(1) ne s’applique pas à l’Office lorsque, comme en l’espèce, il délivre un certificat conformément à un décret pris par le gouverneur en conseil en vertu du paragraphe 54(1) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*. J’accepte la prétention du Canada selon laquelle le législateur n’aurait pas voulu soustraire l’Office à l’application du paragraphe 77(1) tout en y assujettissant le gouverneur en conseil, d’autant plus que l’expertise de l’Office est supérieure à celle du gouverneur en conseil pour ce qui est de l’évaluation des conséquences sur l’habitat et des mesures d’atténuation. Si le paragraphe 77(1) s’appliquait, l’Office était davantage en mesure que le gouverneur en conseil d’en respecter les prescriptions.

- f) Conclusion : le gouverneur en conseil a fait erreur en fondant sa décision sur le rapport de l’Office comme condition préalable adéquate

[465] La demande de Trans Mountain était complexe, soulevait des questions difficiles sur des sujets aussi divers que les droits et préoccupations des Autochtones, l’intégrité du pipeline, l’évolution et le comportement d’hydrocarbures déversés dans un environnement aquatique, la prévention, la préparation et l’intervention d’urgence, la réponse du projet à un besoin, la faisabilité économique du projet et les effets des activités de transport liées au projet.

[466] Le processus d’approbation a été long et exigeant pour tous les participants et, après l’audience, l’Office devait encore examiner des dizaines de milliers de pages de preuve.

[467] Many aspects of the Board's report are not challenged in this proceeding.

[468] This said, I have found that the Board erred by unjustifiably excluding Project-related marine shipping from the Project's definition. While the Board's assessment of Project-related shipping was adequate for the purpose of informing the Governor in Council about the effects of such shipping on the Southern resident killer whale, the Board's report was also sufficient to put the Governor in Council on notice that the Board had unjustifiably excluded Project-related shipping from the Project's definition.

[469] It was this exclusion that permitted the Board to conclude that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of Project-related marine shipping. This exclusion then permitted the Board to conclude that, notwithstanding its conclusion that the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale, the Project (as defined by the Board) was not likely to cause significant adverse environmental effects. The Board could only reach this conclusion by defining the Project not to include Project-related shipping.

[470] The unjustified exclusion of Project-related marine shipping from the definition of the Project thus resulted in successive deficiencies such that the Board's report was not the kind of "report" that would arm the Governor in Council with the information and assessments it required to make its public interest determination and its decision about environmental effects and their justification. In the language of *Gitxaala* this resulted in a report so deficient that it could not qualify as a "report" within the meaning of the legislation and it was unreasonable for the Governor in Council to rely upon it. The Board's finding that the Project was not likely to cause significant adverse environmental effects was central to its report. The unjustified failure to assess the effects of marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and the resulting flawed conclusion about the effects of the Project was so critical that the Governor in Council could not functionally make the

[467] De nombreux aspects du rapport de l'Office ne sont pas contestés dans le cadre de la présente instance.

[468] Cela dit, je suis d'avis que l'Office a commis une erreur en excluant de façon injustifiable le transport maritime lié au projet de la définition de ce dernier. L'évaluation faite par l'Office du transport en lien avec le projet était suffisante pour informer le gouverneur en conseil des effets d'un tel transport sur l'épaulard résident du sud; le rapport de l'Office était aussi suffisant pour que le gouverneur en conseil remarque que l'Office avait exclu de façon injustifiable le transport lié au projet de la définition de ce dernier.

[469] C'est cette exclusion qui a permis à l'Office de conclure que l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* ne s'appliquait pas à son examen des effets du transport maritime associé au projet. Cette exclusion a ensuite permis à l'Office de conclure que, même s'il avait jugé que l'exploitation de navires en lien avec le projet était susceptible d'avoir des effets négatifs importants sur l'épaulard résident du sud, le projet (tel qu'il avait été défini par l'Office) n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants. L'Office pouvait uniquement parvenir à cette conclusion en définissant le projet de manière à exclure le transport connexe.

[470] L'exclusion injustifiée du transport maritime en lien avec le projet de la définition du projet a ainsi entraîné une série de vices, de sorte que le rapport de l'Office ne constituait pas un « rapport » qui pouvait fournir au gouverneur en conseil les renseignements et les évaluations dont il avait besoin pour déterminer l'intérêt public et prendre une décision sur les effets environnementaux et leur justification. Pour reprendre les termes de l'arrêt *Gitxaala*, ces vices ont donné lieu à un rapport lacunaire au point qu'il ne constitue pas un « rapport » au sens de la loi, et il était déraisonnable pour le gouverneur en conseil de s'en remettre à celui-ci. La conclusion de l'Office selon laquelle le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants était cruciale dans le rapport. Le défaut injustifié d'évaluer adéquatement les effets du transport maritime sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et la conclusion

kind of assessment of the Project's environmental effects and the public interest that the legislation requires.

[471] I have considered the reference in the Explanatory Note to the Order in Council to the government's commitment to the proposed Action Plan for the Southern resident killer whale and the then recently announced Oceans Protection Plan. These inchoate initiatives, while laudable and to be encouraged, are by themselves insufficient to overcome the material deficiencies in the Board's report because the "report" did not permit the Governor in Council to make an informed decision about the public interest and whether the Project is likely to cause significant adverse environmental effects as the legislation requires.

[472] There remains to consider the issue of the remedy which ought to flow from the unreasonable reliance upon the Board's report. In my view, this is best dealt with following consideration of the adequacy of the Crown's consultation process.

[473] My conclusion that the Board's report was so flawed that it was unreasonable for the Governor in Council to rely upon it arguably makes it unnecessary to deal with the argument advanced on behalf of the Attorney General of British Columbia. It is nonetheless important that it be briefly considered.

3. The challenge of the Attorney General of British Columbia

[474] As explained above at paragraphs 64 and 65, after the Board submits a report to the Governor in Council setting out the Board's recommendation under section 52 of the *National Energy Board Act* about whether a certificate of public convenience and necessity should issue, the Governor in Council may, among other options, by order direct the Board to issue a certificate of public convenience and necessity. Irrespective of the option selected, the Governor in Council's order "must set out the

erronée qui en a découlé au sujet des effets du projet étaient tellement cruciaux que le gouverneur en conseil ne pouvait pas procéder aux évaluations des effets environnementaux du projet et de l'intérêt public qu'exige la loi.

[471] J'ai examiné le renvoi, dans la note explicative du décret, à l'engagement du gouvernement en vue du plan d'action proposé à l'égard de l'épaulard résident du sud et du Plan de protection des océans qui venait alors d'être annoncé. Ces initiatives naissantes, quoiqu'elles soient louables et doivent être encouragées, sont insuffisantes à elles seules pour permettre de remédier aux irrégularités importantes du rapport de l'Office parce que le « rapport » ne permettait pas au gouverneur en conseil de prendre une décision éclairée sur l'intérêt public et la question de savoir si le projet est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants, comme l'exige la loi.

[472] Il convient d'examiner ensuite la réparation qui devrait être accordée, le gouverneur en conseil s'en étant déraisonnablement remis au rapport de l'Office. À mon avis, il est préférable de traiter de cette question après l'examen de la qualité des consultations par la Couronne.

[473] Vu ma conclusion selon laquelle le rapport de l'Office était tellement vicié qu'il était déraisonnable pour le gouverneur en conseil de s'en remettre à celui-là, il est sans doute inutile d'examiner l'argument avancé par le procureur général de la Colombie-Britannique. Or, j'estime qu'il est néanmoins important d'en traiter brièvement.

3. La prétention du procureur général de la Colombie-Britannique

[474] Comme je l'explique aux paragraphes 64 et 65, après la présentation par l'Office au gouverneur en conseil d'un rapport comportant sa recommandation conforme à l'article 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* quant à savoir si un certificat d'utilité publique devrait être délivré, le gouverneur en conseil peut, entre autres options, enjoindre par décret à l'Office de délivrer un certificat d'utilité publique. Peu importe l'option choisie, le gouverneur en conseil « énonce, dans le décret,

reasons for making the order” (subsection 54(2) of the *National Energy Board Act*). The Attorney General of British Columbia intervened in this proceeding to argue that, in breach of this statutory obligation, the Governor in Council failed to give reasons explaining why the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects and why the Project is in the public interest.

[475] The Attorney General also argued in its written memorandum, but not orally, that the Governor in Council failed to consider the “disproportionate impact of Project-related marine shipping spill risks on the Province of British Columbia”. This failure is said to render the Governor in Council’s decision unreasonable.

[476] In consequence, the Attorney General of British Columbia supports the request of the applicants that the Governor in Council’s Order in Council be set aside.

- (a) Did the Governor in Council fail to comply with the obligation to give reasons?

[477] The lynchpin of the Attorney General’s argument is his submission that the Governor in Council’s reasons must be found “within the four corners of the Order in Council” and nowhere else. Thus, the Attorney General submits that it is impermissible to have regard to the accompanying Explanatory Note or to documents referred to in the Explanatory Note, including the Board’s report and the Crown Consultation Report. Read in this fashion, the Order in Council does not explain why the Governor in Council found the Project is not likely to cause any significant adverse environmental effects or was in the public interest.

[478] I respectfully reject the premise of this submission. Subsection 54(2) does not dictate the form the Governor in Council’s reasons should take, requiring only that the “order must set out the reasons”. Given the legislative nature and the standard format of an Order in Council (generally a series of recitals followed by an order) Orders in Council are not well-suited to the

les motifs de celui-ci » (paragraphe 54(2) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*). Le procureur général de la Colombie-Britannique est intervenu en l’espèce pour faire valoir que le gouverneur en conseil avait, en violation de cette obligation légale, omis d’expliquer pourquoi le projet n’est pas susceptible d’entraîner des effets environnementaux négatifs importants et pourquoi le projet est d’intérêt public.

[475] Le procureur général fait également valoir dans son mémoire, mais pas dans ses observations orales, que le gouverneur en conseil a omis de tenir compte des [TRADUCTION] « effets disproportionnés que pourraient avoir sur la Colombie-Britannique les risques de déversement posés par le transport maritime associé au projet ». Cette omission rendrait la décision du gouverneur en conseil déraisonnable.

[476] En conséquence, le procureur général de la Colombie-Britannique appuie la demande formulée par les demandeurs visant l’annulation du décret adopté par le gouverneur en conseil.

- a) Le gouverneur en conseil a-t-il manqué à son obligation de fournir des motifs?

[477] L’élément central de l’argument du procureur général est sa prétention selon laquelle les motifs du gouverneur en conseil doivent se trouver [TRADUCTION] « à l’intérieur même du décret » et nulle part ailleurs. Ainsi, le procureur général affirme qu’on ne saurait tenir compte de la note explicative qui y est jointe ou des documents mentionnés dans cette note, y compris le rapport de l’Office et le rapport de consultation de la Couronne. Ainsi, le décret n’explique pas pourquoi le gouverneur en conseil a conclu que le projet n’était pas susceptible d’entraîner des effets environnementaux négatifs importants ou qu’il était d’intérêt public.

[478] Sauf le respect que je dois au procureur général, je rejette la prémisse sous-tendant cette prétention. Le paragraphe 54(2) ne dicte pas la forme que devraient revêtir les motifs du gouverneur en conseil. Il exige uniquement que le gouverneur en conseil « énonce, dans le décret, les motifs de celui-ci ». Étant donné leur nature législative et leur format normalisé (généralement une série d’attendus

provision of lengthy reasons. In the present case, the two-page Order in Council was accompanied by the 20-page Explanatory Note. They were published together in the *Canada Gazette* [Part 1, Vol. 50, No. 50, 10 December 2016]. Given this joint publication, it would, in my view, be unduly formalistic to set aside the Order in Council on the ground that the reasons found in the attached Explanatory Note were placed in an attachment to the order, and not within the “four square corners” of the order.

[479] Similarly, it would be unduly formalistic not to look to the content of the Board’s report that informed the Governor in Council when rendering its decision. The Order in Council specifically referenced the Board’s report and the terms and conditions set out in an appendix to the report, and expressly accepted the Board’s public interest recommendation. This conclusion that the Order in Council may be read with the Board’s report is consistent with this Court’s decision in *Gitxaala*, where the Court accepted Canada’s submission that the Order in Council should be read together with the findings and recommendations in the report of the joint review panel. This Court read the Order in Council together with the report and other documents in the record and found that the Governor in Council had met its statutory obligation to give reasons.

[480] I therefore find that the Governor in Council also in this case complied with its statutory obligation to give reasons.

- (b) Did the Governor in Council fail to consider the impact of Project-related shipping spill risks on the Province of British Columbia?

[481] I disagree that the Governor in Council failed to consider the impact of shipping spill risks. The Explanatory Note shows the Governor in Council considered that:

suivis par une ordonnance), les décrets ne permettent pas aisément la présentation de longs motifs. En l’espèce, le décret de deux pages était accompagné d’une note explicative de 20 pages. Le décret et la note ont été publiés ensemble dans la *Gazette du Canada* [partie I, vol. 50, n° 50, 10 décembre 2016]. Vu cette publication conjointe, il serait à mon avis indûment formaliste d’annuler le décret au motif que les motifs figurant dans la note explicative se trouvaient dans une pièce jointe au décret et non [TRADUCTION] « à l’intérieur même » du décret.

[479] De même, il serait indûment formaliste de négliger le rapport de l’Office, qui éclaire la décision du gouverneur en conseil. Le décret renvoyait expressément au rapport et aux conditions énoncées dans l’annexe du rapport, et a expressément accepté la recommandation de l’Office sur l’intérêt public. La conclusion selon laquelle le décret doit être interprété à la lumière du rapport de l’Office est conforme à l’arrêt *Gitxaala*, dans lequel notre Cour a accepté la prétention du Canada selon laquelle le décret devait être interprété à la lumière des conclusions et recommandations figurant dans le rapport de la commission d’examen conjoint. Ayant pris connaissance du contenu du décret, du rapport et des autres documents au dossier, la Cour a conclu que le gouverneur en conseil avait respecté son obligation légale d’énoncer les motifs.

[480] Je conclus par conséquent que le gouverneur en conseil a, en l’espèce, aussi respecté son obligation légale de fournir des motifs.

- b) Le gouverneur en conseil a-t-il omis de tenir compte des effets que pourraient avoir sur la Colombie-Britannique les risques de déversement posés par le transport maritime associé au projet?

[481] Je ne suis pas d’accord pour dire que le gouverneur en conseil a omis de tenir compte des effets des risques de déversement liés au transport maritime. La note explicative montre que le gouverneur en conseil a tenu compte de ce qui suit :

- The Board found the risk of a major crude oil spill occurring was low (Explanatory Note, page 10).
- The Board imposed conditions relating to accidents and malfunctions (Explanatory Note, page 13).

[482] Under the heading “Government response to what was heard” the Explanatory Note set out the following about the risk of spills [at pages 18–19]:

Communities are deeply concerned about the risk and impacts that oil spills pose to their land, air, water and communities. In addition to the terms and conditions related to spills identified by the NEB, land-based oil spills are subject to both federal and provincial jurisdiction. Federally regulated pipelines are subject to NEB regulation and oversight, which requires operators to develop comprehensive emergency management programs and collaborate with local responders in the development of these programs. B.C. also recently implemented regulations under the provincial *Environmental Management Act* to strengthen provincial oversight and require industry and government to collaborate in response to spills in B.C.

The Government recently updated its world-leading pipeline safety regime through the *Pipeline Safety Act*, which came into force in June 2016. The Act implements \$1 billion in “absolute liability” for companies operating major crude oil pipelines to clarify that operators will be responsible for all costs associated with spills irrespective of fault up to \$1 billion; operators remain liable on an unlimited basis beyond this amount when they are negligent or at fault. The Act also requires proponents to carry cash on hand to ensure they are in a position to immediately respond to emergencies.

With respect to ship source spills, the Government recently announced \$1.5 billion in new investment in a national Oceans Protection Plan to enhance its world-leading marine safety regime. The Oceans Protection Plan has four main priority areas:

- L’Office a conclu que le risque de déversement important de pétrole brut était faible (note explicative, page 10).
- L’Office a imposé des conditions liées aux accidents et aux défaillances (note explicative, page 13).

[482] Sous le titre « Réponse du gouvernement aux commentaires exprimés aux audiences », la note explicative indique ce qui suit au sujet des risques de déversement [aux pages 18 et 19] :

Les collectivités sont vivement préoccupées par le risque des déversements et leurs effets sur leurs terres, l’air, l’eau et les communautés locales. En plus des conditions relatives aux déversements énoncées par l’Office, les déversements d’hydrocarbures d’origine terrestre relèvent de la compétence fédérale et de la compétence provinciale. Les pipelines sous réglementation fédérale sont assujettis au dispositif réglementaire et à la surveillance de l’Office, qui impose aux exploitants de mettre en place des programmes de gestion des urgences et de travailler avec les services d’urgence locaux à l’élaboration de ces programmes. La Colombie-Britannique a récemment adopté des règlements en vertu de l’*Environmental Management Act* dans le but de renforcer la surveillance provinciale et d’exiger la collaboration entre l’industrie et le gouvernement aux interventions en cas de déversements dans la province.

Le gouvernement a récemment actualisé son système de sécurité des pipelines de calibre mondial par l’entremise de la *Loi sur la sûreté des pipelines*, qui est entrée en vigueur en juin 2016. La Loi prévoit une « responsabilité absolue » de 1 milliard de dollars qui précise que les exploitants devront assumer tous les coûts associés aux déversements, sans égard à la faute, jusqu’à concurrence de 1 milliard de dollars; les exploitants conservent une responsabilité illimitée au-delà de ce montant lorsque la faute leur incombe. La Loi exige aussi que les exploitants disposent des ressources financières nécessaires pour être en mesure de réagir immédiatement aux urgences.

En ce qui concerne les déversements provenant des navires, le gouvernement a récemment annoncé un nouvel investissement de 1,5 milliard de dollars dans le Plan de protection des océans pour renforcer son régime de sécurité maritime de calibre mondial. Ce Plan est axé sur quatre grandes priorités :

- creating a world-leading marine safety system that improves responsible shipping and protects Canada's waters, including new preventative and response measures;
- restoring and protecting the marine ecosystems and habitats, using new tools and research;
- strengthening partnerships and launching co-management practices with Indigenous communities, including building local emergency response capacity; and
- investing in oil spill cleanup research and methods to ensure that decisions taken in emergencies are evidence-based.

The Plan responds to concerns related to potential marine spills by strengthening the Coast Guard's ability to take command in marine emergencies, toughening requirements for industry response to incidents, and by enhancing Indigenous partnerships.

[483] While the Attorney General of British Columbia disagrees with the Governor in Council's assessment of the risk of a major spill from Project-related shipping, there is no merit to the submission that the Governor in Council failed to consider the risk of spills posed by Project-related shipping.

[484] I now turn to consider the adequacy of the consultation process.

D. Should the decision of the Governor in Council be set aside on the ground that Canada failed to consult adequately with the Indigenous applicants?

1. The applicable legal principles

[485] Before commencing the analysis, it is helpful to discuss briefly the principles that have emerged from the jurisprudence which has considered the scope and content of the duty to consult. As explained in the opening paragraphs of these reasons, the applicable principles are

- créer un système de sécurité maritime de calibre mondial qui permet d'améliorer la navigation responsable et la protection des eaux canadiennes, notamment au moyen de nouvelles mesures de prévention et d'intervention;
- restaurer et protéger les écosystèmes et les habitats marins à l'aide de recherches et d'outils récents;
- renforcer nos partenariats et mettre en œuvre des pratiques de gestion conjointe avec les communautés autochtones, y compris développer la capacité d'intervention en cas d'urgence des autorités locales;
- investir dans la recherche et les méthodes de nettoyage des déversements d'hydrocarbures afin de veiller à ce que les décisions prises en situation d'urgence soient fondées sur des données probantes.

Le Plan tient compte des préoccupations concernant les déversements éventuels en mer en renforçant la capacité de la Garde côtière de prendre le commandement en cas d'urgences en mer, en durcissant les exigences touchant la réaction de l'industrie aux incidents et en renforçant les partenariats avec les autochtones.

[483] Bien que le procureur général de la Colombie-Britannique ne souscrive pas à l'appréciation par le gouverneur en conseil des risques de déversement important liés au transport maritime dans le cadre du projet, l'observation selon laquelle le gouverneur en conseil a omis de tenir compte des risques de déversement que pose le transport en question est dénuée de fondement.

[484] J'examine ensuite la qualité du processus de consultation.

D. La décision du gouverneur en conseil devrait-elle être annulée au motif que le Canada a omis de consulter adéquatement les demandeurs autochtones?

1. Les principes juridiques applicables

[485] Avant de commencer l'analyse, il est utile de traiter brièvement des principes qui se dégagent de la jurisprudence récente portant sur l'étendue et la teneur de l'obligation de consulter. Comme je l'explique au début des présents motifs, les principes applicables ne sont pas

not in dispute; what is in dispute is whether, on the facts of this case (which are largely agreed), Canada fulfilled its constitutional duty to consult.

[486] The duty to consult is grounded in the honour of the Crown and the protection provided for “existing aboriginal and treaty rights” in subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The duties of consultation and, if required, accommodation form part of the process of reconciliation and fair dealing (*Haida Nation*, paragraph 32).

[487] The duty arises when the Crown has actual or constructive knowledge of the potential existence of Indigenous rights or title and contemplates conduct that might adversely affect those rights or title (*Haida Nation*, paragraph 35). The duty reflects the need to avoid the impairment of asserted or recognized rights caused by the implementation of a specific project.

[488] The extent or content of the duty of consultation is fact specific. The depth or richness of the required consultation increases with the strength of the *prima facie* Indigenous claim and the seriousness of the potentially adverse effect upon the claimed right or title (*Haida Nation*, paragraph 39; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, paragraph 36).

[489] When the claim to title is weak, the Indigenous interest is limited or the potential infringement is minor, the duty of consultation lies at the low end of the consultation spectrum. In such a case, the Crown may be required only to give notice of the contemplated conduct, disclose relevant information and discuss any issues raised in response to the notice (*Haida Nation*, paragraph 43). When a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to Indigenous peoples, and the risk of non-compensable damage is high, the duty of consultation lies at the high end of the spectrum. While the precise requirements will vary with the circumstances, a deep consultative process might entail: the opportunity to make submissions;

contestés; la question consiste à savoir si, d’après les faits de l’espèce (qui sont en bonne partie incontestés), le Canada s’est acquitté de son obligation constitutionnelle de consulter.

[486] L’obligation de consulter découle du principe de l’honneur de la Couronne et de la protection des « droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones » prévue au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’obligation de consulter et, s’il y a lieu, celle d’accommoder font partie du processus de conciliation et de négociation honorable (*Nation haïda*, paragraphe 32).

[487] L’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 (*Nation haïda*, paragraphe 35). Elle témoigne de la nécessité d’éviter que la mise en œuvre d’un projet particulier porte atteinte aux droits revendiqués ou reconnus.

[488] L’étendue ou la teneur de l’obligation de consulter est tributaire des faits. La consultation exigée est plus approfondie lorsque la revendication autochtone paraît de prime abord fondée et que l’effet sur le droit ou titre ancestral revendiqué est grave (*Nation haïda*, paragraphe 39; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, paragraphe 36).

[489] Lorsque la revendication du titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d’atteinte faible, l’obligation de consulter se trouve à l’extrémité inférieure du continuum. En pareil cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d’aviser les intéressés des mesures envisagées, de communiquer les renseignements pertinents et de discuter des questions soulevées par suite de l’avis (*Nation haïda*, paragraphe 43). Lorsqu’une preuve à première vue solide de la revendication est établie, que le droit et l’atteinte potentielle sont d’une grande importance pour les Autochtones et que le risque de préjudice non indemnisable est élevé, l’obligation de consulter se trouve à l’extrémité supérieure du continuum. Bien que les exigences

formal participation in the decision-making process; and, the provision of written reasons to show that Indigenous concerns were considered and how those concerns were factored into the decision (*Haida Nation*, paragraph 44).

[490] Parliament may choose to delegate procedural aspects of the duty to consult to a tribunal.

[491] The Supreme Court has found the Board to possess both the procedural powers necessary to implement consultation and the remedial powers to accommodate, where necessary, affected Indigenous claims and Indigenous and treaty rights. The Board's process can, therefore, be relied on by the Crown to fulfil, in whole or in part, the Crown's duty to consult (*Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, paragraph 34).

[492] As referenced above at paragraph 284, the Supreme Court has described the Board as having considerable institutional expertise both in conducting consultations and in assessing the environmental impacts of proposed projects. Where the effects of a proposed project on Indigenous or treaty rights substantially overlap with the project's potential environmental impact, the Board "is well situated to oversee consultations which seek to address these effects, and to use its technical expertise to assess what forms of accommodation might be available" (*Clyde River*, paragraph 33).

[493] When the Crown relies on a regulatory or environmental assessment process to fulfil the duty to consult, such reliance is not delegation of the Crown's ultimate responsibility to ensure consultation is adequate. Rather, it is a means by which the Crown can be satisfied that Indigenous concerns have been heard and, where appropriate, accommodated (*Haida Nation*, paragraph 53).

précises puissent varier selon les circonstances, la tenue d'un processus de consultation approfondie pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs écrits montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant l'incidence de ces préoccupations sur la décision (*Nation haïda*, paragraphe 44).

[490] Le législateur peut décider de déléguer à un tribunal administratif les aspects procéduraux de l'obligation de consulter.

[491] La Cour suprême conclut que l'Office 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 et des droits ancestraux ou issus de traités touchés. La Couronne peut donc s'en remettre au processus de l'Office pour satisfaire, en tout ou en partie, à l'obligation de consulter qui lui incombe (*Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, paragraphe 34).

[492] Comme je le mentionne au paragraphe 284 des présents motifs, la Cour suprême estime que l'Office possède une importante expertise institutionnelle, tant pour effectuer des consultations que pour évaluer 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'Office « 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 » (*Clyde River*, paragraphe 33).

[493] Si la Couronne, pour s'acquitter de son obligation de consulter, a recours à un processus d'évaluation réglementaire ou environnemental, elle ne délègue pas pour autant sa responsabilité ultime de veiller à une consultation adéquate. C'est plutôt une façon pour la Couronne de s'assurer que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et, le cas échéant, que des accommodements ont été trouvés (*Nation haïda*, paragraphe 53).

[494] The consultation process does not dictate a particular substantive outcome. Thus, the consultation process does not give Indigenous groups a veto over what can be done with land pending final proof of their claim. What is required is a process of balancing interests—a process of give and take. Nor does consultation equate to a duty to agree; rather, what is required is a commitment to a meaningful process of consultation (*Haida Nation*, paragraphs 42, 48 and 62).

[495] Good faith consultation may reveal a duty to accommodate. Where there is a strong *prima facie* case establishing the claim and the consequence of proposed conduct may adversely affect the claim in a significant way, the honour of the Crown may require steps to avoid irreparable harm or to minimize the effects of infringement (*Haida Nation*, paragraph 47).

[496] Good faith is required on both sides in the consultative process: “The common thread on the Crown’s part must be ‘the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns’ as they are raised ... through a meaningful process of consultation” (*Haida Nation*, paragraph 42). The “controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake” (*Haida Nation*, paragraph 45).

[497] At the same time, Indigenous claimants must not frustrate the Crown’s reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart the government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached (*Haida Nation*, paragraph 42).

[498] In the present case, much turns on what constitutes a meaningful process of consultation.

[494] Le processus de consultation ne dicte pas un résultat concret particulier. Par conséquent, le processus de consultation 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. Ce qu’il faut, c’est un processus de mise en balance des intérêts — de concessions mutuelles. Il n’y a pas non plus d’obligation de parvenir à une entente; il y a plutôt obligation de procéder à de véritables consultations (*Nation haïda*, paragraphes 42, 48 et 62).

[495] Des consultations menées de bonne foi peuvent révéler l’existence d’une l’obligation d’accommoder. Lorsque la revendication est établie au moyen d’une preuve à première vue solide et que la mesure proposée risque de porter atteinte de manière appréciable aux droits visés par la revendication, l’honneur de la Couronne pourrait bien commander l’adoption de mesures pour éviter un préjudice irréparable ou pour réduire au minimum les conséquences de l’atteinte (*Nation haïda*, paragraphe 47).

[496] Les deux parties sont tenues de faire preuve de bonne foi dans le processus de consultation : « 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 [...] dans le cadre d’un véritable processus de consultation » (*Nation haïda*, paragraphe 42). 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 » (*Nation haïda*, paragraphe 45).

[497] Par ailleurs, les demandeurs autochtones ne doivent pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne doivent pas non plus défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions ou d’agir dans des cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s’entendre (*Nation haïda*, paragraphe 42).

[498] En l’espèce, le débat tourne en grande partie autour de la question de savoir ce qui constitue un véritable processus de consultation.

[499] Meaningful consultation is not intended simply to allow Indigenous peoples “to blow off steam” before the Crown proceeds to do what it always intended to do. Consultation is meaningless when it excludes from the outset any form of accommodation (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, paragraph 54).

[500] The duty is not fulfilled by simply providing a process for exchanging and discussing information. There must be a substantive dimension to the duty. Consultation is talking together for mutual understanding (*Clyde River*, paragraph 49).

[501] As the Supreme Court observed in *Haida Nation* at paragraph 46, meaningful consultation is not just a process of exchanging information. Meaningful consultation “entails testing and being prepared to amend policy proposals in the light of information received, and providing feedback.” Where deep consultation is required, a dialogue must ensue that leads to a demonstrably serious consideration of accommodation. This serious consideration may be demonstrated in the Crown’s consultation-related duty to provide written reasons for the Crown’s decision.

[502] Where, as in this case, the Crown must balance multiple interests, a safeguard requiring the Crown to explain in written reasons the impacts of Indigenous concerns on decision-making becomes more important. In the absence of this safeguard, other issues may overshadow or displace the issue of impacts on Indigenous rights (*Gitxaala*, paragraph 315).

[503] Further, the Crown is obliged to inform itself of the impact the proposed project will have on an affected First Nation, and, if appropriate in the circumstances, communicate its findings to the First Nation and attempt to substantially address the concerns of the First Nation (*Mikisew Cree First Nation*, paragraph 55).

[499] Une véritable consultation ne vise pas simplement à donner aux Autochtones « l’occasion de se défouler » avant que la Couronne fasse ce qu’elle avait toujours eu l’intention de faire. La consultation est vide de sens si elle exclut dès le départ toute forme d’accommodement (*Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, paragraphe 54).

[500] Il ne suffit pas, pour s’acquitter de cette obligation, de prévoir un simple mécanisme permettant aux intéressés d’échanger des renseignements et d’en discuter. Il doit y avoir une dimension concrète. La consultation, c’est l’action de se parler dans le but de se comprendre les uns les autres (*Clyde River*, paragraphe 49).

[501] Comme la Cour suprême le fait remarquer dans l’arrêt *Nation haïda*, au paragraphe 46, la véritable 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 ». Lorsque la tenue de consultations approfondies est nécessaire, il faut qu’il y ait un dialogue qui mène à une prise en compte sérieuse et manifeste des accommodements. Cette prise en compte sérieuse peut ressortir de l’obligation qu’a la Couronne dans le contexte des consultations de fournir des motifs écrits de sa décision.

[502] Lorsque, comme en l’espèce, la Couronne doit s’assurer d’équilibrer de multiples intérêts, une garantie obligeant la Couronne à expliquer dans des motifs écrits les incidences liées aux préoccupations des Autochtones sur la prise de décisions gagne en importance. En l’absence de cette garantie, d’autres questions peuvent éclipser ou supplanter celle des incidences sur les droits autochtones (*Gitxaala*, paragraphe 315).

[503] En outre, la Couronne est tenue de s’informer de l’effet qu’aura un projet proposé sur une Première Nation concernée et, si les circonstances le justifient, de lui communiquer ses constatations et de s’efforcer de tenir compte réellement des préoccupations de celle-ci (*Première nation crie Mikisew*, paragraphe 55).

[504] Consultation must focus on rights. In *Clyde River*, the Board had concluded that significant environmental effects to marine mammals were not likely and effects on traditional resource use could be addressed through mitigation measures. The Supreme Court held that the Board's inquiry was misdirected for the purpose of consultation. The Board was required to focus on the Inuit's treaty rights; the "consultative inquiry is not properly into environmental effects *per se*. Rather, it inquires into the impact on the *right*" (emphasis in original) (*Clyde River*, paragraph 45). Mitigation measures must provide a reasonable assurance that constitutionally protected rights were considered as rights in themselves—not just as an afterthought to the assessment of environmental concerns (*Clyde River*, paragraph 51).

[505] When consulting on a project's potential impacts the Crown must consider existing limitations on Indigenous rights. Therefore, the cumulative effects and historical context may inform the scope of the duty to consult (*Chippewas of the Thames*, paragraph 42).

[506] Two final points. First, where the Crown knows, or ought to know, that its conduct may adversely affect the Indigenous right or title of more than one First Nation, each First Nation is entitled to consultation based upon the unique facts and circumstances pertinent to it (*Gitxaala*, paragraph 236).

[507] Second, it is important to understand that the public interest and the duty to consult do not operate in conflict. As a constitutional imperative, the duty to consult gives rise to a special public interest that supersedes other concerns commonly considered by tribunals tasked with assessing the public interest. In the case of the Board, a project authorization that breaches the constitutionally protected rights of Indigenous peoples cannot serve the public interest (*Clyde River*, paragraph 40).

[504] La consultation doit porter essentiellement sur les droits. Dans l'affaire *Clyde River*, l'Office avait conclu qu'il était peu probable que le projet ait des effets environnementaux négatifs sur les mammifères marins et que tout effet sur l'utilisation des ressources traditionnelles pourrait faire l'objet de mesures d'atténuation. Selon la Cour suprême, la consultation de l'Office était mal orientée. L'Office devait mettre l'accent sur les droits issus de traités des Inuits; « le processus consultatif ne vise pas vraiment les effets environnementaux en tant que tels, mais plutôt les effets sur le *droit* » (en italiques dans l'original) (*Clyde River*, paragraphe 45). Les mesures d'atténuation doivent donner une assurance raisonnable que les droits protégés par la Constitution ont été considérés en tant que droits — et non simplement comme un aspect accessoire de l'évaluation des préoccupations environnementales (*Clyde River*, paragraphe 51).

[505] Lors des consultations sur les effets possibles d'un projet, la Couronne doit tenir compte des restrictions qui ont été apportées aux droits ancestraux. Les effets cumulatifs d'un projet ainsi que le contexte historique peuvent donc être pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de l'obligation de consulter (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 42).

[506] Deux derniers points. D'abord, si la Couronne sait, ou devrait savoir, que sa façon de faire peut avoir un effet préjudiciable sur un droit ou un titre ancestral de plus d'une Première Nation, chacune des Premières Nations concernées a droit à des consultations tenant compte des faits et des circonstances propres à chacune d'elles (*Gitxaala*, paragraphe 236).

[507] Ensuite, il est important de comprendre que l'intérêt public et l'obligation de consulter ne sont pas incompatibles. 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 déterminer l'intérêt public. Dans le cas de l'Office, l'autorisation accordée à l'égard d'un projet qui viole les droits constitutionnels des peuples autochtones ne saurait servir l'intérêt public (*Clyde River*, paragraphe 40).

2. The standard to which Canada is to be held in fulfilling the duty

[508] As briefly explained above at paragraph 226, Canada is not to be held to a standard of perfection in fulfilling its duty to consult. The Supreme Court of Canada has expressed this concept as follows:

.... Perfect satisfaction is not required; the question is whether the regulatory scheme or government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”: *Gladstone*, *supra*, at para. 170. What is required is not perfection, but reasonableness. As stated in *Nikal*, *supra*, at para. 110, “in ... information and consultation the concept of reasonableness must come into play. ... So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice.” The government is required to make reasonable efforts to inform and consult. This suffices to discharge the duty. [Underlining added.]

(*Haida Nation*, paragraph 62.)

[509] As in *Gitxaala*, in this case “the subjects on which consultation was required were numerous, complex and dynamic, involving many parties. Sometimes in attempting to fulfil the duty there can be omissions, misunderstandings, accidents and mistakes. In attempting to fulfil the duty, there will be difficult judgment calls on which reasonable minds will differ” (*Gitxaala*, paragraph 182).

[510] Against this legal framework, I turn to the design and execution of Canada’s four-phase consultation process. This process began in May 2013 with the filing of the Project description and ended in November 2016 with the decision of the Governor in Council to approve the Project and direct the issuance of a certificate of public convenience and necessity.

2. La norme à laquelle le Canada est tenu pour s’acquitter de l’obligation

[508] Comme je l’explique brièvement au paragraphe 226 des présents motifs, le Canada n’est pas tenu à une norme de perfection lorsqu’il s’acquitte de son obligation de consulter. La Cour suprême du Canada explique ainsi ce concept :

[...] 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 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. [Non souligné dans l’original.]

(*Nation haïda*, paragraphe 62.)

[509] En l’espèce, comme dans l’affaire *Gitxaala*, « les sujets à l’égard desquels des consultations étaient nécessaires étaient nombreux, complexes, dynamiques et mettaient en cause un bon nombre de parties. Parfois, en tentant de s’acquitter de cette obligation, il peut se produire des omissions, des malentendus, des accidents et des erreurs. En tentant de s’acquitter de cette même obligation, il y aura des questions de jugement difficiles sur lesquelles des personnes raisonnables ne s’entendront pas » (*Gitxaala*, paragraphe 182).

[510] À la lumière de ce cadre juridique, j’aborde maintenant la conception et l’exécution par le Canada du processus de consultation en quatre étapes. Le processus a été lancé en mai 2013 par le dépôt de la description du projet et a pris fin en novembre 2016 avec la décision du gouverneur en conseil d’approuver le projet et d’ordonner la délivrance d’un certificat d’utilité publique.

3. Application of the legal principles to the evidence

[511] The Indigenous applicants express a myriad of concerns and asserted deficiencies with respect to the consultation process. Broadly speaking, they challenge both the design of the process and the execution of the process.

[512] I will deal first with the asserted deficiencies in the design of the process selected and followed by Canada, and then consider the asserted deficiencies in the execution of the process.

- (a) Was the consultation process deficient because of the design of the process selected and followed by Canada?

[513] Generally speaking, the most salient concerns expressed with respect to the design of the consultation process are the assertions that:

- i. The consultation framework was unilaterally imposed.
- ii. The National Energy Board process is inadequate for fulfilling consultation obligations.
- iii. Insufficient funding was provided.
- iv. The process allowed the Project to be approved when essential information was lacking.

[514] Each assertion will be considered in turn.

- (i) The consultation framework was unilaterally imposed

[515] There was no substantive consultation with the Indigenous applicants about the four-phase consultation process.

[516] However, as Canada argues, the Crown possesses a discretion about how it structures a consultation

3. Application des principes juridiques à la preuve

[511] Les demandeurs autochtones ont exprimé une foule de préoccupations au sujet du processus de consultation et ont fait valoir que celui-ci comportait de nombreuses lacunes. De façon générale, ils contestent à la fois la conception du processus et sa mise à exécution.

[512] Je me penche en premier lieu sur les lacunes reprochées au processus choisi et suivi par le Canada; j'examine ensuite les lacunes invoquées quant à la mise à exécution du processus.

- a) La consultation était-elle lacunaire en raison du processus choisi et suivi par le Canada?

[513] De façon générale, les préoccupations les plus importantes soulevées au sujet du processus de consultation sont les suivantes :

- i. Le cadre de consultation a été imposé unilatéralement.
- ii. Le processus de l'Office national de l'énergie ne permettait pas de satisfaire à l'obligation de consulter.
- iii. L'aide financière fournie était insuffisante.
- iv. Le processus a permis l'approbation du projet alors qu'il manquait des renseignements essentiels.

[514] Ces prétentions sont examinées à tour de rôle.

- (i) Le cadre de consultation a été imposé unilatéralement

[515] Il n'y a eu aucune consultation concrète avec les demandeurs autochtones au sujet du processus de consultation en quatre étapes.

[516] Cependant, comme le Canada le fait valoir, la Couronne a toute latitude pour définir la structure du

process and how it meets its consultation obligations (*Gitxaala*, paragraph 203, citing *Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2013 ABCA 443 (CanLII), 566 A.R. 259, at paragraph 39). What is required is a process that allows Canada to make reasonable efforts to inform and consult (*Haida Nation*, at paragraph 62).

[517] Canada's four-phase consultation process is described above at paragraphs 72 through 75. While I deal below with the asserted frailties of the Board's hearing process in this particular case, the Supreme Court has recently re-affirmed that the Crown may rely on a regulatory agency to fulfil the Crown's duty to consult so long as the agency possesses the statutory powers to do what the duty to consult requires in the particular circumstances (*Chippewas of the Thames*, paragraph 32). In the present case, no applicant asserts that the National Energy Board lacked any necessary statutory power so as to be able to fulfil in part the Crown's duty to consult. It follows that Canada could rely upon a consultation process which relied in part on the Board's hearing process, so long as Canada remained mindful of its constitutional obligation to ensure before approving the Project that consultation was adequate.

[518] Canada implemented a five-phase consultation framework for the review of the Northern Gateway Project. In *Gitxaala*, this Court found that the framework was reasonable (*Gitxaala*, paragraph 8). When the two consultation frameworks are compared there is little to distinguish them. An additional first phase was required in the Northern Gateway framework simply because the project was reviewed by a joint review panel, not the Board.

[519] Given Canada's discretion as to how the consultation process is structured and the similarity of this consultation process to that previously found by this Court to be reasonable, I am satisfied that Canada did not act in breach of the duty to consult by selecting the four-phase consultation process it adopted.

processus de consultation et pour s'acquitter de son obligation de consulter (*Gitxaala*, paragraphe 203, citant *Cold Lake First Nations c. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2013 ABCA 443 (CanLII), 566 A.R. 259, paragraphe 39). Ce qui est requis, c'est un processus qui permet au Canada de déployer des efforts raisonnables pour informer et consulter (*Nation haïda*, paragraphe 62).

[517] Le processus de consultation en quatre étapes mené par le Canada est décrit aux paragraphes 72 à 75 des présents motifs. Bien que j'examine ci-après les faiblesses reprochées au processus d'audience publique de l'Office en l'espèce, la Cour suprême vient de confirmer que la Couronne peut s'en remettre à un organisme de réglementation pour satisfaire à son obligation de consulter dans la mesure où ce dernier dispose du pouvoir légal de faire ce que l'obligation de consulter impose dans les circonstances (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 32). En l'espèce, aucun demandeur ne prétend que l'Office national de l'énergie ne disposait pas du pouvoir légal nécessaire pour satisfaire en partie à l'obligation de consulter de la Couronne. Il s'ensuit que le Canada pouvait s'en remettre à un processus de consultation faisant appel en partie au processus d'audience de l'Office, dans la mesure où il demeurerait conscient de son obligation constitutionnelle de s'assurer que la consultation était adéquate avant d'approuver le projet.

[518] Le Canada a mis en œuvre un cadre de consultation en cinq étapes pour l'examen du projet Northern Gateway. Dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour conclut que ce cadre est raisonnable (*Gitxaala*, paragraphe 8). Lorsqu'on compare les deux cadres de consultation, peu de choses les distinguent. Le cadre relatif au projet Northern Gateway comprend une étape de plus, la première, simplement parce que le projet a été examiné par une commission d'examen conjoint et non par l'Office.

[519] Compte tenu de la latitude dont dispose le Canada pour définir la structure du processus de consultation, ainsi que des similarités entre le processus de consultation en l'espèce et celui qui a déjà été jugé raisonnable par la Cour, je suis convaincue que le Canada n'a pas manqué à son obligation de consulter en adoptant le processus de consultation en quatre étapes visé en l'espèce.

(ii) The Board's process is said to be inadequate for fulfilling consultation obligations

[520] A number of deficiencies are asserted with respect to the Board's process and its adequacy for fulfilling, to the extent possible, consultation obligations. The asserted deficiencies include:

- The Board's decision not to allow cross-examination of Trans Mountain's evidence.
- The Board's treatment of oral traditional evidence.
- The Board's timeframe which is said not to have provided sufficient time for affected Indigenous groups to inform themselves of the complexity of the Project and to participate with knowledge of the issues and impacts on them.
- The Board's failure to consult with affected Indigenous groups about any of the decisions the Board made prior to or during the hearing, including the list of issues for the hearing, the panel members who would hear the application, the design of the regulatory review and the environmental assessment, the decision-making process and the report and its recommendations.
- The failure of the Board's process to provide the required dialogue and consultation directly with Canada in circumstances where it is said that consultation in Phase III would be too little, too late.

[521] It is convenient to deal with the first four deficiencies together as the Board's choice of procedures, its decision-making process and its ultimate decision flow from its powers as a regulator under the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

(ii) Le processus de l'Office ne permettrait pas de satisfaire à l'obligation de consulter

[520] Les demandeurs invoquent un certain nombre de lacunes dans le processus de l'Office et doutent qu'il permette de satisfaire, dans la mesure du possible, à l'obligation de consulter. Les lacunes reprochées sont notamment les suivantes :

- La décision de l'Office de ne pas permettre le contre-interrogatoire des témoins de Trans Mountain.
- Le traitement par l'Office de la preuve orale traditionnelle.
- Les délais fixés par l'Office qui, selon les groupes autochtones touchés, ne leur permettraient pas de s'informer de la complexité du projet et de participer au processus en ayant une bonne connaissance des enjeux et de leurs effets sur eux.
- L'omission par l'Office de consulter les groupes autochtones au sujet des décisions prises par l'Office avant ou pendant l'audience, notamment en ce qui concerne la liste des questions devant être traitées à l'audience, les membres de la formation chargée d'instruire la demande, la structure de l'examen réglementaire et de l'évaluation environnementale, le processus décisionnel, ainsi que le rapport et ses recommandations.
- L'absence de consultations directes et du dialogue requis avec le Canada, dans les circonstances où a été soulevée la crainte que la consultation prévue à l'étape III soit insuffisante et trop tardive.

[521] Il convient d'examiner les quatre premières lacunes ensemble, étant donné que le choix des procédures, le processus décisionnel et la décision ultime de l'Office découlent de ses pouvoirs en tant qu'organisme de réglementation sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

[522] As explained above, the Supreme Court has found that meaningful Crown consultation can be carried out wholly or in part through a regulatory process (*Chippewas of the Thames*, paragraph 32). Prior to this decision, concern had been expressed about the tension said to result if a tribunal such as the Board were required both to carry out consultation on behalf of the Crown and then adjudicate on the adequacy of the consultation. The Supreme Court responded that such concern is addressed by observing that while it is the Crown that owes the constitutional duty to consult, agencies such as the Board are required to make legal decisions that comply with the Constitution. The Supreme Court went on to explain, at paragraph 34, that:

.... When the [Board] is called on to assess the adequacy of Crown consultation, it may consider what consultative steps were provided, but its obligation to remain a neutral arbitrator does not change. A tribunal is not compromised when it carries out the functions Parliament has assigned to it under its Act and issues decisions that conform to the law and the Constitution. [Underlining added.]

[523] Applying these principles to the submissions before this Court, and bearing in mind that at this point I am only addressing submissions with respect to the adequacy of the design of the consultation process, the Board was required to provide a process that was impartial and fair and in accordance with its statutory framework and the Constitution.

[524] As explained above, section 8 of the *National Energy Board Act* authorizes the Board to make rules about the conduct of hearings before it, and the Board's rules allow the Board to determine whether public hearings held before it are oral or written. Section 52 of the *National Energy Board Act* requires the Board to render its report to the Minister within strict timelines. It follows that the Board could decide not to allow oral cross-examination, could determine how oral traditional evidence would be received and could schedule the hearing to comply with section 52 of the *National Energy Board Act* so long as, at the end of the hearing, it was satisfied that it had exercised its responsibilities in a manner that was fair and impartial and consistent with its

[522] Comme je l'explique plus haut, la Cour suprême estime qu'une véritable consultation par la Couronne peut être menée en tout ou en partie dans le cadre d'un processus réglementaire (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 32). Avant cet arrêt, des préoccupations avaient été exprimées quant à la tension qui pourrait se faire sentir si un tribunal administratif comme l'Office était tenu de mener des consultations au nom de la Couronne puis de se prononcer sur la qualité de ces consultations. La Cour suprême répond à ces préoccupations en faisant remarquer que, bien que ce soit à la Couronne qu'incombe l'obligation constitutionnelle de consulter, les organismes comme l'Office sont tenus de rendre des décisions juridiques qui sont conformes à la Constitution. La Cour suprême explique, au paragraphe 34 :

[...] Lorsqu'il est appelé à se prononcer sur le caractère adéquat de la consultation incombant à la Couronne, [l'Office] peut tenir compte des mesures de consultation offertes, mais son obligation de neutralité demeure la même. Un tribunal respecte sa compétence lorsqu'il exerce les fonctions que le législateur lui a attribuées dans une loi, et que ses décisions sont conformes à la loi et à la Constitution. [Non souligné dans l'original.]

[523] Après avoir appliqué ces principes aux observations présentées à la Cour et compte tenu du fait que j'examine uniquement à la présente étape les observations sur le caractère adéquat ou non du processus de consultation, je conclus que l'Office était tenu de prévoir un processus impartial, juste et conforme à son cadre législatif et à la Constitution.

[524] Comme je l'explique plus haut, l'article 8 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* autorise l'Office à établir des règles concernant le déroulement de ses audiences, et les règles de l'Office l'habilitent à décider si les audiences publiques devant lui sont instruites oralement ou sur dossier. Aux termes de l'article 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, l'Office doit présenter son rapport au ministre dans un délai strict. Il s'ensuit que l'Office peut décider de ne pas permettre les contre-interrogatoires oraux, déterminer de quelle façon la preuve orale traditionnelle sera entendue et fixer une audience pour se conformer à l'article 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* si, à la fin de l'audience, l'Office est convaincu qu'il s'est acquitté de ses

governing legislation and section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[525] Similarly, the Board was authorized as a neutral arbitrator to make the decisions required of it under the legislation, including decisions about which issues would be decided during the hearing, the composition of the hearing panel and the content of its ultimate report. So long as these decisions were made in a manner that was fair and impartial, and in accordance with the legislative scheme and subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* they too were validly made. The Indigenous applicants have not shown that any additional dialogue or process was required between the Board and the Indigenous applicants in order for the Board's decision to be constitutionally sound.

[526] Put another way, when the Board's process is relied on in whole or in part to fulfil the obligation to consult, the regulatory hearing process does not change and the Board's role as neutral arbitrator does not change. What changes is that the Board's process serves the additional purpose of contributing to the extent possible to the constitutional imperative not to approve a project if the duty to consult was not satisfied.

[527] I now consider the last deficiency said to make the Board's process inadequate for fulfilling even in part the duty to consult: the failure of the Board's process to provide the required consultation directly with Canada.

[528] The Indigenous applicants do not point to any jurisprudence to support their submission that Canada was required to dialogue directly with them during the Board's hearing process (that is, during Phase II) and I believe this submission may be dealt with briefly.

[529] As stated above, meaningful Crown consultation can be carried out wholly through a regulatory process so long as where the regulatory process relied upon by the Crown does not achieve adequate consultation or accommodation, the Crown takes further steps to meet its duty

responsabilités de façon juste et impartiale et conformément à sa loi habilitante et à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[525] De même, en sa qualité d'arbitre neutre, l'Office était autorisé à prendre les décisions que la loi exigeait de lui, notamment en ce qui concerne les questions à trancher à l'audience, la composition de la formation chargée de l'audience et la teneur de son rapport ultime. Dans la mesure où ces décisions ont été prises de manière juste et impartiale et conformément au régime législatif et au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elles étaient également valides. Les demandeurs autochtones n'ont pas établi qu'un dialogue ou un processus plus approfondi aurait été nécessaire entre eux et l'Office pour que la décision de l'Office soit conforme à la Constitution.

[526] Autrement dit, lorsque le processus de l'Office sert, en totalité ou en partie, à satisfaire à l'obligation de consulter, le processus d'audience réglementaire demeure le même, tout comme le rôle de l'Office en tant qu'arbitre neutre. Ce qui change, c'est que le processus de l'Office sert également à répondre, dans la mesure du possible, à l'impératif constitutionnel voulant qu'un projet ne soit pas approuvé si l'obligation de consulter n'a pas été respectée.

[527] Abordons la dernière lacune qui aurait empêché le processus de l'Office de permettre qu'il soit satisfait, même en partie, à l'obligation de consulter : le défaut par l'Office d'autoriser que les consultations requises se déroulent directement avec le Canada.

[528] Les demandeurs autochtones n'invoquent aucun précédent à l'appui de leur argument selon lequel le Canada était tenu à un dialogue direct avec eux lors du processus d'audience de l'Office (c'est-à-dire à l'étape II). À mon avis, on peut répondre à cet argument succinctement.

[529] Comme je le mentionne plus haut, la Couronne peut procéder à une véritable consultation intégralement dans le cadre d'un processus réglementaire, dans la mesure où, lorsque le processus réglementaire auquel elle s'en remet ne lui permet pas de satisfaire adéquatement

to consult by, for example, filling any gaps in consultation on a case-by-case basis (*Clyde River*, paragraph 22).

[530] In the present case, Phase III was designed in effect to fill the gaps left by the Phase II regulatory process—Phase III was to focus on outstanding concerns about the Project-related impacts upon potential or established Indigenous or treaty rights and on any incremental accommodation measures that Canada should address. Leaving aside the question of whether Phase III adequately addressed gaps in the consultation process, a point dealt with below, the Indigenous applicants have not shown that the consultation process required Canada’s direct involvement in the regulatory process.

[531] For all of these reasons, I am satisfied that the Board’s process was adequate for fulfilling its consultation obligations.

[532] The next concern with respect to the design of the consultation process is that it is said that insufficient participant funding was provided.

(iii) The funding provided is said to have been inadequate

[533] Two Indigenous applicants raise the issue of inadequate funding: Squamish and SSN.

[534] Squamish sought participant funding of \$293 350 to participate in the Board process but was granted only \$44 270, plus travel costs for one person to attend the hearing. Canada later provided \$26 000 to Squamish to participate in consultation following the close of the Board hearing record. The Squamish appendix to the Crown Consultation Report notes that the British Columbia Environmental Assessment Office also offered Squamish \$5 000 in capacity funding to participate in consultations.

à son obligation de consulter ou d’accommoder, elle doit prendre des mesures supplémentaires pour ce faire, par exemple, en comblant les lacunes au cas par cas (*Clyde River*, paragraphe 22).

[530] Dans l’affaire qui nous occupe, l’étape III a été conçue pour combler les lacunes du processus réglementaire de l’étape II. En effet, l’étape III devait porter sur les préoccupations qui demeuraient quant aux effets du projet sur des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis, ainsi que sur les mesures d’accommodement supplémentaires que le Canada devrait examiner. Faisant abstraction de la question de savoir si l’étape III a permis de combler adéquatement les lacunes du processus de consultation, point que j’aborde ci-après, j’estime que les demandeurs autochtones n’ont pas démontré que le processus de consultation exigeait la participation directe du Canada au processus réglementaire.

[531] Pour tous ces motifs, je suis convaincue que le processus suivi par l’Office permettait de satisfaire à ses obligations en matière de consultations.

[532] L’autre préoccupation soulevée à l’égard du processus de consultation veut que l’aide financière accordée aux participants aurait été insuffisante.

(iii) L’aide financière fournie aurait été insuffisante

[533] Deux des demandeurs autochtones soulèvent l’insuffisance de l’aide financière fournie : les Squamish et les SSN.

[534] Les Squamish ont demandé une aide financière de 293 350 \$ pour participer au processus de l’Office, mais on leur a accordé seulement 44 270 \$ et acquitté les frais de déplacement d’une personne pour qu’elle puisse assister à l’audience. Le Canada a par la suite offert de leur verser 26 000 \$ pour leur participation aux consultations postérieures à la fermeture du dossier de l’audience. L’annexe du rapport sur les consultations de la Couronne qui porte sur les Squamish indique que le Bureau des évaluations environnementales de la Colombie-Britannique a également offert aux Squamish 5 000 \$ à titre de financement pour leur permettre de participer aux consultations.

[535] Chief Campbell of the Squamish Nation provided evidence that the funding provided to Squamish was not adequate for Squamish to obtain experts to review and respond to the 8 volume, 15 000 page, highly technical Project application. Nor, in his view, was the funding adequate for Squamish to undertake a comprehensive assessment of the impacts of the Project on Squamish rights and title. He notes that Squamish's limited budget is fully subscribed to meet the needs of its members and that the sole purpose of Squamish's involvement in the hearing and consultation process was "defensive: to protect our rights and title".

[536] SSN requested in excess of \$300 000 for legal fees, expert fees, travel costs, meeting attendance costs and information collecting costs. It received \$36 920 in participant funding, plus travel for two representatives to attend the hearing. Canada later offered \$39 000 to SSN to participate in consultation following the close of the Board hearing record. The British Columbia Environmental Assessment Office also offered some capacity funding.

[537] SSN states that Canada knew that SSN requested funding in largest part to complete a traditional land and resource use study. It states that Canada knew that such studies had been completed for other Indigenous groups in relation to the Project, but that neither Canada nor the proponent had undertaken such a study for SSN.

[538] I accept that the level of participant funding provided constrained participation in the process before the National Energy Board by the Squamish and the SSN. However, as Canada submits, it is difficult to see the level of participant funding as being problematic in a systematic fashion when only two applicants address this issue.

[535] Le chef Campbell de la Nation Squamish a déclaré que l'aide financière fournie aux Squamish n'était pas suffisante pour leur permettre de retenir les services d'experts pour examiner la demande de projet de nature très technique, qui faisait 15 000 pages et s'étalait sur 8 volumes, et y répondre. À son avis, l'aide financière fournie ne permettait pas non plus aux Squamish d'entreprendre une évaluation complète des effets du projet sur les droits et le titre des Squamish. Il a indiqué que le budget limité des Squamish sert entièrement à répondre à leurs besoins et que la seule raison pour laquelle les Squamish participaient à l'audience et au processus de consultation était [TRADUCTION] « pour se défendre, à savoir pour protéger nos droits et notre titre ».

[536] Les SSN ont demandé une aide financière de plus de 300 000 \$ pour les honoraires d'avocat et d'experts, les frais de déplacement, les frais engagés pour assister aux réunions et les frais liés à la collecte de renseignements. Ils ont reçu une aide financière aux participants de 36 920 \$, et les frais de déplacement de deux membres pour qu'ils assistent à l'audience ont été acquittés. Le Canada a par la suite offert de leur verser 39 000 \$ pour leur participation aux consultations postérieures à la fermeture du dossier de l'audience. Le Bureau des évaluations environnementales de la Colombie-Britannique leur a également offert un certain financement de la capacité.

[537] Les SSN affirment que le Canada savait qu'ils demandaient une aide financière en grande partie pour réaliser une étude sur l'usage traditionnel des terres et des ressources. Ils soutiennent que le Canada savait que des études semblables avaient été réalisées pour d'autres groupes autochtones dans le cadre du projet, mais que ni le Canada, ni le promoteur n'avait entrepris une telle étude pour les SSN.

[538] Je conviens que l'aide financière accordée aux Squamish et aux SSN a limité leur participation au processus devant l'Office national de l'énergie. Toutefois, comme le Canada le soutient, il est difficile de croire que l'aide financière aux participants pose problème de façon systématique lorsque seuls deux demandeurs soulèvent la question.

[539] In *Gitxaala*, this Court rejected the submission that inadequate funding had been provided for participation before the joint review panel and in the consultation process. The Court noted, at paragraph 210, that the evidence filed in support of the submissions did:

.... not explain how the amounts sought were calculated, or detail any financial resources available to the First Nations outside of that provided by Canada. As such, the evidence fails to demonstrate that the funding available was so inadequate as to render the consultation process unreasonable.

[540] Much the same can be said of the evidence filed on this application. While SSN did append its request for participant funding as Exhibit D to the affidavit of its affiant Jeanette Jules, at the time this application was submitted SSN had not determined which expert or experts would be hired, it could not advise as to how many hours the expert(s) would likely bill or what the expert(s)' hourly rate(s) would be. The information provided was simply that it was expected that \$80 000 was required to prepare a traditional land use study and that an additional \$30 000 was required as the approximate cost of a wildlife study. No information was provided by either applicant about financial resources available to it.

[541] The evidence has not demonstrated that the level of participant funding was so inadequate as to render the entire consultation process unreasonable.

- (iv) The process allowed the Project to be approved when essential information was lacking

[542] The final deficiency asserted with respect to the structure of the consultation process relates to the nature of the Board's process for approving projects. A number of Indigenous applicants argue that Canada's reliance upon the Board's hearing process was unreasonable in circumstances where potential impacts to title and rights remained unknown because studies of those potential impacts, and of the measures proposed in the Board's

[539] Dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour rejette l'argument selon lequel l'aide financière fournie pour faciliter la participation au processus de la commission d'examen conjoint et au processus de consultation était insuffisante. La Cour souligne, au paragraphe 210, que les éléments de preuve à l'appui de cet argument :

[...] n'expliquent pas comment les montants ont été calculés et ne donnent aucun détail sur les ressources financières dont disposaient les Premières Nations en sus de celles fournies par le Canada. Par conséquent, la preuve ne permet pas d'établir que le financement dont disposaient les groupes autochtones était si insuffisant que le processus de consultation était devenu déraisonnable.

[540] On peut dire la même chose des éléments de preuve déposés dans le cadre de la présente demande. Bien que les SSN aient annexé à l'affidavit de Jeanette Jules leur demande d'aide financière aux participants (pièce D), au moment où cette demande a été présentée, les SSN n'avaient pas encore déterminé quel expert ou quels experts ils allaient engager, et ils ignoraient le nombre d'heures que l'expert ou les experts étaient susceptibles de facturer ainsi que le taux horaire pratiqué. Ils ont seulement indiqué qu'ils s'attendaient à avoir besoin de 80 000 \$ pour mener une étude sur l'usage traditionnel des terres et d'environ 30 000 \$ supplémentaires pour mener une étude sur les espèces sauvages. Aucun des demandeurs n'a fourni de renseignements au sujet des ressources financières dont ils disposaient.

[541] La preuve n'a pas démontré que l'aide financière aux participants était insuffisante au point de rendre l'ensemble du processus de consultation déraisonnable.

- (iv) Le processus a permis l'approbation du projet alors qu'il manquait des renseignements essentiels

[542] La dernière lacune soulevée relativement au processus de consultation porte sur la nature du processus d'approbation des projets suivi par l'Office. Des demandeurs autochtones soutiennent qu'il était déraisonnable de la part du Canada de s'en remettre au processus d'audience de l'Office, puisque les effets possibles du projet sur le titre et les droits demeuraient inconnus étant donné que l'étude de ces effets et des mesures proposées

report to mitigate potential impacts, were left to a later date after the Governor in Council approved the Project. It is argued that without identification of all of the impacts of the Project Canada cannot rely on the Board's assessment of impacts to fulfil the duty to consult.

[543] Commencing at paragraph 286 above, I describe in some detail the Board's approval process in the context of the submission of the City of Burnaby that the Board's approval process was procedurally unfair because of what Burnaby characterized to be the deferral and delegation of the assessment of important information.

[544] Beginning at paragraph 322 above, I deal with the submissions of the City of Burnaby and Coldwater that the Governor in Council erred in determining that the Board's report qualified as a report because the Board did not decide certain issues before recommending approval of the Project. Consideration of the concerns advanced by Coldwater with respect to the Board's failure to deal with the West Alternative begins at paragraph 375 above. At paragraphs 384 and 385, I conclude that the pipeline route through the Coldwater River Valley remains a live issue.

[545] This places in context concerns raised by Coldwater and other applicants about the reasonableness of Canada's reliance on a process that left important issues unresolved at the time the Governor in Council approved the Project.

[546] In my view, this concern is addressed by the Supreme Court's analysis in the companion cases of *Clyde River* and *Chippewas of the Thames* where the Supreme Court explained that the Board's approval process may itself trigger the duty to consult where that process may result in adverse impacts upon Indigenous and treaty rights (*Clyde River*, paragraphs 25 to 29; *Chippewas of the Thames*, paragraphs 29 to 31).

dans le rapport de l'Office pour les atténuer n'allait être menée qu'à une date ultérieure, soit après l'approbation du projet par le gouverneur en conseil. Ils soutiennent que le Canada ne peut pas s'acquitter de son obligation de consulter sur le fondement de l'évaluation des effets menée par l'Office si cette dernière ne tient pas compte de l'ensemble des effets possibles.

[543] Aux paragraphes 286 et suivants des présents motifs, je décris en détail le processus d'approbation suivi par l'Office en analysant l'argument de Burnaby selon lequel ce processus ne respectait pas l'équité procédurale, car l'évaluation de renseignements importants était, selon Burnaby, reportée et déléguée.

[544] Aux paragraphes 322 et suivants des présents motifs, j'examine l'argument de Burnaby et des Coldwater selon lequel le gouverneur en conseil a commis une erreur en concluant que le rapport de l'Office constituait un rapport, parce que l'Office avait omis de trancher certaines questions avant de recommander l'approbation du projet. Mon analyse des préoccupations soulevées par les Coldwater au sujet du défaut de l'Office de considérer l'option ouest commence au paragraphe 375 des présents motifs. Aux paragraphes 384 et 385, je conclus que le tracé du pipeline devant traverser la vallée de la rivière Coldwater n'est pas arrêté.

[545] Cette analyse met en contexte les préoccupations soulevées par les Coldwater et d'autres demandeurs quant à la question de savoir s'il était raisonnable que le Canada s'en remette à un processus à l'issue duquel bon nombre de questions importantes étaient toujours sans réponse au moment où le gouverneur en conseil a approuvé le projet.

[546] À mon avis, l'analyse de la Cour suprême dans les arrêts connexes *Clyde River* et *Chippewas of the Thames* permet de répondre à ces préoccupations. Dans ces arrêts, la Cour suprême explique que le processus d'approbation de l'Office peut donner naissance à l'obligation de consulter lorsqu'il est susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités (*Clyde River*, paragraphes 25 à 29; *Chippewas of the Thames*, paragraphes 29 à 31).

[547] Examined in the context of Coldwater's concerns about the West Alternative and the protection of Coldwater's aquifer, this means that the Board's decision about the detailed pipeline routing in the vicinity of the Coldwater Reserve will trigger the duty to consult because Canada will have knowledge, real or constructive, of the potential impact of that decision upon Coldwater's aquifer located beneath the Coldwater Reserve. Once the duty is triggered, the Board may only make its decision if it informs itself of the impacts to the aquifer and takes the rights and interests of Coldwater into consideration before making its final decisions about pipeline routing and compliance with Condition 39 (*Chippewas of the Thames*, paragraph 48). Canada will remain responsible to ensure that the Board's decision upholds the honour of the Crown (*Clyde River*, paragraph 22). This is, I believe, a full answer to the concern that the consultation framework was deficient because certain decisions remain to be made after the Governor in Council approved the Project.

(v) Conclusion on the adequacy of the process selected and followed by Canada

[548] In *Clyde River* and *Chippewas of the Thames* the Supreme Court provided helpful guidance about the indicia of a reasonable consultation process. Applying those indicia:

- The Indigenous applicants were given early notice of the Project, the Board's hearing process, the framework of the consultation process and Canada's intention to rely on the National Energy Board process, to the extent possible, to discharge Canada's duty to consult.
- Participant funding was provided to the Indigenous applicants both by the Board and Canada (and the provincial Crown as well).
- The Board's process permitted Indigenous applicants to provide written evidence and oral traditional evidence, to question both Trans

[547] Si on applique ce principe aux préoccupations des Coldwater quant à l'option ouest et à la protection de leur aquifère, la décision de l'Office au sujet du tracé détaillé du pipeline à proximité de la réserve de Coldwater donnera naissance à l'obligation de consulter, parce que le Canada aura connaissance, concrètement ou par imputation, des effets possibles de cette décision sur l'aquifère des Coldwater qui se trouve sous la réserve de Coldwater. Une fois que l'obligation a été déclenchée, l'Office ne peut prendre une décision qu'après s'être informé des effets du projet sur l'aquifère et il doit prendre en compte les droits et les intérêts des Coldwater avant de prendre une décision définitive au sujet du tracé du pipeline et du respect de la condition 39 (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 48). La responsabilité de veiller à ce que la décision de l'Office préserve l'honneur de la Couronne continue de reposer sur le Canada (*Clyde River*, paragraphe 22). Il s'agit là, à mon avis, d'une réponse complète à la préoccupation selon laquelle le cadre de consultation était lacunaire parce que certaines décisions devaient encore être prises après l'approbation du projet par le gouverneur en conseil.

(v) Conclusion au sujet du caractère adéquat ou non du processus choisi et suivi par le Canada

[548] Dans les arrêts *Clyde River* et *Chippewas of the Thames*, la Cour suprême fournit des renseignements utiles sur les facteurs qui aident à décider si un processus de consultation est raisonnable. En l'espèce :

- Les demandeurs autochtones ont été informés à l'avance du projet, du processus d'audience de l'Office, du cadre du processus de consultation et de l'intention du Canada de s'en remettre au processus de l'Office national de l'énergie, dans la mesure du possible, pour s'acquitter de son obligation de consulter.
- L'Office et le Canada (ainsi que la Couronne provinciale) ont fourni de l'aide financière aux demandeurs autochtones.
- Le processus de l'Office a permis aux demandeurs autochtones de fournir une preuve écrite et une preuve orale traditionnelle, d'interroger Trans

Mountain and the federal government interveners through Information Requests and to make written and oral closing submissions.

- The regulatory framework permitted the Board to impose conditions upon Trans Mountain that were capable of mitigating risks posed by the Project to the rights and title of the Indigenous applicants.
- After the Board's hearing record closed and prior to the decision by the Governor in Council, Canada provided a further consultation phase, Phase III, designed to enable Canada to deal with concerns not addressed by the hearing, the Board's proposed conditions and Trans Mountain's commitments.
- Canada understood, and advised the Indigenous applicants, that if Indigenous groups identified outstanding concerns in Phase III there were a number of options available to Canada. These included asking the National Energy Board to reconsider its recommendations and conditions, undertaking further consultations prior to issuing additional permits or authorizations and the use of existing or new policy and program measures to address outstanding concerns.

[549] I am satisfied that the consultation framework selected by Canada was reasonable. It was sufficient, if properly implemented, to enable Canada to make reasonable efforts to inform itself and consult. Put another way, this process, if reasonably implemented, could have resulted in mutual understanding on the core issues and a demonstrably serious consideration of accommodation.

- (b) Was the consultation process deficient because of Canada's execution of the process?

[550] Canada argues that the consultation process allowed for deep consultation both in form and in substance. In particular it notes that:

Mountain et les intervenants du fédéral au moyen de demandes de renseignements, et de présenter par écrit et de vive voix des observations finales.

- Le cadre réglementaire a permis à l'Office d'imposer des conditions à Trans Mountain en vue d'atténuer les risques posés par le projet à l'égard des droits et du titre des demandeurs autochtones.
- Après la fermeture du dossier de l'audience et avant la décision du gouverneur en conseil, le Canada a tenu une étape de consultation additionnelle, l'étape III, visant à lui permettre d'examiner les préoccupations qui demeuraient après l'audience, les conditions proposées par l'Office et les engagements pris par Trans Mountain.
- Le Canada savait qu'il disposait de plusieurs options si les groupes autochtones soulevaient à l'étape III des préoccupations qui subsistaient, et il en a avisé les demandeurs autochtones. Parmi ces options, notons celle de demander à l'Office national de l'énergie de réexaminer ses recommandations et ses conditions, celle de mener des consultations additionnelles avant de délivrer de nouveaux permis ou autorisations, et celle de recourir aux politiques existantes ou nouvelles ainsi qu'aux programmes pour répondre aux préoccupations qui subsistaient.

[549] Je suis convaincue que le cadre de consultation choisi par le Canada était raisonnable. Convenablement mis en œuvre, il était suffisant pour permettre au Canada de déployer des efforts raisonnables pour s'informer et consulter. Autrement dit, convenablement mis en œuvre, ce processus aurait pu mener à une compréhension mutuelle sur les points fondamentaux et à une prise en compte sérieuse et manifeste des mesures d'accommodement.

- b) Le processus de consultation était-il vicié en raison de la manière dont il a été mené par le Canada?

[550] Le Canada soutient que le processus de consultation a permis une consultation approfondie tant sur le plan de la forme que sur celui du fond. Il souligne particulièrement les éléments suivants :

- The Indigenous applicants were given early notice of the proposed Project, the Board hearing process and the consultation process, as well as Canada's intention to rely on the Board's process, to the extent possible, to discharge Canada's duty to consult.
- The Board required that Trans Mountain extensively consult before filing its application so as to attempt to address potential impacts by way of project modifications and design.
- Participant funding was provided to the Indigenous applicants by both Canada and the Board.
- The Indigenous applicants were afforded the opportunity before the Board to provide oral traditional and written evidence, to ask questions of Trans Mountain and the Federal interveners, and to make both written and oral submissions. The Board's report formulated conditions to mitigate, avoid or otherwise address impacts on Indigenous groups, and explained how Indigenous concerns were considered and addressed.
- Canada ordered an extension of the legislative timeframe for the Governor in Council's decision and met and corresponded with the Indigenous applicants to discuss concerns that may not have been adequately addressed by the Board and to work together to identify potential accommodation measures.
- Canada developed the Crown Consultation Report to inform government decision makers and sought feedback from the Indigenous applicants on two draft versions of the Crown Consultation Report.
- Les demandeurs autochtones ont été avisés tôt du projet proposé, du processus d'audience de l'Office, du processus de consultation qu'il tiendrait ainsi que de l'intention du Canada de s'en remettre au processus de l'Office, dans la mesure du possible, pour s'acquitter de son obligation de consulter.
- L'Office a obligé Trans Mountain à procéder à de vastes consultations avant de déposer sa demande pour tenter de remédier à certains effets possibles par voie de modifications au projet et à sa conception.
- Le Canada et l'Office ont fourni des fonds aux demandeurs autochtones pour faciliter leur participation.
- Les demandeurs autochtones ont eu l'occasion de présenter devant l'Office une preuve traditionnelle orale et une preuve écrite, d'interroger Trans Mountain et les intervenants fédéraux et de présenter des observations de vive voix et par écrit. Le rapport de l'Office énumère les conditions imposées en vue notamment d'atténuer ou d'éviter les effets sur les groupes autochtones ou d'y répondre et explique la manière dont l'Office s'y est pris pour étudier les préoccupations de ces derniers et y répondre.
- Le Canada a prolongé le délai légal dont dispose le gouverneur en conseil pour prendre sa décision et a discuté, de vive voix et par correspondance, avec les demandeurs autochtones des préoccupations auxquelles l'Office n'avait peut-être pas répondu adéquatement en vue d'établir une collaboration pour trouver des mesures d'accommodement possibles.
- Le Canada a établi le rapport sur les consultations de la Couronne pour informer les décideurs représentant l'État et a sollicité les commentaires des demandeurs autochtones à propos de deux ébauches de ce rapport.

- Canada reviewed upstream greenhouse gas emission estimates for the Project, struck a Ministerial Panel to seek public input and held a workshop in Kamloops.
- Canada developed additional accommodation measures including an Indigenous Advisory and Monitoring Committee, the Oceans Protection Plan and the Action Plan for the Recovery of the Southern Resident Killer Whale.
- Canada gave written reasons for conditionally approving the Project that showed how Indigenous concerns were considered and addressed.

[551] While in *Gitxaala* this Court found that the consultation process followed for the Northern Gateway project fell well short of the mark, Canada submits that the flaws identified by the Court in *Gitxaala* were remedied and not repeated. Specific measures were taken to remedy the flaws found in the earlier consultation. Thus:

- i. Canada extended the consultation process by four months to allow deeper consultation with potentially affected Indigenous groups, greater public engagement and an assessment of the greenhouse gas emissions associated with the Project.
- ii. The Order in Council expressly stated that the Governor in Council was “satisfied that the consultation process undertaken is consistent with the honour of the Crown and that the concerns and interests have been appropriately accommodated”. Reasons for this conclusion were given in the Explanatory Note.
- iii. Canada shared its preliminary strength of claim assessments in August 2016 to allow Indigenous groups to comment on the assessments. Canada’s ultimate assessments were set out in the Crown Consultation Report.

- Le Canada a examiné les estimations relatives aux émissions de gaz à effet de serre en amont concernant le projet, a établi un comité ministériel chargé de solliciter l’avis du public et a tenu une séance de travail à Kamloops.
- Le Canada a pris d’autres mesures d’accommodement, dont la création d’un comité de consultation et de surveillance autochtone et l’adoption du Plan de protection des océans et du Plan d’action pour le rétablissement de l’épaulard résident du sud.
- Le Canada a assorti l’approbation conditionnelle du projet de motifs expliquant l’examen des préoccupations des Autochtones et la réponse fournie.

[551] La Cour dans l’arrêt *Gitxaala* estime que le processus de consultation mis en place à l’égard du projet Northern Gateway est loin d’être adéquat. Or, le Canada affirme que les lacunes relevées dans cette affaire n’ont pas été répétées en l’espèce. Des mesures précises ont été prises pour corriger les lacunes du processus précédent. Ainsi :

- i. Le Canada a prolongé de quatre mois le processus de consultation pour permettre des consultations approfondies des groupes autochtones éventuellement touchés, une participation accrue du public et une évaluation des émissions de gaz à effet de serre attribuables au projet.
- ii. Le décret indique expressément que le gouverneur en conseil est convaincu « que le processus de consultation est compatible avec l’honneur de la Couronne et que les préoccupations et intérêts ont fait l’objet de mesures d’accommodement appropriées ». Les raisons étayant cette conclusion sont énumérées dans la note explicative.
- iii. Le Canada a fourni dès le mois d’août 2016 son évaluation préliminaire de la solidité des revendications par les groupes autochtones relatives aux droits pour permettre à ces derniers de faire leurs commentaires à cet égard. L’évaluation finale figure dans le rapport sur les consultations de la Couronne.

- iv. Canada's officials met and dialogued with Indigenous groups. As well, several Ministers met with Indigenous groups. While the Governor in Council accepted the report of the National Energy Board, in addition to the Board's conditions the Crown Consultation Report contained a commitment to design, fund and implement an Indigenous Advisory and Monitoring Committee for the Project and the Explanatory Note referenced two new initiatives: the Economic Pathways Partnership and the Oceans Protection Plan.
- v. In order to ensure that the Governor in Council received accurate information, two drafts of the Crown Consultation Report were distributed for comment and Indigenous groups were invited to provide their own submissions to the Governor in Council.
- vi. The consultation was based on the unique facts and circumstances applicable to each Indigenous group. The Crown Consultation Report contained a detailed appendix for each potentially affected Indigenous group that dealt with: background information; a preliminary strength of claim assessment; a summary of the group's involvement in the Board and Crown Consultation process; a summary of the group's interests and concerns; accommodation proposals; the group's response to the Board's report; the potential impacts of the Project on the group's Indigenous interests; and the Crown's conclusions.
- iv. Les représentants du Canada ont rencontré les groupes autochtones et échangé avec eux. De plus, plusieurs ministres ont rencontré les groupes autochtones. Certes, le gouverneur en conseil a accepté le rapport de l'Office national de l'énergie, mais, outre les conditions qui y étaient imposées, le rapport sur les consultations de la Couronne fait également état d'un engagement à concevoir, à financer et à mettre sur pied un comité de consultation et de surveillance autochtone à l'égard du projet, et la Note explicative renvoie à deux nouvelles initiatives, soit le Partenariat pour l'accès aux retombées économiques et le Plan de protection des océans.
- v. Pour assurer l'exactitude des renseignements fournis au gouverneur en conseil, deux ébauches du rapport sur les consultations de la Couronne ont été transmises aux groupes autochtones pour commentaires, et ceux-ci ont été invités à présenter leurs propres observations au gouverneur en conseil.
- vi. La consultation avait pour point de départ les faits et les circonstances propres à chaque groupe autochtone. Le rapport sur les consultations de la Couronne présente une annexe détaillée concernant chaque groupe autochtone éventuellement touché. Elle présente des renseignements contextuels, l'évaluation préliminaire de la solidité de la revendication par le groupe donné à l'égard des droits, un résumé de la participation du groupe au processus de l'Office et de consultation de la Couronne, un résumé des intérêts et des préoccupations du groupe, les mesures d'accommodement proposées; la réponse du groupe au rapport de l'Office, les effets potentiels du projet sur les intérêts autochtones du groupe et les conclusions de la Couronne.

[552] I acknowledge significant improvements in the consultation process. To illustrate, in *Gitxaala* this Court noted, among other matters, that:

[552] Je reconnais qu'il y a eu des améliorations importantes dans le processus de consultation. Par exemple, dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour souligne notamment les faits suivants :

- requests for extensions of time were ignored (reasons, paragraphs 247 and 250);
- inaccurate information was put before the Governor in Council (reasons, paragraphs 255–262);
- requests for information went unanswered (reasons, paragraphs 272, 275–278);
- Canada did not disclose its assessment of the strength of the Indigenous parties' claim to rights or title or its assessment of the Project's impacts (reasons, paragraphs 288–309); and,
- Canada acknowledged that the consultation on some issues fell well short of the mark (reasons, paragraph 254).
- les demandes de prorogation sont restées lettres mortes (motifs, paragraphes 247 et 250);
- des renseignements inexacts ont été soumis au gouverneur en conseil (motifs, paragraphes 255 à 262);
- les demandes de renseignements n'ont pas produit de réponse (motifs, paragraphes 272 et 275 à 278);
- le Canada n'a pas communiqué son évaluation de la solidité des revendications de droits ou titres ancestraux ou son évaluation sur les effets du projet (motifs, paragraphes 288 à 309);
- le Canada a reconnu que les consultations menées à l'égard de certaines questions avaient été nettement insuffisantes (motifs, paragraphe 254).

[553] Without doubt, the consultation process for this project was generally well-organized, less rushed (except in the final stage of Phase III) and there is no reasonable complaint that information within Canada's possession was withheld or that requests for information went unanswered.

[554] Ministers of the Crown were available and engaged in respectful conversations and correspondence with representatives of a number of the Indigenous applicants.

[555] Additional participant funding was offered to each of the applicants to support participation in discussions with the Crown consultation team following the release of the Board's report and recommendations. The British Columbia Environmental Assessment Office also offered consultation funding.

[556] The Crown Consultation Report provided detailed information about Canada's approach to consultation, Indigenous applicants' concerns and Canada's conclusions. An individualized appendix was prepared

[553] Il ne fait aucun doute que le processus de consultation mis en place en l'espèce était généralement bien organisé, et son déroulement moins expéditif que celui dans l'affaire *Gitxaala* (sauf pour ce qui est de la dernière partie de l'étape III). Aucun motif raisonnable ne permet d'affirmer que les renseignements dont disposait le Canada n'ont pas été fournis ou que les demandes de renseignements sont restées lettres mortes.

[554] Les ministres se sont montrés disponibles et ont entretenu un dialogue respectueux, tant dans leurs conversations que dans leur correspondance, avec les représentants de demandeurs autochtones.

[555] Chaque demandeur s'est vu offrir des fonds supplémentaires pour faciliter sa participation aux discussions avec l'équipe des consultations avec la Couronne après la publication du rapport de l'Office et de ses recommandations. Le Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique a également offert des fonds pour la consultation.

[556] Le rapport des consultations de la Couronne fournit des détails sur la démarche du Canada relative aux consultations, les préoccupations des demandeurs autochtones et les conclusions du Canada. Il est assorti d'une

for each Indigenous group (as described above, at paragraph 551(vi)).

[557] However, for the reasons developed below, Canada's execution of Phase III of the consultation process was unacceptably flawed and fell short of the standard prescribed by the jurisprudence of the Supreme Court. As such, the consultation process fell short of the required mark for reasonable consultation.

[558] To summarize my reasons for this conclusion, Canada was required to do more than receive and understand the concerns of the Indigenous applicants. Canada was required to engage in a considered, meaningful two-way dialogue. Canada's ability to do so was constrained by the manner in which its representatives on the Crown consultation team implemented their mandate. For the most part, Canada's representatives limited their mandate to listening to and recording the concerns of the Indigenous applicants and then transmitting those concerns to the decision makers.

[559] On the whole, the record does not disclose responsive, considered and meaningful dialogue coming back from Canada in response to the concerns expressed by the Indigenous applicants. While there are some examples of responsiveness to concerns, these limited examples are not sufficient to overcome the overall lack of response. The Supreme Court's jurisprudence repeatedly emphasizes that dialogue must take place and must be a two-way exchange. The Crown is required to do more than to receive and document concerns and complaints. As this Court wrote in *Gitxaala*, at paragraph 265, speaking of the limited mandate of Canada's representatives:

When the role of Canada's representatives is seen in this light, it is of no surprise that a number of concerns raised by Aboriginal groups—in our view, concerns very central to their legitimate interests—were left unconsidered and undiscussed. This fell well short of the conduct necessary to meet the duty to consult.

[560] Further, Phase III was to focus on two questions: outstanding concerns about Project-related impacts and

annexe présentant les renseignements concernant chacun des groupes autochtones (décrite au paragraphe 551vi)).

[557] Toutefois, pour les motifs énoncés ci-après, l'exécution par le Canada de l'étape III du processus de consultation s'est révélée lacunaire au point d'en être inacceptable et insuffisante pour respecter la norme issue de la jurisprudence de la Cour suprême. Ainsi, le processus de consultation n'a pas permis de donner lieu à des consultations raisonnables.

[558] En bref, le Canada n'était pas simplement tenu de recueillir et de comprendre les préoccupations des demandeurs autochtones; il devait prendre part à un véritable dialogue réfléchi. Il en a été empêché par la manière dont ses représentants, au sein de l'équipe des consultations avec la Couronne, ont exécuté leur mandat. Pour l'essentiel, ses représentants se sont contentés de consigner les préoccupations des demandeurs autochtones et de les transmettre aux décideurs.

[559] Le dossier en général ne révèle pas de véritable dialogue réfléchi en réponse aux préoccupations exprimées par les groupes autochtones. S'il ressort du dossier quelques exemples de réponses aux préoccupations, ceux-ci ne suffisent pas à compenser l'absence générale de réaction de la part du Canada. La jurisprudence de la Cour suprême souligne à maintes reprises l'importance d'un véritable dialogue. La Couronne ne saurait se contenter de recueillir et de consigner les préoccupations et les plaintes. Notre Cour, dans l'arrêt *Gitxaala*, au paragraphe 265, fait les remarques suivantes à propos du mandat limité des représentants du Canada :

Lorsque le rôle des représentants du Canada est vu sous cet angle, il n'est pas étonnant qu'un certain nombre des préoccupations soulevées par les groupes autochtones aient été laissées en plan et n'aient fait l'objet d'aucune discussion. À notre avis, des préoccupations fondamentales à leurs intérêts légitimes n'ont pas été examinées ni discutées. Ceci ne correspond pas à la conduite nécessaire pour rencontrer le devoir de consulter.

[560] En outre, l'étape III concernait deux questions : les préoccupations qui subsistaient à propos des effets

any required incremental accommodation measures. Canada's ability to consult and dialogue on these issues was constrained by two further limitations: first, Canada's unwillingness to depart from the Board's findings and recommended conditions so as to genuinely understand the concerns of the Indigenous applicants and then consider and respond to those concerns in a genuine and adequate way; second, Canada's erroneous view that it was unable to impose additional conditions on Trans Mountain.

[561] Together these three factors led to a consultation process that fell short of the mark and was, as a result, unreasonable. Canada then exacerbated the situation by its late disclosure of its view that the Project did not have a high level of impact on the established and asserted rights of the Indigenous applicants—a disclosure made two weeks before they were required to submit their final response to the consultation process and less than a month before the Governor in Council approved the Project.

[562] I begin the analysis by underscoring the need for meaningful two-way dialogue in the context of this Project and then move to describe in more detail the three significant impediments to meaningful consultation: the Crown consultation team's implementation of their mandate essentially as note-takers, Canada's reluctance to consider any departure from the Board's findings and recommended conditions, and Canada's erroneous view that it lacked the ability to impose additional conditions on Trans Mountain. I then discuss Canada's late disclosure of its assessment of the Project's impact on the Indigenous applicants. Finally, I review instances that show that as a result of these impediments the opportunity for meaningful dialogue was frustrated.

[563] The jurisprudence of the Supreme Court on the duty to consult is clear. The Indigenous applicants were entitled to a dialogue that demonstrated that Canada not only heard but also gave serious consideration to the specific and real concerns the Indigenous applicants put to Canada, gave serious consideration to proposed accommodation measures, and explained how the concerns

associés au projet et les mesures d'accommodement supplémentaires nécessaires pour y remédier. La faculté du Canada de procéder à des consultations et d'établir un dialogue à ce sujet était limitée par deux autres contraintes. Premièrement, le Canada s'est montré réticent à s'écarter des conclusions de l'Office et des conditions qu'il avait recommandées pour être en mesure de saisir le fond des préoccupations des demandeurs autochtones, puis d'y réfléchir et d'y répondre véritablement et adéquatement. Deuxièmement, le Canada estimait, à tort, qu'il ne pouvait imposer d'autres conditions à Trans Mountain.

[561] Ces trois facteurs ont concouru à un processus de consultation qui s'est révélé insuffisant et, par conséquent, déraisonnable. Le Canada a ensuite empiré la situation en communiquant tardivement son avis selon lequel le projet n'aurait pas d'effet important sur les droits établis et revendiqués des demandeurs autochtones. Cet avis a été communiqué à ces derniers deux semaines avant la date à laquelle ils devaient présenter leur réponse finale au processus de consultation et moins d'un mois avant l'approbation du projet par le gouverneur en conseil.

[562] Commençons par souligner la nécessité d'un véritable dialogue à propos du projet avant de décrire en détail les trois obstacles importants à de véritables consultations : les membres de l'équipe des consultations avec la Couronne estimaient que leur mandat se limitait essentiellement à prendre des notes; le Canada était réticent à dévier des conclusions de l'Office et des conditions qu'il avait imposées; le Canada croyait à tort qu'il n'était pas habilité à imposer d'autres conditions à Trans Mountain. Je traiterai ensuite de la communication tardive de l'évaluation de l'effet du projet sur les demandeurs autochtones. Enfin, j'examinerai des exemples démontrant que ces obstacles ont contrarié la tenue d'un véritable dialogue.

[563] La jurisprudence de la Cour suprême sur l'obligation de consulter est sans équivoque. Les demandeurs autochtones ont droit à un dialogue qui, d'une part, démontre que le Canada a non seulement entendu leurs préoccupations réelles et précises, mais a également réfléchi sérieusement à celles-ci et aux mesures d'accommodement proposées et, d'autre part, qui explique la part

of the Indigenous applicants impacted Canada's decision to approve the Project. The instances below show how Canada fell short of its obligations.

(i) The need for meaningful two-way dialogue

[564] As a matter of well-established law, meaningful dialogue is a prerequisite for reasonable consultation. As explained above at paragraphs 499 to 501, meaningful consultation is not simply a process of exchanging information. Where, as in this case, deep consultation is required, a dialogue must ensue and the dialogue should lead to a demonstrably serious consideration of accommodation. The Crown must be prepared to make changes to its proposed actions based on information and insight obtained through consultation.

[565] The need for meaningful dialogue exists and operates in a factual context. Here, Phase III was a critically important part of the consultation framework. This was so for a number of reasons.

[566] First, Phase III was the first opportunity for the Indigenous applicants to dialogue directly with Canada about matters of substance, not process.

[567] Second, the Board's report did not deal with all of the subjects on which consultation was required. For example, the Board did not make any determinations about the nature and scope of asserted or established Indigenous rights, including title rights. Nor did the Board consider the scope of the Crown's duty to consult or whether the duty was fulfilled. Nor did Trans Mountain in its application, or the Board in its report, assess how the residual effects of the Project, or the Project itself, could adversely impact traditional governance systems and claims to Aboriginal title (Crown Consultation Report, sections 1.4, 4.3.4 and 4.3.5). Canada was obliged to consult on these issues.

[568] Third, neither Trans Mountain nor the Board assessed the Project's impacts on a specific basis for each

des préoccupations dans sa décision d'approuver le projet. Les exemples qui suivent démontrent que le Canada n'a pas respecté ses obligations.

(i) La nécessité d'un véritable dialogue

[564] Il est acquis en droit que des consultations raisonnables sont subordonnées à la tenue d'un véritable dialogue. Comme nous l'expliquons aux paragraphes 499 à 501 des présents motifs, des consultations véritables ne se résument pas à un simple échange de renseignements. Dans la mesure où des consultations approfondies sont nécessaires, comme en l'espèce, la tenue d'un dialogue est essentielle, et ce dernier doit mener à un examen, que l'on peut qualifier de sérieux, de mesures d'accommodement. La Couronne doit être disposée à modifier ses actions sur le fondement des renseignements et des avis issus des consultations.

[565] La nécessité d'un véritable dialogue existe et joue en fonction du contexte. En l'espèce, l'étape III constituait une partie cruciale du cadre des consultations, et ce pour plusieurs raisons.

[566] Premièrement, l'étape III présentait la première occasion pour les demandeurs autochtones d'établir un dialogue direct avec le Canada sur le fond, et non sur le processus.

[567] Deuxièmement, le rapport de l'Office ne traitait pas de toutes les questions appelant des consultations. Par exemple, l'Office n'a tiré aucune conclusion sur la nature et la portée des droits (y compris le titre) ancestraux établis ou revendiqués. L'Office ne s'est pas attaché non plus à déterminer la teneur de l'obligation de consulter de la Couronne ni à décider si elle s'en était acquittée. En outre, ni Trans Mountain dans sa demande, ni l'Office dans son rapport, n'ont cherché à savoir si les effets du projet, ou le projet lui-même, nuiraient aux régimes traditionnels d'exercice des pouvoirs et aux revendications du titre ancestral (rapport sur les consultations de la Couronne, sections 1.4, 4.3.4 et 4.3.5). Le Canada était tenu à des consultations sur ces questions.

[568] Troisièmement, ni Trans Mountain, ni l'Office n'ont évalué les effets du projet de façon spécifique sur

affected Indigenous group. Rather, Trans Mountain assessed the effects related to Project construction and operations (including potential accidents and malfunctions) that might impact biophysical resources and socio-economic components within the Project area, and the Indigenous uses, practices and activities associated with those resources. This approach was accepted by the Board (Board report, pages 51 to 52).

[569] Finally, Phase III began in earnest with the release of the Board's report and finalized conditions. This report contained findings of great importance to the applicants because the Board's findings led Canada to conclude that the Project had only a minor-to-moderate impact on the Indigenous applicants. As a matter of law, this conclusion directly affected both the depth of consultation required and the need for accommodation measures. The following two examples illustrate the importance of the Board's findings to the Indigenous applicants.

[570] The first example concerns the assessment of the Project's potential impact on freshwater fishing. The Board found that the proposed watercourse crossings designs, mitigation measures, reclamation activities and post-construction monitoring were appropriate and that they would effectively reduce the extent of effects on fish and fish habitat. Watercourse crossings would be required to comply with federal and provincial laws and regulations and would require permits under the British Columbia *Water Sustainability Act*, S.B.C. 2014, c. 15. The Board agreed with Trans Mountain's self-assessment of the potential for serious harm in that the majority of proposed watercourse crossings would not constitute serious harm to fish for the purposes of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 (Board report, pages 183 and 185).

[571] The Stó:lō have a constitutionally protected right to fish on the Fraser River, a right affirmed by the Supreme Court of Canada. In the Stó:lō appendix to the Crown Consultation Report, Canada concluded that Project construction and routine maintenance during operation would be expected to result in a minor-to-moderate impact on

chaque groupe autochtone touché. Trans Mountain a plutôt évalué les effets découlant de la construction et de l'exploitation du projet (y compris les risques d'accidents et de défauts) susceptibles de porter atteinte aux ressources biophysiques et socioéconomiques dans la région visée par le projet ainsi que les utilisations, pratiques et activités des Autochtones à l'égard de ces ressources. L'Office a entériné cette démarche (rapport de l'Office, pages 52 et 53).

[569] Enfin, la publication du rapport et des conditions finales de l'Office a donné le coup d'envoi à l'étape III. Le rapport présente les conclusions qui importent considérablement aux demandeurs, car elles ont mené le Canada à constater que le projet aurait des effets variant de faibles à modérés sur les demandeurs autochtones. Sur le plan juridique, cette constatation a eu une incidence directe sur la portée des consultations nécessaires et la nécessité de mesures d'accommodement. Les deux exemples qui suivent illustrent l'importance des conclusions de l'Office aux yeux des demandeurs autochtones.

[570] Le premier concerne l'évaluation des effets potentiels du projet sur la pêche en eau douce. L'Office est d'avis que les types de franchissement des cours d'eau proposés, les mesures d'atténuation, les activités de remise en état et la surveillance environnementale post-construction sont appropriés et parviendront à réduire l'étendue des effets sur les poissons et leur habitat. Les franchissements des cours d'eau devront satisfaire aux lois et règlements fédéraux et provinciaux et nécessiteraient des permis délivrés sous le régime de la *Water Sustainability Act*, S.B.C. 2014, ch. 15, une loi de la Colombie-Britannique. L'Office souscrit à l'évaluation effectuée par Trans Mountain selon laquelle la majorité des franchissements de cours d'eau n'infligeront pas de dommages sérieux au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 (rapport de l'Office, page 189).

[571] Les Stó:lō ont le droit, protégé par la Constitution et confirmé par la Cour suprême du Canada, de pêcher dans le fleuve Fraser. Dans la partie de l'annexe au rapport sur les consultations de la Couronne consacrée aux Stó:lō, le Canada constate que la construction du projet et l'entretien courant en cours d'exploitation emporteront

the Stó:lō's freshwater fishing and marine fishing and harvesting activities (Stó:lō appendix, pages 26 and 27). This assessment flowed directly from the Board's conclusion that Project-related activities could result in low-to-moderate magnitude effects on freshwater and marine fish and fish habitat and the Board's conclusion that its conditions, if the Project was approved, would either directly or indirectly avoid or reduce potential environmental effects on fishing activities (Stó:lō appendix, pages 24 and 25).

[572] The second example relates to the ability of Indigenous groups to use the lands, waters and resources for traditional purposes. The Board found that this ability would be temporarily impacted by construction and routine maintenance activities, and that some opportunities for certain activities, such as harvesting or accessing sites or areas of traditional land resource use, would be temporarily interrupted. The Board was of the view that these impacts would be short-term, as they would be limited to brief periods during construction and routine maintenance, and that these effects would be largely confined to the Project footprint for the pipeline, associated facilities and the on-shore portion of the Westridge Marine Terminal site. The Board found these effects would be reversible in the short to long term, and low in magnitude (Board report, page 279). The Board also found that:

- Project-related pipeline, facility and Westridge Marine Terminal construction and operation, and marine shipping activities were likely to have low-to-moderate magnitude environmental effects on terrestrial, aquatic and marine species harvested by Indigenous groups as a whole (Board report, pages 204, 221 to 224 and 362);
- Construction of the Westridge Marine Terminal, the pipeline and associated facilities were likely to cause short-term temporary disruptions to Indigenous community members accessing

selon toute vraisemblance un effet, variant de faible à modéré, sur les activités de pêche en eau douce et en mer et de récolte de ce groupe (annexe consacrée aux Stó:lō, pages 26 et 27). Cette constatation découle directement de la conclusion de l'Office selon laquelle les activités associées au projet sont susceptibles d'entraîner des effets d'une ampleur variant de faible à modérée sur la pêche en eau douce et en mer et l'habitat du poisson et de la conclusion selon laquelle, si le projet est approuvé, les conditions imposées par l'Office permettraient d'éviter ou de réduire directement ou indirectement les effets environnementaux potentiels sur les activités de pêche (annexe consacrée aux Stó:lō, pages 24 et 25).

[572] Le deuxième exemple concerne la faculté pour les groupes autochtones d'utiliser les terres, l'eau et les ressources à des fins traditionnelles. Selon l'Office, la construction et les activités d'entretien courant nuiront temporairement à ces fins, et la pratique de certaines activités, comme la récolte et l'accès à des régions où il y a usage des terres et des ressources à des fins traditionnelles, sera interrompue temporairement. De l'avis de l'Office, ces effets seront de courte durée, car ils seront limités à de brèves périodes pendant la construction et l'entretien courant, et seront confinés à l'empreinte du projet du pipeline, aux installations connexes et à la partie terrestre du site du terminal maritime Westridge. Ces effets seront réversibles à court ou à long terme et de faible ampleur (rapport de l'Office, page 289). En outre, selon l'Office :

- la construction et l'exploitation du pipeline, des installations et du terminal maritime Westridge associés au projet ainsi que le transport maritime sont susceptibles d'avoir des effets environnementaux variant de faible à modérés sur les espèces terrestres, aquatiques et marines récoltées par les groupes autochtones dans leur ensemble (rapport de l'Office, pages 209, 227 à 230 et 365);
- la construction du terminal maritime Westridge, du pipeline et des installations connexes sont susceptibles de causer une interruption temporaire de l'accès par les membres des communautés

traditional hunting, trapping and plant gathering sites (Board report, page 279); and,

- Project-related marine shipping activities were likely to cause temporary disruptions to activities or access to sites during the period of time Project-related tankers were in transit (Board report, page 362).

[573] Based on these findings, Canada concluded that the impact of Project construction and operation and Project-related marine shipping activities on Tsleil-Waututh's and Squamish's hunting, trapping and plant gathering activity would be negligible-to-minor. The Project's impact on these activities was assessed to be minor for the Stó:lō and SSN, and minor-to-moderate for Coldwater and Upper Nicola.

[574] The critical importance of the Board's findings to the Indigenous applicants mandated meaningful dialogue about those findings. I now turn to consider Canada's execution of Phase III of the consultation process, commencing with the mandate of the Crown consultation team.

(ii) The implementation of the mandate of the Crown consultation team

[575] While Canada submits that the members of the Crown consultation team were not mere note-takers, the preponderance of the evidence is to the effect that the members of the Crown consultation team acted on the basis that, for the most part, their role was that of note-takers who were to accurately report the concerns of the Indigenous applicants to the decision makers.

[576] My review of the evidence begins with the explanation of the team's mandate found in the Crown Consultation Report. I then move to the evidence of the interactions between the Crown consultation team and the Indigenous applicants during the consultation process.

[577] First, a word of explanation about the source of the evidence cited below. Unless otherwise noted, the

autochtones aux lieux traditionnels de chasse, de piégeage et de cueillette (rapport de l'Office, page 289);

- le transport maritime connexe au projet est susceptible de perturber temporairement les activités ou l'accès aux sites pendant la période pendant laquelle les navires-citernes du projet sont en transit (rapport de l'Office, page 374).

[573] À la lumière de ces conclusions, le Canada est d'avis que la construction et l'exploitation du projet et le transport maritime connexe au projet auront des effets négligeables à mineurs sur les activités de chasse, de piégeage et de cueillette des Tsleil-Waututh et des Squamish, des effets mineurs dans le cas des Stó:lō et des SSN, ainsi que des effets mineurs à modérés dans le cas des Coldwater et des Upper Nicola.

[574] L'importance cruciale des conclusions de l'Office pour les demandeurs autochtones commandait un véritable dialogue portant sur celles-ci. Passons à l'étape III du processus de consultation, à commencer par le mandat de l'équipe des consultations avec la Couronne.

(ii) L'exécution par l'équipe des consultations avec la Couronne de son mandat

[575] Si le Canada soutient que le mandat des membres de l'équipe des consultations avec la Couronne ne se résumait pas à prendre des notes, la prépondérance de la preuve indique qu'ils se sont comportés comme si leur rôle, en grande partie, consistait à consigner fidèlement les préoccupations des demandeurs autochtones et à les transmettre aux décideurs.

[576] L'analyse porte en premier lieu sur l'explication du mandat de l'équipe qui figure dans le rapport sur les consultations de la Couronne, puis aborde la preuve relative aux rapports entre l'équipe des consultations avec la Couronne et les demandeurs autochtones pendant le processus de consultation.

[577] Commençons par offrir une explication sur la source des éléments de preuve qui suivent. À moins

evidence comes from meeting notes prepared by Canada. It was Canada's practice to prepare meeting notes following each consultation meeting, to send the draft notes to the affected Indigenous group for comment, and then to revise the notes based on the comments received before distributing a final version. The parties did not take issue with the accuracy of meeting notes. As shown below, where there was any disagreement on what had been said, the minutes set out each party's view of what had been said.

a. The Crown Consultation Report

[578] Section 3.3.4 of the Crown Consultation Report dealt with Phase III of the consultation process. Under the subheading "Post-NEB Hearing Phase Consultation" the report stated [at page 45]:

.... The mandate of the Crown consultation team was to listen, understand, engage and report to senior officials, Aboriginal group perspectives. The Minister of Natural Resources and other Ministers were provided a summary of these meetings.

b. The experience of Tsleil-Waututh

[579] At a meeting held on April 5, 2016, Erin O'Gorman of Natural Resources Canada "highlighted her mandate to listen and understand [Tsleil-Waututh's] perspective on how consultations should be structured, and move this information for decision. No mandate to defend the current approach."

[580] In the course of the introductions and opening remarks at a meeting held September 15, 2016, "Canada stressed that the Crown's ultimate goal is to understand the position and concerns of the [Tsleil-Waututh] on the proposed Trans Mountain Expansion project".

[581] At a meeting held on October 20, 2016, Canada's representatives advised that "[o]ur intention is to provide

d'indication contraire, la preuve provient de procès-verbaux dressés par le Canada. Ce dernier avait pour pratique, après chaque séance de consultation, d'en dresser le procès-verbal, d'en envoyer une ébauche au groupe autochtone pour commentaires, puis de réviser le procès-verbal à la lumière de ces commentaires avant d'en transmettre une copie finale. Les parties ne contestent pas l'exactitude des procès-verbaux. Comme nous le verrons, en cas de désaccord sur la teneur des propos, le procès-verbal présente la version respective des échanges.

a. Le rapport sur les consultations de la Couronne

[578] La section 3.3.4 du rapport sur les consultations de la Couronne traite du processus de consultation de l'étape III. Sous la rubrique [TRADUCTION] « consultations postérieures à l'audience de l'Office », le rapport indique ce qui suit [à la page 45] :

[TRADUCTION] [...] [L]e mandat de l'équipe des consultations par la Couronne consiste à écouter, à comprendre, à examiner et à transmettre aux représentants principaux les perspectives des groupes autochtones. Le ministre des Ressources naturelles et d'autres ministres reçoivent un résumé des rencontres.

b. L'expérience des Tsleil-Waututh

[579] Lors d'une séance qui s'est tenue le 5 avril 2016, Erin O'Gorman de Ressources naturelles Canada [TRADUCTION] « souligne son mandat, qui consiste à écouter et à saisir le point de vue [des Tsleil-Waututh] sur la structure des consultations et à transmettre cette information en vue d'une décision. Aucun mandat ne permet de défendre la démarche actuelle ».

[580] Pendant les présentations et les remarques préliminaires à la séance du 15 septembre 2016, « le Canada souligne que l'objet ultime de la Couronne consiste à comprendre la position et les préoccupations [des Tsleil-Waututh] sur le projet d'expansion du réseau de Trans Mountain ».

[581] Lors d'une réunion tenue le 20 octobre 2016, les représentants du Canada affirment en ces termes

a report to cabinet and include all first Nations consulted, we are open to having [Tsleil-Waututh] input review and representation in that report, together with mitigation and accommodation measures.” In response, a representative of Tsleil-Waututh “indicated he did not want consultations and a report of concerns to [Governor in Council]: that has occurred and does not work”. The response of the federal representatives to this was that “it was sufficient to convey information to the [Governor in Council] depending on how it’s done”.

c. The experience of Squamish

[582] On October 6, 2016, the Major Projects Management Office and the British Columbia Environmental Assessment Office jointly wrote to Squamish in response to a letter from Squamish setting out its views on the outstanding deficiencies in the Board review process and requesting a review of the consultation approach the Crown was taking to inform forthcoming federal and provincial decisions in respect of the Project. Under the heading “Procedural Concerns” Squamish was advised:

The Crown Consultation Team’s objective has always been to work with Squamish and other Aboriginal groups to put forward the best information possible to decision makers within the available regulatory timeframe, via this Consultation and Accommodation Report. Comments and input provided by Squamish will help the Crown Consultation Team to accurately convey Squamish’s interests, concerns, and any specific proposals.

The Crown is now focused on validating the key substantive concerns of Squamish, and has requested feedback on an initial draft report so that the Crown can include draft conclusions in a subsequent revision that will include the Crown’s assessment of the seriousness of potential impacts from the Project on Aboriginal Interests, specific to each Aboriginal group.

...

[TRADUCTION] : « nous avons l’intention de fournir un rapport au Cabinet et d’inclure toutes les Premières Nations consultées, [et] sommes ouverts à l’idée que [les Tsleil-Waututh] incluent dans ce rapport leurs commentaires et observations ainsi que des mesures d’atténuation et d’accommodement ». En réponse, un représentant de ce groupe indique [TRADUCTION] « qu’il ne veut pas de consultations et un rapport des préoccupations au [gouverneur en conseil] : ce qui s’est déjà produit, en vain ». Ce à quoi le représentant fédéral répond : [TRADUCTION] « il suffit de transmettre l’information au [gouverneur en conseil], selon la manière dont c’est fait ».

c. L’expérience des Squamish

[582] Le 16 octobre 2016, le Bureau de gestion des grands projets et le Bureau de l’évaluation environnementale de la Colombie-Britannique répondent ensemble à une lettre dans laquelle les Squamish présentent leur avis sur les lacunes qui subsistent dans le processus d’examen par l’Office et sollicitent l’examen de la démarche de consultations adoptée par la Couronne en vue d’éclairer les décisions fédérales et provinciales à propos du projet. Ils écrivent, sous la rubrique [TRADUCTION] « Préoccupations quant à la procédure » :

L’objectif de l’équipe des consultations avec la Couronne a toujours été de collaborer avec les Squamish et d’autres groupes autochtones pour présenter les meilleurs renseignements possibles aux décideurs dans le cadre du régime législatif actuel, par le truchement du rapport sur les consultations et les mesures d’accommodement. Les commentaires et les renseignements fournis par les Squamish aideront l’équipe des consultations avec la Couronne à transmettre fidèlement les intérêts, les préoccupations et les propositions précises des Squamish.

La Couronne s’attache maintenant à valider les principales préoccupations de fond des Squamish. Elle a demandé des commentaires sur la première ébauche du rapport pour qu’elle puisse inclure une ébauche des conclusions dans une prochaine version qui présentera les résultats de son évaluation de la gravité des effets potentiels du projet sur les intérêts autochtones, et ce pour chaque groupe.

[...]

At this stage in the process, following a four month extension of the federal legislated time limit, for a decision on the Project (required by December 19, 2016), we continue to want to ensure that Squamish's substantive concerns with respect to the Project, [Board] report (including recommended terms and conditions), and related proposals for mitigation or accommodation are accurately and comprehensively documented in the Consultation and Accommodation Report. [Underlining added.]

[583] At the only consultation meeting held with Squamish, Canada's consultation lead referenced the ethics the team abided by during each meeting with Indigenous groups: "honesty, truth, pursuing the rightful path and ensuring that accurate and objective, representative information is put before decision-makers".

[584] He later reiterated that "[i]t is the Crown's duty to ensure that accurate information on these outstanding issues is provided to decision-makers, including how Squamish perceives the project and any outstanding issues".

d. The experience of Coldwater

[585] At a meeting held with Coldwater on March 31, 2016, prior to the start of Phase III, the head of the Crown consultation team explained that:

... the work of the Crown consultation team, to develop a draft report that helps document the potential impacts of the project on [Coldwater] rights and interests, will be the vehicle through which the Crown documents potentially outstanding issues and accommodation proposals. It may appear as though the Crown is relying solely on the [Board] process, however it is not. It is leading its own consultation activities and will be overlaying a separate analytical framework (i.e. the impacts-on-rights lens).

[586] At a meeting on May 4, 2016, discussing, among other things, the effect of the Project on Coldwater's aquifer the Crown consultation team advised:

À l'heure actuelle, après la prorogation, de quatre mois, du délai légal fédéral applicable à la décision sur le projet (qui doit être prise au plus tard le 19 décembre 2016), nous voulons rassurer les Squamish que leurs préoccupations de fond relatives au projet, au rapport [de l'Office] (y compris les conditions recommandées) et les propositions connexes de mesures d'atténuation ou d'accommodement sont consignées de manière fidèle et exhaustive dans le rapport sur les consultations et les mesures d'accommodement. [Non souligné dans l'original.]

[583] Lors de la seule réunion de consultation à laquelle les Squamish ont participé, le dirigeant de l'équipe des consultations décrit ainsi les principes d'éthique suivis par l'équipe dans le cadre des réunions avec les groupes autochtones : [TRADUCTION] « honnêteté, vérité, suivre le droit chemin et veiller à ce que des renseignements exacts, objectifs et représentatifs soient présentés aux décideurs ».

[584] Il réitère le message en ces termes [TRADUCTION] : « [i]l incombe à la Couronne de veiller à ce que des renseignements exacts soient transmis aux décideurs à propos de ces questions qui subsistent, dont la perception des Squamish au sujet du projet ».

d. L'expérience des Coldwater

[585] Lors d'une réunion tenue le 31 mars 2016, à laquelle les Coldwater avaient été conviés avant le début de l'étape III, le dirigeant de l'équipe des consultations avec la Couronne explique :

[TRADUCTION] [...] les travaux de l'équipe des consultations avec la Couronne, qui consistent à rédiger une ébauche de rapport qui consigne les effets potentiels du projet sur les droits et intérêts [des Coldwater], constitueront le vecteur permettant à la Couronne de consigner les questions susceptibles de subsister et les propositions en matière d'accommodement. Il peut sembler que la Couronne s'en remet seulement au processus [de l'Office], mais ce n'est pas le cas. Elle mène ses propres activités de consultation et appliquera aussi un cadre d'analyse distinct (celui de l'effet sur les droits).

[586] À une réunion qui a eu lieu le 4 mai 2016, l'équipe des consultations avec la Couronne indique notamment, à propos de l'effet du projet sur l'aquifère des Coldwater :

For specifics such as detailed routing, it is the [Board] which decides those. The responsibility that the Crown consultation team has is to make sure these issues are reflected in the Crown consultation report, so they can be considered by decision makers. [Underlining added.]

After Coldwater expressed its strong preference for the West Alternative Canada's representatives responded that:

[t]his issue is one which is very detailed, and will need to be recorded carefully and accurately in the Crown consultation Report. The Crown consultation report can highlight that project routing is a central issue for Coldwater. [Underlining added.]

[587] At a consultation meeting held on October 7, 2016, again in the context of discussions about Coldwater's aquifer, one of Canada's representatives:

... acknowledged that the aquifer hasn't been fully explored, but explained that the [Board] process has analysed the Project and that the Crown will not be taking an independent analysis beyond that. This is because the [Board] is a quasi-judicial tribunal with significant technical expertise. The Crown (federally and provincially) will not undertake an independent analysis of potential corridor routes. That said, the Crown will take Coldwater's concerns back to decision makers.

...

Coldwater asked what the point of consultation was if all that was coming from the Crown was a summary report to the [Governor in Council]. [Underlining added.]

[588] In the later stages of the meeting during a discussion headed "Overview of Decision Making", Coldwater stated that based on the discussion with the Crown to date it did not seem likely that there would be a re-analysis of the West Alternative or any of the additional analysis Coldwater had asked for. Canada's representatives responded that:

[The Crown's] position is that the detailed route hearing process and Condition 39 provide avenues to consider

[TRANSLATION] Quant aux précisions comme le tracé détaillé, c'est [l'Office] qui décide. La responsabilité dont a été investie l'équipe des consultations avec la Couronne est de veiller à ce que ces questions soient consignées dans le rapport sur les consultations de la Couronne, de sorte que les décideurs puissent les examiner. [Non souligné dans l'original.]

Les Coldwater ayant exprimé leur forte préférence pour l'option ouest, les représentants du Canada répondent en ces termes :

[TRANSLATION] [i]l s'agit d'une question très détaillée, qui devra être consignée soigneusement et fidèlement dans le rapport sur les consultations de la Couronne. Ce dernier peut souligner le fait que le tracé du projet constitue une question cruciale pour les Coldwater. [Non souligné dans l'original.]

[587] L'un des représentants du Canada à la consultation du 7 octobre 2016, au sujet des discussions concernant l'aquifère des Coldwater :

[TRANSLATION] [...] reconnaît que l'aquifère n'a pas été exploré de manière exhaustive, mais explique que le processus [de l'Office] a analysé le projet et que la Couronne ne va pas examiner d'autres analyses indépendantes. C'est que [l'Office] est un tribunal quasi judiciaire disposant d'une importante expertise technique. La Couronne (fédérale et provinciale) ne va pas entreprendre une analyse indépendante de tracés possibles. Cela dit, la Couronne transmettra les préoccupations des Coldwater aux décideurs.

[...]

Les Coldwater demandent à quoi riment les consultations si la Couronne ne fait rien d'autre que remettre un rapport sommaire au [gouverneur en conseil]. [Non souligné dans l'original.]

[588] Plus tard pendant la séance, durant une discussion intitulée [TRANSLATION] « Aperçu de la prise de décision », les Coldwater soutiennent, sur le fondement des discussions tenues avec la Couronne à ce jour, qu'ils doutent qu'il y aura une nouvelle analyse de l'option ouest ou d'autres éléments, comme ils l'avaient demandé. Les représentants du Canada répondent :

[TRANSLATION] [La Couronne] estime que le processus d'audience sur le tracé détaillé et la condition 39 offrent des

alternative routes, however the Crown is not currently considering alternative routes because the [Board] concluded that the applied for pipeline corridor is satisfactory. The Crown will ensure that Coldwater's concerns about the route are provided to the Cabinet, it will then be up to Cabinet to decide if those concerns warrant reconsideration of the current route. [Underlining added.]

e. The experience of Stó:lō

[589] An email sent from the Major Projects Management Office following an April 13, 2016, consultation meeting advised that:

The Crown consultation team for [the Trans Mountain expansion] and the forthcoming Ministerial Representative (or Panel) will hear views on the project and whether there are any outstanding issues not addressed in the [Board's] final report and conditions or [Environment Canada's] assessment of upstream greenhouse gas emissions. This will provide another avenue for participants to provide their views on the upstream [greenhouse gas] assessment for [Trans Mountain expansion]. Any comments will be received and given consideration by the Government of Canada. [Underlining added.]

[590] On May 12, 2016, the Stó:lō wrote to the Minister of Natural Resources, the Honourable James Carr. It wrote about the Crown Consultation Report that:

... we understood [Canada's representative] Mr. Neil to say that the federal decision-maker will be the Governor-in-Council and that [Natural Resources Canada], further to this Crown consultation, will not make recommendations with respect to this project. Instead, its report to the Governor-in-Council will be a summary of what it heard during its consultations with aboriginal peoples with some commentary. We further understood Mr. Whiteside [another federal representative] to say that the Governor-in-Council cannot, based on Crown consultations, add or make changes to the Terms and Conditions of the project as set out by the [Board]. If we have misunderstood these representations, we would appreciate being informed in writing. If we have not misunderstood these representations, we believe that [Natural Resources Canada] is misinterpreting its constitutional obligations and the authority of federal decision-makers. [Underlining added.]

avenues permettant d'examiner d'autres tracés. Cependant, la Couronne n'examine pas d'autres tracés à l'heure actuelle, car [l'Office] a conclu que le couloir indiqué dans la demande est satisfaisant. La Couronne veillera à ce que les préoccupations des Coldwater sur le tracé soient transmises au Cabinet, qui décidera si elles justifient le réexamen du tracé actuel. [Non souligné dans l'original.]

e. L'expérience des Stó:lō

[589] Selon un courriel envoyé par le Bureau de gestion des grands projets à l'issue d'une séance de consultation tenue le 13 avril 2016 :

[TRADUCTION] L'équipe des consultations avec la Couronne [pour le projet d'expansion de Trans Mountain] et le représentant ministériel qui sera annoncé bientôt (ou la formation) prendront connaissance des opinions sur le projet et des questions susceptibles de subsister après la parution du rapport et des conditions finaux [de l'Office] ou de l'évaluation [par Environnement Canada] des émissions de gaz à effet de serre en amont. Les participants disposeront ainsi d'une autre avenue leur permettant d'exprimer leur avis sur l'évaluation [des émissions de gaz à effet de serre] en amont [du projet d'expansion de Trans Mountain]. Tous les commentaires seront consignés et examinés par le gouvernement du Canada. [Non souligné dans l'original.]

[590] Le 12 mai 2016, les Stó:lō écrivent au ministre des Ressources naturelles, l'honorable James Carr au sujet du rapport sur les consultations de la Couronne en ces termes :

[TRADUCTION] [...] si nous avons bien compris, M. Neil [le représentant du Canada] affirme que le décideur fédéral sera le gouverneur en conseil et que [Ressources naturelles Canada], à l'issue des présentes consultations avec la Couronne, ne présentera aucune recommandation à propos du projet. Nous comprenons au contraire que, dans son rapport au gouverneur en conseil, il résumera ce qu'il aura entendu pendant les consultations tenues avec les Peuples autochtones et présentera quelques commentaires. Nous comprenons aussi que M. Whiteside [un autre représentant fédéral] aurait dit que le gouverneur en conseil ne peut, sur le fondement des consultations par la Couronne, modifier les conditions du projet établies par [l'Office] ou en ajouter. Si nous avons mal compris, nous vous saurions gré de bien vouloir nous en informer par écrit. Si nous avons bien compris, nous estimons que [Ressources naturelles Canada] a mal interprété ses obligations constitutionnelles et le pouvoir des décideurs fédéraux. [Non souligné dans l'original.]

[591] The Stó:lō went on to observe that “[a] high level of consultation means more than simply gathering information on aboriginal interests, cross checking those with the Terms and Conditions of the project and reporting those findings to the federal decision-maker”. And that “[a] simple ‘what we heard’ report is inadequate to this task and the Governor-in-Council must be aware of its obligation to either reject or make changes to the project to protect and preserve the aboriginal rights, title and interests of the Stó:lō Collective”.

[592] The Minister responded on July 15, 2016. The Minister agreed that addressing concerns required more than gathering and reporting information from consultation sessions and advised that if the Stó:lō Collective identified concerns that had not been fully addressed by the Board’s terms and conditions consultation would “include efforts to preserve the Aboriginal rights in question.” The Minister encouraged the Stó:lō Collective “to work with the Crown consultation team so that the Stó:lō Collective’s interests are fully understood and articulated in the Crown Consultation and Accommodation Report” (underlining added). The Minister added that “[a]ny accommodation measures or proposals raised during Crown consultations will be included in this report and will inform the Government’s decision on [the Project]”.

f. The experience of Upper Nicola

[593] At a meeting held on March 31, 2016, after Chief McLeod expressed his desire for Upper Nicola’s “intentions to be heard by decision makers, and asked that all of the information shared today be relayed to Minister Carr”, Canada’s representatives responded that “senior decision makers are very involved in this project and the Crown consultation team would be relaying the outcomes and the meeting records from the meeting today up the line”. Canada’s Crown consultation lead noted that “wherever possible he would like to integrate some of the Indigenous words Chief McLeod spoke about into the Crown consultation report as a mechanism to relay the important messages which the Chief is talking about”.

[591] Les Stó:lō ajoutent : [TRADUCTION] « des consultations approfondies ne se résument pas à recueillir des renseignements sur les intérêts autochtones, à comparer ceux-ci aux conditions du projet et à transmettre ces conclusions au décideur fédéral ». Ils affirment également : [TRADUCTION] « [une] simple relation de propos ne suffit pas dans ce cas, et le gouverneur en conseil doit être conscient de son obligation de rejeter le projet ou d’y apporter des modifications visant à protéger les droits, titres et intérêts ancestraux du Collectif Stó:lō ».

[592] Le ministre répond le 15 juillet 2016. Il convient que répondre aux préoccupations ne se résume pas à recueillir et à consigner des renseignements issus des séances de consultation. Il affirme que si le Collectif Stó:lō a des préoccupations subsistant après les conditions imposées par l’Office, les consultations incluront des [TRADUCTION] « efforts visant à préserver les droits ancestraux en question ». Le ministre encourage le Collectif Stó:lō [TRADUCTION] « à collaborer avec l’équipe des consultations avec la Couronne de sorte que les intérêts du Collectif Stó:lō soient bien compris et énoncés dans le rapport sur les consultations et les mesures d’accommodement » (non souligné dans l’original). Le ministre ajoute que [TRADUCTION] « [t]oute mesure d’accommodement ou proposition soulevée au cours des consultations avec la Couronne figurera au rapport et éclairera la décision du gouvernement sur [le projet] ».

f. L’expérience des Upper Nicola

[593] Lors d’une séance tenue le 31 mars 2016, le chef McLeod affirme vouloir que [TRADUCTION] « les intentions [des Upper Nicola] soient entendues par les décideurs et demande que tous les renseignements communiqués aujourd’hui soient relayés au ministre Carr ». Ce à quoi les représentants du Canada répondent : [TRADUCTION] « les décideurs haut placés sont très actifs dans ce dossier, et l’équipe des consultations avec la Couronne transmettra les conclusions et les procès-verbaux de la réunion d’aujourd’hui aux échelons supérieurs ». Le dirigeant de l’équipe des consultations avec la Couronne fait remarquer [TRADUCTION] « dans la mesure du possible, il aimerait intégrer certains propos tenus par le chef McLeod en langue autochtone au rapport sur les consultations de la Couronne pour relayer les messages importants de ce dernier ».

[594] At a meeting on May 3, 2016, immediately prior to the release of the Board's report and recommendations, Canada's consultation lead "reiterated the current mandate for the Crown consultation team, which is to listen, learn, understand, and to report up to senior decision makers" (underlining added). Upper Nicola's legal counsel responded that "the old consultation paradigm, where the Crown's officials meets with Aboriginal groups to hear from them their perspectives and then to report this information to decision makers, is no longer valid".

[595] Towards the end of the meeting, in response to a question about a recent media story which claimed that the Prime Minister had instructed his staff to develop a strategy for approving Trans Mountain, a senior advisor to Indigenous and Northern Affairs Canada advised that he had "received no instructions from his department that would change his obligation as a public servant to ensure that he does all he can to remain objective and impartial and to ensure that the views of Aboriginal groups are appropriately and accurately relayed to decision makers". The Crown consultation lead added that the "Crown consultation team has no view on the project. Its job is to support decision makers with accurate information" (underlining added).

g. The experience of SSN

[596] In an email of July 7, 2015, sent prior to the release of the Board's draft conditions, SSN was advised by the Major Projects Management Office that the Federal "Crown's consultation will focus on an exchange of information and dialogue on two key documents", the Board's draft conditions and the draft Crown Consultation Report. With respect to the Crown Consultation Report, the email advised that the focus would be to determine "whether the Crown has adequately described the Aboriginal group's participation in the process, the substantive issues they have raised and the status of those issues (including Aboriginal groups' views on any outstanding concerns and residual issues arising from Phase III)" (underlining added).

[594] À une séance tenue le 3 mai 2016, juste avant la publication du rapport de l'Office et de ses recommandations, le dirigeant de l'équipe des consultations [TRADUCTION] « réitère le mandat actuel de l'équipe des consultations avec la Couronne, qui consiste à écouter, à apprendre, à comprendre et à faire rapport aux décideurs haut placés » (non souligné dans l'original). L'avocat des Upper Nicola répond que [TRADUCTION] « l'ancien paradigme relatif à la consultation, dans le cadre duquel les représentants de la Couronne rencontrent les groupes autochtones pour écouter leurs perspectives et transmettre les renseignements aux décideurs, ne tient plus ».

[595] Vers la fin de la séance, en réponse à une question sur un article récent prétendant que le premier ministre a ordonné l'élaboration d'une stratégie visant l'approbation du projet Trans Mountain, un conseiller principal d'Affaires autochtones et du Nord Canada indique qu'il n'a [TRADUCTION] « reçu du Ministère aucune instruction modifiant son obligation en tant que fonctionnaire de faire tout en son possible pour demeurer objectif et impartial et veiller à ce que les perspectives des groupes autochtones sont relayées convenablement et fidèlement aux décideurs ». Le dirigeant de l'équipe ajoute que [TRADUCTION] « l'équipe des consultations avec la Couronne n'a aucune opinion sur le projet. Son mandat consiste à appuyer les décideurs en leur fournissant des renseignements exacts » (non souligné dans l'original).

g. L'expérience des SSN

[596] Par un courriel envoyé le 7 juillet 2015, avant la communication des conditions proposées par l'Office, les SSN sont informés par le Bureau de gestion des grands projets que [TRADUCTION] « les consultations de la Couronne [fédérale] porteront sur l'échange de renseignements et le dialogue sur deux principaux documents », soit les conditions proposées par l'Office et l'ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne. Quant à ce dernier, le courriel indique que l'objet sera de décider [TRADUCTION] « si la Couronne a bien décrit la participation des groupes autochtones au processus, les questions de fond soulevées et leur traitement (dont l'opinion des groupes autochtones sur les préoccupations qui subsistent, s'il en est, et les autres questions découlant de l'étape III) » (non souligné dans l'original).

[597] In a later email of June 17, 2016, SSN were informed that:

The objective of the Crown consultation team moving forward is to consult collaboratively in an effort to reach consensus on outstanding issues and related impacts on constitutionally protected Aboriginal and treaty rights, as well as options for accommodating any impacts on rights that may need to be considered as part of the decision-making process. The status of these discussions will be documented in a Consultation and Accommodation Report that will help inform future decisions on the proposed project and any accompanying rationale for the government's decisions. [Underlining added.]

h. Conclusion on the mandate of the Crown consultation team

[598] As this review of the evidence shows, members of the Crown consultation team advised the Indigenous applicants on a number of occasions throughout the consultation process that they were there to listen and to understand the applicants' concerns, to record those concerns accurately in the Crown Consultation Report, and to pass the report to the Governor in Council. The meeting notes show the Crown consultation team acted in accordance with this role when discussing the Project, its impact on the Indigenous applicants and their concerns about the Project. The meeting notes show little or no meaningful responses from the Crown consultation team to the concerns of the Indigenous applicants. Instead, too often Canada's response was to acknowledge the concerns and to provide assurance the concerns would be communicated to the decision makers.

[599] As this Court explained in *Gitxaala* at paragraph 279, Canada was required to engage, dialogue and grapple with the concerns expressed to it in good faith by the Indigenous groups impacted by the Project. Meaningful dialogue required someone representing Canada empowered to do more than take notes—someone able to respond meaningfully to the applicants' concerns at some point in time.

[597] Un courriel du 17 juin 2016 informe les SSN de ce qui suit :

[TRADUCTION] L'équipe des consultations avec la Couronne a pour objectif de procéder à la consultation de manière collaborative en vue d'atteindre un consensus sur les questions qui subsistent et les incidences connexes sur les droits ancestraux et issus de traités, qui sont protégés par la Constitution, ainsi que de définir des options permettant l'accommodement des incidences sur les droits susceptibles d'être examinés dans le cadre du processus décisionnel. L'état d'avancement de ces discussions sera consigné dans un rapport sur les consultations et les mesures d'accommodement qui permettra d'éclairer les décisions futures sur le projet proposé et les justifications des décisions du gouvernement. [Non souligné dans l'original.]

h. Conclusion sur le mandat de l'équipe des consultations avec la Couronne

[598] Comme le démontre la preuve qui précède, les membres de l'équipe des consultations avec la Couronne ont informé les demandeurs autochtones à plusieurs reprises pendant le processus de consultation qu'ils étaient là pour écouter et comprendre les préoccupations des demandeurs, pour consigner ces préoccupations de manière fidèle dans le rapport sur les consultations de la Couronne et de transmettre le rapport au gouverneur en conseil. Les procès-verbaux des réunions démontrent que l'équipe a respecté ce rôle dans les discussions du projet, de ses incidences sur les demandeurs autochtones et de leurs préoccupations. Les procès-verbaux ne démontrent guère de véritable réponse de la part de l'équipe aux préoccupations soulevées par les demandeurs autochtones, mais révèlent trop souvent que la réponse du Canada consiste à reconnaître les préoccupations et à assurer aux auteurs de ces dernières qu'elles seraient communiquées aux décideurs.

[599] Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *Gitxaala* au paragraphe 279, le Canada est tenu d'engager un dialogue et de se pencher sur les préoccupations communiquées de bonne foi par les demandeurs autochtones sur lesquels le projet aura des incidences. Un véritable dialogue nécessite la présence, pour représenter le Canada, de quelqu'un qui est habilité à faire plus que prendre des notes, quelqu'un qui peut véritablement répondre aux préoccupations des demandeurs à un moment donné.

[600] The exchanges with the applicants demonstrate that this was missing from the consultation process. The exchanges show little to facilitate consultation and show how the Phase III consultation fell short of the mark.

[601] The consultation process fell short of the required mark at least in part because the consultation team's implementation of its mandate precluded the meaningful, two-way dialogue which was both promised by Canada and required by the principles underpinning the duty to consult.

- (iii) Canada's reluctance to depart from the Board's findings and recommended conditions and genuinely engage the concerns of the Indigenous applicants

[602] During Phase III each Indigenous applicant expressed concerns about the suitability of the Board's regulatory review and environmental assessment. These concerns were summarized and reported in the appendix to the Crown Consultation Report maintained for each Indigenous applicant (Tsleil-Waututh appendix, pages 7–8; Squamish appendix, page 4; Coldwater appendix, pages 4–5; Stó:lō appendix, pages 12–14; Upper Nicola appendix, pages 5–6; SSN appendix, page 4). These concerns related to both the Board's hearing process and its findings and recommended conditions. The concerns expressed by the Indigenous applicants included:

- The exclusion of Project-related shipping from the definition of the “designated project” which was to be assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.
- The inability to cross-examine Trans Mountain's witnesses, coupled with what were viewed to be inadequate responses by Trans Mountain to Information Requests.

[600] Les échanges avec les demandeurs démontrent que le processus de consultation était dépourvu d'un tel acteur et que peu d'efforts ont été consacrés à faciliter les consultations. Il ressort de ces échanges que les consultations de l'étape III se sont révélées insuffisantes.

[601] Le processus de consultation était insuffisant, en partie parce que l'interprétation par l'équipe des consultations avec la Couronne de son mandat a fait obstacle au véritable dialogue qu'avait promis le Canada et que requièrent les principes qui sous-tendent l'obligation de consulter.

- (iii) La réticence du Canada à s'écarter des conclusions de l'Office et des conditions qu'il recommande pour traiter véritablement des préoccupations des demandeurs autochtones

[602] Au cours de l'étape III, les demandeurs autochtones ont tous exprimé des préoccupations à propos de l'examen et de l'évaluation environnementale effectués par l'Office sous le régime administratif. Ces préoccupations sont résumées et consignées dans l'annexe du rapport sur les consultations de la Couronne consacrée à chaque demandeur autochtone (annexe concernant les Tsleil-Waututh, pages 7 et 8; annexe concernant les Squamish, page 4; annexe concernant les Coldwater, pages 4 et 5; annexe concernant les Stó:lō, pages 12 à 14; annexe concernant les Upper Nicola, pages 5 et 6; annexe concernant les SSN, page 4). Ces préoccupations concernent le processus d'audience de l'Office ainsi que ses conclusions et les conditions qu'il a recommandées et visent notamment :

- L'exclusion du transport maritime associé au projet de la définition de « projet désigné » faisant l'objet de l'évaluation sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.
- L'impossibilité de contre-interroger les témoins de Trans Mountain ainsi que les réponses jugées inadéquates de Trans Mountain aux demandes de renseignements.

- The Board's recommended terms and conditions were said to be deficient for a number of reasons, including their lack of specificity and their failure to impose additional conditions (for example, a condition that sacred sites be protected).
- The Board's findings were generic, thus negatively impacting Indigenous groups' ability to assess the potential impact of the Project on their title and rights.
- The Board's legislated timelines were extremely restrictive and afforded insufficient time to review the Project application and to participate meaningfully in the review process.
- The Board hearing process was an inappropriate forum for assessing impacts to Indigenous rights, and the Board's methods and conclusions regarding the significance and duration of the Project's impacts on Indigenous rights were flawed.
- Les conditions recommandées par l'Office, jugées lacunaires pour certaines raisons, dont leur manque de précision, et incomplètes (par exemple l'absence d'obligation de protéger les sites sacrés).
- La nature générale des conclusions de l'Office, qui nuit à la possibilité pour chaque groupe autochtone de déterminer l'effet potentiel du projet sur son titre et ses droits.
- Les délais légaux extrêmement restrictifs, qui n'ont pas donné le temps de prendre connaissance de la demande concernant le projet et de participer véritablement à l'examen.
- Le processus d'audience de l'Office, qui ne se prêtait pas à l'évaluation des effets sur les droits des peuples autochtones, et les méthodes et conclusions de l'Office sur l'importance et la durée des effets du projet sur ces droits étaient viciés.

[603] However, missing from both the Crown Consultation Report and the individual appendices is any substantive and meaningful response to these concerns. Nor does a review of the correspondence exchanged in Phase III disclose sufficient meaningful response to, or dialogue about, the various concerns raised by the Indigenous applicants. Indeed, a review of the record of the consultation process discloses that Canada displayed a closed-mindedness when concerns were expressed about the Board's report and was reluctant to depart from the findings and recommendations of the Board. With rare exceptions Canada did not dialogue meaningfully with the Indigenous applicants about their concerns about the Board's review. Instead, Canada's representatives were focused on transmitting concerns of the Indigenous applicants to the decision makers, and nothing more. Canada was obliged to do more than passively hear and receive the real concerns of the Indigenous applicants.

[604] The evidence on this point comes largely from Tsleil-Waututh and Coldwater.

[603] Or, une véritable réponse au fond à ces préoccupations brille par son absence dans le rapport sur les consultations de la Couronne et les annexes particulières. Un examen de la correspondance échangée lors de l'étape III ne révèle pas plus de véritable réponse suffisante aux préoccupations soulevées par les demandeurs autochtones ou de dialogue à ce sujet. En réalité, il ressort du dossier relatif au processus de consultation que le Canada s'est montré étroit d'esprit quant aux préoccupations exprimées sur le rapport de l'Office et réticent à s'écarter des conclusions et recommandations de ce dernier. Le Canada, à de rares exceptions près, n'a pas engagé de véritable dialogue avec les demandeurs autochtones sur leurs préoccupations au sujet de l'examen par l'Office. Les représentants du Canada se sont plutôt attachés à transmettre ces préoccupations aux décideurs, sans plus. L'obligation du Canada ne se résumait pas à écouter passivement les réelles préoccupations des demandeurs autochtones.

[604] La preuve à cet égard provient en grande partie des Tsleil-Waututh et des Coldwater.

[605] I begin with the evidence of the Director of Tsleil-Waututh's Treaty, Lands and Resources Department, Ernie George. He affirmed that at a meeting held with representatives of Canada on October 21, 2016, to discuss Tsleil-Waututh's view that the Board's process was flawed such that the Governor in Council could not rely on its report and recommendations:

81. Canada expressed that it was extremely reluctant to discuss the fundamental flaws that [Tsleil-Waututh] alleged were present in relation to the [Board] process, and even prior to the meeting suggested that we might simply need to "agree to disagree" on all of those issues. In our view Canada had already determined that it was not willing to take any steps to address the issues that [Tsleil-Waututh] identified and submitted constituted deficiencies in the [Board] process, despite having the power to do so under CEAA and NEBA and itself stating that this was a realistic option at its disposal. [Underlining added.]

[606] Mr. George was not cross-examined on his affidavit.

[607] Canada's reluctance was firmly expressed a few days later at a meeting held on October 27, 2016. Mr. George affirmed:

101. [Tsleil-Waututh] raised its concern that although the [Board] reached similar conclusions as [Tsleil-Waututh] that oil spills in Burrard Inlet would cause significant adverse environmental effects, it disagreed with Drs. Gunton and Broadbent's conclusions as to the likelihood of spills occurring. [Tsleil-Waututh] then asked Canada whether it agreed with those conclusions. Canada was unable to respond because it did not bring its risk experts to the meeting. [Tsleil-Waututh] rearticulated its view that such risks were far too high.

102. At this point, despite the critical importance of this issue, Canada advised [Tsleil-Waututh] that it was unwilling to revisit the [Board's] conclusions and would instead wholly rely on the [Board's] report on this issue. We stated that we did not accept Canada's position, that further engagement on this subject was required, and that we would be willing to bring our experts to a subsequent

[605] Commençons par la preuve d'Ernie George, directeur du département des traités, terres et ressources des Tsleil-Waututh. Lors d'une réunion, tenue le 21 octobre 2016, à laquelle participent des représentants du Canada pour discuter l'opinion des Tsleil-Waututh selon laquelle le processus de l'Office est à ce point vicié que le gouverneur en conseil ne pouvait fonder sa décision sur son rapport et ses recommandations, il tient les propos suivants :

[TRADUCTION] 81. Le Canada s'est dit extrêmement réticent à discuter des vices fondamentaux que [les Tsleil-Waututh] reprochent au processus de [l'Office], et même avant la réunion a laissé entendre qu'il faudrait peut-être simplement « convenir de disconvenir » de toutes ces questions. À notre avis, le Canada a déjà décidé qu'il n'est pas disposé à prendre les mesures visant à régler les problèmes que [les Tsleil-Waututh] ont relevés et qui constituent à leurs yeux des lacunes viciant le processus de [l'Office], et ce même si la LCEE et la LONE l'habilitent à prendre ces mesures et qu'il a lui-même indiqué qu'il s'agissait d'une option réaliste à sa disposition. [Non souligné dans l'original.]

[606] M. George n'a pas été contre-interrogé à cet égard.

[607] La réticence du Canada ressort clairement d'une réunion tenue le 27 octobre 2016. Selon M. George :

[TRADUCTION] 101. Les [Tsleil-Waututh] expriment leur préoccupation selon laquelle [l'Office], même s'il est arrivé à des conclusions semblables à celles [des Tsleil-Waututh] qu'un déversement de pétrole dans la baie Burrard causerait des effets environnementaux négatifs et importants, il ne souscrit pas à l'avis de MM. Gunton et Broadbent sur le risque d'un déversement. Les [Tsleil-Waututh] demandent au Canada s'il souscrit à ces conclusions. Le Canada ne peut répondre, car il n'a pas convié ses experts en risque à la réunion. [Les Tsleil-Waututh] réitèrent leur avis selon lequel les risques sont bien trop élevés.

102. Dans la conjoncture présente, malgré l'importance critique de cette question, le Canada informe [les Tsleil-Waututh] qu'il n'est pas disposé à remettre en question les conclusions de [l'Office] en la matière et qu'il s'en remettra entièrement au rapport de ce dernier. Nous affirmons ne pas être tenus d'accepter la position du Canada, qu'un dialogue accru est nécessaire et que nous sommes

meeting to consider any new material or new technology that Canada might identify. [Underlining added.]

disposés à convier nos experts à une prochaine réunion pour qu'ils examinent les nouveaux éléments ou technologies susceptibles d'être soulevés par le Canada. [Non souligné dans l'original.]

[608] This evidence is consistent with the meeting notes prepared by Canada which reflect that Canada's representatives "indicated that government would rely on the [Board's] report". The notes then record that Tsleil-Waututh's representatives inquired "if the [Government of Canada] was going to rely on the [Board's] report, there was an openness to discuss matters related to gaps in the [Board's] report and what had been ignored". In response, "Canada acknowledged [Tsleil-Waututh's] views on the [Board] process, and indicated that it could neither agree or disagree: both [Tsleil-Waututh] and [Canada] had been intervenors and neither could know how the [Board] panel weighed information provided to it".

[608] Cette preuve cadre avec les procès-verbaux rédigés par le Canada, selon lesquels les représentants du Canada [TRADUCTION] « indiquent que le gouvernement s'en remettra au rapport de [l'Office] ». Suivant le procès-verbal, les représentants des Tsleil-Waututh demandent [TRADUCTION] « si, dans la mesure où [le gouvernement du Canada] va s'en remettre au rapport de l'Office, il est possible de traiter des lacunes dans le rapport [de l'Office] et des questions passées sous silence », ce à quoi le Canada répond : [TRADUCTION] « le Canada reconnaît l'opinion [des Tsleil-Waututh] sur le processus de [l'Office] et indique n'être ni en accord, ni en désaccord : tant [les Tsleil-Waututh] que [le Canada] sont intervenus et aucun d'eux ne peut savoir comment la formation [de l'Office] a apprécié les renseignements qui lui ont été fournis ».

[609] Coldwater provided similar evidence relating to its efforts to consult with Canada about the Project's impacts on its aquifer at meetings held on May 4, 2016 and October 7, 2016.

[609] Les Coldwater ont fourni une preuve semblable quant à leurs efforts de consultation auprès du Canada sur les effets du projet sur leur aquifère lors des séances du 4 mai et du 7 octobre 2016.

[610] On May 4, 2016, representatives of Coldwater expressed their view that the West Alternative was a much better pipeline route that addressed issues the Board had not addressed adequately. As set out above, Canada's representatives responded that for "specifics such as detailed routing, it is the [Board] which decides those" and added that "[t]he responsibility that the Crown consultation team has is to make sure these issues are reflected in the Crown consultation report, so they can be considered by decision makers".

[610] Le 4 mai 2016, les représentants des Coldwater expriment leur avis selon lequel l'option ouest représente un tracé préférable et répond à des questions dont l'Office n'a pas adéquatement traité. Comme il est indiqué plus haut, les représentants du Canada répondent que, [TRADUCTION] « [q]uant aux précisions comme le tracé détaillé, c'est [l'Office] qui décide » et ajoutent que [TRADUCTION] « [l]a responsabilité dont a été investie l'équipe des consultations avec la Couronne est de veiller à ce que ces questions soient consignées dans le rapport sur les consultations de la Couronne, de sorte que les décideurs puissent les examiner ».

[611] Canada again expressed the view that the Board's findings were not to be revisited in the Crown consultation process at the meeting of October 7, 2016. In response to a question about the West Alternative, Canada's representatives advised that in the Phase III consultation process it was not for Canada to consider the West

[611] Lors de la séance tenue le 7 octobre 2016 à propos du processus de consultation, le Canada réitère son avis selon lequel les conclusions de l'Office ne seront pas réexaminées. En réponse à une question sur l'option ouest, les représentants du Canada affirment qu'il n'est pas loisible au Canada, dans le cadre du processus de

Alternative as an alternate measure to mitigate or accommodate Coldwater's concerns. The meeting notes state:

The Crown replied that the [Board] concluded that the current route is acceptable; however the Panel imposed a condition requiring the Proponent to further study the interaction between the proposed pipeline and the aquifer. Tim Gardiner acknowledged that the aquifer hasn't been fully explored, but explained that the [Board] process has analyzed the Project and that the Crown will not be taking an independent analysis beyond that. This is because the [Board] is a quasi-judicial tribunal with significant technical expertise, the Crown (federally and provincially) will not undertake an independent analysis of potential corridor routes. That said, the Crown will take Coldwater's concerns back to decision makers. [Underlining added.]

[612] Canada went on to express its confidence in Board Condition 39 and the detailed route hearing process.

[613] Later, in response to Coldwater's concern that the Board never considered the West Alternative, the meeting notes show that Canada's representatives:

... acknowledged Coldwater's concerns, and explained that when the West Alternative was no longer in the [Board's] consideration, the Crown was not able to question that. [Mr. Whiteside] acknowledged that from Coldwater's perspective this leaves a huge gap. Mr. Whiteside went on to explain that the Proponent's removal of the West Alternative "is not the Crown's responsibility. We are confined to the [Board] report." [Underlining added.]

[614] Finally, in the course of an overview of decision-making held at the end of the October 7, 2016 meeting, Canada advised it was not considering alternative routes "because the [Board] concluded that the applied for pipeline corridor is satisfactory". Canada added that "[t]he Crown will ensure that Coldwater's concerns about the route are provided to the Cabinet, [and] it will then be up to Cabinet to decide if those concerns warrant reconsideration of the current route".

consultation à l'étape III, d'envisager l'option ouest comme une autre mesure d'atténuation ou d'accommodement à l'égard des préoccupations des Coldwater. Pour reprendre un extrait du procès-verbal :

[TRADUCTION] La Couronne répond que [l'Office] estime le tracé actuel acceptable; or, la formation a imposé comme condition au promoteur de pousser les recherches sur l'interaction entre le pipeline proposé et l'aquifère. Tim Gardiner reconnaît que la question de l'aquifère n'a pas été explorée à fond, mais explique que le processus de [l'Office] a permis d'analyser le projet et que la Couronne n'envisage pas une analyse indépendante. [L'Office] est un tribunal quasi judiciaire pourvu d'une expertise technique considérable; la Couronne (fédérale et provinciale) ne procédera pas à une analyse indépendante des tracés possibles. Cela dit, la Couronne transmettra les préoccupations des Coldwater aux décideurs. [Non souligné dans l'original.]

[612] Le Canada manifeste sa confiance dans la condition 39 imposée par l'Office et le processus d'audience sur le tracé détaillé.

[613] À propos de la préoccupation exprimée par les Coldwater selon laquelle l'Office n'a pas envisagé l'option ouest, le procès-verbal indique que les représentants du Canada :

[TRADUCTION] [...] reconnaissent les préoccupations des Coldwater et expliquent que, comme l'option ouest n'est plus envisagée par [l'Office], la Couronne ne peut remettre ce fait en question. [M. Whiteside] reconnaît l'immense trou qui en découle, de l'avis des Coldwater. Mr. Whiteside explique que la suppression de l'option ouest par le promoteur « ne regarde pas la Couronne. Nous sommes restreints au rapport de [l'Office] ». [Non souligné dans l'original.]

[614] Enfin, au cours d'un aperçu de la prise de décision présenté à la fin de la séance du 7 octobre 2016, le Canada affirme qu'il n'envisage pas d'autres tracés parce que [TRADUCTION] « [l'Office] a conclu que le tracé visé dans la demande était satisfaisant ». Le Canada ajoute : [TRADUCTION] « [l]a Couronne veillera à ce que les préoccupations des Coldwater à propos du tracé soient transmises au Cabinet [et] il incombera à ce dernier de décider si ces préoccupations justifient de réexaminer le tracé actuel ».

[615] As this Court had already explained in *Gitxaala*, at paragraph 274, Canada's position that it was confined to the Board's findings is wrong. As in *Gitxaala*, Phase III presented an opportunity, among other things, to discuss and address errors, omissions and the adequacy of the recommendations in the Board's report on issues that vitally concerned the Indigenous applicants. The consequence of Canada's erroneous position was to seriously limit Canada's ability to consult meaningfully on issues such as the Project's impact on each applicant and possible accommodation measures.

[616] Other meeting notes do not record that Canada expressed its reluctance to depart from the Board's findings in the same terms to other Indigenous applicants. However, there is nothing inconsistent with this position in the notes of the consultation with the other applicants.

[617] For example, in a letter sent to Squamish by the Major Projects Management Office on July 14, 2015, it was explained that the intent of Phase III was:

... not to repeat or duplicate the [Board] review process, but to identify, consider and potentially address any outstanding concerns that have been raised by Aboriginal groups (i.e. concerns that, in the opinion of the Aboriginal group, have not been addressed through the [Board] review process).

[618] Later, Squamish met with the Crown consultation team on September 11, 2015, to discuss the consultation process. At this meeting Squamish raised concerns about, among other things, the adequacy of Canada's consultation process. In a follow-up letter counsel for Squamish provided more detail about the "Squamish Process"—a proposed process to enable consideration of the Project's impact upon Squamish's interests. The process included having community concerns inform the scope of the assessment with the goal of having these concerns substantively addressed by conditions placed on the Project proponent.

[619] Canada responded by letter dated November 26, 2015, in which it reiterated its position that:

[615] Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *Gitxaala*, au paragraphe 274, le Canada avait tort de se croire lié par les conclusions de l'Office. Comme dans cette affaire, l'étape III présentait l'occasion, entre autres, de discuter des erreurs et des omissions dans le rapport de l'Office et d'y remédier, ainsi que de réexaminer les recommandations qui en sont issues, et ce à l'égard de questions d'une importance vitale pour les demandeurs autochtones. Cette erreur a eu pour effet de limiter considérablement la faculté pour le Canada d'engager des véritables consultations au sujet de questions, comme les effets du projet sur chaque demandeur et les mesures d'accommodement possibles.

[616] Tous les procès-verbaux ne consignent pas la réticence du Canada à s'écarter des conclusions de l'Office dans les mêmes termes. Toutefois, rien ne dément cette réticence dans les procès-verbaux de séances avec d'autres demandeurs autochtones.

[617] Par exemple, dans une lettre envoyée par le Bureau de gestion des grands projets aux Squamish le 14 juillet 2015, l'intention de l'étape III est expliquée en ces termes :

[TRADUCTION] [...] ne pas répéter ou superposer le processus d'examen de [l'Office], mais recenser et examiner les préoccupations qui subsistent et possiblement y répondre (préoccupations qui, de l'avis des groupes autochtones qui les ont soulevées, n'ont pas été réglées dans le cadre du processus de [l'Office]).

[618] Les Squamish rencontrent le 11 septembre 2015 l'équipe des consultations avec la Couronne pour discuter du processus de consultation. Les Squamish soulèvent alors des préoccupations à l'égard notamment de la qualité de ce processus. Dans une lettre de suivi, l'avocat représentant ce groupe explique le « processus relatif aux Squamish » proposé — qui permet d'étudier les effets du projet sur les intérêts des Squamish. Suivant ce processus, les préoccupations de la communauté éclairent la portée de l'évaluation, de sorte que l'on remédie aux préoccupations en imposant des conditions au promoteur du projet.

[619] Dans une lettre datée du 26 novembre 2015, le Canada réitère sa position selon laquelle :

... there are good reasons for the Crown to rely on the [Board's] review of the Project to inform the consultation process. This approach ensures rigour in the assessment of the potential adverse effects of the Project on a broad range of issues including the environment, health and socio-economic conditions, as well as Aboriginal interests.

[620] The letter went on to advise that:

Information from a formal community level or third-party review process can be integrated into and considered through the [Board] review process if submitted as evidence. For the Trans Mountain Expansion Project, the appropriate time to have done so would have been prior to the evidence filing deadline in May 2015.

[621] Canada went on to express its confidence that the list of issues, scope of assessment and scope of factors examined by the Board would inform a meaningful dialogue between it and Squamish.

[622] In other words, Canada was constrained by the Board's review of the Project. Canada required that evidence of any assessment or review process be first put before the Board, and any dialogue had to be informed by the Board's findings.

[623] A similar example is found in the Crown's consultation with Upper Nicola. At the consultation meeting held on September 22, 2016, Upper Nicola expressed its concern with the Board's economic analysis. The Director General of the Major Projects Management Office responded that "as a rule, the [Governor in Council] is deferential to the [Board's] assessment, but they are at liberty to consider other information sources when making their decision and may reach a different conclusion than the [Board]". The Senior Advisor from Indigenous and Northern Affairs Canada added that "the preponderance of detail in the [Board] report weighs heavy on Ministers' minds".

[624] No dialogue ensued about the legitimacy of Upper Nicola's concern about the Board's economic analysis,

[TRANSDUCTION] [...] il existe de bonnes raisons expliquant pourquoi la Couronne s'en remet à l'examen du projet par [l'Office] pour éclairer le processus de consultation. Une telle démarche assure la rigueur dans l'évaluation des effets potentiels négatifs du projet sur divers éléments, dont l'environnement, la santé et les conditions socioéconomiques, ainsi que les intérêts autochtones.

[620] La lettre indique aussi :

[TRANSDUCTION] Les renseignements découlant d'un examen effectué en bonne et due forme par la communauté ou un tiers peuvent être intégrés au processus d'examen de [l'Office] et examinés, dans la mesure où ils sont déposés en preuve. Dans le cas du projet d'expansion du réseau Trans Mountain, il aurait fallu le faire avant la fin du délai pour le dépôt de la preuve, soit en mai 2015.

[621] Le Canada a dit avoir confiance que la liste des questions ainsi que la portée de l'évaluation et des facteurs examinés par l'Office éclaireraient un véritable dialogue avec les Squamish.

[622] Autrement dit, le Canada était restreint à l'examen effectué par l'Office. Le Canada a insisté pour que la preuve relative à toute évaluation ou à tout examen soit d'abord présentée à l'Office et que les conclusions de ce dernier éclairent tout dialogue.

[623] Un exemple semblable ressort des consultations de la Couronne avec les Upper Nicola. Lors de la séance du 22 septembre 2016, les Upper Nicola expriment leur préoccupation à l'égard de l'analyse économique effectuée par l'Office. Le directeur général du Bureau de gestion des grands projets répond en ces termes : [TRANSDUCTION] « en règle générale, le [gouverneur en conseil] fait preuve de retenue à l'égard de l'évaluation de [l'Office], mais il lui est loisible d'examiner d'autres sources de renseignements avant de prendre sa décision et il peut tirer une conclusion différente de celle de [l'Office] ». Le conseiller principal d'Affaires autochtones et du Nord Canada ajoute que [TRANSDUCTION] « la prépondérance des détails dans le rapport de [l'Office] pèse lourd dans l'esprit des ministres ».

[624] Aucun dialogue n'a été engagé pour déterminer le bien-fondé de la préoccupation des Upper Nicola sur

although Canada acknowledged “a strong view ‘out there’ that runs contrary to the [Board’s] determination”.

[625] Matters were left that if Upper Nicola could provide more information about what it said was an incorrect characterization of the economic rationale and Indigenous interests, this information would be put before the Ministers.

[626] Put another way, Canada was relying on the Board’s findings. If Upper Nicola could produce information contradicting the Board that would be put before the Governor in Council; it would not be the subject of dialogue between Upper Nicola and Canada’s representatives. Canada did not grapple with Upper Nicola’s concerns, did not discuss with Upper Nicola whether the Board should be asked to reconsider its conclusion about the economics of the Project and did not explain why Upper Nicola’s concern was found to lack sufficient merit to require Canada to address it meaningfully.

[627] As explained above at paragraph 491, Canada can rely on the Board’s process to fulfil, in whole or in part, the Crown’s duty to consult. However, reliance on the Board’s process does not allow Canada to rely unwaveringly upon the Board’s findings and recommended conditions. When real concerns were raised about the hearing process or the Board’s findings and recommended conditions, Canada was required to dialogue meaningfully about those concerns.

[628] The Board is not immune from error and many of its recommendations were just that—proffered but not binding options for Canada to consider open-mindedly, assisted by its dialogue with the Indigenous applicants. Phase III of the consultation process afforded Canada the opportunity, and the responsibility, to dialogue about the asserted flaws in the Board’s process and recommendations. This it failed to do.

l’analyse économique effectuée par l’Office, et ce même si le Canada a reconnu l’existence d’une [TRADUCTION] « opinion répandue contraire à la conclusion tirée par [l’Office] ».

[625] Ainsi, si les Upper Nicolas étayaient leur prétention que le fondement économique et les intérêts autochtones décrits dans le rapport étaient erronés, les ministres en seraient informés.

[626] Autrement dit, le Canada s’en remettait aux conclusions de l’Office. Si les Upper Nicola déposaient des renseignements contredisant l’Office, ces renseignements seraient transmis au gouverneur en conseil; ils ne feraient pas l’objet d’un dialogue entre les représentants du Canada et les Upper Nicola. Le Canada n’a pas traité les préoccupations des Upper Nicola, n’a pas discuté avec ces derniers pour décider s’il convenait de demander à l’Office de réexaminer sa conclusion à propos des enjeux économiques du projet et n’a pas expliqué en quoi la préoccupation des Upper Nicola avait été jugée lacunaire au point de ne pas justifier la tenue d’un véritable examen par le Canada.

[627] Comme nous l’expliquons au paragraphe 491 des présents motifs, le Canada peut s’en remettre au processus de l’Office pour s’acquitter en partie ou intégralement de l’obligation de consulter de la Couronne. Toutefois, le Canada n’est pas tenu d’adopter d’office les conclusions et conditions recommandées par l’Office. Si de réelles préoccupations sont soulevées au sujet du processus d’audience ou des conclusions et conditions, le Canada est tenu d’engager un véritable dialogue à ce sujet.

[628] L’Office n’est pas à l’abri de l’erreur. Nombre de ses recommandations n’étaient que des options — non obligatoires — présentées au Canada, appelé à les examiner avec ouverture, à la lumière de son dialogue avec les demandeurs autochtones. L’étape III du processus de consultation présentait au Canada l’occasion — et la responsabilité — d’établir un dialogue à propos des lacunes du processus et des recommandations de l’Office. Il ne l’a pas saisie.

(iv) Canada's erroneous view that the Governor in Council could not impose additional conditions on the proponent

[629] Canada began and ended Phase III of the consultation process operating on the basis that it could not impose additional conditions on the proponent. This was wrong and limited the scope of necessary consultation.

[630] Thus, on May 25, 2015, towards the end of Phase II, the Major Projects Management Office wrote to Indigenous groups to provide additional information on the scope and timing of Phase III consultation. If Indigenous groups identified outstanding concerns after the Board issued its report, the letter described the options available to Canada as follows:

The Governor in Council has the option of asking the [National Energy Board] to reconsider its recommendation and conditions. Federal and provincial governments could undertake additional consultations prior to issuing additional permits and/or authorizations. Finally, federal and provincial governments can also use existing or new policy and program measures to address outstanding concerns.

[631] Canada expressed the position that these were the available options throughout the consultation process (see, for example, the meeting notes of the consultation meeting held on March 31, 2016, with Coldwater).

[632] Missing was the option of the Governor in Council imposing additional conditions on Trans Mountain.

[633] At a meeting held on April 13, 2016, after Canada's representatives expressed the view that the Crown could not add additional conditions, the Stó:lō's then counsel expressed the contrary view. She asked that Canada's representatives verify with their Ministers whether Canada could attach additional conditions. By letter dated November 28, 2016 (the day before the Project was approved), Canada, joined by the British Columbia Environmental Assessment Office, advised that "the Governor in Council cannot impose its own conditions directly on the proponent as part of its decision" on the certificate of public convenience and necessity.

(iv) L'opinion erronée du Canada selon laquelle le gouverneur en conseil ne pouvait pas imposer d'autres conditions au promoteur

[629] Le Canada a cru, tout au long de l'étape III du processus de consultation, qu'il ne pouvait pas imposer d'autres conditions au promoteur. Cette opinion erronée a restreint la portée des consultations nécessaires.

[630] Ainsi, le 25 mai 2015, vers la fin de l'étape II, le Bureau de gestion des grands projets écrit aux groupes autochtones pour expliquer la portée et le calendrier des consultations de l'étape III. Sa lettre décrit ainsi les voies ouvertes au Canada au cas où des groupes autochtones indiquent des préoccupations qui subsistent après la publication du rapport de l'Office :

[TRADUCTION] Le gouverneur en conseil peut demander à [l'Office national de l'énergie] de revoir ses recommandations et conditions. Les gouvernements fédéral et provincial peuvent procéder à d'autres consultations avant de délivrer les permis ou les autorisations ou avoir recours à des politiques ou programmes existants ou nouveaux pour répondre aux préoccupations.

[631] Selon le Canada, il s'agit des options possibles dans le cadre du processus de consultation (voir par exemple le procès-verbal de la séance du 31 mars 2016 avec les Coldwater).

[632] La possibilité que le gouverneur en conseil impose d'autres conditions à Trans Mountain n'est pas mentionnée.

[633] Lors de la séance du 13 avril 2016, les représentants du Canada affirment que la Couronne ne peut ajouter de conditions, tandis que l'avocate représentant à l'époque les Stó:lō affirme le contraire. Elle demande aux représentants du Canada de vérifier auprès des ministres. Par voie de lettre datée du 28 novembre 2016 (la veille de l'approbation du projet), le Canada, de concert avec le Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique, indique que [TRADUCTION] « le gouverneur en conseil ne peut imposer ses propres conditions directement au promoteur dans le cadre de sa décision » sur le certificat d'utilité publique.

[634] This was incorrect. In *Gitxaala*, at paragraphs 163 to 168, this Court explained that when considering whether Canada has fulfilled its duty to consult, the Governor in Council necessarily has the power to impose conditions on any certificate of public convenience and necessity it directs the National Energy Board to issue.

[635] In the oral argument of these applications Canada acknowledged this power to exist, albeit characterizing it to be a power unknown to exist prior to this Court's judgment in *Gitxaala*.

[636] Accepting that the power had not been explained by this Court prior to its judgment in *Gitxaala*, that judgment issued on June 23, 2016, five months before Canada wrote to the Stó:lō advising that the Governor in Council lacked such a power and five months before the Governor in Council approved the Project. The record does not contain any explanation as to why Canada did not correct its position after the *Gitxaala* decision.

[637] The consequence of Canada's erroneous position that the Governor in Council lacked the ability to impose additional conditions on Trans Mountain seriously and inexplicably limited Canada's ability to consult meaningfully on accommodation measures.

- (v) Canada's late disclosure of its assessment of the Project's impact on the Indigenous applicants

[638] As explained above at paragraph 488, the depth of the required consultation increases with the seriousness of the potentially adverse effect upon the claimed title or right. Canada's assessment of the Project's effect on each Indigenous applicant was therefore a critical aspect of the consultation process.

[639] Canada ultimately assessed the Project not to have a high level of impact on the exercise of the Indigenous applicants' "Aboriginal Interests" (a term defined in the Crown Consultation Report to include "asserted or

[634] Cette conclusion est erronée. Dans l'arrêt *Gitxaala*, aux paragraphes 163 à 168, la Cour explique que, pour décider si le Canada s'est acquitté de son obligation de consulter, le gouverneur en conseil est nécessairement habilité à assortir de conditions le certificat d'utilité publique qu'il ordonne à l'Office national de l'énergie de délivrer.

[635] Au cours des arguments présentés de vive voix à l'appui des demandes, le Canada reconnaît ce pouvoir, mais précise qu'il n'existait pas avant l'arrêt *Gitxaala*.

[636] Si l'on accepte que ce pouvoir n'eût pas été expliqué avant l'arrêt *Gitxaala*, rappelons que ce jugement a été rendu le 23 juin 2016, soit cinq mois avant que le Canada écrive aux Stó:lō pour les informer que le gouverneur en conseil ne disposait pas d'un tel pouvoir et cinq mois avant l'approbation du projet par le gouverneur en conseil. Le dossier n'explique aucunement pourquoi le Canada n'a pas corrigé sa position après l'arrêt *Gitxaala*.

[637] La croyance erronée du Canada, selon laquelle le gouverneur en conseil n'était pas habilité à imposer d'autres conditions à Trans Mountain, a limité de manière grave et inexplicable la faculté pour le Canada de procéder à de véritables consultations sur les mesures d'accommodement.

- (v) Communication tardive de l'évaluation de l'effet du projet sur les demandeurs autochtones

[638] Comme nous l'expliquons au paragraphe 488 des présents motifs, plus l'effet négatif potentiel sur le titre ou le droit revendiqué est grave, plus les consultations doivent être approfondies. Par conséquent, l'évaluation faite par le Canada de l'effet du projet sur chaque demandeur autochtone constituait un aspect essentiel du processus de consultation.

[639] Selon le Canada, le projet ne devait pas nuire gravement à l'exercice par les demandeurs autochtones de leurs « intérêts autochtones » (définis dans le rapport sur les consultations de la Couronne comme étant

established Aboriginal rights, including title and treaty rights”). The Project was assessed to have a minor impact on the exercise of the Aboriginal Interests of Squamish and SSN, a minor-to-moderate impact on the Aboriginal Interests of Coldwater and Stó:lō and a moderate impact on the Aboriginal Interests of Tsleil-Waututh and Upper Nicola.

[640] This important assessment was not communicated to the Indigenous applicants until the first week of November 2016, when the second draft of the Crown Consultation Report was provided (the first draft contained placeholder paragraphs in lieu of an assessment of the Project’s impact). Coldwater, Upper Nicola and SSN received the second draft of the Crown Consultation Report on November 1, 2016, Squamish and Stó:lō on November 3, 2016 and Tsleil-Waututh on November 4, 2016. Each was given two weeks to respond to the draft Crown Consultation Report.

[641] By this point in time Squamish, Coldwater, Stó:lō and SSN had concluded their consultation meetings with Canada and no further meetings were held.

[642] Tsleil-Waututh did have further meetings with Canada, but these meetings were for the specific purposes of discussing greenhouse gases, the economic need for the Project and the Oceans Protection Plan.

[643] Upper Nicola did have a consultation meeting with Canada on November 16, 2016, at which time it asked for an extension of time to respond to the second draft of the Crown Consultation Report. In response, Upper Nicola received a two-day extension until November 18, 2016, to provide its comments to Canada. Canada’s representatives explained that “Cabinet typically requires material one month ahead of a decision deadline to enable time to receive and review the report, translate etc. and that we’ve already reduced this down to enable a second round of comments”.

[644] Importantly, Canada’s Crown consultation lead acknowledged that other groups had asked for more time

notamment [TRADUCTION] « les droits ancestraux, revendiqués ou établis, y compris le titre et les droits issus de traités ». Suivant l’évaluation, le projet devait avoir, sur l’exercice des intérêts autochtones, un effet faible dans le cas des Squamish et des SSN, un effet variant de faible à modéré dans le cas des Coldwater et des Stó:lō ainsi qu’un effet modéré dans le cas des Tsleil-Waututh et des Upper Nicola.

[640] Cette importante évaluation n’a été communiquée aux demandeurs autochtones qu’au début de novembre 2016, dans la deuxième ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne (la première ébauche contenait des paragraphes vides en lieu et place de l’évaluation des effets du projet). Les Colwater, les Upper Nicola et les SSN ont obtenu la deuxième ébauche du rapport le 1^{er} novembre 2016, les Squamish et les Stó:lō, le 3 novembre 2016, et les Tsleil-Waututh, le 4 novembre 2016. Ils disposaient de deux semaines pour y répondre.

[641] À ce moment, les Squamish, les Coldwater, les Stó:lō et les SSN avaient conclu leurs rondes de consultations avec le Canada. Aucune autre séance n’a été tenue.

[642] D’autres séances étaient prévues avec les Tsleil-Waututh, mais concernaient les gaz à effet de serre, la nécessité du projet sur le plan économique et le Plan de protection des océans.

[643] Les Upper Nicola ont participé à une séance de consultation avec le Canada le 16 novembre 2016 où ils ont demandé la prorogation du délai pour répondre à la deuxième ébauche du rapport. Ils ont obtenu deux jours de plus, soit jusqu’au 18 novembre 2016, pour présenter leurs commentaires au Canada. Les représentants du Canada ont expliqué [TRADUCTION] « que le Cabinet nécessite généralement les documents un mois avant la date prévue pour la décision pour lui permettre de recevoir le rapport et d’en prendre connaissance, de le faire traduire, etc., et que nous avons déjà réduit ce délai pour permettre une deuxième ronde de commentaires ».

[644] Fait important, le dirigeant de l’équipe des consultations avec la Couronne a reconnu que d’autres groupes

and the request had been “communicated to senior management and the Minister loud and clear”. Canada’s consultation lead went on to recognize that the time provided to review the second draft “may be too short for some to contribute detailed comments”. There is no evidence that Canada considered granting the requested extension so that the Indigenous groups could provide detailed, thoughtful comments on the second draft of the Crown Consultation Report, particularly on Canada’s assessment of the Project’s impact. Nor does the record shed any light on why Canada did not consider granting the requested extension. The statutory deadline for Cabinet’s decision was December 19, 2016, and the Indigenous applicants had been informed of this.

[645] Ultimately, the Governor in Council approved the Project on November 29, 2016.

[646] The consequence of Canada’s late communication of its assessment of the Project’s impact was mitigated to a degree by the fact that from the outset it had acknowledged, and continues to acknowledge, that it was obliged to consult with the Indigenous applicants at the deeper end of the consultation spectrum. Thus, the assessment of the required depth of consultation was not affected by Canada’s late advice that the Project, in its view, did not have a high level of impact on the claimed rights and title of the Indigenous applicants.

[647] This said, without doubt Canada’s view of the Project’s impact influenced its assessment of both the reasonableness of its consultation efforts and the extent that the Board’s recommended conditions mitigated the Project’s potential adverse effects and accommodated the Indigenous applicants’ claimed rights and title. For this reason, the late delivery of Canada’s assessment of the Project’s impact until after all but one consultation meeting had been held contributed to the unreasonableness of the consultation process.

[648] I now turn to review instances that illustrate Canada’s failure to dialogue meaningfully with the Indigenous applicants.

avaient également demandé la prorogation du délai et que leur demande avait été [TRADUCTION] « communiquée à la haute gestion et au ministre haut et fort ». Il a aussi reconnu que le délai imparti pour l’examen de la deuxième ébauche [TRADUCTION] « est peut-être trop court pour permettre des commentaires détaillés ». Rien ne démontre que le Canada a envisagé d’accorder la prorogation du délai pour donner le temps aux groupes autochtones de fournir des commentaires détaillés et réfléchis sur la deuxième ébauche du rapport, et tout particulièrement sur la partie du rapport portant sur l’évaluation des effets du projet. Le dossier ne permet pas non plus de savoir pourquoi le Canada n’a pas envisagé d’accorder la prorogation demandée. La décision du Cabinet était prévue — par la loi — pour le 19 décembre 2016, et les demandeurs autochtones le savaient.

[645] Le gouverneur en conseil a approuvé le projet le 29 novembre 2016.

[646] Le Canada a atténué en quelque sorte les répercussions de la communication tardive de son évaluation de l’effet du projet en reconnaissant dès le départ, et par la suite, qu’il était tenu d’engager des consultations approfondies avec les demandeurs autochtones. Par conséquent, l’avis tardif du Canada — selon lequel le projet n’allait pas nuire gravement aux droits et titre revendiqués par les demandeurs autochtones — n’a pas nui à l’évaluation de l’importance des consultations nécessaires.

[647] Cela dit, il ne fait aucun doute que l’avis du Canada sur l’effet du projet a teinté son opinion quant au caractère raisonnable de ses efforts de consultation et quant à l’incidence des conditions recommandées par l’Office pour atténuer les effets négatifs potentiels du projet et tenir compte des droits et titre revendiqués par les demandeurs autochtones. C’est pourquoi la communication tardive de l’évaluation du projet — après la tenue de toutes les séances de consultation à l’exception d’une seule — a concouru à rendre le processus de consultation déraisonnable.

[648] Examinons maintenant les exemples illustrant l’absence de véritable dialogue entre le Canada et les demandeurs autochtones.

(vi) Canada's failure to dialogue meaningfully

a. The experience of Tsleil-Waututh

[649] Tsleil-Waututh had conducted its own assessment of the Project's impact on Burrard Inlet and on Tsleil-Waututh's title, rights and interests and traditional knowledge. This assessment, based on the findings of six independent experts and the traditional knowledge of Tsleil-Waututh members, concluded, among other things that:

- The likelihood of oil spills in Burrard Inlet would increase if the Project is implemented, and because spilled oil cannot be cleaned up completely, the consequences in such circumstances would be dire for sensitive sites, habitat and species, and in turn for the Tsleil-Waututh's subsistence economy, cultural activities and contemporary economy.
- Any delay in spilled oil cleanup response would decrease significantly the total volume of oil which could be cleaned up, and in turn increase the negative effects and consequences of a spill.
- The direct effects of marine shipping are likely to add to the effects and consequences of spilled oil, which in turn will further amplify the negative effects of the Project on Tsleil-Waututh's title, rights and interests.
- Tsleil-Waututh could not accept the increased risks, effects and consequences of even another small incident like the 2007 spill at the Westridge Marine Terminal or the 2015 MV Marathassa oil spill, let alone a worst-case spill.

[650] In the view of Tsleil-Waututh, the Board erred by excluding Project-related shipping from the Project's definition. Tsleil-Waututh was also of the view that the Board's conditions did not address their concerns about marine shipping. For example, Tsleil-Waututh noted that

(vi) Défaut par le Canada d'engager un véritable dialogue

a. L'expérience des Tsleil-Waututh

[649] Les Tsleil-Waututh ont effectué leur propre évaluation de l'effet du projet sur la baie Burrard ainsi que sur leurs titre, droits et intérêts et leurs connaissances traditionnelles. Il ressort notamment de cette évaluation, faisant appel à six experts indépendants et aux connaissances traditionnelles des membres des Tsleil-Waututh, les éléments suivants :

- Le risque d'un déversement de pétrole dans la baie Burrard augmente si le projet est mis en œuvre, et, comme le pétrole déversé ne peut être complètement éliminé, les conséquences seraient alors catastrophiques pour les sites, les habitats et les espèces sensibles, et par le fait même, pour l'économie tant de subsistance que moderne des Tsleil-Waututh et leurs activités culturelles.
- Tout retard dans le nettoyage diminue considérablement le volume de pétrole susceptible d'être nettoyé et augmente les conséquences négatives d'un déversement.
- Les effets directs du transport maritime sont susceptibles d'aggraver les conséquences d'un déversement, ce qui aggraverait les effets négatifs du projet sur les titre, droits et intérêts des Tsleil-Waututh.
- Les Tsleil-Waututh n'acceptent pas les risques, effets et conséquences accrus susceptibles d'être causés par un incident mineur comme celui de 2007 au terminal maritime Westridge ou celui causé en 2015 par le MV Marathassa, et encore moins ceux causés par un cas grave.

[650] De l'avis des Tsleil-Waututh, l'Office a exclu à tort le transport maritime de la définition du projet, et les conditions imposées par l'Office ne répondaient pas à leurs préoccupations à ce sujet. Par exemple, les Tsleil-Waututh ont signalé que l'Office n'indique pas, à de rares

very few of the Board's conditions set out desired outcomes. Rather, they prescribed a means to secure an unspecified outcome.

[651] At the consultation meeting of October 27, 2016, Canada's representatives repeatedly acknowledged Tsleil-Waututh's view that the Board's conditions were not sufficiently robust, that Project-related shipping ought to have been assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and that the Board's failure to do so resulted in the further failure to impose conditions on marine shipping.

[652] However, when the discussion turned to how to address Tsleil-Waututh's concerns, federal representatives noted that "proposals to strengthen marine shipping management, including nation to nation relationships, would take time to develop and strengthen". They went on to express optimism:

... that progress toward a higher standard of care could occur over the next few years with First Nations, at a nation to nation level, particularly on spill response and emergency preparedness capacities. As baseline capacities increased, risks would be reduced.

[653] This generic and vague response that concerns could be addressed in the future, outside the scope of the Project and its approval, was Canada's only response. Canada did not suggest any concrete measures, such as additional conditions, to accommodate Tsleil-Waututh's concerns about marine shipping.

[654] Nor did Canada propose any accommodation measures at the meeting of October 28, 2016. At this meeting, Tsleil-Waututh sought further discussion about the Project's definition because, in its view, this issue had to be resolved if the Project was to be sent back to the Board for reconsideration. Canada's representatives responded that this was a matter for consideration by the Governor in Council and "it was understood that the scope of the [Board's] review would be litigated".

exceptions près, le résultat escompté des conditions. Il prescrit plutôt seulement un moyen.

[651] Lors de la séance de consultation du 27 octobre 2016, les représentants du Canada ont à maintes reprises reconnu l'opinion des Tsleil-Waututh que les conditions imposées par l'Office n'étaient pas suffisantes et que le transport maritime aurait dû être examiné sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, ce qui a empêché la prise de conditions régissant le transport maritime.

[652] Or, lors des discussions sur les préoccupations des Tsleil-Waututh, les représentants fédéraux ont signalé que [TRADUCTION] « les propositions visant à resserrer la gestion du transport maritime, dont l'établissement de rapports de Nation à Nation, prendraient beaucoup de temps à élaborer et à cultiver ». Ils ont exprimé leur optimisme en ces termes :

[TRADUCTION] [...] l'adoption d'une obligation de diligence plus élevée pourrait se réaliser au cours des prochaines années en collaboration avec les Premières Nations, de Nation à Nation, tout particulièrement en matière d'intervention en cas de déversement et de préparation civile. Plus les capacités de base augmenteront, plus les risques diminueront.

[653] Cette réponse générale et vague, suggérant la possibilité que l'on travaille à l'avenir à régler ces préoccupations, hors du cadre du projet et de son approbation, constitue la seule réponse du Canada. Il n'a pas proposé de mesures concrètes, comme d'autres conditions, pour tenir compte des préoccupations des Tsleil-Waututh à propos du transport maritime.

[654] Le Canada n'a pas proposé non plus de mesures d'accommodement lors de la séance du 28 octobre 2016. Les Tsleil-Waututh y sollicitaient d'autres discussions sur la définition du projet, car la question devait être réglée si le projet était renvoyé à l'Office pour nouvel examen. Les représentants du Canada ont répondu que la question relevait du gouverneur en conseil et que [TRADUCTION] « la portée de l'examen [par l'Office], à notre connaissance, serait tranchée ».

[655] Nor did Canada respond meaningfully to Tsleil-Waututh's concerns in the Crown Consultation Report or in the Tsleil-Waututh appendix.

[656] The appendix, after detailing Tsleil-Waututh's concerns responded as follows:

Sections 4.2.6 and 5.2 of this Report provide an overview of how the Crown has considered accommodation and mitigation measures to address outstanding issues identified by Aboriginal groups. Accommodations proposed by Tsleil-Waututh that the Crown has not responded to directly via letter will be otherwise actively considered by decision-makers weighing Project costs and benefits with the impacts on Aboriginal Interests. [Underlining added.]

[657] Section 4.2.6 of the Crown Consultation Report referred to the proposed Indigenous Advisory and Monitoring Committee and to recognition of the historical impacts of the existing Trans Mountain pipeline. The nascent nature of the Indigenous Advisory and Monitoring Committee is shown by the listing of possible roles the committee "could" play.

[658] Section 5.2 of the Crown Consultation Report dealt with Canada's assessment of the adequacy of consultation. It contains no response to Tsleil-Waututh's specific concerns that the Board's conditions were not sufficiently robust, that Project-related shipping ought to have been assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and that the Board's failure to do this resulted in the further failure to impose conditions on marine shipping. Section 5.2 [at page 147] did provide Canada's limited response to concerns about the appropriateness of the Board's review process:

With respect to perceived inadequacies in the [Board] review process, the Crown notes the Government's commitment to modernize the [Board] and to restore public trust in federal environmental assessment processes. The Crown further notes that consultations on these processes have been launched and will include the engagement of Indigenous groups. Overall, however, Government, through its Interim Strategy, indicated that no project proponent would be sent back to the beginning, which mean [*sic*] that project [*sic*] currently undergoing regulatory review would continue to do so within the current framework.

[655] Le Canada n'a pas répondu véritablement aux préoccupations des Tsleil-Waututh dans le rapport sur les consultations de la Couronne ni dans l'annexe consacrée à ceux-ci.

[656] L'annexe, à la suite des préoccupations consignées des Tsleil-Waututh, indique :

[TRADUCTION] Les sections 4.2.6 et 5.2 du présent rapport donnent un aperçu des mesures d'accommodement et d'atténuation envisagées par la Couronne pour répondre aux préoccupations qui subsistent selon les groupes autochtones. Les mesures d'accommodement proposées par les Tsleil-Waututh auxquelles la Couronne n'a pas répondu directement par voie de lettre seront envisagées activement par les décideurs qui mettront en balance les coûts et bénéfices du projet avec ses effets sur les intérêts autochtones. [Non souligné dans l'original.]

[657] La section 4.2.6 du rapport sur les consultations de la Couronne mentionne le comité de consultation et de surveillance autochtone proposé et les effets historiques du pipeline Trans Mountain actuel. La liste des rôles possibles du comité témoigne de son état naissant.

[658] La section 5.2 du rapport sur les consultations de la Couronne traite de l'évaluation par le Canada de la qualité des consultations. Il ne répond pas aux préoccupations précises des Tsleil-Waututh selon lesquelles les conditions imposées par l'Office n'étaient pas suffisantes et le transport maritime aurait dû être examiné sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, ce qui a empêché la prise de conditions régissant le transport maritime. Cette section fournit la réponse laconique du Canada aux préoccupations au sujet du processus d'examen :

[TRADUCTION] Quant aux lacunes éventuelles du processus d'examen [de l'Office], la Couronne signale l'engagement du gouvernement à moderniser [l'Office] et à restaurer la confiance du public envers le processus fédéral d'évaluation environnementale. Elle signale également que les consultations sur ces processus ont été lancées et engageront les groupes autochtones. En général, suivant les mesures provisoires adoptées, aucun projet ne retourne à la case départ. Ainsi, l'examen que prévoit le régime administratif se poursuit dans le cadre du régime actuel.

[659] Canada has not pointed to any correspondence in which it meaningfully addressed Tsleil-Waututh's concern that the Board's conditions were not sufficiently robust and that Project-related shipping should not have been excluded from the Project's definition.

[660] Tsleil-Waututh raised valid concerns that touched directly on its asserted title and rights. While Canada strove to understand those concerns accurately, it failed to respond to them in a meaningful way and did not appear to give any consideration to reasonable mitigation or accommodation measures, or to returning the issue of Project-related shipping to the Board for reconsideration.

[661] While Canada moved to implement the Indigenous Advisory and Monitoring Committee and the Oceans Protection Plan, these laudable initiatives were ill-defined due to the fact that each was in its early planning stage. As such, these initiatives could not accommodate or mitigate any concerns at the time the Project was approved, and this record does not allow consideration of whether, as those initiatives evolved, they became something that could meaningfully address real concerns.

b. The experience of Squamish

[662] At the one consultation meeting held in Phase III with Squamish on October 18, 2016, Squamish took the position throughout the meeting that it had insufficient information about the Project's impact on Squamish to make a decision on the Project or to discuss mitigation measures. Reference was made to a lack of information about the fate and behaviour of diluted bitumen if spilled in a marine environment. Squamish also expressed the view that the Governor in Council was equally unable to make a decision on the Project because of research and information gaps about diluted bitumen.

[663] Canada responded:

The Crown recognized that there are uncertainties and information gaps which factor into the project decision. Most decisions are not made with perfect certainty. For instance, fate and behaviour of diluted bitumen in the marine environment has been identified as an information

[659] Le Canada ne renvoie à aucune lettre où il répond véritablement à la préoccupation des Tsleil-Waututh que les conditions imposées par l'Office ne sont pas suffisantes et que le transport maritime associé au projet ne saurait être exclu de la définition de ce dernier.

[660] Les Tsleil-Waututh soulèvent des préoccupations légitimes qui concernent directement les titre et droits revendiqués. Si le Canada a cherché à bien comprendre ces préoccupations, il n'y a pas véritablement répondu, n'a pas semblé réfléchir à des mesures raisonnables d'atténuation ou d'accommodement et n'a pas renvoyé à l'Office la question du transport maritime associé au projet pour réexamen.

[661] Certes, le Canada a décidé de mettre en œuvre le comité de consultation et de surveillance autochtones et le Plan de protection des océans, mais ces initiatives louables, qui n'en étaient qu'à leurs balbutiements, ont été mal définies. Ainsi, elles n'offraient pas de solution visant à atténuer ou à accommoder les préoccupations au moment où le projet a été approuvé. Le dossier dont nous sommes saisis ne permet pas de décider si ces initiatives ont évolué de telle sorte qu'elles pouvaient répondre véritablement aux préoccupations réelles.

b. L'expérience des Squamish

[662] Tout au long de la seule séance de consultation tenue avec les Squamish dans le cadre de l'étape III, le 18 octobre 2016, ces derniers affirment ne pas disposer de suffisamment de renseignements sur l'effet du projet à leur égard pour prendre une décision ou discuter de mesures d'atténuation. Ils mentionnent l'absence de renseignements sur le devenir et le comportement du bitume dilué déversé en milieu marin. Les Squamish expriment également l'avis que le gouverneur en conseil ne saurait prendre de décision sur le projet pour la même raison.

[663] Le Canada répond en ces termes :

[TRADUCTION] La Couronne reconnaît que des incertitudes et un déficit d'information jouent dans la décision sur le projet. La plupart des décisions ne sont pas le fruit d'une certitude absolue. Par exemple, il est admis que les renseignements sur le devenir et le comportement du bitume

gap. The Crown is happy to discuss the level of uncertainty but is unsure how the [Governor in Council] will weigh these issues, such as whether they will decide that uncertainties are acceptable for the project to move forward. It should be noted that the [Governor in Council] can send the [Board] recommendation and any terms and conditions back to the [Board] for reconsideration. [Underlining added.]

[664] The meeting notes do not reflect that any discussion ensued about the fate and behaviour of diluted bitumen in water. This is not surprising because the Crown consultation team had effectively told Squamish that any discussion would not factor into the Governor in Council's deliberation and ultimate decision.

[665] In a letter dated the day before the Project was approved, Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office wrote jointly to Squamish responding to issues raised by Squamish. With respect to diluted bitumen the letter stated:

Squamish Nation has identified concerns relating to potential spills as well as the fate and behaviour of diluted bitumen. The [Board's] Onshore Pipeline Regulations (OPR) requires a company to develop and implement management and protection programs in order to anticipate, prevent, mitigate and respond to conditions that may adversely affect the safety and security of the general public, the environment, property and, company's personnel and pipelines. A company must follow the legal requirements identified in the *National Energy Board Act* and its associated regulations, other relevant standards, and any conditions contained within the applicable Project certificates or orders.

[666] This generic response is not a meaningful response to Squamish's concern that too little was known about how diluted bitumen would behave if spilled and that this uncertainty made it premature to approve the Project.

[667] The letter went on to review Board conditions, planned government initiatives (such as the Area Response Planning Initiative, Transport Canada's commitment to engage with British Columbia First Nations on issues related to marine safety and the Oceans Protection Program). The letter also referenced research that the Government of Canada was conducting

dilué en milieu marin manquent. La Couronne est disposée à discuter de cette incertitude, mais ne sait pas si le [gouverneur en conseil] décidera qu'une certaine incertitude est acceptable et approuvera le projet. Il faut signaler que le [gouverneur en conseil] peut renvoyer à [l'Office] des recommandations et des conditions pour réexamen. [Non souligné dans l'original.]

[664] Le procès-verbal n'indique aucune discussion sur le devenir et le comportement du bitume dilué dans l'eau. Ce n'est guère surprenant, car l'équipe des consultations avec la Couronne avait effectivement dit aux Squamish que le gouverneur en conseil ne tiendrait pas compte des discussions dans ses délibérations ou sa décision finale.

[665] Dans une lettre datée de la veille de l'approbation du projet, le Canada et le Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique répondent aux préoccupations soulevées par les Squamish. En ce qui concerne le bitume dilué, la lettre est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] La Nation Squamish a exprimé des préoccupations quant au devenir et au comportement du bitume dilué et aux risques de déversement. Le Règlement [de l'Office] sur les pipelines terrestres exige de la compagnie qu'elle élabore et mette en œuvre des programmes de gestion et de protection en vue, outre d'intervenir, de prévoir, prévenir et atténuer les conditions susceptibles de nuire à la sécurité du public, de l'environnement, des biens et du personnel et des oléoducs de la compagnie. La compagnie est assujettie aux prescriptions de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et de ses règlements, aux autres normes pertinentes, ainsi qu'à toute condition dont sont assortis le certificat et le décret.

[666] Pareilles généralités ne constituent pas une véritable réponse aux préoccupations des Squamish qui craignent que l'on n'en sache pas assez sur le comportement du bitume dilué en cas de déversement et que l'approbation du projet soit ainsi prématurée.

[667] La lettre rappelle ensuite les conditions imposées par l'Office, les initiatives gouvernementales prévues (comme l'initiative régionale de préparation de l'intervention, l'engagement pris par Transports Canada d'engager le dialogue avec les Premières Nations de la Colombie-Britannique sur les questions relatives à la sécurité maritime et le Plan de protection des océans).

on the behaviour and potential impacts of a diluted bitumen spill in a marine environment. While laudable initiatives, they too did not respond meaningfully to Squamish's concern that more needed to be known before the Project was approved.

[668] There is nothing in Canada's response to show that Squamish's concern about diluted bitumen was given real consideration or weight, and nothing to show any consideration was given to any meaningful and tangible accommodation or mitigation measures.

c. The experience of Coldwater

[669] Coldwater's concerns about the Project's impact on its aquifer were described above, at paragraphs 609–610 in the context of Canada's unwillingness to depart from the Board's findings and recommended conditions.

[670] As explained at paragraph 610, when, during the consultation process, Coldwater suggested an alternate route for the pipeline that in its view posed less risk to its drinking water, Canada advised that it is the Board that decides pipeline routing, and the role of the Crown consultation team was to make sure the issue of an alternate route was reflected in the Crown Consultation Report so that it could be considered by the decision makers.

[671] Later during the May 4, 2016 meeting, in response to a question from Coldwater about a detailed route hearing, Brian Nesbitt, a contractor made available to answer questions about the Board, responded:

Brian explained that the Governor in Council would approve the approved, detailed route, but that if someone doesn't agree with that route they can intervene, say a detailed route hearing is required, and propose an alternative route. He stated that the burden of proof is essentially flipped and the landowner has the onus to show that the best route is somewhere other than the approved route.

La lettre mentionne également des recherches effectuées par le gouvernement du Canada sur le comportement du bitume dilué et les effets de ce dernier en cas de déversement en milieu marin. Bien que louables, ces initiatives ne constituent pas une réponse véritable aux préoccupations des Squamish, qui affirmaient qu'il fallait en apprendre davantage avant d'approuver le projet.

[668] Rien dans la réponse du Canada ne démontre qu'il a véritablement accordé de l'attention ou du poids à la préoccupation des Squamish au sujet du bitume dilué ou à des mesures d'atténuation ou d'accommodement concrètes.

c. L'expérience des Coldwater

[669] Les préoccupations des Coldwater concernant l'effet du projet sur leur aquifère sont décrites aux paragraphes 609 et 610 des présents motifs, dans l'analyse de la réticence du Canada à s'écarter des conclusions de l'Office et des conditions recommandées par lui.

[670] Comme nous l'expliquons au paragraphe 610, lors du processus de consultation, les Coldwater ont proposé un tracé qui présentait, à leur avis, moins de risques pour leur eau potable. Le Canada leur a répondu que le tracé du pipeline ressortissait à l'Office et que le rôle de l'équipe des consultations avec la Couronne consistait à veiller à ce que la question relative à l'autre tracé soit consignée dans le rapport sur les consultations de la Couronne pour être examinée par les décideurs.

[671] Au cours de la séance du 4 mai 2016, à une question des Coldwater sur la tenue d'une audience sur le tracé détaillé, Brian Nesbitt, un entrepreneur chargé de répondre à des questions à propos de l'Office, fournit la réponse suivante :

[TRADUCTION] Brian explique que le gouverneur en conseil approuvera le tracé détaillé et approuvé, mais que si quelqu'un s'y oppose, cette personne peut intervenir, demander la tenue d'une audience sur le tracé détaillé et proposer un autre tracé. Il affirme que le fardeau de la preuve est essentiellement renversé et qu'il incombe au propriétaire foncier de démontrer que le tracé optimal n'est pas celui qui a été approuvé.

Brian provided an overview of the Detailed Route Approval Process (DRAP). Alternative routes, even outside the approved ROW corridor, can be proposed. In those cases it falls to the intervening party to make the case for why that route is the best one. In Brian's experience, these arguments have been made in past hearings and sometimes they are successful. He provided the example of a pipeline going through a wooded area where inner city kids would go. If an alternative route is identified in the detailed route hearing, the proponent has to apply for a variance. This might require Governor in Council decisions, depending on how the CPCN is worded. Brian emphasized that the burden of establishing a better route lies with the landowner. [Underlining added.]

[672] A senior advisor for Indigenous and Northern Affairs Canada then agreed that Coldwater would require a very significant variance, a departure of about 10 kilometres from the approved pipeline right-of-way.

[673] Counsel for Coldwater, Melinda Skeels, then replied:

Melinda stated that it does not sound reasonable to expect Coldwater to mount the kind of evidence needed to make the case for that alternative. In her view, this issue needs to be addressed before a certificate is issued. It cannot wait until after.

Melinda stated that it did not seem like a detailed route hearing is a realistic option that would assist in addressing Coldwater's routing concerns.

Coldwater's recollection is that: Joseph, Tim and Ross were in general agreement, particularly given the significance of the variance and the fact that the onus would be shifted to Coldwater.

The Crown's position is that: The Crown officials would neither have agreed with or disagreed with the above statement.

[674] The senior advisor for Indigenous and Northern Affairs Canada responded:

... reflecting this concern in the Crown Consultation Report is one way to have it before decision makers prior to a decision on the certificate. He said that the routing issue goes to the heart of the CPCN and that the Crown may need to send the Project back to the [Board] to address this.

Brian donne un aperçu du processus d'approbation du tracé détaillé. D'autres tracés, même hors de l'emprise approuvée, peuvent être proposés. Dans ces cas, il incombe à l'intervenant de démontrer que ce tracé est le meilleur choix. D'après l'expérience de Brian, de tels arguments ont été présentés dans d'autres affaires et ont parfois été retenus. Il donne l'exemple d'un oléoduc qui passait par un boisé où se retrouvaient des jeunes de quartiers défavorisés. Si l'audience sur le tracé détaillé fait émerger un autre tracé, le promoteur doit obtenir une modification, ce qui peut exiger une décision de la part du gouverneur en conseil, selon le libellé du certificat d'utilité publique. Brian souligne qu'il incombe au propriétaire foncier d'établir qu'il existe un meilleur tracé. [Non souligné dans l'original.]

[672] Un conseiller principal d'Affaires autochtones et du Nord Canada affirme que les Coldwater nécessiteraient une modification très importante du tracé, qui dévierait sur environ 10 kilomètres de l'emprise approuvée.

[673] L'avocate des Coldwater, Melinda Skeels, réplique en ces termes :

[TRADUCTION] Melinda affirme qu'il ne semble pas raisonnable de s'attendre à ce que les Coldwater montent le dossier de preuve nécessaire pour défendre l'autre tracé. À son avis, cette question doit être tranchée avant la délivrance du certificat; elle ne saurait l'être après.

Melinda dit qu'il ne semble pas que la tenue d'une audience sur le tracé détaillé constitue une option réaliste pour répondre aux préoccupations des Coldwater.

D'après les souvenirs des Coldwater : Joseph, Tim et Ross sont généralement d'accord, tout particulièrement vu l'importance de la modification du tracé et du fait que le fardeau de preuve leur incomberait.

La position de la Couronne : Les représentants de la Couronne n'auraient pas exprimé leur accord ou désaccord sur cet énoncé.

[674] Le conseiller principal d'Affaires autochtones et du Nord Canada répond en ces termes :

[TRADUCTION] [...] consigner cette préoccupation dans le rapport sur les consultations de la Couronne est une manière de la présenter aux décideurs avant leur décision à l'égard du certificat. Selon lui, la question du tracé est un élément crucial du certificat d'utilité publique, et la Couronne pourrait être contrainte de la renvoyer à [l'Office] pour réexamen.

[675] As explained at paragraph 587 above, Coldwater's request for an analysis of the pipeline route was revisited at the October 7, 2016, consultation meeting. Canada acknowledged that the aquifer had not been fully explored, but expressed confidence in the Board's Condition 39.

[676] In response:

Coldwater expressed its concern that, given the momentum behind the project following a [Governor in Council] approval, it will take a major adverse finding in the Condition 39 report for the West Alternative to become viable. They argued that their aquifer concerns would not be sufficiently mitigated by moving the pipeline within the 150m approved route corridor as part of a detailed route hearing, because the West Alternative was well outside that recommended corridor. Coldwater asked if an approved route corridor had ever been changed because of a report released following a GIC approval.

The [Board] asserted that detailed route hearings in the past had led to routes being changed for various reasons; however he (Brian Nesbitt) was personally unaware of a route being moved outside an approved corridor. However, it is possible if the situation warrants.

...

The Crown replied that Condition 39 was put in place because the Board felt that evidence did not provide enough certainty about the impact of the Project on Coldwater's aquifer. That knowledge gap will have to be addressed, to the [Board's] satisfaction, prior to construction commencing. The Crown appreciates that the Condition does not provide certainty about the possibility of changing the pipeline corridor; however the presence of the Condition indicates that the [Board] is not satisfied with the information currently available. [Underlining added.]

[677] In the Crown Consultation Report Canada acknowledged that a pipeline spill associated with the Project could result in minor to serious impacts to Coldwater's Aboriginal Interests:

The Crown acknowledges the numerous factors that would influence the severity and types of effects associated with

[675] Comme nous l'expliquons au paragraphe 587 des présents motifs, la demande des Coldwater à l'égard de l'analyse du tracé du pipeline est remise sur le tapis à la séance de consultation du 7 octobre 2016. Le Canada, reconnaissant que la question de l'aquifère n'a pas été explorée complètement, exprime néanmoins sa confiance à l'égard de la condition 39 imposée par l'Office.

[676] Il répond :

[TRADUCTION] Les Coldwater expriment leur préoccupation que, les choses s'accélégrant après l'approbation [par le gouverneur en conseil], il faudrait une conclusion défavorable importante dans le rapport sur la condition 39 pour que l'option ouest devienne viable. Ils sont d'avis que le déplacement du pipeline à l'intérieur du couloir approuvé de 150 m après la tenue d'une audience sur le tracé détaillé ne répondrait pas à leurs préoccupations concernant l'aquifère, car l'option ouest se trouve bien au-delà de ce couloir recommandé. Les Coldwater demandent s'il est déjà arrivé qu'un couloir approuvé soit modifié par suite d'un rapport publié après l'approbation par le gouverneur en conseil.

[L'Office] affirme que des tracés ont déjà été modifiés par suite d'une audience sur le tracé détaillé pour diverses raisons; or, il (Brian Nesbitt) n'est personnellement au courant d'aucun cas où le tracé final ne se trouvait pas dans le couloir approuvé. Toutefois, c'est possible si la situation le justifie.

[...]

La Couronne répond que l'Office a imposé la condition 39 parce qu'il estimait que la preuve ne permettait pas d'évaluer avec certitude l'effet du projet sur l'aquifère des Coldwater. Il faudra s'occuper de ce déficit d'information, à la satisfaction de [l'Office], avant le début des travaux. La Couronne reconnaît que la condition n'offre aucune certitude sur la possibilité de modification du couloir. Or, l'existence de la condition révèle que [l'Office] n'est pas satisfait des renseignements actuels. [Non souligné dans l'original.]

[677] Le Canada, dans le rapport sur les consultations de la Couronne, reconnaît qu'un déversement associé au projet risque d'avoir des effets variant de faibles à graves sur les intérêts autochtones des Coldwater :

[TRADUCTION] La Couronne reconnaît les nombreux facteurs qui jouent sur la gravité et le type d'effets qu'un

a pipeline spill, and that an impacts determination that relates the consequences of a spill to specific impacts on Aboriginal Interests has a high degree of uncertainty. The Crown acknowledges that Coldwater relies primarily on an aquifer crossed by the Project for their drinking water, as well as subsistence foods and natural resources, and are at greater risk for adverse effects from an oil spill. To address the concerns raised by Coldwater during the post-[Board] Crown consultation period, [Environmental Assessment Office] proposes a condition that would require, in addition to [Board] Condition 39, characterization of the aquifer recharge and discharge sources and aquifer confinement, and include an assessment of the vulnerability of the aquifer. [Underlining added; footnote omitted.]

[678] Throughout the consultation process, Canada worked to understand Coldwater's concerns, and the British Columbia Environmental Assessment Office imposed a condition requiring a second hydrogeological report for approval by it. However, missing from Canada's consultation was any attempt to explore how Coldwater's concerns could be addressed. Also missing was any demonstrably serious consideration of accommodation—a failure likely flowing from Canada's erroneous position that it was unable to impose additional conditions on the proponent.

[679] Canada acknowledged that the Project would be located within an area of Coldwater's traditional territory where Coldwater was assessed to have a strong *prima facie* claim to Aboriginal title. In circumstances where Coldwater would bear the burden of establishing a better route for the pipeline, and where the advice given to Coldwater by the Board's technical expert was that he was personally unaware of a route being moved out of the approved pipeline corridor, Canada placed its reliance on Condition 39, and so advised Coldwater. However, as Canada acknowledged, this condition carried no certainty about the pipeline route. Nor did the condition provide any certainty as to how the Board would assess the risk to the aquifer.

[680] At the end of the consultation process, and at the time the Project was approved, Canada failed to meaningfully engage with Coldwater, and to discuss and explore options to deal with the real concern about the sole source of drinking water for its Reserve.

déversement est susceptible d'emporter et admet que l'évaluation précise des effets d'un tel déversement sur les intérêts autochtones présente un degré élevé d'incertitude. La Couronne reconnaît que les Coldwater tirent principalement leur eau potable – ainsi que des aliments de subsistance et des ressources naturelles – d'un aquifère que le projet traversera. Le risque que présente un déversement est donc élevé dans leur cas. Pour répondre à leurs préoccupations pendant la période subséquente aux consultations de la Couronne [par l'Office], [le Bureau de l'évaluation environnementale] propose, outre la condition 39 [de l'Office], une condition obligeant à décrire les sources de recharge et d'écoulement de l'aquifère et le confinement de celui-ci et à évaluer sa vulnérabilité. [Non souligné dans l'original; renvoi omis.]

[678] Tout au long du processus de consultation, le Canada a cherché à comprendre les préoccupations des Coldwater, et le Bureau d'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique a exigé un second rapport d'étude hydrogéologique pour son approbation. Toutefois, le Canada n'a pas exploré les façons de répondre aux préoccupations des Coldwater. Il n'a pas non plus, à en juger par les faits, envisagé sérieusement de mesures d'accommodement, probablement parce qu'il croyait à tort ne pas être habilité à imposer d'autres conditions au promoteur.

[679] Le Canada reconnaît que le projet sera situé dans une partie du territoire traditionnel des Coldwater où leur revendication du titre ancestral est à première vue solide. Dans ces circonstances — vu qu'il incombe aux Coldwater de démontrer l'existence d'un tracé supérieur et que, selon l'expert de l'Office, le tracé n'a jamais été déplacé en dehors du couloir approuvé —, le Canada dit avoir confiance à l'égard de la condition 39 et en avise les Coldwater. Or, comme l'admet le Canada, cette condition n'apporte aucune certitude quant au tracé du pipeline ou quant à l'évaluation par l'Office des risques pour l'aquifère.

[680] À la fin du processus de consultation et au moment de l'approbation du projet, le Canada n'a pas engagé de véritable dialogue avec les Coldwater ni examiné les moyens de répondre à leurs préoccupations réelles au sujet de l'unique source d'eau potable alimentant leur réserve.

d. The experience of Stó:lō

[681] As part of the Stó:lō's effort to engage with the Crown on the Project, Stó:lō prepared a detailed technical submission referred to as the "Integrated Cultural Assessment for the Proposed Trans Mountain Expansion Project", also referred to as "ICA". A copy of the ICA was filed with the Board.

[682] The ICA was based on surveys, interviews, meetings and workshops held with over 200 community members from approximately 11 Stó:lō bands. The ICA concluded that the Project posed a significant risk to the unique Indigenous way of life of the Stó:lō, threatening the cultural integrity and survival of core relationships at the heart of the Stó:lō worldview, identity, health and well-being. The ICA also contained 89 recommendations which, if implemented by Trans Mountain or the Crown, were believed by Stó:lō to mitigate the Project's adverse effects on Stó:lō.

[683] To illustrate the nature of the recommendations, section 17.2 of the ICA deals with recommendations to mitigate the Project's impact on fisheries. Section 17.2.1 deals with Management and Planning in the context of fisheries mitigation. The recommended Management and Planning mitigation measures are:

17.2.1 Management and Planning

5. Stó:lō Fishing representatives will participate in the development and review of Fisheries Management Plans and water course crossing EPPs before construction and mitigation plans are finalized.

6. Stó:lō representatives will provide input on proposed locations for Hydrostatic test water withdrawal and release.

7. [The proponent] will consult with Stó:lō representatives to develop the Emergency Response Plans in the study area.

8. Stó:lō representatives will consult with community members to determine appropriate restoration plans for

d. L'expérience des Stó:lō

[681] Dans le cadre de leurs efforts d'engagement avec la Couronne, les Stó:lō ont préparé un mémoire technique détaillé intitulé [TRADUCTION] « Évaluation culturelle intégrée relative au projet d'agrandissement du réseau Trans Mountain » et en ont déposé une copie à l'Office.

[682] Ce mémoire est le fruit de sondages, d'entrevues, de réunions et d'ateliers réalisés auprès de plus de 200 membres d'environ 11 bandes appartenant au Collectif Stó:lō. Suivant le mémoire, le projet présentait un risque important pour le mode de vie traditionnel et unique des Stó:lō et menaçait l'intégrité culturelle et la survie de rapports cruciaux pour la vision du monde, l'identité, la santé et le bien-être des Stó:lō. Le mémoire présentait 89 recommandations qui atténuerait, de l'avis des Stó:lō, les effets négatifs du projet sur les Stó:lō s'ils étaient mis en œuvre par Trans Mountain ou la Couronne.

[683] Pour illustrer la nature des recommandations, examinons la section 17.2 du mémoire, qui concerne les pêches. La section 17.2.1 traite de la gestion et de la planification dans le contexte de l'atténuation des effets sur les pêches. Les mesures d'atténuation de gestion et de planification recommandées sont les suivantes :

[TRADUCTION] 17.2.1 Gestion et planification

5. Les représentants des pêches des Stó:lō participeront à l'élaboration et à l'examen des plans de gestion des pêches et des plans de protection de l'environnement des points de franchissement des cours d'eau avant les travaux et avant que les plans relatifs aux mesures d'atténuation soient finalisés.

6. Les représentants des Stó:lō présenteront des observations sur les sites proposés pour le prélèvement et le rejet d'eau des essais hydrostatiques.

7. [Le promoteur] consultera les représentants des Stó:lō pour élaborer des plans d'intervention d'urgence dans la région à l'étude.

8. Les représentants des Stó:lō consulteront les membres de la communauté pour déterminer les plans de remise en

water crossings including bank armouring, seed mixes or replanting requirements.

9. Stó:lō fishing representatives must be notified if isolation methods will not work and [the proponent] is considering another crossing method.

10. Stó:lō representatives must be notified as soon as a spill or leak, of any size, is detected.

11. During water quality monitoring program, anything that fails to meet or exceed established guidelines will be reported to a Stó:lō Fisheries Representative within 12 hours.

[684] These measures are specific, brief and generally measured and reasonable. If implemented they would provide more detail to the Board's generic conditions on consultation and require timely notification to the Stó:lō of events that may adversely impact their interests.

[685] During the Board's Information Request process, the Stó:lō pressed Trans Mountain to respond to their 89 recommendations but Trans Mountain did not provide a substantive response. Instead, Trans Mountain provided a general commitment to work with Stó:lō to develop a mutually-acceptable plan for implementation.

[686] The Board did not adopt any of the specific 89 recommendations made by the Stó:lō in its terms and conditions.

[687] At a meeting held with the Crown consultation team on April 13, 2016, before the release of the Board's report, the Stó:lō provided an overview of the development of the ICA and expressed many concerns, including their dissatisfaction with their engagement with Trans Mountain.

[688] The Stó:lō representative stated that, among other things, Trans Mountain was directed by the Board to include Indigenous knowledge in Project planning, but did not. By way of example, the Stó:lō explained that the Fraser River is a tidal (at least up to Harrison River),

état aux points de franchissement des cours d'eau, dont la stabilisation des berges, la variété des semences ou le reboisement.

9. Les représentants des pêches des Stó:lō devront être avisés si la méthode d'isolement ne fonctionne pas et que [le promoteur] envisage une autre méthode de franchissement.

10. Les représentants des Stó:lō devront être avisés dès qu'un déversement ou une fuite est détecté, quelle qu'en soit la taille.

11. Dans le cadre du programme de suivi de la qualité de l'eau, un représentant des pêches des Stó:lō doit être informé dans un délai de douze heures de tout résultat qui n'atteint ou n'excède pas les lignes directrices établies.

[684] Ces mesures sont précises, brèves et généralement modérées et raisonnables. Si elles étaient adoptées, elles seraient plus détaillées que les conditions générales de l'Office issues des consultations et exigeraient que les Stó:lō soient informés rapidement d'incidents susceptibles de nuire à leurs intérêts.

[685] Au cours des rondes de demandes de renseignements, les Stó:lō ont insisté en vain auprès de Trans Mountain qu'elle réponde à leurs 89 recommandations. Trans Mountain a plutôt exprimé un énoncé général selon lequel elle s'engageait à collaborer avec les Stó:lō en vue d'élaborer un plan qui conviendrait aux deux.

[686] L'Office n'a retenu aucune des 89 recommandations précises des Stó:lō dans ses conditions.

[687] Lors d'une séance avec l'équipe des consultations avec la Couronne tenue le 13 avril 2016, avant la publication du rapport de l'Office, les Stó:lō donnent un aperçu de la préparation de leur mémoire et expriment plusieurs préoccupations, dont leur insatisfaction à l'égard de l'engagement de Trans Mountain.

[688] Selon les représentants des Stó:lō, entre autres, l'Office a ordonné à Trans Mountain d'inclure des connaissances autochtones dans la planification du projet, ce qu'elle n'a pas fait. Par exemple, les Stó:lō expliquent que le fleuve Fraser, méandrique, subit l'effet des marées

meandering river, with a wandering gravel bed that is hydrologically connected to many wetlands and waterways crossed by the Project. A map of historical waterways was provided in the ICA, along with a table listing local and traditional knowledge of waterways crossed by the Project. None of this information was considered in Trans Mountain's technical reports. In Stó:lō's view, Trans Mountain's assumptions and maps about the Fraser River were wrong and did not include their traditional knowledge. A year after the ICA was provided to Trans Mountain the Stó:lō met with Trans Mountain's fisheries manager who had never seen the ICA or any of the technical information contained in it.

[689] Additionally, Stó:lō provided details about deficiencies identified in Trans Mountain's evidence filed with the Board about Stó:lō title, rights, interests and Project impacts. For example, Trans Mountain's evidence was to the effect that the Stó:lō had no traditional plant harvesting areas within the Project area. However, the ICA identified and mapped several plant gathering sites within the proposed pipeline corridor. Another example of a deficiency was Trans Mountain's evidence that there were no habitation sites in the Project area; however, the ICA mapped three habitation sites within the proposed pipeline corridor and two habitation sites located within 50 metres of the pipeline corridor.

[690] At a later consultation meeting held September 23, 2016, the Stó:lō reiterated that a key concern was their view that the Board's process had failed to hold the proponent accountable for integrating Stó:lō's traditional use information into the assessment of the Project. The draft Crown Consultation Report overlooked evidence filed by Stó:lō about their traditional land use. Instead, the report repeated oversights in Trans Mountain's evidence presented to the Board. For example, Stó:lō noted the Crown was wrong to state that "[n]o plant gathering sites were identified within the proposed pipeline corridor". The Stó:lō had explained this at the April 13, 2016 meeting.

[691] The Stó:lō Collective was not confident that Trans Mountain would follow through on commitments to

(au moins jusqu'à l'embouchure de la Harrison) et que son lit de gravier actif est lié sur le plan hydrologique à de nombreux marais et cours d'eau que franchira le projet. Le mémoire présente une carte des cours d'eau historiques, ainsi qu'un tableau énumérant les connaissances traditionnelles et locales concernant ces cours d'eau. Les rapports techniques de Trans Mountain n'ont pas tenu compte de ces renseignements. De l'avis des Stó:lō, les hypothèses et les cartes de Trans Mountain concernant le Fraser sont erronées et ne tiennent pas compte de leurs connaissances traditionnelles. Un an après avoir transmis leur mémoire à Trans Mountain, les Stó:lō rencontrent le superviseur des pêches de cette dernière. Il n'a jamais vu le mémoire ni les renseignements techniques qu'il contient.

[689] En outre, les Stó:lō expliquent les lacunes relevées dans la preuve soumise par Trans Mountain à l'Office sur les titre, droits et intérêts des Stó:lō ainsi que sur les effets du projet à leur égard. Par exemple, selon la preuve de Trans Mountain, les Stó:lō ne s'adonnent à aucune activité de cueillette traditionnelle dans la région visée par le projet. Toutefois, leur mémoire recense plusieurs sites de cueillette dans le couloir proposé. Aussi, selon la preuve de Trans Mountain, la région visée par le projet est inhabitée. Or, le mémoire recense trois zones d'habitation dans le couloir proposé et deux zones d'habitation à moins de 50 mètres de ce couloir.

[690] À une autre séance de consultation, le 23 septembre 2016, les Stó:lō répètent leur préoccupation fondamentale que le processus de l'Office n'a pas permis de contraindre le promoteur à intégrer les renseignements sur les usages traditionnels des Stó:lō à l'évaluation du projet. L'ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne fait fi de la preuve déposée par les Stó:lō sur l'usage traditionnel des terres et reprend la preuve lacunaire présentée par Trans Mountain à l'Office. Par exemple, les Stó:lō soulignent que la Couronne a tort d'affirmer que [TRADUCTION] « le couloir proposé pour le pipeline ne contient aucun site de cueillette ». Les Stó:lō avaient déjà expliqué cela le 13 avril 2016.

[691] Le Collectif Stó:lō n'est pas convaincu que Trans Mountain respecte ses engagements d'inclure les

include local Indigenous people or traditional knowledge in the development of the Project unless the Board's terms and conditions required Trans Mountain to regularly engage Stó:lō communities in a meaningful way.

[692] Canada's representatives confirmed that the Stó:lō Collective was looking for stronger conditions, more community-specific commitments and more accountability placed on Trans Mountain so that conditions proposed by Stó:lō became regulatory requirements.

[693] The Crown consultation team met with Stó:lō once after the release of the Board's report, on September 23, 2016.

[694] During this meeting the "Collective noted with great concern that the [Board] report came out May 19th, that the [Governor in Council's] decision is due Dec. 19th, and that the Crown was just meeting now (Sept. 23) to consult on the [Board] report with so many potential gaps left to discuss and seek to resolve with tight timelines to do so".

[695] At this meeting the Crown consultation team presented slides summarizing the Board's conclusions. The Stó:lō noted their disagreement with the following findings of the Board:

- "Ability of Aboriginal groups to use the lands, waters and resources for traditional purposes would be *temporarily impacted*" by construction and routine maintenance activities, and that some opportunities for certain activities such as harvesting or accessing sites or areas of [Traditional Land and Resource Use] will be *temporary interrupted*.";
- "Project's contribution to potential broader cultural impacts related to access and use of natural resources is *not significant*."; and,
- "Impacts would be *short term..., limited to brief periods* during construction and routine maintenance ..., *largely confined to the Project footprint* for the pipeline...

Autochtones de la région ou leurs connaissances traditionnelles dans la planification du projet à moins que les conditions imposées par l'Office exigent de Trans Mountain d'établir de véritables rapports réguliers avec les communautés des Stó:lō.

[692] Les représentants du Canada confirment que le Collectif Stó:lō cherche à resserrer les conditions, à obtenir des engagements particuliers pour sa communauté et une reddition de compte accrue de la part de Trans Mountain de sorte que les conditions qu'il propose deviennent des prescriptions administratives.

[693] L'équipe des consultations avec la Couronne rencontre les Stó:lō une fois après la publication du rapport de l'Office, le 23 septembre 2016.

[694] À cette occasion, [TRADUCTION] « le Collectif est très préoccupé par la situation : le rapport [de l'Office] a été publié le 19 mai, la décision [du gouverneur en conseil] est prévue pour le 19 décembre et la Couronne nous consulte seulement aujourd'hui (le 23 septembre) sur le rapport [de l'Office] alors que tant de lacunes subsistent dont il faut discuter et qu'il faut tenter de régler en si peu de temps ».

[695] L'équipe des consultations avec la Couronne présente alors les conclusions de l'Office résumées sur des diapositives. Les Stó:lō signalent leur désaccord sur les conclusions suivantes :

- « la construction et les activités courantes d'entretien auraient une *incidence temporaire* sur la possibilité pour les groupes autochtones d'utiliser les terres, l'eau et les ressources à des fins traditionnelles et que ces activités *interrompraient temporairement* leurs possibilités de se livrer à certaines activités comme la récolte ou l'accès aux lieux ou à des secteurs [d'usage des terres et des ressources à des fins traditionnelles] »;
- « la contribution du projet aux incidences culturelles plus globales en ce qui concerne l'accès aux ressources naturelles et l'usage de celles-ci est jugée *non importante* »;
- « ces répercussions seraient de *courte durée*, [...] *limitées à de brèves périodes* pendant la construction et l'entretien de routine et que ces effets seront *en grande*

effects would be *reversible in the short to long term, and low in magnitude*.” [Emphasis in original.]

[696] The Stó:lō pointed to the potential permanent impact of the Project on sites of critical cultural importance to Stó:lō and the Project’s impacts related to access and use of natural resources.

[697] With respect to sites of critical cultural importance, the Stó:lō explained that none of the information contained in their ICA influenced the design of the Project or was included in the Project alignment sheets. The failure to include information about cultural sites on the Project alignment sheets meant that various geographic features known to Stó:lō and the proponent were not being factored into Project effects, or avoidance or mitigation efforts. In response to questions, Stó:lō confirmed that even though Trans Mountain was well aware of Stó:lō sites of importance, as detailed in the ICA, Trans Mountain had not recognized them on the right-of-way corridor maps. Stó:lō believed this afforded the sites no protection if the Project was approved.

[698] With respect to Lightning Rock, a culturally significant spiritual and burial site, the Stó:lō noted that Trans Mountain planned to put a staging area in proximity to the site which, in the view of the Stó:lō, would obliterate the site. The Board had imposed Condition 77 relating to Lightning Rock. This condition required Trans Mountain to file a report outlining the conclusions of a site assessment for Lightning Rock, including reporting on consultation with the Stó:lō Collective. However, Stó:lō Cultural Heritage experts had not been able to meet with Trans Mountain to participate in Lightning Rock management plans since September 2015. This was a source of great frustration.

[699] The Stó:lō suggested that the Board’s conditions should specifically list the Indigenous groups Trans Mountain was required to deal with instead of the generic “potentially affected Aboriginal groups” referenced in the Board’s current conditions.

partie confinés à l’empreinte du projet du pipeline [...] *réversibles à court ou à long terme et de faible amplitude* ». [En italiques et en gras dans l’original.]

[696] Les Stó:lō soulignent les effets du projet, susceptibles de se révéler permanents sur les sites culturels d’une importance critique pour eux, et sur l’accès aux ressources naturelles et l’usage de ces dernières.

[697] Quant aux sites d’une importance culturelle critique, les Stó:lō expliquent que les renseignements figurant dans leur mémoire n’ont pas éclairé du tout la conception du projet et n’ont pas été inclus dans les cartes-tracés. Comme les renseignements sur les sites culturels n’ont pas été consignés dans les cartes-tracés, il n’a pas été tenu compte de diverses entités géographiques connues des Stó:lō et du promoteur dans les effets du projet ou les efforts visant à les éviter ou les atténuer. En réponse à des questions, les Stó:lō confirment le fait que Trans Mountain connaissait les sites revêtant une importance pour les Stó:lō, énoncés dans le mémoire, mais ne les avait pas indiqués dans les cartes représentant le couloir de l’emprise. Selon les Stó:lō, les sites n’étaient donc pas protégés au cas où le projet est approuvé.

[698] En ce qui concerne Lightning Rock, un site culturel important, utilisé comme cimetière et site spirituel, les Stó:lō soulignent que Trans Mountain envisage d’établir une zone de préparation des travaux à proximité, ce qui détruirait le site selon eux. L’Office a imposé la condition 77 pour protéger l’endroit. Suivant la condition, Trans Mountain doit déposer un compte rendu des enquêtes terrain à l’égard du site, y compris les consultations auprès du Collectif Stó:lō. Toutefois, les experts sur le patrimoine culturel des Stó:lō n’ont pu participer aux travaux avec Trans Mountain sur les plans de gestion concernant Lightning Rock depuis septembre 2015, ce qui cause énormément de frustration.

[699] Les Stó:lō proposent que les conditions imposées par l’Office énumèrent expressément les groupes autochtones avec qui Trans Mountain est tenue de transiger au lieu du terme général « les groupes autochtones éventuellement touchés » qui figure dans les conditions actuelles.

[700] The Stó:lō also requested that they be involved in selecting the Aboriginal monitors working within their territory as contemplated by the Board's conditions. For example, Condition 98 required Trans Mountain to file a plan describing participation by "Aboriginal groups" in monitoring construction of the Project. Stó:lō wanted to ensure these monitors were sufficiently knowledgeable about issues of importance to the Stó:lō.

[701] The September 23, 2016, meeting notes do not indicate any response or meaningful dialogue on the part of the Crown consultation team in response to any of Stó:lō's concerns and suggestions.

[702] Interestingly, at the November 16, 2016, consultation meeting with Upper Nicola, the last of the consultation meetings and the only consultation meeting held after Canada provided the second draft of the Crown Consultation Report setting out Canada's assessment of the Project's impacts, the Crown consultation lead explained:

... "potentially affected Aboriginal groups" has been noted by many Aboriginal groups as too vague in the recommended conditions, and this phrase is repeated throughout the 157 conditions. Makes reference to how the Crown's consultation and accommodation report does address specific Aboriginal groups. Discussed another point on the [Board] condition for "Aboriginal monitors"—where communities would not [*sic*] want locally knowledgeable Aboriginal people to fulfil this role and not someone from farther afield.

[703] Notwithstanding apparently widespread concern about the Board's generic use of the phrase "potentially affected Aboriginal groups" and the need for locally-selected Indigenous monitors, and despite Canada's ability to add new conditions that would impose the desired specificity, Canada failed to meaningfully consider such accommodation.

[704] Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office purported to respond to two of Stó:lō's concerns in their letter of November 28, 2016,

[700] Les Stó:lō demandent également voix au chapitre dans la sélection des surveillants autochtones qui travailleront sur leur territoire en application d'une condition imposée par l'Office. Par exemple, la condition 98 exige de Trans Mountain qu'elle dépose un plan décrivant la participation des « groupes autochtones » à la surveillance de la construction. Les Stó:lō veulent veiller à ce que ces surveillants connaissent suffisamment les questions importantes pour les Stó:lō.

[701] Le procès-verbal du 23 septembre 2016 ne révèle aucune réponse ni aucun véritable dialogue de la part de l'équipe des consultations avec la Couronne en réponse aux préoccupations et suggestions des Stó:lō.

[702] Il est intéressant d'examiner les propos suivants prononcés par le dirigeant de l'équipe des consultations avec la Couronne à la séance du 16 novembre 2016 avec les Upper Nicola. Il s'agit de la dernière séance de consultation, et de la seule tenue après la transmission de la seconde ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne qui présente l'évaluation des effets du projet par le Canada. Le dirigeant explique :

[TRADUCTION] [...] le terme « groupes autochtones éventuellement touchés » est trop vague selon de nombreux groupes autochtones, et ce terme est repris tout au long des 157 conditions. On renvoie au traitement particulier des groupes autochtones dans le rapport sur les consultations et les mesures d'accommodement. On discute d'un autre point concernant la condition [de l'Office] relative aux « surveillants autochtones » – les communautés ne [*sic*] voudraient des Autochtones connaissant la région pour agir dans ce rôle et non des gens qui viennent de loin.

[703] Malgré la préoccupation qui semble généralisée à propos du terme « groupes autochtones éventuellement touchés » utilisé par l'Office, la nécessité d'engager des surveillants autochtones choisis localement et la faculté pour le Canada d'imposer d'autres conditions qui traduiraient la particularisation voulue, le Canada n'a pas véritablement envisagé ces mesures.

[704] Dans leur lettre du 28 novembre 2016, le Canada et le Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique font mine de répondre à deux

to the Stó:lō: the concerns about Traditional Ecological Knowledge and sites of cultural importance.

[705] The Crown “acknowledges the Stó:lō Collective’s view that the [Board] and the proponent overlooked traditional knowledge within the development of the [Board] conditions and Project design.” The Crown discusses these issues in sections III and IV of the Stó:lō Collective appendix (pages 13, 29 and 30 respectively).

[706] I deal with the Stó:lō appendix beginning at paragraph 712 below. As explained below, the Stó:lō appendix does not deal meaningfully with the concerns about Traditional Ecological Knowledge and sites of cultural importance.

[707] The Crown made two more points independent of the Stó:lō Collective appendix. First, it expressed its understanding that the Stó:lō could trigger a detailed route hearing. Second, it encouraged the Stó:lō Collective to continue discussions with the proponent.

[708] In connection with the detailed route hearing, the Crown advised that “[w]ithin the scope of such a hearing exists the potential for the right-of-way to move locations”. There are three points to make about this response. First, as explained above at paragraphs 380 to 384, at a detailed route hearing the right of way may only move within the approved pipeline corridor, otherwise an application must be made to vary the pipeline corridor; second, the onus at a detailed route hearing is on the person requesting the alteration; and, third, Canada failed to consider its ability to impose additional conditions, likely because it was operating under the erroneous view it could not. The ability to trigger a detailed route hearing provided no certainty about how potential adverse effects to areas of significant importance to the Stó:lō would be dealt with. This was not a meaningful response on Canada’s part.

[709] As to the Crown’s suggestion that the Stó:lō Collective continue its discussions with the proponent, no

préoccupations exprimées par les Stó:lō : les connaissances environnementales traditionnelles et les sites revêtant une importance culturelle.

[705] La Couronne [TRADUCTION] « reconnaît l’opinion du Collectif Stó:lō suivant laquelle [l’Office] et le promoteur ont fait fi des connaissances traditionnelles dans l’élaboration des conditions et la conception du projet ». La Couronne traite de ces questions dans les sections III et IV de l’annexe consacrée au Collectif Stó:lō (pages 13, 29 et 30).

[706] Nous examinons l’annexe consacrée aux Stó:lō aux paragraphes 712 et suivants des présents motifs. Comme nous l’expliquons ci-après, cette annexe ne traite pas véritablement des préoccupations exprimées à propos des connaissances environnementales traditionnelles et des sites revêtant une importance culturelle.

[707] La Couronne présente deux autres points qui ne figurent pas dans l’annexe consacrée aux Stó:lō. D’abord, elle comprend que les Stó:lō peuvent demander la tenue d’une audience sur le tracé détaillé. Deuxièmement, elle encourage le Collectif Stó:lō à poursuivre les discussions avec le promoteur.

[708] Quant à l’audience sur le tracé détaillé, la Couronne indique que [TRADUCTION] « [l]a tenue d’une telle audience donne la possibilité d’un déplacement de l’emprise ». Cette réponse appelle trois remarques. Premièrement, comme nous l’expliquons aux paragraphes 380 à 384 des présents motifs, l’emprise peut être déplacée à l’issue d’une telle audience, mais seulement à l’intérieur du couloir proposé, sinon il faut demander la modification du couloir. Deuxièmement, le fardeau incombe alors à la personne qui demande la modification. Troisièmement, le Canada n’a pas envisagé la possibilité d’imposer d’autres conditions, probablement parce qu’il croyait à tort ne pas y être habilité. La possibilité de demander la tenue d’une audience sur le tracé détaillé n’emporte aucune certitude quant au traitement des effets négatifs potentiels du projet sur les sites revêtant une importance pour les Stó:lō. Il ne s’agit pas d’une véritable réponse de la part du Canada.

[709] Quant à la suggestion de la Couronne encourageant le Collectif Stó:lō à poursuivre les discussions

explanation is given as to why this was believed to be an appropriate response to the concerns of the Stó:lō in light of the information they had provided as to the proponent's unwillingness to deal directly with them on a timely basis, or in some cases, at all.

[710] The November 28, 2016, letter also referenced the four accommodation measures the Stó:lō requested in their two-page submission to the Governor in Council. The first asked for a condition to “outline and identify specifics regarding Trans Mountain’s collaboration with and resourcing of the Stó:lō Collective to update construction alignment sheets and EPPs to reflect information provided in the Integrated Cultural Assessment” (March 2014). The Stó:lō were told “The recommendations included in the Stó:lō Collective’s two-page submission of November 17, 2016 will be provided directly to federal and provincial decision makers”.

[711] Leaving aside the point that the letter was sent the day before the Project was approved, none of this is responsive, meaningful, two-way dialogue that the Supreme Court requires as part of the fulfillment of the duty to consult.

[712] Nor is any meaningful response provided in the Stó:lō appendix to the Crown Consultation Report. This is illustrated by the following two examples. First, while the appendix recites that the Stó:lō Collective recommended 89 actions that would assist Trans Mountain to avoid or mitigate adverse effects on their Aboriginal Interests there is no discussion or indication that Canada seriously considered implementing any of the 89 recommended actions, and no explanation as to why Canada did not consider implementing any Stó:lō specific recommendation as an accommodation or mitigation measure. Second, while the appendix acknowledges that the Stó:lō provided examples of Traditional Ecological Knowledge which they felt the proponent and the Board ignored in the Project design, environmental assessment and mitigation planning, no analysis or response to the concern is given.

avec le promoteur, rien n’explique en quoi cette suggestion constitue une réponse adéquate aux préoccupations exprimées par les Stó:lō, ces derniers ayant déjà indiqué la réticence du promoteur à les rencontrer en temps utile ou du tout.

[710] La lettre du 28 novembre 2016 mentionne également les quatre mesures d’accommodement demandées par les Stó:lō dans leur présentation de deux pages au gouverneur en conseil. La première mesure demandait l’adoption d’une condition pour [TRADUCTION] « esquisser et détailler la collaboration de Trans Mountain avec le Collectif Stó:lō en vue de mettre à jour les cartes-tracés et les plans de protection environnementale en fonction du mémoire » (mars 2014). On a répondu aux Stó:lō en ces termes : [TRADUCTION] « Les recommandations figurant dans la présentation de deux pages datée du 17 novembre 2016 seront transmises directement aux décideurs fédéraux et provinciaux ».

[711] Faisons abstraction du fait que la lettre a été envoyée la veille de l’approbation du projet. Rien dans ce qui précède ne peut être assimilé au véritable dialogue tenant compte des préoccupations soulevées que commande l’obligation de consulter identifiée par la Cour suprême.

[712] Rien dans l’annexe consacrée aux Stó:lō dans le rapport sur les consultations de la Couronne ne constitue une véritable réponse non plus. C’est ce qui ressort des deux exemples suivants. Premièrement, l’annexe indique que le Collectif Stó:lō a recommandé la prise de 89 mesures précises par Trans Mountain pour atténuer ou éviter les effets négatifs sur ses intérêts autochtones, mais rien ne révèle que le Canada a sérieusement envisagé de mettre en œuvre l’une ou l’autre de ces mesures recommandées ni n’explique pourquoi il n’en a retenu aucune comme mesure d’accommodement ou d’atténuation. Deuxièmement, l’annexe reconnaît que les Stó:lō ont donné en exemple des connaissances environnementales traditionnelles qui, selon eux, avaient été négligées par le promoteur et l’Office dans la conception du projet, l’évaluation environnementale et la planification en matière d’atténuation. Or, aucune analyse de cette préoccupation n’est fournie et aucune réponse n’y est donnée.

[713] In the portion of the appendix that deals with Canada's assessment of the Project's impacts on the Stó:lō, the Crown relies on the conclusions of the Board to find that the impacts of the Project would be up to minor-to-moderate. Thus, for instance, the appendix repeats the Board's conclusion that if the Project is approved, the Board conditions would either directly or indirectly avoid or reduce potential environmental effects associated with hunting, trapping and gathering. In an attempt to deal with the specific concerns raised by the Stó:lō about the adequacy of the Board's report and its conditions, the appendix recites that:

... the proponent would implement several mitigation measures to reduce potential effects to species important for the Stó:lō Collective's hunting, trapping, and plant gathering activities. The proponent is committed to minimizing the Project footprint to the maximum extent feasible, and all sensitive resources identified on the Environmental Alignment Sheets and environmental tables within the immediate vicinity of the [right-of-way] will be clearly marked before the start of clearing.

[714] While the second draft of the Crown Consultation Report was revised to reference the plant gathering sites identified by Stó:lō in the ICA and in the April and October consultation meetings, Canada continued to rely upon the Board's findings without explaining, for example, how the Board's finding that "Trans Mountain adequately considered all the information provided on the record by Aboriginal groups regarding their traditional uses and activities" (report, page 278) was reliable in the face of the information contained in the ICA.

[715] Nor does Canada explain the source of its confidence in the proponent's commitments in light of the concerns expressed by the Stó:lō that Trans Mountain had failed to follow through on its existing commitments and that without further conditions Stó:lō feared the proponent would not follow through with its commitments to the Board.

[713] Il ressort de l'annexe consacrée aux Stó:lō que la Couronne s'en remet aux conclusions de l'Office pour affirmer que les effets du projet sur ce groupe varient de faibles à modérés. Par exemple, l'annexe reprend la conclusion de l'Office selon laquelle, si le projet est approuvé, les conditions imposées par l'Office permettront d'éviter ou d'atténuer, directement ou non, les effets environnementaux sur la chasse, le piégeage et la cueillette. À propos des préoccupations précises soulevées par les Stó:lō sur la qualité du rapport et des conditions de l'Office, l'annexe indique ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] le promoteur mettra en œuvre plusieurs mesures d'atténuation visant à réduire les effets potentiels sur les espèces revêtant de l'importance pour les activités de chasse, de piégeage et de cueillette du Collectif Stó:lō. Le promoteur s'engage à atténuer, dans la mesure du possible, l'empreinte du projet, et toutes les ressources sensibles énumérées dans les cartes-tracés et les tableaux environnementaux dans les environs immédiats de [l'emprise] seront clairement indiqués avant le début du déboisement.

[714] Bien que la deuxième ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne ait été révisée pour inclure les sites de cueillette indiqués par les Stó:lō dans leur mémoire et lors des séances de consultation d'avril et d'octobre, le Canada continue de s'en remettre aux conclusions de l'Office, sans autre explication. Par exemple, il ne précise pas pourquoi il continue de souscrire à la conclusion de l'Office selon laquelle « Trans Mountain a tenu compte adéquatement de tous les renseignements consignés au dossier par les groupes autochtones au sujet de leurs usages et de leurs activités à des fins traditionnelles » (rapport, page 288) au vu des renseignements figurant dans le mémoire.

[715] Le Canada n'explique pas non plus pourquoi il se montre confiant à l'égard de l'engagement du promoteur, malgré les préoccupations exprimées par les Stó:lō selon qui Trans Mountain n'a pas respecté ses engagements actuels et risque, en l'absence d'autres conditions, de manquer à ses engagements envers l'Office.

[716] With respect to the Stó:lō's concerns about a Project staging area at Lightning Rock, the appendix noted that Lightning Rock was protected by Board Condition 77 which required the proponent to file with the Board an archaeological and cultural heritage field investigation undertaken to assess the potential impacts of Project construction and operations on the Lightning Rock site. The appendix goes on to note that:

.... However, given that this is a sacred site with burial mounds, Stó:lō Collective have noted that any Project routing through this area is inappropriate given the need to preserve the cultural integrity of the site and the surrounding area. For the Stó:lō Collective, the site surrounding Lightning Rock should be a "no go" area for the Project.

[717] However, Stó:lō's position that Lightning Rock should be a "no go" area is left unresolved and uncommitted upon by Canada.

[718] Another Stó:lō concern detailed by Canada in the appendix, but unaddressed, is the concern of the Stó:lō Collective that the locations of various other culturally important sites do not appear on Trans Mountain's detailed alignment sheets. Examples of such sites include bathing sites within the 150 metre pipeline right-of-way alignment at Bridal Veil Falls, and an ancient pit house located within the pipeline right-of-way. None of these sites are the subject of any Board condition.

[719] The appendix recites Canada's conclusion on these concerns of the Stó:lō as follows:

With regards to specific risk concerns raised by the Stó:lō Collective, the proponent would implement several mitigation measures to reduce potential effects on physical and cultural heritage resources important for the Stó:lō Collective's traditional and cultural practices. The proponent has also committed to reduce potential disturbance to community assets and events by implementing several measures that include avoiding important community features and assets during [right-of-way] finalization, narrowing the [right-of-way] in select areas, scheduling construction to avoid important community events where possible, communication of construction schedules and plans with community officials, and other ongoing consultation and engagement with local and Aboriginal governments.

[716] En réponse à la préoccupation des Stó:lō concernant l'établissement d'une zone de préparation des travaux à Lightning Rock, l'annexe indique que ce site est protégé par la condition 77, qui oblige le promoteur à déposer auprès de l'Office une évaluation du patrimoine archéologique et culturel de ce site visant à déterminer les effets potentiels des travaux et de l'exploitation du projet. Pour reprendre un passage de l'annexe :

[TRADUCTION] Toutefois, il s'agit d'un site sacré, comportant des tertres funéraires. Le Collectif Stó:lō indique que le projet ne saurait être situé à proximité, car il est nécessaire de préserver l'intégrité culturelle du site et de ses environs. De l'avis du Collectif Stó:lō, la zone située autour de Lightning Rock devrait être interdite au projet.

[717] Or, le Canada ne se prononce pas sur l'opinion des Stó:lō suivant lequel la zone environnant Lightning Rock devrait être interdite.

[718] L'annexe présente une autre préoccupation des Stó:lō sans la régler : l'absence sur les cartes-tracés de Trans Mountain d'autres sites revêtant une importance culturelle, dont la présence de zones de baignades à l'intérieur de l'emprise de 150 mètres aux chutes Bridal Veil et d'une ancienne maison semi-souterraine à l'intérieur de l'emprise. L'Office n'a imposé aucune condition à leur égard.

[719] L'annexe résume ainsi la conclusion du Canada à l'égard de ces préoccupations des Stó:lō :

[TRADUCTION] En ce qui concerne les préoccupations précises en matière de risque soulevées par le Collectif Stó:lō, le promoteur mettra en œuvre plusieurs mesures d'atténuation sur les ressources du patrimoine physique et culturel qui revêtent de l'importance pour les pratiques traditionnelles et culturelles du Collectif Stó:lō. Le promoteur s'est aussi engagé à réduire les perturbations possibles sur les biens et les activités communautaires en adoptant plusieurs mesures, dont éviter les éléments et biens communautaires qui revêtent de l'importance pendant les travaux [d'emprise], réduire la largeur [de l'emprise] dans certaines zones, éviter les travaux aux dates d'activités importantes dans la mesure du possible, communiquer le calendrier des travaux et les plans aux représentants de la communauté et entretenir les consultations et l'engagement avec les gouvernements locaux et autochtones.

[720] This is not meaningful, two-way dialogue in response to Stó:lō's real and valid concerns about matters of vital importance to the Stó:lō.

[721] Canada adopts a similar approach to its assessment of the Project's impact on freshwater fishing and marine fishing and harvesting at pages 24 to 27 of the Stó:lō appendix.

[722] The section begins by acknowledging the Stó:lō's deeply established connection to fishing and marine harvesting "which are core to Stó:lō cultural activities and tradition, subsistence and economic purposes"

[723] After summarizing each concern raised by the Stó:lō, Canada responds by adopting the Board's conclusions that the Project's impact will be low-to-moderate and that Board conditions will either directly or indirectly avoid or reduce potential environmental effects on fishing activities.

[724] In the course of this review Canada acknowledges the Board's finding that "Project-related activities could result in low to moderate magnitude effects on freshwater and marine fish and fish habitat, surface water and marine water quality" Appendix 12 to the Board report defines a moderate impact to be one that, among other things, noticeably affects the resource involved.

[725] Canada also acknowledges that during the operational life of the Project fishing and harvesting activities directly affected by the construction and operation of the Westridge Marine Terminal would not occur within the expanded water lease boundaries.

[726] Further, impacts on navigation, specifically in eastern Burrard Inlet, would exist for the lifetime of the Project, and would occur on a daily basis. Project-related marine vessels also would cause temporary disruption to the Stó:lō Collective's marine fishing and harvesting

[720] Il ne s'agit pas d'un véritable dialogue répondant aux préoccupations réelles et légitimes des Stó:lō sur des questions qui revêtent une importance vitale pour ces derniers.

[721] Le Canada adopte une démarche semblable dans son évaluation de l'effet du projet sur les activités de pêche en eau douce et en mer, ainsi que de cueillette, qui figure aux pages 24 à 27 de l'annexe consacrée aux Stó:lō.

[722] Cette section de l'annexe commence par un rappel du rapport démontré des Stó:lō à la pêche et à la récolte maritime [TRADUCTION] « qui se situent au cœur des activités et traditions culturelles des Stó:lō, de leur subsistance et de leur économie ».

[723] Après un résumé de chaque préoccupation soulevée par les Stó:lō, le Canada y répond en reprenant les conclusions de l'Office selon lesquelles les effets du projet varieront de faibles à modérés et que les conditions permettront directement ou indirectement d'éviter ou de réduire les effets environnementaux potentiels du projet sur les activités de pêche.

[724] Dans cet examen, le Canada souscrit à la conclusion de l'Office selon laquelle [TRADUCTION] « les activités associées au projet pourraient avoir des effets d'une ampleur faible à modérée sur le poisson d'eau douce et de mer, l'habitat du poisson, l'eau de surface et la qualité de l'eau de mer ». L'annexe 12 du rapport de l'Office définit l'ampleur modérée comme un effet notable sur la ressource.

[725] Le Canada reconnaît également que les activités de pêche et de récolte directement touchées par la construction et l'exploitation du terminal maritime Westridge ne se produiraient pas à l'intérieur des frontières du bail maritime prolongé pendant la durée utile du projet.

[726] En outre, les effets sur la navigation, tout particulièrement dans l'est de la baie Burrard, se feraient sentir pendant la durée du projet, tous les jours. Les navires associés au projet nuiraient également temporairement aux activités de pêche et de récolte du Collectif Stó:lō.

activities. These disruptions are said “likely to be temporary when accessing fishing sites in the Burrard Inlet that require crossing shipping lanes, as community members would be able to continue their movements shortly after the tanker passes.” This too would occur on a daily basis if the Westridge Marine Terminal were to serve 34 Aframax tankers per month.

[727] Missing however from Canada’s consultation analysis is any mention of the Stó:lō’s constitutionally protected right to fish, and how that constitutionally protected right was taken into account by Canada. Also missing is any explanation as to how the consultation process affected the Crown’s ultimate assessment of the impact of the Project on the Stó:lō. Meaningful consultation required something more than simply repeating the Board’s findings and conditions without grappling with the specific concerns raised by the Stó:lō about those same findings.

e. The experience of Upper Nicola

[728] Throughout the consultation process, Upper Nicola raised the issue of the Project’s impact on Upper Nicola’s asserted title and rights. The issue was raised at the consultation meetings of March 31, 2016, and May 3, 2016, but no meaningful dialogue took place. Canada’s representatives advised at the March meeting that until the Board released its report Canada did not know how the Project could impact the environment and Upper Nicola’s interests and so could not “yet extrapolate to how those changes could impact [Upper Nicola’s] Aboriginal rights and title interests”.

[729] The issue was raised again, after the release of the Board’s report, at the consultation meeting of September 22, 2016. Upper Nicola expressed its disagreement with Canada’s assertion in the first draft of the Crown Consultation Report that potential impacts on its title claim for the pipeline right-of-way included temporary impacts related to construction, and longer-term impacts associated with Project operation. In Upper Nicola’s view, construction did not have a temporary impact on its claim to title. Upper Nicola also stated that Canada had examined the Project’s impact

Ces perturbations sont décrites comme [TRADUCTION] « probablement temporaires en ce qui concerne l’accès aux sites de pêche dans la baie Burrard nécessitant la traversée de couloirs de navigation, car les bateaux de la communauté pourraient poursuivre leur route peu après le passage du navire-citerne ». Si le terminal maritime Westridge accueille 34 Aframax par mois, la perturbation se produirait quotidiennement.

[727] Brillent aussi par leur absence de l’analyse des consultations le droit de pêche constitutionnel des Stó:lō et l’examen par le Canada de ce droit, ainsi qu’une explication sur la manière dont le processus de consultation a joué dans l’évaluation ultime par le Canada des effets du projet sur les Stó:lō. De véritables consultations ne se résument pas à réitérer les conclusions de l’Office et ses conditions, sans examiner les préoccupations particulières soulevées par les Stó:lō sur ces conclusions.

e. L’expérience des Upper Nicola

[728] Tout au long du processus de consultation, les Upper Nicola ont soulevé l’effet du projet sur le titre et les droits qu’ils revendiquent. La question est soulevée aux séances de consultation tenues le 31 mars et le 3 mai 2016, sans qu’il y ait de véritable dialogue. Les représentants du Canada affirment à la séance de mars ne pas connaître, avant la publication du rapport de l’Office, la teneur des effets du projet sur l’environnement et les intérêts des Upper Nicolas et ne pas pouvoir [TRADUCTION] « extrapoler de ces changements les effets sur les droits et le titre ancestraux [des Upper Nicola] ».

[729] La question est soulevée à nouveau, après la publication du rapport de l’Office, à la séance de consultation du 22 septembre 2016. Les Upper Nicola ne souscrivent pas à l’affirmation, faite par le Canada dans la première ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne, selon laquelle les travaux auront un effet potentiel temporaire sur le titre qu’ils revendiquent sur l’emprise du pipeline tandis que l’exploitation du projet aura un effet à long terme sur ce titre. Selon les Upper Nicola, l’effet des travaux ne sera pas temporaire. En outre, à leur avis, en examinant l’effet du projet sur le titre, le Canada a fait

on title without considering impacts on governance and management, and concerns related to title, such as land and water issues. The meeting notes do not record any response to these concerns.

[730] Nor did Canada respond meaningfully to Upper Nicola's position that the Project would render 16 000 hectares of land unusable or inaccessible for traditional activities. Upper Nicola viewed this to constitute a significant impact that required accommodation of their rights to stewardship, use and governance of the land and water. Canada's response was to acknowledge a letter sent to the Prime Minister in which numerous Indigenous groups had proposed a mitigation measure to ensure they would have a more active role in monitoring and stewardship of the Project. Canada stated that it saw merit in the proposal and that a response to the letter would be forthcoming.

[731] On November 18, 2016, Upper Nicola wrote to the Crown consultation lead to highlight its key, ongoing concerns with the Project and the consultation process. With respect to title, Upper Nicola wrote:

There were areas which the Crown has determined that we have a strong prima facie claim to Aboriginal title and rights. The Crown must therefore acknowledge the significant impacts and infringements of the Project to Upper Nicola/Syilx Title and Rights, including the incidents of Aboriginal title which include: the right to decide how the land will be used; the right of enjoyment and occupancy of the land; the right to possess the land; the right to the economic benefits of the land; and the right to proactively use and manage the land and adequately accommodate these impacts, concerns and infringements. This has not yet been done. [Underlining added.]

[732] Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office wrote to Upper Nicola on November 28, 2016, the day before the Project was approved, to respond to the issues raised by Upper Nicola. The only reference to Upper Nicola's asserted title is this brief reference:

Impacts and Mitigation: In response to comments received, the Crown has reviewed its analysis and discussion in the Consultation and Accommodation Report on

fi de l'effet sur l'exercice des pouvoirs et la gestion ainsi que des préoccupations concernant le titre, comme les questions relatives aux terres et à l'eau. Le procès-verbal ne relate aucune réponse à ces préoccupations.

[730] Le Canada n'a pas non plus offert de véritable réponse à la thèse des Upper Nicola selon laquelle le projet empêcherait la tenue d'activités traditionnelles sur une zone de 16 000 hectares. Selon eux, il s'agit d'un effet important qui nécessite l'accommodement de leurs droits à l'intendance et à l'utilisation des terres et de l'eau et à l'exercice des pouvoirs visant ces derniers. La réponse du Canada se résumait à accuser réception d'une lettre expédiée au premier ministre par plusieurs groupes autochtones dans laquelle ils proposent, en guise de mesure d'atténuation, de jouer un rôle accru dans la surveillance et l'intendance du projet. Le Canada a déclaré que la proposition avait du bon sens et qu'une réponse serait rédigée.

[731] Le 18 novembre 2016, les Upper Nicola écrivent au dirigeant de l'équipe des consultations avec la Couronne pour souligner leurs principales préoccupations qui subsistent au sujet du projet et du processus de consultation. Au sujet du titre, les Upper Nicola écrivent :

[TRADUCTION] La Couronne a décidé que notre revendication du titre et des droits ancestraux est à première vue solide dans certaines régions. Elle doit donc reconnaître les effets importants du projet sur ce titre et ces droits des Upper Nicola/Syilx et les atteintes à ceux-ci, dont les droits qui découlent du titre ancestral : à l'égard des terres, le droit de décider de leur utilisation, le droit de jouissance et d'occupation, le droit de possession, le droit d'en profiter économiquement et le droit de les utiliser et de les gérer de manière proactive et celui d'obtenir une réponse à ces effets, préoccupations et atteintes. Rien n'a encore été fait. [Non souligné dans l'original.]

[732] Le Canada et le Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique répondent aux questions des Upper Nicola dans la lettre du 28 novembre 2016, la veille de l'approbation du projet. Le titre revendiqué est seulement mentionné brièvement ainsi :

[TRADUCTION] Effets et atténuation : En réponse aux commentaires reçus, la Couronne a examiné l'analyse présentée dans le rapport sur les consultations et les mesures

the direct and indirect impacts of the Project on Syilx (Okanagan) Nation's rights and other interests. In addition, Upper Nicola identified that the study titled "Upper Nicola Band Traditional Use and Occupancy Study for the Kingsvale Transmission Line in Support of the Trans Mountain Expansion Project" (Kingsvale TUOS) had not been specifically referenced in the Syilx (Okanagan) Nation appendix. Upper Nicola resent the Kingsvale TUOS to the Crown on Friday, November 18 and in response to this information, the Crown reviewed the Kingsvale TUOS, summarized the study's findings in Syilx (Okanagan) Nation's appendix, and considered how this information changes the expected impacts of the Project on Syilx (Okanagan) Nation's Aboriginal rights and title. As a result, conclusions were revised upward for Project impacts on Syilx (Okanagan) Nation's freshwater fishing activities, other traditional and cultural activities, as well as potential impacts on Aboriginal title. [Underlining added.]

[733] No response was made to the request to acknowledge the Project's impacts and infringement of Upper Nicola's asserted title and rights.

[734] In the Upper Nicola appendix, Canada acknowledged that the Project would be located within an area of Syilx Nation's asserted traditional territory where Syilx Nation was assessed to have a strong *prima facie* claim to Aboriginal title and rights. Canada then asserted the Project to have "minor-to-moderate impact on Syilx Nation's asserted Aboriginal title to the proposed Project area". Canada did not address Upper Nicola's governance or title rights in any detail. Canada did refer to section 4.3.5 of the Crown Consultation Report but this section simply reiterates the Board's findings and conditions and the requirement that the proponent continue consultation "with potentially affected Aboriginal groups".

[735] Missing is any explanation as to why moderate impacts to title required no accommodation beyond the environmental mitigation measures recommended by the Board—mitigation measures that were generic and not specific to Upper Nicola.

d'accommodement sur les effets directs et indirects du projet sur les droits et autres intérêts de la Nation Syilx (Okanagan). En outre, les Upper Nicola affirment que l'étude intitulée « Upper Nicola Band Traditional Use and Occupancy Study for the Kingsvale Transmission Line in Support of the Trans Mountain Expansion Project » (Kingsvale TUOS) n'est pas mentionnée dans l'annexe consacrée à la Nation Syilx (Okanagan). Les Upper Nicola ont renvoyé l'étude à la Couronne le vendredi 18 novembre. La Couronne a examiné le document, a résumé ses conclusions dans l'annexe concernant la Nation Syilx (Okanagan) et a cherché à savoir si ces renseignements apportaient des changements aux effets prévus du projet sur les droits et le titre ancestraux de la Nation Syilx (Okanagan). Par conséquent, les conclusions sur les effets du projet sur les activités de pêche en eau douce et d'autres activités traditionnelles et culturelles de la Nation Syilx (Okanagan) ont été révisées à la hausse ainsi que pour les effets sur le titre ancestral. [Non souligné dans l'original.]

[733] La demande de reconnaissance des effets du projet et de l'atteinte aux droits et au titre revendiqués par les Upper Nicola est restée lettre morte.

[734] Dans l'annexe concernant les Upper Nicola, le Canada reconnaît que le projet sera situé dans une zone appartenant au territoire traditionnel revendiqué par la Nation Syilx, à l'égard duquel cette dernière a une revendication à première vue solide de titre et de droits ancestraux. Selon le Canada, le projet aura [TRADUCTION] « un effet variant de faible à modéré sur le titre ancestral revendiqué par la Nation Syilx à l'égard de la zone visée par le projet ». Le Canada n'a pas examiné en détail les préoccupations des Upper Nicola relatives à l'exercice des pouvoirs et au droit au titre. Certes, le Canada renvoie à la section 4.3.5 du rapport sur les consultations de la Couronne. Or, cette section ne fait que réitérer les conclusions de l'Office et les conditions imposées par ce dernier et mentionne que le promoteur est tenu de poursuivre les consultations [TRADUCTION] « avec les groupes autochtones éventuellement touchés ».

[735] Brille par son absence toute explication quant à savoir pourquoi des effets modérés sur le titre ne justifient aucune autre mesure d'accommodement que les mesures d'atténuation environnementale génériques — non particulières aux Upper Nicola — recommandées par l'Office.

[736] Throughout Phase III, Upper Nicola had proposed numerous potential mitigation measures and had requested accommodation related to stewardship, use and governance of the water. No response was given as to why Canada rejected this request. This was not meaningful, two-way dialogue or reasonable consultation.

f. The experience of SSN

[737] Canada met with SSN twice during Phase III. At the first meeting, on August 3, 2016, SSN expressed the desire to have consultation go beyond the environmental assessment process which they felt was insufficient to tackle the issues that affected their territory. SSN sought to move forward on a nation to nation basis and wished to formalize a nation to nation consultation protocol using the Project as a starting point for further consultation.

[738] In response, Canada and representatives of British Columbia asked that the SSN be prepared to review a draft memorandum of understanding for consultation about the Project (affidavit of Jeanette Jules, paragraph 70).

[739] The meeting notes reflect that at the first meeting on August 3, 2016, SSN also raised as accommodation or mitigation measures that: the Project conditions be more specific with respect to safety and emergency preparedness response, warning notifications to communities and opportunities for training; and, that there be provision for both a spillage fee and a revenue tax imposed on the proponent for the benefit of SSN. The meeting notes do not reflect any dialogue or response from Canada to these proposals.

[740] On September 9, 2016, the Crown consultation lead sent a two-page draft memorandum of understanding to the SSN (two pages not including the signature page).

[741] At the second and last meeting on October 6, 2016, the SSN advised that they desired the proponent to submit to a review of the Project by the SSN, but that the proponent was unwilling to undergo another review. The SSN also repeated their desire for the federal and

[736] Tout au long de l'étape III, les Upper Nicola proposent nombre de mesures d'atténuation possibles et demandent des accommodements visant l'eau, en matière d'intendance, d'utilisation et d'exercice du pouvoir. Rien n'explique pourquoi le Canada rejette la demande. Il ne s'agit pas d'un véritable dialogue ni d'une consultation raisonnable.

f. L'expérience des SSN

[737] Le Canada rencontre les SSN à deux reprises pendant l'étape III. La première fois, le 3 août 2016, les SSN disent souhaiter que les consultations transcendent l'évaluation environnementale, insuffisante à leurs yeux pour répondre aux questions touchant leur territoire. Les SSN désirent arriver à une entente sur un protocole de consultation de Nation à Nation avec le projet pour point de départ de consultations ultérieures.

[738] En réponse, le Canada et les représentants de la Colombie-Britannique demandent aux SSN de prendre connaissance d'une ébauche de protocole d'entente visant les consultations sur le projet (affidavit de Jeanette Jules, paragraphe 70).

[739] Suivant le procès-verbal de cette première séance, les SSN soulèvent les mesures d'accommodement ou d'atténuation suivantes : que les conditions du projet relatives à la sécurité et à la protection civile, aux avertissements aux communautés et aux possibilités de formation soient précisées et que des droits de déversement et une taxe soient imposés au promoteur à l'avantage des SSN. Le procès-verbal ne révèle aucun dialogue ou réponse de la part du Canada à ces propositions.

[740] Le 9 septembre 2016, le dirigeant de l'équipe des consultations avec la Couronne fait parvenir une ébauche de protocole d'entente aux SSN (tenant sur deux pages, sans la page de signature).

[741] Lors de la seconde — et dernière — séance de consultation, le 6 octobre 2016, les SSN indiquent vouloir que le promoteur se soumette à un examen du projet par les SSN, mais que ce dernier ne voit pas d'un bon œil la tenue d'un autre examen. Les SSN réitèrent

provincial Crowns to allow SSN to impose a resource development tax on proponents whose projects are located in the SSN's traditional territory. In response, the Crown raised the difficulty in implementing the tax and having the Project undergo assessment by the SSN before the mandated decision deadline of December 19, 2016.

[742] At this meeting Canada sought comments on the draft memorandum of understanding. Jeanette Jules, a counsellor with the Kamloops Indian Band swore in an affidavit filed in support of SSN's application for judicial review that:

At [the October 6, 2016] meeting, the majority of the time was spent on discussing the content of the [memorandum of understanding], that is, what would engagement with the Crowns on the Project look like. We did not spend any time discussing the routing of the pipeline Project at Pipsell or SSN's concerns about the taking up of new land in the Lac du Bois Grasslands Protected area, although I did voice concerns about those issues again at that meeting. At the end of the meeting, the Crowns committed to revising the [memorandum of understanding] and to setting up another meeting to discuss it with us. [Underlining added.]

[743] The meeting notes state that toward the end of the meeting SSN expressed the desire to have a terrestrial spill response centre stationed in their reserve. SSN contemplated that funding for the centre should be raised through a per-barrel spillage fee charged on product flowing through the pipeline.

[744] Thereafter, no memorandum of understanding was finalized and no further meetings took place between Canada and the SSN. Ms. Jules swears that:

I fully expected that between our last meeting with Canada and the Province of BC and the [Governor in Council] decision to approve the Project, we would come to an agreement on the terms of a [memorandum of understanding] and have had meaningful engagement with the Crowns about pipeline routing and SSN's other concerns raised in its final argument.

[745] Ms. Jules was not cross-examined on her affidavit.

leur souhait d'être autorisés par les Couronnes fédérale et provinciale à prélever une taxe sur le développement des ressources aux promoteurs dont les projets sont situés dans le territoire traditionnel des SSN. En réponse, la Couronne mentionne les difficultés que soulèvent une telle mesure fiscale et un nouvel examen du projet par les SSN avant l'échéance du 19 décembre 2016.

[742] Lors de cette séance, le Canada sollicite des commentaires sur l'ébauche du protocole d'entente. Jeanette Jules, conseillère au sein de la Bande indienne de Kamloops, affirme dans un affidavit déposé au soutien de la demande de contrôle judiciaire présentée par les SSN :

[TRADUCTION] À la réunion [du 6 octobre 2016], le plus clair du temps est consacré à la discussion sur la teneur du [protocole d'entente], c'est-à-dire la nature de l'engagement avec les Couronnes sur le projet. Nous n'avons pas abordé le tracé du pipeline à Pipsell ou les préoccupations des SSN sur les autres terres nécessaires dans l'aire protégée des prairies du Lac du Bois, et ce même si j'ai soulevé ces préoccupations à nouveau à la réunion. À la fin de la réunion, les Couronnes se sont engagées à réviser le [protocole d'entente] et à organiser une autre réunion pour en discuter avec nous. [Non souligné dans l'original.]

[743] Le procès-verbal de la réunion révèle que vers la fin de la réunion, les SSN indiquent vouloir que le centre d'intervention en cas de déversement terrestre soit situé dans leur réserve. Les SSN envisagent le financement du centre par le prélèvement de droits à cette fin sur chaque baril de produit transitant par le pipeline.

[744] Le protocole d'entente n'a jamais été adopté, et aucune autre séance n'a été tenue entre le Canada et les SSN. Selon l'affidavit souscrit par M^{me} Jules :

[TRADUCTION] Je m'attendais pleinement à ce qu'on arrive à une entente sur les modalités [du protocole] entre le moment de notre dernière séance avec le Canada et la province de la Colombie-Britannique et la décision [du gouverneur en conseil] d'approuver le projet et qu'on ait un véritable dialogue avec les Couronnes sur le tracé du pipeline et les autres préoccupations soulevées par les SSN dans leur dernier argument.

[745] M^{me} Jules n'a pas été contre-interrogée au sujet de son affidavit.

[746] In the November 28, 2016, letter sent to the SSN by Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office they wrote:

We also would like to take this opportunity to provide you with additional information or responses to concerns that Stk'emlúps te Secwépemc Nation has raised with the Crown.

At the October 6, 2016 meeting with SSN, in addition to reiterating SSN's plan on undertaking its own assessment of the project, SSN outlined a proposal for an SSN resource development tax that they charge directly to proponents whose projects are in their traditional territory, and that SSN wants the federal and provincial Crown's to make the jurisdictional room necessary for the tax to be implemented. These proposals have been added to the SSN specific appendix for consideration by decision makers.

[747] This is not a meaningful response to the proposals made by the SSN. The only response made to the resource development tax during the consultation meetings was the difficulty this would pose to meeting Canada's decision deadline (notwithstanding that SSN had sought consultation on a broader basis than the Project—the Project was contemplated by SSN to be a starting point).

[748] The SSN appendix to the Crown Consultation Report faithfully records SSN's concerns about the review process, noting, in part, that:

SSN stated that the [Board] hearing process is an inappropriate forum for assessing impacts to their Aboriginal rights. SSN also expressed concern about the [Board] process' legislated timelines and the way these timelines were unilaterally imposed on them. SSN considers this timeline extremely restrictive and does not believe it affords SSN sufficient time to review the application and participate meaningfully in the review process. SSN has stated that their ability to participate in the process is further hampered by a lack of capacity funding from either the [Board] or the Crown. SSN has expressed a view that related regulatory (i.e. permitting) processes are not well-coordinated, which they believe results in an incomplete sharing of potential effects to SSN Interests. They refer to the perceived disconnected process between the proposed Project and proposed Ajax Mine application review. SSN are not satisfied with the current crown engagement model

[746] Le 28 novembre 2016, le Canada et le Bureau d'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique écrivent aux SSN en ces termes :

[TRADUCTION] Nous aimerions profiter de l'occasion pour vous fournir un complément d'information ou des réponses aux préoccupations soulevées par la Nation Stk'emlúps te Secwépemc.

Lors de la séance du 6 octobre 2016, les SSN ont rappelé leur intention d'entreprendre leur propre évaluation du projet et ont esquissé une proposition de taxe sur le développement des ressources qu'ils prélèveraient directement sur les promoteurs dont les projets seraient situés dans leur territoire traditionnel, indiquant souhaiter que les Couronnes fédérale et provinciale facilitent le prélèvement de la taxe. Ces propositions ont été ajoutées à l'annexe consacrée aux SSN pour examen par les décideurs.

[747] Il ne s'agit pas d'une véritable réponse aux propositions faites par les SSN. La seule réponse fournie à la proposition sur la taxe sur le développement des ressources concerne les difficultés qu'une telle initiative causerait au respect de l'échéance prescrite pour la décision par le Canada (sans compter que les SSN avaient demandé des consultations transcendant le projet — selon eux, le projet ne constituait que le point de départ).

[748] L'annexe consacrée aux SSN dans le rapport sur les consultations de la Couronne consigne fidèlement les préoccupations des SSN sur le processus d'examen et indique :

[TRADUCTION] Les SSN affirment que le processus d'audience [de l'Office] ne se prête pas à l'évaluation des effets sur les droits ancestraux. Les SSN soulèvent également des préoccupations sur le calendrier légal du processus et son imposition unilatérale à eux. Selon les SSN, le calendrier est extrêmement restrictif et ils n'estiment pas qu'ils disposent d'assez de temps pour examiner la demande et participer véritablement au processus d'examen. Les SSN affirment que leur faculté de participer au processus est également limitée par un financement inadéquat de la capacité de la part de [l'Office] ou de la Couronne. Ils sont d'avis que les processus administratifs connexes (c.-à-d. relatifs aux permis) ne sont pas coordonnés, ce qui a pour résultat d'empêcher la communication intégrale des effets possibles sur les intérêts des SSN. Ils mentionnent les filières selon eux complètement distinctes du projet proposé et de l'examen de la demande

and the lack of addressing SSN's needs for a nation-to-nation dialogue about their concerns and interests, and have proposed that the Crown develop a [memorandum of understanding] to address these issues and provide a framework for the dialogue moving forward.

...

SSN have requested Nation-to-Nation engagement related to the broader issue of land management and decision making within their territory. SSN requested a consultation protocol agreement be developed, starting with a [memorandum of understanding] for Nation-to-Nation consultation, which would take the form of a trilateral agreement between SSN, BC and Canada. SSN recommended a framework of sustainable Crown funding to participate in the [memorandum of understanding] process, leading to a sustainable funding model to support ongoing land use management within SSN's territory.

At the October 6, 2016 meeting, SSN outlined a proposal for an SSN resource development tax that they charge directly to proponents whose projects are in their traditional territory. SSN wants the federal and provincial Crown's [*sic*] to make the jurisdictional room necessary for the tax to be implemented. [Underlining added.]

[749] Missing from the appendix is any advice to the Governor in Council that Canada committed to providing a draft memorandum of understanding to SSN and any advice about the status of the memorandum of understanding. Also missing is any indication of what, if any, impact this had on Canada's view of the consultation process.

[750] In the SSN appendix Canada acknowledged that "the Project would be located within an area of Tk'emlúps te Secwe'pemc and Skeetchestn's traditional territory assessed as having a strong *prima facie* claim to Aboriginal title". Canada had also assessed its duty to consult SSN as being at the deeper end of the consultation spectrum.

[751] Notwithstanding, Canada did not provide any meaningful response to SSN's proposed mitigation measures, and conducted no meaningful, two-way dialogue about SSN's concerns documented on pages 3 to 7 of the SSN appendix.

visant la mine Ajax proposée. Les SSN ne sont pas satisfaits du modèle actuel de dialogue avec la Couronne et de la réticence à répondre au besoin exprimé par les SSN à l'égard d'un dialogue de Nation à Nation sur leurs préoccupations et intérêts et proposent à la Couronne d'établir un [protocole d'entente] visant à répondre à ces questions et à fournir un cadre régissant le dialogue à l'avenir.

[...]

Les SSN demandent un dialogue de Nation à Nation sur la question générale de gestion des terres et de prise de décision dans leur territoire. Les SSN demandent l'établissement d'un protocole de consultation, à commencer par un [protocole d'entente] en vue d'une consultation de Nation à Nation, qui constituerait une entente trilatérale entre les SSN, la C.-B. et le Canada. Les SSN recommandent l'établissement d'un cadre de financement durable par la Couronne pour permettre la participation au processus [relatif au protocole d'entente], ce qui mènerait à un modèle de financement durable visant à soutenir la gestion de l'utilisation des terres dans le territoire des SSN.

Lors de la séance du 6 octobre 2016, les SSN proposent une taxe sur le développement des ressources qu'ils prélèveraient des promoteurs qui exploitent des projets dans leur territoire traditionnel. Les SSN demandent aux Couronnes fédérale et provinciale de faciliter le prélèvement de cette taxe. [Non souligné dans l'original.]

[749] L'annexe ne présente au gouverneur en conseil aucun renseignement indiquant que le Canada s'est engagé à fournir une ébauche de protocole d'entente aux SSN ni sur l'état d'avancement des travaux à cet égard. L'annexe est également muette sur l'effet, s'il en est, que ces préoccupations ont eues sur l'avis du Canada quant au processus de consultation.

[750] Dans l'annexe consacrée aux SSN, le Canada reconnaît que [TRADUCTION] « le projet sera situé dans le territoire traditionnel des Tk'emlúps te Secwe'pemc et Skeetchestn, qui ont une revendication à première vue solide du titre ancestral ». Le Canada avait conclu, envers les SSN, à une obligation de consulter située à l'extrémité supérieure du continuum en la matière.

[751] Quoiqu'il en soit, le Canada n'a pas fourni de véritable réponse aux mesures d'atténuation proposées par les SSN et n'a pas engagé de véritable dialogue à propos des préoccupations soulevées par les SSN consignées aux pages 3 à 7 de l'annexe qui leur est consacrée.

[752] This was not reasonable consultation as required by the jurisprudence of the Supreme Court of Canada.

(vii) Conclusion on Canada's execution of the consultation process

[753] As explained above at paragraphs 513 to 549, the consultation framework selected by Canada was reasonable and sufficient. If Canada properly executed it, Canada would have discharged its duty to consult.

[754] However, based on the totality of the evidence I conclude that Canada failed in Phase III to engage, dialogue meaningfully and grapple with the concerns expressed to it in good faith by the Indigenous applicants so as to explore possible accommodation of these concerns.

[755] Certainly Canada's consultation team worked in good faith and assiduously to understand and document the concerns of the Indigenous applicants and to report those concerns to the Governor in Council in the Crown Consultation Report. That part of the Phase III consultation was reasonable.

[756] However, as the above review shows, missing was a genuine and sustained effort to pursue meaningful, two-way dialogue. Very few responses were provided by Canada's representatives in the consultation meetings. When a response was provided it was brief, and did not further two-way dialogue. Too often the response was that the consultation team would put the concerns before the decision-makers for consideration.

[757] Where responses were provided in writing, either in letters or in the Crown Consultation Report or its appendices, the responses were generic. There was no indication that serious consideration was given to whether any of the Board's findings were unreasonable or wrong. Nor was there any indication that serious consideration was given to amending or supplementing the Board's recommended conditions.

[752] Il ne s'agit pas des consultations raisonnables qu'exige la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

(vii) Conclusion sur la manière dont le Canada a mené le processus de consultation

[753] Comme nous l'expliquons aux paragraphes 513 à 549 des présents motifs, le cadre de consultation choisi par le Canada était raisonnable et suffisant. Si le Canada l'avait mené correctement, il se serait acquitté de son obligation de consulter.

[754] Cependant, à la lumière de la totalité de la preuve, je conclus que le Canada, à l'étape III, n'a pas engagé de véritable dialogue et ne s'est pas penché sur les préoccupations qui avaient été exprimées de bonne foi par les demandeurs autochtones de manière à ce que soient envisagées des mesures d'accommodement possibles.

[755] Certes, l'équipe des consultations a travaillé de bonne foi et assidûment pour comprendre et consigner les préoccupations des demandeurs autochtones et les transmettre au gouverneur en conseil dans le rapport sur les consultations de la Couronne. Cet aspect des consultations de l'étape III était raisonnable.

[756] Or, comme le démontre notre analyse, il manquait un effort réel et soutenu d'engager un véritable dialogue. Les représentants du Canada ont fourni très peu de réponses lors des séances de consultation. Les quelques réponses se sont révélées laconiques, et ne favorisaient pas la tenue d'un véritable dialogue. Trop souvent la réponse consistait à affirmer que l'équipe des consultations transmettrait les préoccupations aux décideurs.

[757] Les réponses fournies par écrit — par voie de lettre ou du rapport sur les consultations avec la Couronne ou de ses annexes — étaient générales. Rien n'indiquait que l'on accordât une attention sérieuse au caractère raisonnable ou non ou à l'exactitude des conclusions de l'Office ni à la possibilité de modifier les conditions recommandées par l'Office ou d'y suppléer.

[758] Canada acknowledged it owed a duty of deep consultation to each Indigenous applicant. More was required of Canada.

[759] The inadequacies of the consultation process flowed from the limited execution of the mandate of the Crown consultation team. Missing was someone representing Canada who could engage interactively. Someone with the confidence of Cabinet who could discuss, at least in principle, required accommodation measures, possible flaws in the Board's process, findings and recommendations and how those flaws could be addressed.

[760] The inadequacies of the consultation process also flowed from Canada's unwillingness to meaningfully discuss and consider possible flaws in the Board's findings and recommendations and its erroneous view that it could not supplement or impose additional conditions on Trans Mountain.

[761] These three systemic limitations were then exacerbated by Canada's late disclosure of its assessment that the Project did not have a high level of impact on the exercise of the applicants' "Aboriginal Interests" and its related failure to provide more time to respond so that all Indigenous groups could contribute detailed comments on the second draft of the Crown Consultation Report.

[762] Canada is not to be held to a standard of perfection in fulfilling its duty to consult. However, the flaws discussed above thwarted meaningful, two-way dialogue. The result was an unreasonable consultation process that fell well short of the required mark.

[763] The Project is large and presented genuine challenges to Canada's effort to fulfil its duty to consult. The evaluation of Canada's fulfillment of its duty must take this into account. However, in largest part the concerns of the Indigenous applicants were quite specific and focussed and thus quite easy to discuss, grapple with and respond to. Had Canada's representatives met with each of the Indigenous applicants immediately following the

[758] Le Canada reconnaît qu'il avait à l'égard de chaque demandeur autochtone une obligation de consultations approfondies. Une telle obligation commandait plus.

[759] Les lacunes du processus de consultation découlent de l'interprétation stricte de son mandat par l'équipe des consultations avec la Couronne. Il manquait la présence d'un représentant du Canada habilité à établir un dialogue : une personne jouissant de la confiance du Cabinet qui aurait pu discuter, au moins en principe, des mesures d'accommodement nécessaires, des lacunes possibles dans le processus, les conclusions et les recommandations de l'Office et de la manière d'y remédier.

[760] Les lacunes du processus de consultation découlent également de la réticence du Canada à envisager la possibilité de lacunes dans les conclusions et les recommandations de l'Office et à en discuter ainsi que de son avis erroné suivant lequel il n'était pas habilité à imposer d'autres conditions à Trans Mountain.

[761] Ces trois limites systémiques ont été exacerbées par la communication tardive par le Canada de son évaluation suivant laquelle le projet ne nuirait pas de manière importante à l'exercice par les demandeurs de leurs « intérêts autochtones » et par son défaut d'accorder aux groupes autochtones la prorogation du délai de réponse de sorte qu'ils puissent fournir des commentaires détaillés au sujet de la deuxième ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne.

[762] Le Canada n'est pas tenu à une norme de perfection pour s'acquitter de son obligation de consulter. Or, les lacunes précédentes ont nui à la tenue d'un véritable dialogue. Il en a résulté un processus de consultation déraisonnable et nettement insuffisant.

[763] Le projet est de taille et présentait de véritables défis au Canada lorsqu'il s'agissait de s'acquitter de son obligation de consulter. L'examen de la manière dont le Canada s'en est acquitté doit tenir compte de ce fait. Or, en grande partie, les préoccupations des demandeurs autochtones étaient très précises et circonscrites. Ainsi, il aurait dû être facile d'en discuter et d'y répondre. Si les représentants du Canada avaient rencontré chaque

release of the Board's report, and had Canada's representatives executed a mandate to engage and dialogue meaningfully, Canada could well have fulfilled the duty to consult by the mandated December 19, 2016 deadline.

E. Remedy

[764] In these reasons I have concluded that the Board failed to comply with its statutory obligation to scope and assess the Project so as to provide the Governor in Council with a "report" that permitted the Governor in Council to make its decision whether to approve the Project. The Board unjustifiably excluded Project-related shipping from the Project's definition.

[765] This exclusion of Project-related shipping from the Project's definition permitted the Board to conclude that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of Project-related shipping. Having concluded that section 79 did not apply, the Board was then able to conclude that, notwithstanding its conclusion that the operation of Project-related vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale, the Project was not likely to cause significant adverse environmental effects.

[766] This finding—that the Project was not likely to cause significant adverse environmental effects—was central to its report. The unjustified failure to assess the effects of Project-related shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and the resulting flawed conclusion about the environmental effects of the Project was critical to the decision of the Governor in Council. With such a flawed report before it, the Governor in Council could not legally make the kind of assessment of the Project's environmental effects and the public interest that the legislation requires.

[767] I have also concluded that Canada did not fulfil its duty to consult with and, if necessary, accommodate the Indigenous applicants.

[768] It follows that Order in Council P.C. 2016-1069 should be quashed, rendering the certificate of public

demandeur autochtone dès la publication du rapport de l'Office, et s'ils avaient compris que leur mandat consistait à engager un véritable dialogue, le Canada se serait certainement acquitté de son obligation de consulter avant l'échéance prescrite du 19 décembre 2016.

E. Réparation

[764] Dans les présents motifs, je conclus que l'Office a manqué à son obligation légale de déterminer la portée du projet et de l'évaluer de sorte à fournir au gouverneur en conseil un « rapport » lui permettant de décider d'approuver ou non le projet. L'Office a exclu à tort le transport maritime de la définition du projet.

[765] En excluant le transport maritime de la définition du projet, l'Office a conclu que l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* ne s'appliquait pas à son examen des effets du transport maritime associé au projet. Ainsi, il pouvait affirmer qu'en dépit de sa conclusion selon laquelle l'exploitation de navires associés au projet était susceptible de causer des effets nocifs importants sur l'épaulard résident du sud, le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants.

[766] Cette conclusion — selon laquelle le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants — forme le cœur de son rapport. L'omission injustifiée d'évaluer les effets du transport maritime associé au projet sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et la conclusion viciée qui en a résulté sur les effets environnementaux du projet se sont révélées cruciales pour la décision du gouverneur en conseil. Doté d'un tel rapport vicié, le gouverneur en conseil n'était pas habilité à procéder à l'évaluation des effets environnementaux du projet et de l'intérêt public exigée par la loi.

[767] Je conclus également que le Canada ne s'est pas acquitté de son obligation de consulter les demandeurs autochtones et de les accommoder au besoin.

[768] Il s'ensuit que le décret C.P. 2016-1069 devrait être annulé, et le certificat d'utilité publique approuvant

convenience and necessity approving the construction and operation of the Project a nullity. The issue of Project approval should be remitted to the Governor in Council for prompt redetermination.

[769] In that redetermination the Governor in Council must refer the Board's recommendations and its terms and conditions back to the Board, or its successor, for reconsideration. Pursuant to section 53 of the *National Energy Board Act*, the Governor in Council may direct the Board to conduct that reconsideration taking into account any factor specified by the Governor in Council. As well, the Governor in Council may specify a time limit within which the Board shall complete its reconsideration.

[770] Specifically, the Board ought to reconsider on a principled basis whether Project-related shipping is incidental to the Project, the application of section 79 of the *Species at Risk Act* to Project-related shipping, the Board's environmental assessment of the Project in the light of the Project's definition, the Board's recommendation under subsection 29(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and any other matter the Governor in Council should consider appropriate.

[771] Further, Canada must re-do its Phase III consultation. Only after that consultation is completed and any accommodation made can the Project be put before the Governor in Council for approval.

[772] As mentioned above, the concerns of the Indigenous applicants, communicated to Canada, are specific and focussed. This means that the dialogue Canada must engage in can also be specific and focussed. This may serve to make the corrected consultation process brief and efficient while ensuring it is meaningful. The end result may be a short delay, but, through possible accommodation the corrected consultation may further the objective of reconciliation with Indigenous peoples.

la construction et l'exploitation du projet est par le fait même annulé. La question de l'approbation du projet devrait être renvoyée au gouverneur en conseil pour qu'il prenne rapidement une nouvelle décision.

[769] Le gouverneur en conseil doit alors renvoyer à l'Office ou à son successeur les recommandations et conditions de celui-ci pour nouvel examen. Aux termes de l'article 53 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, le gouverneur en conseil peut ordonner à l'Office de procéder au nouvel examen en tenant compte de tout facteur précisé par le gouverneur en conseil. Aussi, il est loisible au gouverneur en conseil d'imposer à l'Office un délai pour le nouvel examen.

[770] Plus particulièrement, l'Office devrait réexaminer, à la lumière des principes, les questions suivantes, à savoir si le transport maritime associé au projet est accessoire au projet, l'application de l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* au transport maritime associé au projet, l'évaluation environnementale du projet par l'Office à la lumière de la définition du projet, la recommandation faite par l'Office sous le régime du paragraphe 29(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et toute autre question que le gouverneur en conseil estime indiquée.

[771] En outre, le Canada est tenu de recommencer les consultations de l'étape III. Le projet ne pourra être présenté au gouverneur en conseil qu'une fois les consultations terminées et les mesures d'accommodement prises.

[772] Comme nous le mentionnons, les préoccupations des demandeurs autochtones communiquées au Canada sont précises et circonscrites, et le dialogue auquel le Canada est tenu peut être à l'avenant. Ainsi, il est possible de se pourvoir d'un processus de consultation corrigé bref et efficace, mais véritable. Si le résultat final est susceptible de se faire attendre un peu, le processus de consultation corrigé, grâce aux mesures d'accommodement possibles, pourrait favoriser la réconciliation avec les peuples autochtones.

F. Proposed Disposition

[773] For these reasons I would dismiss the applications for judicial review of the Board's report in Court Dockets A-232-16, A-225-16, A-224-16, A-217-16, A-223-16 and A-218-16.

[774] I would allow the applications for judicial review of the Order in Council P.C. 2016-1069 in Court Dockets A-78-17, A-75-17, A-77-17, A-76-17, A-86-17, A-74-17, A-68-17 and A-84-17, quash the Order in Council and remit the matter to the Governor in Council for prompt redetermination.

[775] The issue of costs is reserved. If the parties are unable to agree on costs they may make submissions in writing, such submissions not to exceed five pages.

[776] Counsel are thanked for the assistance they have provided to the Court.

MONTIGNY J.A.: I agree.

WOODS J.A.: I agree.

APPENDIX

National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7

Report

52 (1) If the Board is of the opinion that an application for a certificate in respect of a pipeline is complete, it shall prepare and submit to the Minister, and make public, a report setting out

(a) its recommendation as to whether or not the certificate should be issued for all or any portion of the pipeline, taking into account whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity, and the reasons for that recommendation; and

(b) regardless of the recommendation that the Board makes, all the terms and conditions that it considers necessary or desirable in the public interest to which the certificate will be subject if the Governor in Council

F. Dispositif proposé

[773] Pour ces motifs, je rejetterais les demandes de contrôle judiciaire du rapport de l'Office dans les dossiers A-232-16, A-225-16, A-224-16, A-217-16, A-223-16 et A-218-16.

[774] J'accueillerais les demandes de contrôle judiciaire du décret C.P. 2016-1069 dans les dossiers A-78-17, A-75-17, A-77-17, A-76-17, A-86-17, A-74-17, A-68-17 et A-84-17, j'annulerais le décret et renverrais l'affaire au gouverneur en conseil pour qu'il prenne rapidement une nouvelle décision.

[775] La question des dépens sera tranchée ultérieurement. Si les parties sont incapables de s'entendre sur le montant des dépens, elles sont autorisées à présenter des observations par écrit, d'au plus cinq pages.

[776] Nous remercions les avocats et avocates de leur concours.

LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE WOODS, J.C.A. : Je suis d'accord.

ANNEXE

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7

Rapport de l'Office

52 (1) S'il estime qu'une demande de certificat visant un pipeline est complète, l'Office établit et présente au ministre un rapport, qu'il doit rendre public, où figurent :

a) sa recommandation motivée à savoir si le certificat devrait être délivré ou non relativement à tout ou partie du pipeline, compte tenu du caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, du pipeline;

b) quelle que soit sa recommandation, toutes les conditions qu'il estime utiles, dans l'intérêt public, de rattacher au certificat si le gouverneur en conseil donne instruction à l'Office de le délivrer, notamment des

were to direct the Board to issue the certificate, including terms or conditions relating to when the certificate or portions or provisions of it are to come into force.

Factors to consider

(2) In making its recommendation, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant, and may have regard to the following:

- (a) the availability of oil, gas or any other commodity to the pipeline;
- (b) the existence of markets, actual or potential;
- (c) the economic feasibility of the pipeline;
- (d) the financial responsibility and financial structure of the applicant, the methods of financing the pipeline and the extent to which Canadians will have an opportunity to participate in the financing, engineering and construction of the pipeline; and
- (e) any public interest that in the Board's opinion may be affected by the issuance of the certificate or the dismissal of the application.

Environmental assessment

(3) If the application relates to a designated project within the meaning of section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the report must also set out the Board's environmental assessment prepared under that Act in respect of that project.

Time limit

(4) The report must be submitted to the Minister within the time limit specified by the Chairperson. The specified time limit must be no longer than 15 months after the day on which the applicant has, in the Board's opinion, provided a complete application. The Board shall make the time limit public.

Excluded period

(5) If the Board requires the applicant to provide information or undertake a study with respect to the pipeline and the Board, with the Chairperson's approval, states publicly that this subsection applies, the period that is taken by the applicant to comply with the requirement is not included in the calculation of the time limit.

conditions quant à la prise d'effet de tout ou partie du certificat.

Facteurs à considérer

(2) En faisant sa recommandation, l'Office tient compte de tous les facteurs qu'il estime directement liés au pipeline et pertinents, et peut tenir compte de ce qui suit :

- a) l'approvisionnement du pipeline en pétrole, gaz ou autre produit;
- b) l'existence de marchés, réels ou potentiels;
- c) la faisabilité économique du pipeline;
- d) la responsabilité et la structure financières du demandeur et les méthodes de financement du pipeline ainsi que la mesure dans laquelle les Canadiens auront la possibilité de participer au financement, à l'ingénierie ainsi qu'à la construction du pipeline;
- e) les conséquences sur l'intérêt public que peut, à son avis, avoir la délivrance du certificat ou le rejet de la demande.

Évaluation environnementale

(3) Si la demande vise un projet désigné au sens de l'article 2 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, le rapport contient aussi l'évaluation environnementale de ce projet établi par l'Office sous le régime de cette loi.

Délai

(4) Le rapport est présenté dans le délai fixé par le président. Ce délai ne peut excéder quinze mois suivant la date où le demandeur a, de l'avis de l'Office, complété la demande. Le délai est rendu public par l'Office.

Période exclue du délai

(5) Si l'Office exige du demandeur, relativement au pipeline, la communication de renseignements ou la réalisation d'études et déclare publiquement, avec l'approbation du président, que le présent paragraphe s'applique, la période prise par le demandeur pour remplir l'exigence n'est pas comprise dans le calcul du délai.

Public notice of excluded period

(6) The Board shall make public the dates of the beginning and ending of the period referred to in subsection (5) as soon as each of them is known.

Extension

(7) The Minister may, by order, extend the time limit by a maximum of three months. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, by order, further extend the time limit by any additional period or periods of time.

Minister's directives

(8) To ensure that the report is prepared and submitted in a timely manner, the Minister may, by order, issue a directive to the Chairperson that requires the Chairperson to

(a) specify under subsection (4) a time limit that is the same as the one specified by the Minister in the order;

(b) issue a directive under subsection 6(2.1), or take any measure under subsection 6(2.2), that is set out in the order; or

(c) issue a directive under subsection 6(2.1) that addresses a matter set out in the order.

Order binding

(9) Orders made under subsection (7) are binding on the Board and those made under subsection (8) are binding on the Chairperson.

Publication

(10) A copy of each order made under subsection (8) must be published in the *Canada Gazette* within 15 days after it is made.

Report is final and conclusive

(11) Subject to sections 53 and 54, the Board's report is final and conclusive.

Order to reconsider

53 (1) After the Board has submitted its report under section 52, the Governor in Council may, by order, refer the recommendation, or any of the terms and conditions, set out in the report back to the Board for reconsideration.

Avis publics – période exclue

(6) L'Office rend publiques, sans délai, la date où commence la période visée au paragraphe (5) et celle où elle se termine.

Prorogations

(7) Le ministre peut, par arrêté, proroger le délai pour un maximum de trois mois. Le gouverneur en conseil peut, par décret pris sur la recommandation du ministre, accorder une ou plusieurs prorogations supplémentaires.

Instructions du ministre

(8) Afin que le rapport soit établi et présenté en temps opportun, le ministre peut, par arrêté, donner au président instruction :

a) de fixer, en vertu du paragraphe (4), un délai identique à celui indiqué dans l'arrêté;

b) de donner, en vertu du paragraphe 6(2.1), les instructions qui figurent dans l'arrêté, ou de prendre, en vertu du paragraphe 6(2.2), les mesures qui figurent dans l'arrêté;

c) de donner, en vertu du paragraphe 6(2.1), des instructions portant sur une question précisée dans l'arrêté.

Caractère obligatoire

(9) Les décrets et arrêtés pris en vertu du paragraphe (7) lient l'Office et les arrêtés pris en vertu du paragraphe (8) lient le président.

Publication

(10) Une copie de l'arrêté pris en vertu du paragraphe (8) est publiée dans la *Gazette du Canada* dans les quinze jours de sa prise.

Caractère définitif

(11) Sous réserve des articles 53 et 54, le rapport de l'Office est définitif et sans appel.

Décret ordonnant un réexamen

53 (1) Une fois que l'Office a présenté son rapport en vertu de l'article 52, le gouverneur en conseil peut, par décret, renvoyer la recommandation ou toute condition figurant au rapport à l'Office pour réexamen.

Factors and time limit

(2) The order may direct the Board to conduct the reconsideration taking into account any factor specified in the order and it may specify a time limit within which the Board shall complete its reconsideration.

...

Order regarding issuance or non-issuance

54 (1) After the Board has submitted its report under section 52 or 53, the Governor in Council may, by order,

(a) direct the Board to issue a certificate in respect of the pipeline or any part of it and to make the certificate subject to the terms and conditions set out in the report; or

(b) direct the Board to dismiss the application for a certificate.

Reasons

(2) The order must set out the reasons for making the order.

Time limit

(3) The order must be made within three months after the Board's report under section 52 is submitted to the Minister. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, by order, extend that time limit by any additional period or periods of time. If the Governor in Council makes an order under subsection 53(1) or (9), the period that is taken by the Board to complete its reconsideration and to report to the Minister is not to be included in the calculation of the time limit.

Order is final and conclusive

(4) Every order made under subsection (1) or (3) is final and conclusive and is binding on the Board.

Obligation of Board

(5) The Board shall comply with the order made under subsection (1) within seven days after the day on which it is made.

Facteurs et délais

(2) Le décret peut préciser tout facteur dont l'Office doit tenir compte dans le cadre du réexamen ainsi que le délai pour l'effectuer.

[...]

Décret concernant la délivrance du certificat

54 (1) Une fois que l'Office a présenté son rapport en application des articles 52 ou 53, le gouverneur en conseil peut, par décret :

a) donner à l'Office instruction de délivrer un certificat à l'égard du pipeline ou d'une partie de celui-ci et de l'assortir des conditions figurant dans le rapport;

b) donner à l'Office instruction de rejeter la demande de certificat.

Motifs

(2) Le gouverneur en conseil énonce, dans le décret, les motifs de celui-ci.

Délais

(3) Le décret est pris dans les trois mois suivant la remise, au titre de l'article 52, du rapport au ministre. Le gouverneur en conseil peut, par décret pris sur la recommandation du ministre, proroger ce délai une ou plusieurs fois. Dans le cas où le gouverneur en conseil prend un décret en vertu des paragraphes 53(1) ou (9), la période que prend l'Office pour effectuer le réexamen et faire rapport n'est pas comprise dans le calcul du délai imposé pour prendre le décret.

Caractère définitif

(4) Les décrets pris en vertu des paragraphes (1) ou (3) sont définitifs et sans appel et lient l'Office.

Obligation de l'Office

(5) L'Office est tenu de se conformer au décret pris en vertu du paragraphe (1) dans les sept jours suivant sa prise.

Publication

(6) A copy of the order made under subsection (1) must be published in the Canada Gazette within 15 days after it is made.

Canadian Environmental Assessment Act, 2012, S.C. 2012, c. 19, s. 52

Definitions

2 (1) ...

designated project means one or more physical activities that

- (a) are carried out in Canada or on federal lands;
- (b) are designated by regulations made under paragraph 84(a) or designated in an order made by the Minister under subsection 14(2); and
- (c) are linked to the same federal authority as specified in those regulations or that order.

It includes any physical activity that is incidental to those physical activities. (*projet désigné*)

...

Environmental effects

5 (1) For the purposes of this Act, the environmental effects that are to be taken into account in relation to an act or thing, a physical activity, a designated project or a project are

- (a) a change that may be caused to the following components of the environment that are within the legislative authority of Parliament:
 - (i) fish and fish habitat as defined in subsection 2(1) of the *Fisheries Act*,
 - (ii) aquatic species as defined in subsection 2(1) of the *Species at Risk Act*,
 - (iii) migratory birds as defined in subsection 2(1) of the *Migratory Birds Convention Act, 1994*, and
 - (iv) any other component of the environment that is set out in Schedule 2;

Publication

(6) Une copie du décret pris en vertu du paragraphe (1) est publiée dans la *Gazette du Canada* dans les quinze jours de sa prise.

Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012), L.C. 2012, ch. 19, art. 52

Définitions

2 (1) [...]

projet désigné Une ou plusieurs activités concrètes :

- a) exercées au Canada ou sur un territoire domanial;
- b) désignées soit par règlement pris en vertu de l'alinéa 84a), soit par arrêté pris par le ministre en vertu du paragraphe 14(2);
- c) liées à la même autorité fédérale selon ce qui est précisé dans ce règlement ou cet arrêté.

Sont comprises les activités concrètes qui leur sont accessoires. (*designated project*)

[...]

Effets environnementaux

5 (1) Pour l'application de la présente loi, les effets environnementaux qui sont en cause à l'égard d'une mesure, d'une activité concrète, d'un projet désigné ou d'un projet sont les suivants :

- a) les changements qui risquent d'être causés aux composantes ci-après de l'environnement qui relèvent de la compétence législative du Parlement :
 - (i) les poissons et leur habitat, au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les pêches*,
 - (ii) les espèces aquatiques au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les espèces en péril*,
 - (iii) les oiseaux migrateurs au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*,
 - (iv) toute autre composante de l'environnement mentionnée à l'annexe 2;

(b) a change that may be caused to the environment that would occur

(i) on federal lands,

(ii) in a province other than the one in which the act or thing is done or where the physical activity, the designated project or the project is being carried out, or

(iii) outside Canada; and

(c) with respect to aboriginal peoples, an effect occurring in Canada of any change that may be caused to the environment on

(i) health and socio-economic conditions,

(ii) physical and cultural heritage,

(iii) the current use of lands and resources for traditional purposes, or

(iv) any structure, site or thing that is of historical, archaeological, paleontological or architectural significance.

...

Factors

19 (1) The environmental assessment of a designated project must take into account the following factors:

(a) the environmental effects of the designated project, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the designated project and any cumulative environmental effects that are likely to result from the designated project in combination with other physical activities that have been or will be carried out;

(b) the significance of the effects referred to in paragraph (a);

(c) comments from the public — or, with respect to a designated project that requires that a certificate be issued in accordance with an order made under section 54 of the *National Energy Board Act*, any interested party — that are received in accordance with this Act;

(d) mitigation measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any

b) les changements qui risquent d'être causés à l'environnement, selon le cas :

(i) sur le territoire domanial,

(ii) dans une province autre que celle dans laquelle la mesure est prise, l'activité est exercée ou le projet désigné ou le projet est réalisé,

(iii) à l'étranger;

c) s'agissant des peuples autochtones, les répercussions au Canada des changements qui risquent d'être causés à l'environnement, selon le cas :

(i) en matière sanitaire et socio-économique,

(ii) sur le patrimoine naturel et le patrimoine culturel,

(iii) sur l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles,

(iv) sur une construction, un emplacement ou une chose d'importance sur le plan historique, archéologique, paléontologique ou architectural.

[...]

Éléments

19 (1) L'évaluation environnementale d'un projet désigné prend en compte les éléments suivants :

a) les effets environnementaux du projet, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à celle d'autres activités concrètes, passées ou futures, est susceptible de causer à l'environnement;

b) l'importance des effets visés à l'alinéa a);

c) les observations du public — ou, s'agissant d'un projet dont la réalisation requiert la délivrance d'un certificat au titre d'un décret pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, des parties intéressées — reçues conformément à la présente loi;

d) les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux négatifs importants du projet;

significant adverse environmental effects of the designated project;

(e) the requirements of the follow-up program in respect of the designated project;

(f) the purpose of the designated project;

(g) alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible and the environmental effects of any such alternative means;

(h) any change to the designated project that may be caused by the environment;

(i) the results of any relevant study conducted by a committee established under section 73 or 74; and

(j) any other matter relevant to the environmental assessment that the responsible authority, or — if the environmental assessment is referred to a review panel — the Minister, requires to be taken into account.

...

Recommendations in environmental assessment report

29 (1) If the carrying out of a designated project requires that a certificate be issued in accordance with an order made under section 54 of the *National Energy Board Act*, the responsible authority with respect to the designated project must ensure that the report concerning the environmental assessment of the designated project sets out

(a) its recommendation with respect to the decision that may be made under paragraph 31(1)(a) in relation to the designated project, taking into account the implementation of any mitigation measures that it set out in the report; and

(b) its recommendation with respect to the follow-up program that is to be implemented in respect of the designated project.

...

Governor in Council's decision

31 (1) After the responsible authority with respect to a designated project has submitted its report with respect to the environmental assessment or its reconsideration report under section 29 or 30, the Governor in Council may, by

e) les exigences du programme de suivi du projet;

f) les raisons d'être du projet;

g) les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux;

h) les changements susceptibles d'être apportés au projet du fait de l'environnement;

i) les résultats de toute étude pertinente effectuée par un comité constitué au titre des articles 73 ou 74;

j) tout autre élément utile à l'évaluation environnementale dont l'autorité responsable ou, s'il renvoie l'évaluation environnementale pour examen par une commission, le ministre peut exiger la prise en compte.

[...]

Recommendations dans le rapport d'évaluation environnementale

29 (1) Si la réalisation d'un projet désigné requiert la délivrance d'un certificat au titre d'un décret pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, l'autorité responsable à l'égard du projet veille à ce que figure dans le rapport d'évaluation environnementale relatif au projet :

a) sa recommandation quant à la décision pouvant être prise au titre de l'alinéa 31(1)a) relativement au projet, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle précise dans le rapport;

b) sa recommandation quant au programme de suivi devant être mis en oeuvre relativement au projet.

[...]

Décisions du gouverneur en conseil

31 (1) Une fois que l'autorité responsable à l'égard d'un projet désigné a présenté son rapport d'évaluation environnementale ou son rapport de réexamen en application des articles 29 ou 30, le gouverneur en conseil peut, par

order made under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*

(a) decide, taking into account the implementation of any mitigation measures specified in the report with respect to the environmental assessment or in the reconsideration report, if there is one, that the designated project

(i) is not likely to cause significant adverse environmental effects,

(ii) is likely to cause significant adverse environmental effects that can be justified in the circumstances, or

(iii) is likely to cause significant adverse environmental effects that cannot be justified in the circumstances; and

(b) direct the responsible authority to issue a decision statement to the proponent of the designated project that

(i) informs the proponent of the decision made under paragraph (a) with respect to the designated project and,

(ii) if the decision is referred to in subparagraph (a)(i) or (ii), sets out conditions — which are the implementation of the mitigation measures and the follow-up program set out in the report with respect to the environmental assessment or the reconsideration report, if there is one — that must be complied with by the proponent in relation to the designated project.

Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29

Licences, permits, etc., under other Acts of Parliament

77 (1) Despite any other Act of Parliament, any person or body, other than a competent minister, authorized under any Act of Parliament, other than this Act, to issue or approve a licence, a permit or any other authorization that authorizes an activity that may result in the destruction of any part of the critical habitat of a listed wildlife species may enter into, issue, approve or make the authorization only if the person or body has consulted with the competent minister, has considered the impact on the species' critical habitat and is of the opinion that

(a) all reasonable alternatives to the activity that would reduce the impact on the species' critical habitat have

décrit pris en vertu du paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* :

a) décider, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation précisées dans le rapport d'évaluation environnementale ou, s'il y en a un, le rapport de réexamen, que la réalisation du projet, selon le cas :

(i) n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants,

(ii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui sont justifiables dans les circonstances,

(iii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui ne sont pas justifiables dans les circonstances;

b) donner à l'autorité responsable instruction de faire une déclaration qu'elle remet au promoteur du projet dans laquelle :

(i) elle donne avis de la décision prise par le gouverneur en conseil en vertu de l'alinéa a) relativement au projet,

(ii) si cette décision est celle visée aux sous-alinéas a)(i) ou (ii), elle énonce les conditions que le promoteur est tenu de respecter relativement au projet, à savoir la mise en œuvre des mesures d'atténuation et du programme de suivi précisés dans le rapport d'évaluation environnementale ou, s'il y en a un, le rapport de réexamen.

Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29

Permis prévus par une autre loi fédérale

77 (1) Malgré toute autre loi fédérale, toute personne ou tout organisme, autre qu'un ministre compétent, habilité par une loi fédérale, à l'exception de la présente loi, à délivrer un permis ou une autre autorisation, ou à y donner son agrément, visant la mise à exécution d'une activité susceptible d'entraîner la destruction d'un élément de l'habitat essentiel d'une espèce sauvage inscrite ne peut le faire que s'il a consulté le ministre compétent, s'il a envisagé les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce et s'il estime, à la fois :

a) que toutes les solutions de rechange susceptibles de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour

been considered and the best solution has been adopted;
and

(b) all feasible measures will be taken to minimize the impact of the activity on the species' critical habitat.

Non-application

(1.1) Subsection (1) does not apply to the National Energy Board when it issues a certificate under an order made under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*.

Application of section 58

(2) For greater certainty, section 58 applies even though a licence, a permit or any other authorization has been issued in accordance with subsection (1).

...

Notification of Minister

79 (1) Every person who is required by or under an Act of Parliament to ensure that an assessment of the environmental effects of a project is conducted, and every authority who makes a determination under paragraph 67(a) or (b) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* in relation to a project, must, without delay, notify the competent minister or ministers in writing of the project if it is likely to affect a listed wildlife species or its critical habitat.

Required action

(2) The person must identify the adverse effects of the project on the listed wildlife species and its critical habitat and, if the project is carried out, must ensure that measures are taken to avoid or lessen those effects and to monitor them. The measures must be taken in a way that is consistent with any applicable recovery strategy and action plans.

Definitions

(3) The following definitions apply in this section.

person includes an association, an organization, a federal authority as defined in subsection 2(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and any body that is set out in Schedule 3 to that Act. (*personne*)

l'habitat essentiel de l'espèce ont été envisagées, et la meilleure solution retenue;

b) que toutes les mesures possibles seront prises afin de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce.

Non-application

(1.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'Office national de l'énergie lorsqu'il délivre un certificat conformément à un décret pris en vertu du paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

Application de l'interdiction

(2) Il est entendu que l'article 58 s'applique même si l'autorisation a été délivrée ou l'agrément a été donné en conformité avec le paragraphe (1).

[...]

Notification du ministre

79 (1) Toute personne qui est tenue, sous le régime d'une loi fédérale, de veiller à ce qu'il soit procédé à l'évaluation des effets environnementaux d'un projet et toute autorité qui prend une décision au titre des alinéas 67a) ou b) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* relativement à un projet notifiant sans tarder le projet à tout ministre compétent s'il est susceptible de toucher une espèce sauvage inscrite ou son habitat essentiel.

Réalisation excomptées

(2) La personne détermine les effets nocifs du projet sur l'espèce et son habitat essentiel et, si le projet est réalisé, veille à ce que des mesures compatibles avec tout programme de rétablissement et tout plan d'action applicable soient prises en vue de les éviter ou de les amoindrir et les surveiller.

Définitions

(3) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

personne S'entend notamment d'une association de personnes, d'une organisation, d'une autorité fédérale au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et de tout organisme mentionné à l'annexe 3 de cette loi. (*person*)

project means

- (a) a designated project as defined in subsection 2(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* or a project as defined in section 66 of that Act;
- (b) a project as defined in subsection 2(1) of the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*; or
- (c) a development as defined in subsection 111(1) of the *Mackenzie Valley Resource Management Act*. (*projet*)

projet

- a) Projet désigné au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* ou projet au sens de l'article 66 de cette loi;
- b) projet de développement au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'évaluation environnementale et socio-économique au Yukon*;
- c) projet de développement au sens du paragraphe 111(1) de la *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie*. (***project***)

TAB 5

No. 38379

May 2, 2019

Le 2 mai 2019

BETWEEN:**ENTRE :**

City of Burnaby

City of Burnaby

Applicant

Demanderesse

- and -

- et -

Attorney General of Canada,
Trans Mountain Pipeline ULC and
National Energy Board

Procureur général du Canada,
Trans Mountain Pipeline ULC et
Office national de l'énergie

Respondents

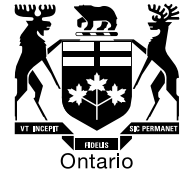
Intimés

JUDGMENT**JUGEMENT**

The motion for leave to intervene by the Attorney General of Alberta is dismissed. The application for leave to appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal, Number A-75-17, 2018 FCA 153, dated August 30, 2018, is dismissed with costs to the respondent, Trans Mountain Pipeline ULC.

La requête pour permission d'intervenir du procureur général de l'Alberta est rejetée. La demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, numéro A-75-17, 2018 CAF 153, daté du 30 août 2018, est rejetée avec dépens en faveur de l'intimé, Trans Mountain Pipeline ULC.

TAB 6



EB-2012-0442

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 Varna Wind Inc. for an order or orders pursuant to section 92 of the *Ontario Energy Board Act, 1998* granting leave to construct transmission facilities in the Municipalities of Bluewater and Huron East.

**DECISION ON MOTION AND
PROCEDURAL ORDER NO. 4**

May 2, 2013

Varna Wind Inc. (the “Applicant”) filed an application with the Ontario Energy Board (the “Board”), dated November 23, 2012, under sections 92 and 97 of the *Ontario Energy Board Act, 1998*. The Applicant has applied for an order of the Board granting leave to construct an electricity transmission line and related facilities for the Bluewater Wind Energy Centre, a wind farm generation facility, and for Board approval of the form of agreements that have been or will be offered to landowners affected by the approved route. The Board has assigned file number EB-2012-0442 to this application.

The Board issued a Notice of Application and Written Hearing on December 12, 2012.

On March 13, 2013, the Board issued Procedural Order No. 2 which, among other things, set out the date for the filing of intervenor evidence.

The following five intervenors submitted evidence: Hydro One Networks Inc. (“Hydro One”); Brian Oldfield; The Ritzemas; the Centennial-Hensall Road Group (the “Group”); and the Municipality of Bluewater (“Bluewater”).

On April 10, 2013, the Applicant filed a motion to: (a) strike the evidence filed by Hydro One, Bluewater, and the Group on the basis that in its view this evidence is irrelevant; (b) allow for the Applicant to file reply evidence; and (c) such further orders as counsel may advise and the Board considers appropriate.

On April 12, 2013, the Board issued Procedural Order No. 3 which set out the schedule for filing written submissions on the motion and deferred the date for filing responses to interrogatories on intervenor evidence to May 3, 2013.

Motion to Strike Evidence

With respect to the evidence of Bluewater and the Group, the Applicant submitted:

“[the evidence] consists of generic information about health impacts of wind turbines, the risks of fallen power lines, and a critique of wind powered generation. While one of the topics addressed in this evidence (i.e., stray voltage) has been addressed in leave to construct proceedings, none of this information is relevant to the issues in this proceeding, which the Board has reaffirmed on several occasions, most notably in Procedural Order No. 1....”

The Applicant submitted that the evidence of Hydro One deals primarily with two issues: the state of negotiations between Hydro One and the Applicant respecting the impact of the proposed facilities on Hydro One’s distribution network and the future use of Hydro One’s distribution facilities.

On the matter of negotiations, the Applicant submitted that negotiations are on-going. On the matter of future impact on Hydro One’s facilities, the Applicant submitted that the issues seek relief that is beyond the authority of the Board to grant in this proceeding.

Bluewater, the Group and Hydro One filed submissions on the motion.

Bluewater submitted that its evidence pertaining to stray voltage is relevant as it is a concern for local residents and dairy farmers, is directly related to the quality of electricity supply, discusses effects of high-frequency transient spikes on power quality and makes recommendations on how power quality can be improved.

The Group submitted that its evidence deals with issues that are within both elements of the Board's jurisdiction under section 96(2) of the Act and submitted a study by the Fraser Institute.

Hydro One argued that its evidence deals with issues that are within the Board's jurisdiction under section 96(2) of the Act.

In order to ensure a fair proceeding, the Board will generally not exclude evidence at this stage unless it is absolutely clear that the evidence is not relevant. The Board finds that the Applicant has not demonstrated that the evidence of Hydro One, Bluewater and the Group is clearly not relevant and therefore the motion is dismissed. In making its decision in this proceeding, the Board will of course give all evidence the appropriate weight, and will not take into account any evidence that proves not to be relevant.

Motion to File Reply Evidence

The Applicant requested that the Board allow the Applicant to file reply evidence by May 8, 2013 and for Board staff and intervenors to file interrogatories on that evidence soon after.

That request is granted, as outlined below.

The Board has decided to proceed with a written hearing and considers it necessary to make provision for the following procedural matters. Please be aware that further procedural orders may be issued from time to time.

The Board also reminds parties that have not yet filed their responses to interrogatories on intervenor evidence that these responses are due by May 3, 2013, as set out in Procedural Order No. 3.

THE BOARD ORDERS THAT:

1. The Applicant shall file its reply evidence with the Board and deliver it to all intervenors by **May 8, 2013**.
2. Board staff and any intervenor with interrogatories on the reply evidence submitted shall file their interrogatories with the Board and copy them to the Applicant by **May 17, 2013**.

3. The Applicant shall file its responses to the interrogatories with the Board and deliver them to all intervenors by **May 27, 2013**.
4. The Applicant shall file augment-in-chief, if any, with the Board and deliver it to all intervenors by **June 3, 2013**.
5. Board staff and intervenors shall file their submission, if any, with the Board, and deliver it to the Applicant and all other intervenors by **June 14, 2013**.
6. If the Applicant wishes to respond to any of the submissions, the response must be filed with the Board and delivered to all intervenors by **June 24, 2013**.

All filings to the Board must quote the file number, EB-2012-0442, be made through the Board's web portal at <https://www.pes.ontarioenergyboard.ca/eservice/>, 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 or diskette in PDF format, along with two paper copies. Those who do not have computer access are required to file 7 paper copies.

All communications should be directed to the attention of the Board Secretary at the address below, and be received no later than 4:45 p.m. on the required date.

ADDRESS

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

E-mail: Boardsec@ontarioenergyboard.ca
Tel: 1-888-632-6273 (toll free)
Fax: 416-440-7656

DATED at Toronto, May 2, 2013

ONTARIO ENERGY BOARD

Original Signed By

Kirsten Walli
Board Secretary

TAB 7



EB-2012-0458

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 K2 Wind
Ontario Limited Partnership for an Order granting leave to
construct a new transmission line and associated facilities.

**DECISION ON MOTIONS AND
PROCEDURAL ORDER NO. 5
June 14, 2013**

K2 Wind Ontario Limited Partnership ("K2 Wind") filed an application with the Ontario Energy Board (the "Board") dated December 5, 2012 under sections 92 and 97 of the *Ontario Energy Board Act, 1998* (the "Act"). K2 Wind has applied for an order of the Board for leave to construct approximately 5.1 km of underground single circuit 230 kilovolt ("kV") electricity transmission line and associated facilities (the "Proposal"), and for an order approving the form of agreements that have been or will be offered to landowners affected by the Proposal.

In the Notice of Application, the Board outlined the scope of the proceeding for applications that are filed under section 92 of the Act, indicating that section 96 of the Act states that the Board shall consider the public interest and shall only consider the following two issues when deciding if the proposed project is in the public interest:

- (1) The interests of consumers with respect to prices and the reliability and quality of electricity service; and
- (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.

The Board also noted that environmental issues with respect to this project are considered through a separate process which is not a part of this Board proceeding.

In Procedural Order No. 1, the Board reminded the parties that environmental issues are not within the scope of the Board's review as they are considered within the Ministry of the Environment Renewal Energy Approval ("REA") process. The Board also reminded parties that any approval of the application would ordinarily be conditional on all necessary permits and authorizations being received, including an approved REA. The Board also noted that the Board has the jurisdiction to approve the form of agreements with affected landowners pursuant to section 97 of the Act.

BACKGROUND TO THE MOTIONS

On March 23, 2013, an intervenor group of area residents (the "Residents Group") filed a letter requesting that the Board order K2 Wind to answer more fully a number of the interrogatories they submitted on March 4, 2013. In Procedural Order No. 3, the Board accepted this letter as a motion ("**Motion for IR Responses**").

On March 24, 2013, the Residents Group filed evidence with the Board consisting of three affidavits: an affidavit of Michael Leitch ("Leitch Affidavit"), an affidavit of Ross and Darlene Brindley ("Brindley Affidavit"), and an affidavit of Marianne and Paul Bollinger ("Bollinger Affidavit").

On April 1, 2013, K2 Wind filed a Notice of Motion seeking an Order of the Board striking out the three affidavits filed on behalf of the Residents Group ("**Motion to Strike**").

By way of Procedural Orders 3 and 4, the Board determined that it would hear both motions in writing and set out a schedule for the parties to file submissions on the motions. Both K2 Wind and the Residents Group filed submissions with respect to both motions.

MOTION FOR IR RESPONSES

As set out above, on March 23, 2013 the Residents Group filed a letter requesting that the Board order K2 Wind to further responses to interrogatories 1, 2, 4-7, 11, 12, 15, 18, 24, 26, 28 and 35 which were submitted on March 4, 2013. The interrogatories which are the subject of this Motion for IR Responses are attached as appendix A to this Decision and Procedural Order.

Board FindingsInterrogatories 4, 15 and 28

K2 Wind has provided clarification of its responses to these interrogatories. The Board does not require K2 Wind to provide any further response.

Interrogatory 2

The Board requires K2 Wind to clarify what it means by “final design”.

Interrogatories 1, 5-7, 11, 12, 18, and 26

The Board's review of the Proposal under section 92 of the Act does not include an in depth assessment of the engineering team, or of the project design as K2 Wind moves its transmission project through the various engineering and project management phases. That said, when the Board approves an application in this type of proceeding, its approval is subject to a set of conditions concerning compliance with applicable standards.

The Board therefore does not order K2 Wind to provide any further information in response to these interrogatories.

Interrogatories 24 and 35

These interrogatories request further information on communication issues that the Board does not require in order to make its decision. Therefore the Board does not order K2 Wind to make any further response.

MOTION TO STRIKE

As set out above, K2 Wind has filed a Motion to Strike concerning the Leitch Affidavit, Brindley Affidavit and Bollinger Affidavit.

The Leitch Affidavit essentially raised concerns that the project is inadequately designed to meet current standards and poses safety concerns. The Brindley Affidavit provided evidence related to stray voltage effects induced by overhead 27 kV distribution lines. The Bollinger Affidavit set out views expressed during an Ashfield-Colborne-Wawanosh (“ACW”) Township Council meeting concerning the content of a K2 Wind letter that was sent to various residents in the ACW Township.

The Board will generally not exclude evidence at this stage unless it is absolutely clear that the evidence is not relevant.

The Leitch Affidavit

The Residents Group submitted that the content of the Leitch Affidavit relates to the Residents Group’s interest in public safety, which involves reliability and quality of service, and accordingly that the affidavit is relevant and within the Board’s jurisdiction under section 96(2) of the Act. Further, the Residents Group submitted that the affidavit addresses the design parameters of the proposed transmission line and that, given Mr. Leitch’s extensive experience with respect to the design and construction of high voltage lines, he is a qualified expert in matters discussed within the affidavit.

In K2 Wind’s submission, Mr. Leitch has not demonstrated that he is an expert. In addition, K2 Wind submitted that the issues raised in the Leitch Affidavit are outside the scope of the proceeding, and would require the Board to engage in matters of electrical safety and construction standards which are within the exclusive jurisdiction of the Electrical Safety Authority (“ESA”).

Board Findings

The Board notes the usefulness of the Leitch affidavit in that it provides the Board with a very clear understanding with respect to both the general nature and the specifics of the Residents Group’s safety related concerns.

The Board further notes that with respect to its interest in safety as it may relate to reliability and quality of service, the Board has historically imposed, as a condition of the granting of the Board’s approval, the requirement to comply with all Electrical Safety Authority requirements. This condition imposed by the Board complements the ESA’s mandate on electrical safety and is included by the Board when the Board approval is

granted in recognition of the importance of the types of issues raised in the Leitch Affidavit.

The Board has determined that the Leitch Affidavit has been informative and provided the Board the opportunity to place the concerns of the Residents Group into the appropriate context in relation to the Board's jurisdiction. For this reason the Board denies K2 Wind's motion to strike the Leitch Affidavit.

Given the manner in which the Board has been assisted by the Leitch Affidavit, the Board does not consider it necessary to rule on Mr. Leitch's acceptability as an expert witness. However, the Board notes that without being qualified as an expert, Mr. Leitch can provide evidence concerning his personal experience, although he cannot provide expert opinion evidence.

The Brindley Affidavit

The Brindley Affidavit provided evidence that relates to stray voltage effects induced by overhead 27 kV distribution lines, including health effects on farm animals. Although the Proposal involves a 230 kV underground transmission line, which is significantly different, the Residents Group submitted that in fairness the wind project referred to in the Brindley Affidavit should be considered because K2 Wind referred to that project to illustrate its experience. K2 Wind submitted that the issue raised in the Brindley Affidavit concerns alleged stray voltage from a 27 kV distribution line of Hydro One Networks Inc. that has nothing to do with the Proposal. Further, K2 Wind submitted that the health issues that are raised in the Brindley Affidavit are outside the scope of this proceeding.

Board Findings

As indicated in the Board's Notice of Application and in Procedural Order No. 1, the Board's jurisdiction under the Act in this type of application is strictly limited. The type of issues relating to health effects from potential stray voltage are not within the Board's jurisdiction. However, as indicated above, the Board's approval of this type of application is normally conditional on approval of relevant regulatory requirements.

The Board grants K2 Wind's motion to strike the Brindley Affidavit from the record.

The Bollinger Affidavit

The Bollinger Affidavit sets out views expressed during an ACW Township Council meeting concerning the content of a K2 Wind letter that was sent to various residents in the ACW Township.

K2 Wind submitted that the ACW Council is not an intervenor in this proceeding. Further, K2 Wind submitted that the Bollinger Affidavit concerns a letter with content that is not within the scope of this proceeding.

Board Findings

The Board finds that the information contained in the Bollinger Affidavit is not relevant to this proceeding. Although it concerns communications relating to the Proposal, it does not address the substance of the issues that the Board is required by the Act to consider. The Board therefore grants K2 Wind's motion to strike the Bollinger Affidavit from the record.

However, the Board notes that the ACW Township, although not an intervenor, has filed letters of comment which will be duly considered in this proceeding in accordance with normal Board practice.

The Board considers it necessary to make provision for the following matters related to this proceeding. The Board may issue further procedural orders from time to time.

THE BOARD ORDERS THAT:

1. The Brindley and Bollinger affidavits shall be struck from the record.
2. K2 Wind shall complete its response to the Residents Group interrogatory 2 and file its response and copy all parties on or before **June 20, 2013**
3. K2 Wind shall file its argument-in-chief with the Board and copy all parties on or before **June 27, 2013**.
4. Intervenors and Board staff shall file any submissions, with the Board, and copy all parties, on or before **July 5, 2013**.

5. K2 Wind shall file its reply submission with the Board and copy all parties on or before **July 15, 2013**.

All filings to the Board must quote file number EB-2012-0458, be made through the Board's web portal at <https://www.pes.ontarioenergyboard.ca/eservice/>, 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. Parties shall 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, parties may email their documents 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.

All communications should be directed to the attention of the Board Secretary at the address below, and be received no later than 4:45 p.m. on the required date.

ADDRESS

Ontario Energy Board
P.O. Box 2319
2300 Yonge Street, 27th Floor
Toronto ON M4P 1E4
Attention: Board Secretary
E-mail: Boardsec@ontarioenergyboard.ca
Tel: 1-888-632-6273 (toll free)
Fax: 416-440-7656

DATED at Toronto, June 14, 2013

ONTARIO ENERGY BOARD

Original Signed By

Kirsten Walli
Board Secretary

APPENDIX 'A'
TO
DECISION ON MOTIONS AND PROCEDURAL ORDER NO. 5
RESIDENTS GROUP INTERROGATORIES CITED IN LETTER OF MARCH 23, 2013

Board File No: EB-2012-0458

June 14, 2013

Proposed Underground 230 KV Transmission Line

Reference:

- a) Exh. E/ Tab 1/ Sch.1/ pg 1 & 2/ Facilities Overview
- b) Exh. E/ Tab 2/ Sch.2/ pg 2 & 3/ major Transmission Equipment Ratings
- c) Exh. E/ Tab 6/ Sch.1/ Table of Applicable Codes, Standards and Regulations
- d) Exh. D/ Tab 2/ Sch.1/ Location of Proposed Facilities

1. Provide any additional and complete construction/engineering details of the proposed 230 KV line including: specifications for cables, protection, depth of construction, and materials used surrounding the cables. Provide the source for the proposed cables. Provide the details of the proposed contractors who will construct the underground line, including their background and specific experience in installing a 230 KV underground line. Indicate if their related experience pertains to an urban or rural environment.

Provide the names of any engineers who were involved in the design of the proposed 230 KV transmission line and provide their full C.V.s with details of their experience in working on and designing 230 KV underground lines. Indicate if their related experience pertains to an urban or rural environment.

Provide the minutes or notes from any discussions or meetings held with design engineers regarding the proposed underground transmission line.

2. Provide a schematic cross-section of each of the proposed river and road crossings of the underground 230 KV line. Indicate the exact depth of each crossing.

4. Provide copies of all applicable Ontario codes, standards and regulations specifically relating to an underground 230 KV transmission line. Indicate who will be responsible at the ESA for reviewing this high voltage installation.

5. Provide details of any fail safe/safety/backup system in the event of a failure in the transmission line.

6. Provide details of any measures that will be taken to prevent electrification of the surrounding lands in the event of a failure in the transmission line.

In the event of voltage issues/complaints associated with the K2 Wind transmission system, provide details of procedures for resolving these issues. Indicate which staff members will be responsible for resolving these issues. If outside contractors will be required, indicate which contractors will be retained.

7. Provide a copy of the K2 Wind emergency response plan for dealing with a failure in the transmission line. Provide details of the OPP and other emergency responders protocols for responding to an emergency situation involving the proposed transmission line, substation and transformer station.

11. Provide detailed information on how the municipal drains will be handled during construction of the proposed underground 230 KV line.

12. Provide detailed plans for procedures on dealing with ongoing municipal drainage work that may be needed on the municipal drains crossing the underground 230 KV transmission line.

15. How far will the underground 230 KV transmission line be located from private fence lines? Provide information on any existing fence lines intersecting the route of the proposed underground 230 KV transmission line and indicate how these will be dealt with during and after construction of the line.

18. Provide the co-ordinates for all splices in the proposed 230 KV line.

Project Overview

24. Please indicate whether K2 Wind or its affiliates has any connection to or has entertained any discussions with other proposed wind projects in the Township of Ashfield-Colborne-Wawanosh, including but not limited to EDP Resources.

System Impact Assessment (SIA) & Customer Impact Assessment (CIA)

Reference:

- a) Exh. G/ Tab 1/ Sch.1
- b) Exh. G/ Tab 2, 3 & 4/ Schs. 1 - SIA Report, CIA Report & SIA Report Addendum
- c) Exh. G/ Tab 6/ Sch.1
- d) Exh. G/ Tab 7/ Sch. 1

26. The output from the proposed wind project will be connected to a 500 KV Transmission line operated by Hydro One Networks. Provide the description, rules and regulations in regards to the 1988 registered easement for this 500 KV Transmission line. What were the maximum parameters of the 500 KV Transmission line as per the 1988 easement? Will the K2 project's connection change the parameters of the 1988 easement?

What is the available ground fault current for the 500 KV Transmission line. Provide a copy of the parameters for ground faults for this line.

What is the size and capacity of the grounding grid at the transformer station and the substation? Is this sized to permit additional future generation?

28. With regard to the proposed switchyard, indicate whether K2 Wind will be assuming the operational costs of this switchyard. Indicate who will be paying for any future upgrades to this switchyard.

Community and Stakeholder Consultation

Reference

- a) Exh. I/ Tab 1/ Sch.1
- b) Exh. I/ Tab 3/ Sch. 1

35. Various ratepayers and residents of ACW and elsewhere in Ontario have expressed concerns related to the impact of the proposed project. Have residents provided written confirmation that K2 Wind's response to these questions has satisfied their concerns? If so, provide a copy of these confirmations and indicate whether or not the correspondents have a material stake in the proposed project.

TAB 8



RP-2005-0022
EB-2005-0441
EB-2005-0442
EB-2005-0443
EB-2005-0473

IN THE MATTER OF the *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c.15 (Sched.B);

AND IN THE MATTER OF an Application by GEC Energy Centre Limited Partnership for an Order or Orders pursuant to section 90 of the *Ontario Energy Board Act, 1998* granting leave to construct a natural gas pipeline in the Township of St. Clair, Ontario;

AND IN THE MATTER OF an Application by GEC Energy Centre Limited Partnership for an Order or Orders pursuant to section 101 of the *Ontario Energy Board Act, 1998* for authorization for certain road and utility crossings required for the proposed pipeline;

AND IN THE MATTER OF an Application by GEC Energy Centre Limited Partnership for a Certificate of public convenience and necessity, pursuant to section 8 of the *Municipal Franchises Act*;

AND IN THE MATTER OF an Application by Union Gas Limited for an Order or Orders pursuant to section 90 of the *Ontario Energy Board Act, 1998* granting leave to construct a natural gas pipeline in the Township of St. Clair, Ontario.

BEFORE: Paul Vlahos
Presiding Member

Cynthia Chaplin
Member

Ken Quesnelle
Member

DECISION ON MOTION

November 7, 2005

The Proceeding

An application, dated July 20, 2005, was filed by the GEC Energy Centre Limited Partnership ("GEC") with the Ontario Energy Board under section 90 of the *Ontario Energy Board Act, 1998* for leave to construct a 2 km natural gas pipeline.

GEC plans to construct a 1005 MW gas-fired generating station in Courtright, in the Township of St. Clair, south of Sarnia, and the application requests approval for the construction of a pipeline to serve the generating station which is located in the franchise of Union Gas Ltd. ("Union").

If leave to construct the pipeline is granted, GEC also seeks an order authorizing the crossing of public roads and utilities pursuant to section 101 of the Act and a certificate of public convenience and necessity, pursuant to section 8 of the *Municipal Franchises Act*. The Board assigned File Nos. RP-2005-0022/EB-2005-0441/EB-2005-0442/EB-2005-0443 to GEC's application. The Board issued a notice of GEC's application on July 28, 2005.

Union filed an application, dated August 30, 2005, with the Board under section 90 of the Act for leave to construct a 2 km natural gas pipeline to supply gas to the generating station. Union's application represents a competing proposal to GEC's application. The Board has assigned File No. EB-2005-0473 to Union's application.

In Procedural Order No. 2, issued September 9, 2005, the Board ordered that the proceeding for GEC's application (RP-2005-0022/EB-2005-0441) and Union's application (EB-2005-0473) be combined and heard together in a joint proceeding.

On October 6, 2005, the Board received a Notice of Motion and Motion Record from GEC. The Notice of Motion and Motion Record were served on all the parties in the proceeding by e-mail on October 6, 2005. In the Notice of Motion, GEC seeks an order of the Board to exclude certain evidence filed on October 4, 2005, by the Society of Energy Professionals ("the Society").

In Procedural Order No. 3, issued October 12, 2005, the Board established a written process to deal with the motion and set dates for the filing of submissions by parties in the joint proceeding and the filing of reply submissions by GEC. On October 20, 2005, the Society, the Power Workers Union ("PWU"), and Union Gas Limited filed submissions on the motion. On October 24, 2005, GEC filed its reply submissions.

The Motion

In its Notice of Motion, GEC asked the Board to exclude the following documents from the Society's evidence:

- Tab 1: "Ontario Supply Mix into the Future-proposals from the Society of Energy Professionals, August 26, 2005"
- Tab 2: "Submissions Re The OPA Procurement Process. Submitted by The Society of Energy Professionals, July 29, 2005"
- Tab 3: "Letter to Mr. James O'Mara, Director, Environmental Assessment and Approvals Branch, MOE re: The Society of Energy Professionals Environmental Assessment Elevation Request, July 8, 2005"
- Tab 4: "Excerpts from GEC Energy Centre LP Environmental Review report, June 2005"
- Tab 5: "Canadian Energy Research Institute Levelized Unit Electricity Cost Comparison of Alternate Technologies for base-load generation in Ontario report, August 2004"
- Tab 7: "Canadian Council of Ministries of the Environment-Canada-Wide Standards for Particulate Matter (PM) and Ozone, June 5-6, 2000"

GEC submitted that this material is inadmissible because it is irrelevant to the proceeding and the Board's decision on the GEC application. In GEC's view the scope of the proceeding set by the Board in Procedural Order No. 1 does not

include the issues addressed by the evidence filed by the Society.

The Society also included in its evidence the Board document entitled “*OEB Environmental Guidelines for the Location, Construction and Operation of Hydrocarbon Pipelines and Facilities in Ontario, Fifth Edition, May 2003*” (the “Environmental Guidelines”). This evidence was not challenged by GEC, but the Board invited submissions on whether it needed to be filed as evidence, as it is a publicly available Board document.

Board Findings

In the Board’s view, the issues it needs to address are the following:

1. Procedural decisions to date
2. The Board’s consideration of the public interest
3. Cumulative environmental impacts

Procedural decisions to date

The Society argues that previous procedural documents issued by the Board on this application have already decided the issues brought forward in the Motion and that the Motion is duplicative and ought to be dismissed. The Board does not agree that the granting of intervenor status to the Society removed GEC’s right as an applicant to challenge the relevance of the Society’s evidence. In its letter of September 9, 2005 granting intervenor status to the Society, the Board did not address the request made by GEC in its letter of September 6, 2005 to limit the Society’s intervention. The Board did not limit the Society’s intervention or make an advance ruling on any evidence the Society might bring forward in part because the Society’s letter of September 1, 2005 stated that the precise nature and extent of its participation was not yet determined.

The Board always retains the authority to govern its own process, including making rulings at any point during the proceeding as to the relevance of questions asked or evidence offered. The scope of evidence the Board will hear on a matter remains within its control throughout the hearing process. Once the evidence of the Society was filed, the Board was in a better position to assess the scope of the Society's intervention. The Board will not dismiss the motion on the ground that it has already determined the issue.

The Board's consideration of the public interest

The Society's assertion that its evidence is relevant is based, to a great degree, on its interpretation of the Board's responsibilities with respect to the "public interest" and the Board's statutory objectives under the Act. In the Society's view, the Board's public interest responsibilities in this proceeding should include scrutiny of the generating station being served. The Society argued that GEC itself relies on the public interest aspect of the generating station in its evidence.

Similarly, the PWU submitted that GEC's own evidence relies on claimed electricity and environmental policy benefits and that therefore the Society's evidence should be admitted as an appropriate challenge to those claims. In the PWU's view, the proposed pipeline should not be considered in isolation from the energy and environmental policy issues that relate to the GEC project as a whole.

GEC argued in its reply submissions that the issues covered in the Society's evidence were beyond Board's jurisdiction under sections 90 and 96 of the Act, and that the use of the phrase "public interest" does not broaden the Board's jurisdiction to include an assessment of the environmental or economic impact of the use of the gas flowing through the pipeline.

The Board does not agree with the Society's view as to how the objectives contained in the Act govern the Board's consideration of leave to construct

applications. The Board agrees with GEC's submission that section 96 does not create jurisdiction but rather relates to how the Board's jurisdiction is to be exercised. In determining whether to grant a leave to construct, the Board must determine whether the pipeline itself is in the public interest, not whether facilities connected to it will be in the public interest. There are other processes in place related to the generating station, including an environmental assessment process. In considering the leave to construct application, it is not within the Board's jurisdiction to determine whether the generating station is in the public interest. For these reasons, the material at tabs 1, 2 and 5 of the Society's material is not relevant and will be excluded from the record of this proceeding.

Cumulative environmental impacts

The Society also argued that there are cumulative environmental impacts related to the pipeline and the generating station and that therefore the evidence of the station's environmental and socio-economic impacts are relevant to the proceeding. The section on cumulative effects in the Board's Environmental Guidelines refers to the additive effects of pipeline construction and other existing and future projects in the area and the interaction of pipeline construction with these projects. The Guidelines include projects beyond just pipeline projects, as demonstrated by the reference at page 38 to subdivision development, and the instruction to not restrict the study area to the pipeline easement and related work areas. However, the examples in section 4.3.13 of the Guidelines indicate that the type of cumulative impacts considered are quite narrow; largely soil, water and vegetation impacts directly resulting from construction. The materials filed by the Society at tabs 3, 4 and 7 address matters that have not yet been considered by the Board in assessing the cumulative effects of pipeline construction, such as the effect on the airshed of the activities of the end user of the gas that will flow through the pipeline. The Board has yet to be persuaded that such matters are relevant to the pipeline applications in this case.

The Board notes that the environmental report filed by the applicant Union, at page 52, refers to the cumulative effects of the construction of the power station. It appears that the scope of the Board's consideration of cumulative impacts is unclear to both applicants and intervenors. The Board will not exclude the material filed by the Society at tabs 3, 4 and 7 on the basis of the motion record. However, it remains an open question as to the appropriate use and weight to be accorded to this material during the hearing.

Conclusion and Order

The Board grants the motion from GEC to the extent of excluding the materials filed by the Society at tabs 1, 2 and 5. The material found at the remaining tabs is not excluded from the record. The use to be made of and the weight to be given to the Society's material remains an open question in the hearing.

DATED at Toronto, November 7, 2005

ONTARIO ENERGY BOARD

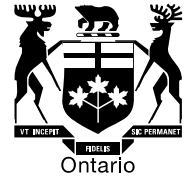
Signed on behalf of the Panel

Original signed by

Paul Vlahos

Presiding Member

TAB 9



EB-2007-0040

IN THE MATTER OF the *Electricity Act, 1998*, S.O.1998, c.15 (Schedule B);

AND IN THE MATTER OF an Application by the Association of Major Power Consumers in Ontario under section 33 of the *Electricity Act, 1998* for an Order revoking an amendment to the market rules and referring the amendment back to the Independent Electricity System Operator for further consideration, and for an Order staying the operation of the amendment to the market rules pending completion of the Board's review.

DECISION AND ORDER

(Issued April 10, 2007 and as corrected on April 12, 2007)

BEFORE:

Gordon Kaiser
Presiding Member and Vice Chair

Pamela Nowina
Member and Vice Chair

Bill Rupert
Member

The Application

On February 9, 2007, the Association of Major Power Consumers in Ontario ("AMPCO") filed with the Ontario Energy Board (the "Board") an Application under section 33(4) of the *Electricity Act, 1998* (the "Act") seeking the review of an amendment to the market rules approved by the Independent Electricity System Operator (the "IESO") on January 17, 2007. The Board has assigned file number EB-2007-0040 to the Application.

The amendment that is the subject matter of the Application is identified as MR-00331-R00: “Specify the Facility Ramping Capability in the Market Schedule” and relates to the ramp rate assumption used in the market pricing algorithm within the IESO-administered markets (the “Amendment”).

The specific relief sought in the Application is the following:

- an order under section 33(7) of the Act staying the operation of the Amendment pending completion of the Board’s review of the Amendment;
- an order under section 33(9) of the Act revoking the Amendment and referring the amendment back to the IESO for further consideration; and
- an award of costs, such costs to be payable by the IESO.

On February 9, 2007, the Board issued its Notice of Application and Oral Hearing in relation to the Application.

Under section 33(6) of the Act, the Board is required to issue an order that embodies its final decision in this proceeding within 60 days after receiving AMPCO’s application.

This is the first application of its kind to proceed to a hearing before, and a decision by, the Board. An earlier application by a different applicant and in relation to a different amendment to the market rules was subsequently withdrawn.

Although the Board has considered the entirety of the record in this proceeding, the Board has summarized the record only to the extent necessary to provide context for those findings.

The Amendment

The Amendment relates to the calculation of the energy price (the market clearing price or “MCP” that is calculated in five-minute intervals) in the real-time energy market administered by the IESO and, more specifically, to a change (from 12x to 3x) in the assumption that is made about the ramping capabilities of generation facilities when determining market prices.

The algorithm that is used to compute MCP – known as the “market schedule” and sometimes referred to as the unconstrained schedule – contains a parameter (the “TradingPeriodLength”) that specifies the ramp rate multiplier to be used in determining energy market prices. Ramp rate, which is usually expressed in MW per minute, indicates how quickly the output of a generation facility can be increased or decreased.

Prior to the Amendment, the market rules authorized the IESO (then known as the Independent Electricity Market Operator or IMO)¹ to establish the “TradingPeriodLength” parameter for the pricing algorithm but did not define its value. Prior to market opening, the value of the parameter was set at 60 minutes, which is the equivalent of a 12x ramp rate. Most generation facilities, and in particular those that typically set market prices, can change their output from minimum levels to full output in roughly one hour. The result of the 12x ramp rate multiplier is that the market schedule has since market opening assumed that generation facilities are able to ramp output up or down 12 times faster than is, in fact, the case. It is widely acknowledged that use of the 12x ramp rate multiplier was implemented as a temporary solution to address extreme price excursions that were experienced during testing prior to opening of the wholesale market.

Further examination of the ramp rate multiplier issue was initiated by the IESO in December, 2005. Stakeholder consultations ensued, principally through the Market Pricing Working Group as well as through the IESO’s Stakeholder Advisory Committee.

At the end of this examination, the IESO proposed to amend the market rules by setting the value of the “TradingPeriodLength” parameter at 15 minutes, which is the equivalent of a 3x ramp rate. To that end, on December 27, 2006, the IESO published the Amendment for comment. Five submissions were received in response; one from AMPCO opposing the Amendment and four from generators supporting the Amendment as a move in the right direction albeit not as the preferred solution. The Board of Directors of the IESO approved the Amendment on January 17, 2007, and it was published on January 19, 2007. The Amendment was scheduled to go into effect on February 10, 2007, the earliest date permitted by section 33(1) of the Act.

¹ For convenience, this Decision and Order will refer throughout to the IESO even though, at the time relevant to the point under discussion, it may have been called the IMO.

Once implemented, the Amendment would result in the market schedule assuming that generation facilities are able to ramp output up or down 3 times faster than is, in fact, the case.

It is to be noted that the 3x ramp rate multiplier relates solely to the calculation of energy prices. The physical dispatch algorithm (known as the “real-time schedule” and sometimes referred to as the constrained schedule), which is used by the IESO to dispatch facilities to meet market demand in any given interval, reflects the actual ramping capabilities of generation facilities (in other words, the value of the “TradingPeriodLength” parameter is set at 5 minutes, equivalent to a 1x ramp rate).

The role played by, and the impact of, the ramp rate multiplier in the determination of real-time energy prices is discussed further below under the heading “Pricing and Dispatch in the Real-time Energy Market”.

The Proceeding

A brief description of the issues and the orders issued by the Board is summarized below.

1. *Stay of Operation of the Amendment*

The Amendment had an effective date of February 10, 2007. AMPCO’s arguments in support of its application for an order under section 33(7) of the Act staying the operation of the Amendment pending completion of the Board’s review of the Amendment were that: (i) it is in the public interest to order the stay; (ii) there are legitimate concerns with respect to the Amendment that should be considered by the Board; and (iii) the balance of convenience favours a stay.

On February 9, 2007, the IESO filed a letter with the Board indicating that it consented to the stay of the operation of the Amendment, such consent being without prejudice to any arguments that the IESO might make in relation to the Board’s review of the Amendment. The IESO noted that it had given due consideration to the balance of convenience and the short duration of the stay given the Board’s statutory deadline for completion of its review of the Amendment.

By Order dated February 9, 2007, the Board stayed the operation of the Amendment pending completion of the Board’s review of the Amendment and issuance by the Board

of its order embodying its final decision on AMPCO's application for review of the Amendment. The Board noted in particular that the balance of convenience favoured a stay of the operation of the Amendment, particularly given the long history of the ramp rate issue in the IESO-administered markets.

2. *Intervenors*

The following parties requested and were granted intervenor status in this proceeding: the Association of Power Producers of Ontario ("APPRO"); Coral Energy Canada Inc. ("Coral Energy"); the Electricity Market Investment Group ("EMIG"); Hydro One Networks Inc. ("Hydro One"); the IESO; Ontario Power Generation Inc. ("OPG"); TransAlta Energy Corp. and TransAlta Cogeneration L.P. (collectively "TransAlta"); TransCanada Energy Ltd. ("TransCanada"); and the Vulnerable Energy Consumers Coalition ("VECC").

In addition, the Board received on March 30, 2007 a letter of comment filed by Constellation Energy.

3. *Procedural Order No. 1*

On February 16, 2007, the Board issued its Procedural Order No. 1. In addition to establishing the process and timelines for this proceeding, Procedural Order No. 1 also:

- indicated that cost awards would be made available in this proceeding to eligible intervenors, and solicited written submissions on the issue of the party from whom cost awards should be recovered;
- directed the IESO to file materials associated with the development and adoption of the Amendment; and
- identified the following as the issues to be considered in this proceeding:
 - (i) is the Amendment inconsistent with the purposes of the Act?
 - (ii) does the Amendment unjustly discriminate against or in favour of a market participant or a class of market participants?

4. *Cost Awards*

Requests for eligibility for an award of costs were made by AMPCO, VECC and APPrO. TransAlta reserved its right to apply for an award of costs should special circumstances arise in the proceeding. In its letter of intervention, the IESO also indicated that it would seek an award of costs.

In response to Procedural Order No. 1, four parties made submissions in relation to the issue of the party from whom cost awards should be recovered. The submissions are summarized in the Board's Procedural Order No. 2 issued on March 9, 2007.

The Board determined that cost awards in this proceeding should be recovered from the IESO, for the reasons stated in Procedural Order No. 2. The Board also determined that VECC, APPrO and AMPCO are eligible for an award of costs in this proceeding, subject to any objections that the IESO might wish to make for consideration by the Board. By letter dated March 16, 2007, the IESO indicated that while it accepts and respects the Board's decision regarding cost eligibility, it reserved the right to ask the Board to limit the amount of costs recoverable by parties objecting to the Amendment in the event that it appears, at the end of the proceeding, that some or all of the grounds for the objection ought not to have been advanced.

5. *Production of Materials by the IESO*

As noted above, among other things Procedural Order No. 1 directed the IESO to file materials associated with the development and adoption of the Amendment. By letter dated March 2, 2007, AMPCO alleged that the IESO's filing in response to Procedural Order No. 1 was deficient in a number of respects. By letter also dated March 2, 2007, the IESO replied to the allegations contained in AMPCO's letter, stating that there is no merit to AMPCO's allegations and that the IESO had produced all of the materials required by Procedural Order No. 1.

In its Procedural Order No. 2, the Board among other things ordered the IESO to produce certain materials, including material prepared by the IESO in the context of the Day Ahead Commitment Process and/or the Day Ahead Market initiative that directly relates to ramp rate (the "DAM/DACP Materials"). In ordering the IESO to produce the DAM/DACP Materials, the Board expressly recognized that the relevance of those Materials to the criteria set out in section 33(9) of the Act, which form the basis of the issues list set out in Procedural Order No. 1, is not clear. Procedural Order No. 2 thus also invited parties to make submissions on the issue of the relevance to this

proceeding of the DAM/DACP Materials, and more specifically to the criteria set out in section 33(9) of the Act and the issues list set out in Procedural Order No. 1.

On March 12, 2007, the IESO filed a letter with the Board in response to Procedural Order No. 2. In that letter, the IESO stated that the nature and extent of the task involved in satisfying the document production requirements of Procedural Order No. 2 makes completion of the task within anything remotely close to the specified timeframe completely impractical. Without waiving any of its rights or accepting the relevance to this proceeding of the materials identified in Procedural Order No. 2, the IESO put forward a proposed plan to meet the Board's information requirements within the requisite timeframes. On March 14, 2007, AMPCO filed a letter with the Board expressing its concerns regarding the IESO's proposed plan. The concerns related principally to the scope of the IESO's production in respect of the subject matter and time period to be covered.

On March 14, 2007, the Board issued its Procedural Order No. 3. The effect of Procedural Order No. 3 was to revise the nature of the production required of the IESO under Procedural Order No. 2, generally in line with the proposed plan submitted by the IESO in its letter of March 12, 2007 but with the exception that the production should cover a longer period than that proposed by the IESO.

6. *Technical Conference*

Procedural Order No. 1 made provision for a technical conference to be held in this proceeding. On March 20, 2007, and in response to inquiries received by certain parties, Board staff communicated with the parties to confirm whether they wished to proceed with the technical conference. Based on the responses received to that communication, the Board decided to cancel the technical conference and the parties were so advised by Board staff on March 21, 2007.

7. *Submissions on the "Relevance Issue"*

On March 21, 2007, AMPCO filed with the Board a letter setting out a proposal for submissions on the issue of the relevance of certain materials to this proceeding. As noted above, in its Procedural Order No. 2 the Board invited parties to make submissions on the relevance of the DAM/DACP Materials. AMPCO's proposal, made with the consent of the IESO, was to the effect that AMPCO would provide the Board and all parties with a "comprehensive submission on the relevance of materials

produced by the IESO in relation to a central theme contained in AMPCO's application: "that the Amendment violates fundamental principles of procedural fairness". The proposal also suggested that, rather than filing submissions in accordance with Procedural Order No. 2, parties should await production of AMPCO's comprehensive submission and respond to that document.

On March 22, 2007, the Board issued its Procedural Order No. 4 setting out the timeframe for the filing of AMPCO's submissions on relevance. The Board encouraged intervenors to make written submissions in response to those of AMPCO but, given the imminence of the commencement of the oral hearing, indicated that it would allow all intervenors to make oral submissions on the relevance issue at the beginning of the oral hearing.

Written submissions on relevance were filed by AMPCO, the IESO, APPrO and Coral Energy. The positions of the parties are summarized below under the heading "The Board's Mandate".

8. *The Oral Hearing and Final Written Argument*

The Board held an oral hearing in this proceeding, commencing on March 29, 2007 and concluding on March 30, 2007. The first day of the hearing was devoted almost exclusively to submissions by the parties on the "relevance issue", as described in greater detail below under the heading "The Board's Mandate". On the second day of the hearing, witnesses gave evidence on behalf of AMPCO, the IESO, APPrO and TransCanada, principally in relation to the nature and impact or effect of the Amendment. The position of the parties in this regard is discussed in greater detail below under the heading "The Impact of the Amendment".

During the hearing, proposals were also made by certain of the parties in relation to the filing of final written argument, and these were accepted by the Board. AMPCO filed its final written argument on April 2, 2007. VECC filed its final written argument on April 3, 2007. The following parties filed their final written argument on April 4, 2007: the IESO; APPrO; and TransCanada. OPG filed a letter with the Board indicating its support for the final argument filed by APPrO. Coral Energy did not file final written argument, but did indicate during the oral hearing that it would address the substantive issues associated with the Amendment through APPrO. AMPCO filed its written reply argument on April 5, 2007.

The Board's Mandate

The “relevance issue”, as it has been referred to in this proceeding, arose initially in relation to the DAM/DACP Materials. As stated in Procedural Order No. 4, the issue is relevance of materials – and hence of the position or argument that the materials support – relative to the criteria set out in section 33(9) of the Act. This issue, of necessity, requires consideration of the scope of the Board’s mandate on applications to review amendments to the market rules under section 33 of the Act.

As the proceeding progressed, it became clearer that AMPCO’s views as to the scope of the Board’s mandate differs markedly from the views of other parties. A number of the concerns raised by AMPCO regarding the Amendment relate not to the impact or effect of the Amendment, but rather to the process by which the Amendment was made by the IESO. Many of the materials filed by the IESO in response to the Board’s Procedural Orders are relevant to those concerns, but have little or no relevance to the issue of the impact or effect of the Amendment.

The position of the parties in relation to the scope of the Board’s mandate, as expressed in the written submissions filed in response to Procedural Order No. 4 and/or in oral submissions made at the commencement of the oral hearing, may be summarized as follows.

AMPCO’s position is that the Board’s mandate is not limited to the grounds set out in section 33(9) of the Act. Rather, the Board has a “plenary review jurisdiction” that would allow the Board to address what AMPCO alleges as significant failures of procedural fairness by the IESO. In support of its position, AMPCO referred to and relied on sections 33(4), 33(5) and 33(6) of the Act, on section 19(4) of the *Ontario Energy Board Act, 1998*, on the Board’s authority to determine all questions of law and fact in all matters within the Board’s jurisdiction, and on the Board’s public interest role. On that basis, in AMPCO’s view the criteria expressed in section 33(9) of the Act are better understood as the two instances in which the legislature has directed the Board on how it must exercise its review discretion, leaving the Board otherwise able to exercise its review discretion as the Board sees fit.

By contrast, the position of the IESO, APPrO, Coral, OPG and TransCanada is that the Board’s mandate is limited by section 33(9) of the Act to a determination of whether (a) the amendment is inconsistent with the purposes of the Act; or (b) the amendment unjustly discriminates against or in favour of a market participant or a class of market

participants. On that basis, whether the IESO has, and breached, a common law duty of procedural fairness or acted in a manner giving rise to a reasonable apprehension of bias (both of which allegations were denied by the IESO), are not matters for consideration by the Board on a market rule amendment review application under section 33 of the Act. Materials produced by the IESO that are relevant only to the IESO's processes in making the Amendment should therefore be disregarded. The IESO also specifically requested that the Board strike AMPCO's March 26, 2007 submission from the record.

On March 29, 2007, the Board rendered an oral decision on this issue. Specifically, the Board determined that its mandate under section 33 of the Act is limited to an examination of the market rule amendment against the criteria set out in section 33(9) of the Act. The Board also ordered that any evidence relating to the IESO's stakeholdering process, including AMPCO's March 26, 2007 submission, be struck from the record. An excerpt from the transcript of the oral hearing that contains the Board's decision and order in this regard is set out in Appendix A to this Decision and Order.

The parties agreed to, and filed with the Board, a list of the materials affected by the Board's decision (i.e., those to be struck from the record and those to remain on the record).

The Impact of the Amendment

It remains for the Board to determine whether the Amendment is inconsistent with the purposes of the Act or unjustly discriminates against or in favour of a market participant or a class of market participants.

A brief summary of the position of the parties is set out below, followed by the Board's findings.

In order to better understand the position of the parties, however, it is necessary to provide some further context around the setting of prices in the IESO-administered energy market and the role that the ramp rate multiplier plays, if only at a high and simplified level.

1. *Pricing and Dispatch in the Real-time Energy Market*

The MCP, which is calculated in five-minute intervals, is determined using a market schedule (pricing algorithm) that calculates the price based on the most economical offers submitted by generators that would satisfy the demand for energy in a particular five-minute interval. Dispatchable generators receive the MCP for their output, and dispatchable loads pay MCP for the energy they consume. All other generators and loads receive or pay, respectively, the Hourly Ontario Energy Price (“HOEP”). HOEP is a simple average of the 12 MCPs determined for the hour. Ontario currently has a uniform pricing system and MCP (and thus HOEP) are the same everywhere in the province. The introduction of locational marginal pricing for the province, which has long been the subject of discussion, is not expected to occur at least in the short term. However, the IESO does calculate what the prices would be in different locations were locational marginal pricing to be in place. These are referred to as “shadow prices”.

Three aspects of the market schedule are of particular relevance to this proceeding:

- the market schedule is “myopic”, in that it ignores expected demand in future intervals and sets the MCP based solely on demand conditions in each five-minute interval;
- the market schedule ignores transmission constraints, and assumes for pricing purposes that the cheapest available generation facility anywhere in Ontario is available to satisfy demand in any interval when, in fact, it may be unavailable due to transmission constraints; and
- the market schedule assumes for pricing purposes that generation facilities are able to ramp output up or down faster than they might actually be able to do so (by a factor of 12 currently or by a factor of 3 under the Amendment).

By contrast, the algorithm used by the IESO to dispatch facilities has the following characteristics:

- the dispatch algorithm has, since 2004, incorporated multi-interval optimization (“MIO”), which “looks ahead” to expected demand in future five-minute intervals;
- the dispatch algorithm takes account of all physical constraints on the system; and

- the dispatch algorithm respects the actual ramping capabilities of generation facilities.

The result is that MCP does not necessarily reflect what the prices would have been had the prices been determined on the basis of the offers submitted by generation facilities that are actually dispatched to provide energy to meet demand in a given five-minute interval. The ramp rate multiplier allows the market schedule to set prices on the basis of generation facilities that are cheaper but unavailable due to actual ramping restrictions, and as a result reduces both price volatility and the average level of prices. The same can be said for the market schedule assumption that the system is unconstrained.

A consequence of the lack of complete alignment between the pricing algorithm and the dispatch algorithm is that generation facilities that were assumed by the market schedule to be supplying energy in a five-minute interval might not in fact be dispatched due to the presence of transmission or ramping constraints. A generation facility may have to be dispatched even though it had offered to supply electricity at a price that is higher than HOEP. These generation facilities will be “constrained on”, and under the market rules are entitled to an additional payment referred to as a Congestion Management Settlement Credit (“CMSC”) payment. Similarly, when a cheaper generation facility is not dispatched due to the presence of transmission constraints or because it can ramp down more quickly than a more expensive generation facility, the cheaper facility will be “constrained off” and also entitled to a CMSC payment. In both cases, the CMSC payment reflects the difference between HOEP and the offer made by the generation facility that has been constrained on or constrained off, as the case may be. CMSC payments are not reflected in the energy price, but are recovered through uplift charges from wholesale market participants on a pro-rata basis based on their energy consumption at the time at which the CMSC payments were incurred.

2. Position of the Parties on the Impact of the Amendment

The following summary is based principally on the final arguments filed by the parties. For the most part, these largely reflect the tenor of each party’s participation in this proceeding.

The position of the parties to this proceeding fall into two distinct camps: AMPCO and VECC oppose the Amendment while the IESO, APPRO, Coral Energy (through APPRO),

OPG and TransCanada support it. The letter of comment received from Constellation Energy also supports the Amendment. TransAlta was not an active participant in this proceeding, but is one of the generators that indicated its support for the Amendment as an interim solution in response to the IESO's request for submissions referred to above. EMIG (of which Coral Energy and Constellation Energy Group Inc. are members) was also not an active participant in this proceeding, but noted in its letter of intervention its belief that "in order to support new private investment in generation, Ontario must transition towards a competitive market where prices reflect the true cost of power". Hydro One did not take a position in this proceeding.

A number of the arguments made by AMPCO and VECC challenge the validity or reliability of the IESO's assessment of the costs and benefits associated with the Amendment, and are therefore better understood if the position of the parties supporting the Amendment is presented first.

Parties Supporting the Amendment

Active participants in this proceeding that support the Amendment assert that the Amendment is consistent with the purposes of the Act and does not unjustly discriminate against or in favour of a market participant or a class of market participants. Certain parties have added that the evidence in this proceeding is overwhelmingly to that effect.

The IESO's position is that the Amendment is consistent with, and will promote, a number of the purposes of the Act. Specifically, the IESO submits that the Amendment will: enhance overall reliability, better protecting the interests of consumers in that regard (sections 1(a) and 1(f) of the Act); encourage conservation and demand management (sections 1(b) and 1(c) of the Act); promote economic efficiency (section 1(g) of the Act); and cultivate a financially viable electricity industry (section 1(i) of the Act). According to the IESO, the Amendment will contribute to the achievement of these objectives by: more closely aligning the dispatch and pricing algorithms; resulting in more accurate price signals for consumers and producers; reducing uneconomic exports out of Ontario with resulting efficiency gains realized through the mechanism of export arbitrage; providing immediate efficiency gains for the Province; reducing fossil fuel generation; and achieving a significant improvement in efficiency for the Ontario market.

The IESO further submits that the Amendment, a superior solution to the available alternatives (including incorporation of MIO in the pricing algorithm), will be simple and inexpensive to implement and will achieve the noted benefits with minimal, if any, impact on average prices for consumers. The IESO has estimated that the impact of the Amendment on HOEP will be an average 2.6 percent increase. However, the IESO has also estimated that the impact on consumer bills will be mitigated by: the export arbitrage response that is expected to follow implementation of the Amendment; the global adjustment; the rebate that is currently paid out on revenues earned by OPG on its non-prescribed assets (the "OPG Rebate"); savings in CMSC payments; and savings in Intertie Offer Guarantee payments (these being payments made to importers to reduce price risks for imports that result from the fact that they are scheduled based on pre-dispatch prices but settled on the basis of real-time prices). After accounting for such mitigation, and based on 2006 market prices, the impact of the Amendment would, according to the IESO, vary from a net cost of \$6.68 million or 0.004 cents/kWh (assuming an export arbitrage response of 50%, which the IESO considers conservative) to a net saving of approximately \$13 million or 0.008 cents/kWh (assuming an export arbitrage response of 100%). As a supplementary mitigation measure, the IESO intends to disburse surplus funds from the transmission rights clearing account (the "TR Clearing Account") over 12 consecutive months to begin in conjunction with implementation of the Amendment.

With respect to the issue of unjust discrimination, the IESO argues that discrimination, in the context of a market for electricity, refers to economic discrimination. As such, more must be involved than an economic advantage accruing to one party rather than the other. The IESO further states that, by lessening subsidies and better aligning prices and dispatch costs, the Amendment plainly lessens inappropriate economic treatment of market participants.

Similar to the IESO, APPrO submits that improvements resulting from implementation of the Amendment are consistent with the purposes set out in sections 1(b), 1(c), 1(f), 1(g) and 1(i) of the Act. According to APPrO, the Amendment addresses many of the challenges and inefficiencies resulting from the use of the 12x ramp rate multiplier by creating just price signals for generators and loads, and does so with minimal, if any, customer cost impacts. APPrO also argues that the effects resulting from the 12x ramp rate multiplier are prejudicial to, and discriminate against, consumers and suppliers. APPrO states that, by more closely aligning the pricing algorithm with the dispatch algorithm, the Amendment would mitigate those prejudicial and discriminatory effects

(such effects including that consumers are not paying the true cost of the electricity they consume and are paying for inefficiencies through uplift charges).

TransCanada's position is that the Amendment will improve the operation of Ontario's competitive electricity market and, since many of the purposes of the Act have as their object the promotion of a competitive market, improvements to the market support the purposes of the Act. According to TransCanada, by moving the market closer to real prices, the Amendment will also specifically encourage conservation (section 1(b) of the Act) and promote the use of cleaner energy sources (section 1(d) of the Act).

TransCanada also submits that market efficiency will be promoted by: more closely aligning the pricing and dispatch algorithms; increasing the internal consistency of the market rules; improving price signals and inducing more efficient investment; and improving price transparency and reducing less transparent uplift payments (by reducing CMSC payments). While not a perfect solution, in TransCanada's view the Amendment represents an important step in the right direction.

On the issue of unjust discrimination, TransCanada agrees with the view expressed by Coral Energy in submissions made before and during the oral hearing to the effect that "unjust" discrimination equates with "inefficient" discrimination.

Parties Opposing the Amendment

AMPCO and VECC take the position that the Amendment fails when considered in light of the criteria set out in section 33(9) of the Act, and should therefore be revoked and referred back to the IESO for further consideration.

AMPCO's position is that the Amendment is inconsistent with certain of the purposes of the Act. The purposes of the Act that underlie this position are: (i) ensuring the adequacy, safety, sustainability and reliability of electricity supply in Ontario through responsible planning and management of electricity resources, supply and demand (section 1(a) of the Act); and (ii) protecting the interests of consumers with respect to prices and the adequacy, reliability and quality of electricity service (section 1(f) of the Act). AMPCO also submits that the Amendment unjustly discriminates against consumers (by increasing prices) and in favour of generators (by providing "windfall profits" to generators – such as nuclear generators – that are unable to respond quickly to changing demand conditions).

In support of its position, AMPCO submits that the IESO is not at liberty to pick and choose the purposes of the Act that it will further while ignoring others in favour of perceived improvements in efficiency. The Act does not assign differing weights or priorities to the various purposes of the Act and, if anything, the protection of the interests of consumers has been given priority.

AMPCO also submits that the IESO's estimates of the costs and benefits of moving to a 3x ramp rate multiplier in terms of determining the wealth transfer implied by the Amendment are unreliable. According to AMPCO, the efficiency gains flowing from the Amendment, as articulated by the IESO and other parties, are: (i) not supported by economic theory having regard to the "Theory of the Second Best"; (ii) based on the mistaken view that uneconomic exports are principally the result of the 12x ramp rate multiplier rather than being largely attributable to Ontario's uniform pricing structure; and (iii) overstated. AMPCO states that, by contrast, the impact of the Amendment on consumers – a price impact variously estimated by the IESO at approximately \$225 million, \$197 million, \$112 million and \$100 million depending on whether the effect of arbitrage is taken into account – has been understated. AMPCO notes that a number of the price mitigation mechanisms identified by the IESO are of short (the OPG Rebate and the disbursement of funds from the TR Clearing Account) or uncertain (the global adjustment) duration or are speculative (export arbitrage), and a longer term price mitigation strategy is required. AMPCO also notes that the 3x ramp rate multiplier solution is inferior to incorporation of MIO in the pricing algorithm, which is a superior solution that could be implemented at a modest cost, and is not the preferred option identified by any market participant.

In its reply argument, AMPCO submits that the evidence in this proceeding does not, contrary to the position expressed by APPrO, answer the question of whether the Amendment will result in a HOEP that more closely approximates the price that would result were the pricing and dispatch algorithms perfectly aligned. AMPCO also submits that the evidence does not address what the "true cost" of electricity might be, nor how such notion compares based on the current HOEP versus HOEP calculated on the basis of the Amendment. Moreover, given the hybrid nature of the market, prices are not in AMPCO's view expected to have more than a marginal impact on investment decisions. AMPCO also notes that, contrary to the view articulated by TransCanada, the Act does not have as one of its objectives the promotion of a competitive market.

VECC's position is that the Amendment unjustly discriminates against consumers because it results in a pricing algorithm that moves away from, rather than towards, the

prices generated by the IESO's dispatch algorithm, resulting in overall inefficiency in the setting of HOEP by unjustifiably increasing the prices consumers pay on a province-wide basis. While agreeing that the Board's role is not to "remake" the IESO's decision in relation to the Amendment, VECC submits that the Board must determine whether the decision-making process was sound and led to a reasonable result in that: the issue was clearly defined; the criteria used by the IESO were comprehensive and consistent with the purposes of the Act; and the criteria were applied on a consistent and balanced basis throughout the decision-making process. VECC argues that the IESO's characterization of the issue changed over time from a focus on the differences between the pricing algorithm and the dispatch algorithm to a focus on inefficient exports. According to VECC, there is no confidence that the Amendment is the best way to address the newly framed issue without unjustly discriminating against consumers. In VECC's view, the IESO should therefore be directed to reconsider alternative solutions to the inefficient export issue that do not unjustly discriminate against consumers by inexplicably raising domestic prices.

VECC also expressed concern regarding use of the IESO's cost/benefit analysis as the measure of economic efficiency for changes in rules dealing with the market schedule and the determination of energy prices, noting that: uneconomic exports are largely the result of the fact that Ontario has uniform pricing; the IESO has narrowly redefined the issue of economic efficiency as reducing exports to New York; certain of the benefits that the IESO has identified in relation to the Amendment are unsubstantiated; and any amendment to the market rules that increased market prices would be judged as economically efficient when based on the IESO's analytical framework.

3. Position of the Parties on the Burden of Proof

An issue that arose most squarely in the exchange of final written argument is the question of which party bears the burden of proof in an application under section 33 of the Act.

Certain references in the IESO's final written argument make it clear that, in the IESO's view, in an application under section 33 of the Act the burden of proof is on the applicant to demonstrate that the market rule amendment is inconsistent with the purposes of the Act or is unjustly discriminatory.

AMPCO takes a different view, and submits that the burden of proof is ultimately on the IESO to show that the market rule amendment at issue in fact satisfies the test to be

applied by the Board as set out in section 33(9) of the Act. In support of that view, AMPCO notes that a market rule amendment review is fundamentally different from a more typical proceeding before the Board in that, among other things, applicants have no ability to pursue the relief of their choice by seeking an alternative or different amendment to the one adopted by the Board of Directors of the IESO. AMPCO also notes that the 60-day timeline within which the Board must issue its order on an application under section 33 of the Act supports AMPCO's position on the burden of proof issue. It would be patently unreasonable to expect that any applicant could develop a traditional applicant's filing complete with a full array of econometric and other analyses in the time allowed.

4. *Board Findings*

a. The Burden of Proof

In applications before the Board, the burden of proof is typically on the applicant to satisfy the Board that the requested relief should be granted. The Board certainly expects that the IESO will participate fully in proceedings relating to applications under section 33 of the Act in support of the amendment that is under review. However, the Board has heard no compelling reason that would cause it to take a different approach and place the burden of proof on the IESO in the circumstances of this case.

b. The Merit of Addressing the 12x Ramp Rate Multiplier Issue

Before turning to an examination of the impact or effect of the Amendment, the Board considers it useful to provide further context regarding the history and impact of the 12x ramp rate multiplier in the marketplace. Several parties noted that, as the wholesale market was designed for implementation at market opening, inputs to both the pricing algorithm and the dispatch algorithm were aligned in relation to the value to be used to reflect the ramping capabilities of generation facilities (in both algorithms, the value of the "TradingPeriodLength" was set at 5 minutes). To this day, that remains the case for the dispatch algorithm. As noted above, however, prior to market opening the market rules were amended to allow the IESO to set a different value for the "TradingPeriodLength" parameter in the pricing algorithm as a temporary measure to address extreme real-time price excursions that occurred during market testing. This is reflected in the "Explanation for Amendment" contained in market rule amendment proposal MR-00189-R00, dated April 16, 2002, which proposed the amendment to the

market rules that would allow the IMO the discretion to set the value of the TradingPeriodLength parameter in the pricing algorithm:

The proposed amendment would permit the IMO to establish a longer Trading Period Length in the market schedule (unconstrained) to overcome the [price excursion] problems identified above. With a longer Trading Period Length within the market schedule (unconstrained), generation facilities will have large ramping capability and there will be less need to select additional higher cost resources to meet the increasing demand. As a result, less extreme price excursions will occur.

The real-time schedule (constrained) will continue to use the 5 minute Trading Period Length. Therefore, discrepancies will increase between the real-time schedule and the market schedule (unconstrained). As a consequence, congestion management settlement credit (CMSC) payments will increase. However, the decreases in energy prices, resulting from the change in the ramp time in the market schedule, are expected to offset increases in CMSC payments.

It should be noted that using a longer Trading Period Length in the determination of the market schedule is judged to be a transitional provision. It is expected that a longer term solution will need to be considered which could include a day-ahead market with unit commitment, increased generator self-scheduling, contracted ramp capability, or multi-period optimization.

The Board has not heard any evidence in this proceeding that would point to the introduction of the 12x ramp rate multiplier as having a basis rooted in market economics. To the contrary, the evidence in this proceeding is that the 12x ramp rate multiplier distorts wholesale market prices downwards and engenders adverse consequences for the marketplace in the form of generation and demand side inefficiencies. For example, dampened wholesale prices diminish incentives for conservation, load management and demand side management. The evidence in this proceeding is also that the 12x ramp rate multiplier contributes to inefficient exports. Inefficient exports, in turn, can increase the need for coal-fired generation to meet Ontario demand and thereby contribute to increased emissions. These adverse consequences were identified and discussed at some length in the evidence filed by, and the testimony given on behalf of, the IESO and APPRO, and are also discussed in the evidence filed by TransCanada. That adverse consequences flow from the 12x ramp rate multiplier was not seriously contested by evidence to the contrary filed by

AMPCO, although AMPCO did challenge the strength of any causal connection between the 12x ramp rate multiplier and inefficient exports.

The Board also notes that the 12x ramp rate multiplier issue has been the subject of comment by the Market Surveillance Panel. Specifically, the potential adverse market impact of the 12x ramp rate multiplier has been referred to or discussed in the following Market Surveillance Panel semi-annual monitoring reports, which were referred to by a number of parties to this proceeding: December 13, 2003 (covering May 2002 to October 2003); December 13, 2004 (covering the period May to October 2004); June 9, 2005 (covering the period November 2004 to April 2005); June 14, 2006 (covering the period November 2005 to April 2006); and December 13, 2006 (covering the period May to October 2006).

For example, after concluding that a significant portion of the difference between the constrained and unconstrained real-time prices, and of the remaining difference between HOEP and the unconstrained pre-dispatch price, is due to the 12x ramp rate assumption, the Market Surveillance Panel stated as follows in its December 13, 2004 report (at page 66):

The Panel is of the view that the continued understatement of the HOEP leads to inefficient decisions by both loads and generators in both the short-term and the long-term. This takes the form of an inefficient load profile and of under-investment in both conservation and generation.

With respect to the argument that the assumption that ramp rates are 12-times their true value results in a more stable HOEP, the Panel recognizes that price stability can be beneficial to market participants. The Panel observes, however, that it is open to market participants to insulate themselves contractually from price variation. Moreover, price volatility presents a profit opportunity for more price responsive generation and loads. To the extent that it is efficient to do so, volatility can be reduced by the actions of market participants. This is much better, in the Panel's view, than suppressing price variation by artificial means, especially when this has the side effect of understating the average price. The Panel strongly recommends that actual ramp rates be used to determine the HOEP.

Eighteen months later, the Market Surveillance Panel further commented on the issue in its June 14, 2006 report (at page 79) as follows:

For these and possibly other reasons, arbitrage between Ontario and New York is focused on the HOEP. The result is inefficient exports and the effective extension of the cross-subsidy inherent in Ontario's uniform price regime to New York loads. This problem has been exacerbated by market rules that, other things being equal, would have reduced the HOEP relative to prices in the constrained schedule. For example, the 12 times ramp rate assumption, which has the appearance of systematically lowering the HOEP (i.e., because it removes ramp effects in price), may simply lead to more exports than would otherwise occur.

In its most recent report, dated December 13, 2006, the Market Surveillance Panel stated as follows on page 106:

There are two major causes of socially inefficient exports from Ontario to New York. First, like privately inefficient exports, the lack of accurate price signals or information can lead to "guessing wrong" and hence socially inefficient exports ex post. Improvements in price signals should result in a higher frequency of socially efficient exports. Socially inefficient exports can also occur, however, if there are defects in the market design. Ontario's uniform pricing regime is poorly designed in the sense that it admits to the possibility that the prices that exporters pay do not reflect the incremental cost of supply. Other aspects of the unconstrained pricing algorithm such as the 12 times ramp rate assumption can further misalign the HOEP and the relevant nodal prices thereby contributing to the potential for ex post socially inefficient exports... (footnote omitted)

And again at pages 147 and 148:

Moreover, with the Global Adjustment dampening the redistributive effects of changes in HOEP and mitigating any harm that might be said to be visited upon consumers from potentially higher HOEP, the Panel contends that there may be no better time than now to address the remaining sources of inefficiency in the design of the Ontario spot market. Artificially reducing the HOEP, as is the outcome under the current market design, simply means that consumers pay more (or receive a smaller rebate) through the Global Adjustment, all the while inducing market inefficiencies from which all Ontarians lose.

The real-time price signals generated by an efficient wholesale market are central to the economic success of the new hybrid market for several reasons:

- First, the real time production and consumption decisions of many wholesale market participants will continue to be guided by real-time prices. If these price signals continue to ignore certain system realities such as transmission constraints or the actual ramping capabilities of generation facilities, they will at times induce these participants to make decisions that reduce the short-term dispatch efficiency. As we have indicated in Chapter 3, factors such as the uniform pricing system and the 12 times ramp rate assumption create a wedge between the HOEP and local shadow prices. This can result in inefficient production and consumption decisions such as the inefficient exports from Ontario to New York that we began documenting in our last report....(footnote omitted)
- Second, even though long-term investment will be guided through central planning in the near term, price signals from an efficient wholesale market can and should play an important role in guiding this planning process...Furthermore, as we have argued above, attempts to subsidize consumers by suppressing real-time prices leads to over-consumption and could ultimately lead to over-investment by the planners at [the Ontario Power Authority].

These comments reinforce the evidence in this proceeding as to the inefficiencies to which the 12x ramp rate multiplier contributes.

The observations of the Market Surveillance Panel in its most recent (December 13, 2006) report also support the assertion made by the IESO and others that addressing efficiency of the market remains a relevant objective even in the context of the hybrid framework under which Ontario's electricity sector operates at this time. Even AMPCO's expert witness, Dr. Murphy, who questioned the relevance or merits of the Amendment in light of the evolution of the market to a hybrid structure, conceded on cross-examination that improvements in wholesale market efficiency and accurate price signals are important even in a hybrid market.

The Board accepts that the 12x ramp rate multiplier, introduced as a temporary measure, has price distorting effects that can and do engender inefficiencies. The Board therefore also accepts that, in principle, there is merit in addressing the 12x ramp

rate multiplier issue if and to the extent that efficiency improvements can be expected to result, and that this is so even in the context of the hybrid market.

c. Evaluation of the Amendment as a Solution

The IESO has put forward credible evidence that the Amendment will result in greater efficiency in the IESO's real-time market as compared to the status quo. The benefits from this improved efficiency include, but are not limited to, reduced uneconomic exports to New York. The impact of this latter benefit is quantifiable, and has been quantified by the IESO. The other benefits are less easily quantified, but bear consideration nonetheless.

The Board does not agree with AMPCO's argument that the Amendment is inconsistent with the purposes of the Act and that the IESO has selectively chosen the purposes of the Act it will further while ignoring others. AMPCO asserts that the Amendment is contrary to section 1(a) of the Act ("responsible planning and management of electricity resources, supply and demand"). The Board concurs with the IESO's view that greater economic efficiency will further that objective. AMPCO also argues that the Amendment is inconsistent with section 1(f) of the Act ("protect the interests of consumers with respect to prices and the adequacy, reliability and quality of electricity service"). As discussed more fully below, the Board finds that the IESO has carefully considered the impact of the Amendment on consumers' average bills and determined that the impact is likely to be relatively modest. It may even be positive. The IESO has also noted that, while there may be a modest impact on consumers' bills, the Amendment is consistent with the purpose of protecting the interests of consumers with respect to the adequacy and reliability of supply.

There is no evidence before the Board in this proceeding that would lead the Board to take issue with the assertion made by the IESO and others that improvements in the economic efficiency of the electricity system in Ontario will promote adequacy and reliability of supply by providing more accurate price signals and triggering more appropriate price responsive behaviour. The same can be said for the assertions that the Amendment will encourage conservation, load management and demand side management and will, by reducing inefficient exports, also reduce the need for coal-fired generation to meet Ontario demand and thereby contribute to a lessening of emissions.

AMPCO and VECC both assert that the "3x myopic" Amendment is, by the IESO's own submission, inferior to a "1x MIO" solution. They support this view by reference to

documents that were prepared by the IESO at various times in the Amendment development process. They submit that this is a valid basis on which the Board should revoke the Amendment.

The Board does not accept that view. Although it is obvious that the IESO reviewed several alternatives in the course of developing the Amendment, it has consistently taken the position in this proceeding that a “3x myopic” rule is superior to a “1x MIO” option. This conclusion appears in the document issued by the Board of Directors of the IESO when the Amendment was approved, and it is supported by the IESO’s and APPRO’s experts. Other than referring to earlier assessments that the IESO does not currently support, AMPCO and VECC provided no evidence that “1x MIO” is a superior solution.

d. The Anticipated Impact on Consumer Bills

The Board has also considered the possible impact of the Amendment on consumers’ electricity bills.

As noted above, the IESO has calculated that the net annual cost to consumers of adopting the 3x ramp rate assumption in the pricing algorithm is \$6.68 million, or 0.004 cents/kWh. That calculation is based on the following assumptions and estimates:

- an average annual HOEP of \$49 per MWh (the average price in 2006);
- an increase of 2.6% in the average HOEP as a result of the Amendment, before consideration of mitigating factors;
- mitigation of 50% of the estimate increase in HOEP due to “export arbitrage”;
- mitigation of 80% of the net price increase (that is, after the export arbitrage effect) due to the global adjustment and the OPG Rebate; and
- reductions in CMSC payments and Intertie Offer Guarantees that are paid through uplift charges.

In its calculation of the net consumer impact, the IESO also takes into account a planned distribution to consumers of approximately \$54 million from the IESO’s TR Clearing Account. The Board does not believe that this particular distribution is

appropriately considered as a mitigation measure in relation to the Amendment. Elimination of this particular mitigation measure does not affect the Board's overall assessment of the Amendment.

Dr. Rivard of the IESO testified that, on the basis of additional analysis on the elasticity of export response, the export arbitrage effect on HOEP would likely be higher than 50%, which would reduce further the net cost of the Amendment to consumers. He noted that were the export arbitrage effect to reach approximately 65%, and keeping the other assumptions the same, the impact of the Amendment would be a net reduction in consumers' bills.

AMPCO disputes most of the assumptions and estimates that underlie the IESO's calculations. It claims that the IESO's estimates are unreliable, although it provided little evidence about the estimates it believes should be used.

Predicting the net effect of the Amendment on consumer's bills is a complex exercise and is not something the Board believes can be done with precision. The Board does, however, view the IESO's calculation as an indicator of the order of magnitude of the net effect of the Amendment. The Board agrees with AMPCO that the base price of \$49 per MWh, which is the starting point of the IESO's calculation, is low by historical standards. The Board notes, however, that the IESO provided additional information on a range of net consumer costs using higher average HOEPs. The Board also acknowledges AMPCO's comment that the OPG Rebate is scheduled to expire in two years. Even if the OPG Rebate is discontinued at that time, the IESO has estimated that the global adjustment would still provide significant price mitigation, approximately 60% compared to the current 80% from the combined global adjustment and OPG Rebate.

The Board finds that the expected impact on consumers' bills is relatively modest. The IESO's published calculation shows a very minor impact – just 0.004 cents/kWh – based on estimates that the IESO considers to be conservative. Even if a higher base price were used (an average annual HOEP of \$70 per MWh based on 2005 prices), and assuming no replacement for or extension of the OPG Rebate in two years, the estimated net impact would be larger but still relatively small. The difference resulting from the use of a higher base price relative to use of the lower one would be much less than 1/10th of a cent/kWh.

e. Conclusions

The Board concludes that the efficiency benefits that are anticipated to arise as a result of the Amendment are consistent with the purpose of the Act that speaks to promoting economic efficiency in the generation, transmission, distribution and sale of electricity. The Amendment also supports the purposes that relate to encouraging electricity conservation, demand management and demand response; ensuring the adequacy, safety, sustainability and reliability of electricity supply in Ontario; and protecting the interests of consumers in relation to the adequacy and reliability of electricity service. While the Board acknowledges that the Amendment may result in an increase in average consumer bills, that increase is anticipated to be modest.

The Board is also of the view that, in the context of its mandate under section 33 of the Act, unjust discrimination means unjust economic discrimination.

Based on the record of this proceeding, the Board finds that the Amendment is consistent with the purposes of the Act. The Board also finds that the Amendment does not unjustly discriminate for or against a market participant or a class of market participants.

Other Matters

1. *Stay of the Amendment Pending Appeal*

By the terms of the Board's February 9, 2007 Order, the stay of the operation of the Amendment applies pending completion of the Board's review of the Amendment. Issuance of this Decision and Order completes the Board's review, and has by the terms of the Order the effect of lifting the stay. For greater certainty, however, the Board will include an order to that effect in this Decision and Order.

In its final written argument, AMPCO requested that, in the event that the Board does not revoke the Amendment, the Board order a stay of the Amendment pursuant to section 33(6) of the *Ontario Energy Board Act, 1998* pending appeal to the Divisional Court.

In the letter accompanying its final written argument, the IESO noted that this request for relief was not included in the Application and is out of time. While the IESO therefore did not address this request in its final written argument, the IESO did in its

letter express the view that the Board does not have jurisdiction to grant such relief, and that if AMPCO wants a stay it must apply to the Divisional Court. APPRO's position is to the same effect.

In the circumstances of this case, the Board has decided not to extend its February 9, 2007 order staying the operation of the Amendment.

The Board understands that the IESO may wish to proceed with implementation of the Amendment on a timely basis, and that parties that are supportive of the Amendment would be equally supportive of prompt implementation. However, the Board does not believe that it is in the best interests of the wholesale electricity marketplace to face the prospect of the Amendment being implemented one day and suspended shortly thereafter further to the invocation of a judicial process. The Amendment is not urgently required for reasons such as reliability and the ramp rate issue is one that has been outstanding for several years. In the circumstances, the Board expects that the IESO will act responsibly by allowing AMPCO a reasonable opportunity to request judicial recourse prior to taking whatever steps may be required to implement the Amendment. The Board similarly expects that AMPCO will act responsibly by ensuring that any request for a stay of the operation of the Amendment that it may wish to make to the Divisional Court is made without undue delay.

2. *New Obligations for IESO under its Licence*

In its final written argument, AMPCO requested that the Board require the following, either under an existing condition of the IESO's licence or by way of a new licence condition:

- that the IESO prepare and submit to the Board, for every proposed market rule and market rule amendment, a report supported by appropriate analysis and available to the public, that explains how the proposed rule or amendment is consistent with the objects of the IESO and promotes the purposes of the Act; and
- that, in relation to the Amendment and such other market rules or market rule amendments as the Board considers appropriate, the IESO report publicly on an annual basis with respect to whether and the extent to which the amendments have met the IESO's objectives and provided the benefits anticipated by the IESO at the time each of the amendments were made.

In the letter accompanying its final written argument, the IESO noted that this request for relief was not included in the Application, is out of time, was not dealt with in any way in this proceeding and is entirely inappropriate.

Whatever the Board may think of AMPCO's request on the merits, the Board does not consider it appropriate to address the request at this stage in the proceeding. The issue of new reporting requirements for the IESO in relation to amendments to the market rules was not raised by AMPCO on a timely basis, and the other parties to this proceeding will not have had a fair opportunity to consider and respond to the request. AMPCO may, if it so wishes, pursue this matter further outside the context of this proceeding.

3. *Cost Awards*

Parties eligible for an award of costs, as identified in Procedural Order No. 2, shall submit their cost claims by April 24, 2007. A copy of the cost claim must be filed with the Board and one copy is to be served on the IESO. The cost claims must comply with section 10 of the Board's *Practice Direction on Cost Awards*.

The IESO will have until May 8, 2007 to object to any aspect of the costs claimed. A copy of the objection must be filed with the Board and one copy must be served on the party against whose claim the objection is being made.

A party whose cost claim was objected to will have until May 15, 2007 to make a reply submission as to why its cost claim should be allowed. Again, a copy of the submission must be filed with the Board and one copy is to be served on the IESO.

The Board will issue its decision on cost awards at a later date once the above process has been completed.

THE BOARD ORDERS THAT:

1. The Application by the Association of Major Power Consumers in Ontario for an order under section 33(9) of the *Electricity Act, 1998* revoking the market rule amendment identified as MR-00331-R00: "Specify the Facility Ramping Capability in the Market Schedule" and referring the amendment back to the IESO for further consideration is denied.

2. The stay of the operation of the market rule amendment identified as MR-00331-R00: "Specify the Facility Ramping Capability in the Market Schedule", as ordered by the Order of the Board dated February 9, 2007, is lifted.

DATED at Toronto, April 10, 2007.

ONTARIO ENERGY BOARD

Original signed by

Kirsten Walli
Board Secretary

APPENDIX A

to

**Decision and Order
April 10, 2007**

**Association of Major Power Consumers in Ontario
Review of Market Rule Amendment
EB-2007-0040**

Excerpt from Transcript of Oral Hearing Held March 29, 2007

(see attached document)

1 our binder. I apologize, it might just be me, but the
2 record, the decision does not bear out the quote that that
3 included.

4 MR. RUPERT: Mr. Rodger, I was going to mention, I
5 think the page 5 reference, at least as I read it here,
6 didn't refer to the page that was doing what you thought it
7 did. Maybe there is a cross-reference issue in your
8 submissions.

9 MR. RODGER: I'll certainly check that. Sorry, Mr.
10 Rupert.

11 MR. KAISER: Why don't you have a look now, and see if
12 you can help us.

13 MR. RODGER: Mr. Chair, we'll endeavour to get copies
14 during the lunch break.

15 MR. KAISER: All right. We'll take the lunch break
16 now. We'll come back at 2 o'clock.

17 --- Recess taken at 12:34 p.m.

18 --- On resuming at 2:11 p.m.

19 **DECISION:**

20 MR. KAISER: Please be seated.

21 The Board has decided to issue a decision now on the
22 matter of the relevance of the evidence with respect to the
23 process, rather than deferring it, as Mr. Rodger suggested,
24 in order that we can proceed with the case in a more
25 orderly manner.

26 We are dealing with an application by AMPCO under
27 section 33(4) of the *Electricity Act* for review of the
28 three times ramp rate market rule amendment. In that

1 context there has been a discussion and a concern about the
2 scope of the case, and particularly whether evidence
3 regarding the process by which the IESO reached this rule
4 is relevant.

5 AMPCO submits that the three times ramp rate market
6 rule amendment should be revoked by this Board and referred
7 back to the IESO for stakeholder consultation, based on the
8 following grounds: First, that the process followed by the
9 IESO in the three times ramp rate stakeholder consultation
10 process violated IESO's common-law duty of procedural
11 fairness, by breaching AMPCO's legitimate expectation that
12 the IESO would follow its published stakeholder engagement
13 process and apply its stakeholder engagement principles,
14 and raising a reasonable apprehension of bias that the IESO
15 favoured the interests of generators; secondly, that the
16 integrity of the statutorily-mandated consultation process
17 has been undermined. They say this is inconsistent with
18 the purposes of the *Electricity Act* and unjustly
19 discriminates against Ontario consumers in favour of
20 Ontario generators.

21 They also allege certain substantive failures, as
22 well, which are not at issue in the proceeding this
23 morning.

24 Accordingly, AMPCO argues that the materials produced
25 by IESO relating to procedural matters are relevant both to
26 the issue of procedural fairness and also the substantive
27 issues.

28 The starting point in this discussion is section 33(9)

1 of the *Electricity Act*. It has been referred to by
2 virtually everyone this morning. It provides that:

3 "If, on completion of its review, the Board finds
4 that the amendment is inconsistent with the
5 purposes of this *Act*, or unjustly discriminates
6 against or in favour of a market participant or a
7 class of market participants, then the Board
8 shall make an order revoking the amendment on the
9 date specified by the Board and referring the
10 amendment back to the IESO for further
11 consideration."

12 AMPCO argues that all of the IESO materials are
13 relevant because they demonstrate that the IESO failed to
14 follow procedural fairness in developing the amendment.
15 According to AMPCO, the lack of procedural fairness
16 demonstrates that the amendment unjustly discriminates
17 against its members in favour of generators.

18 In other words, AMPCO argues that it has rights of
19 natural justice in IESO rule-making and that those rights
20 should be enforced by the Board in the market review
21 amendment process.

22 All of the other parties appearing before us this
23 morning state that this is an incorrect interpretation of
24 section 33(9), because it equates the term "unjustly
25 discriminates" with a violation of the rules of natural
26 justice and it equates the Board's review process with a
27 judicial review application.

28 They argue that the purpose of the Board's review in a

1 market review amendment should be aimed at economic
2 efficiency and not natural justice.

3 They say that the OEB should be reviewing an amendment
4 to the IESO rules and not the IESO stakeholdering process;
5 that the scope of the Board's review should be aimed at the
6 rule itself, and the impact of that rule, not the process
7 by which the amendment was made.

8 In other words, it's argued before us that the issue
9 is whether the rule is unjustly discriminatory. The Board
10 agrees with that position.

11 Sections 19(1) and 20 of the *OEB Act*, read together,
12 provide that the Board has general authority to determine
13 any question of law or fact arising in any matter before it
14 except where that authority is limited by statutory
15 provision to the contrary.

16 In the case of a market rule amendment, another
17 statutory provision does limit the Board's jurisdiction.
18 Section 33(9) of the *Electricity Act* specifically sets out
19 certain grounds on which the Board may make an order.

20 Accordingly, we find that section 33(9) of the
21 *Electricity Act* is a jurisdiction-limiting provision, not
22 another jurisdiction-granting provision. That is, with
23 respect to a market rule amendment, the Board's
24 jurisdiction is not as broad as suggested by section 20 of
25 the *OEB Act*, but limited by section 33(9) of the
26 *Electricity Act*.

27 In this regard, the Board has also considered the
28 submissions of various parties, and agrees, that the 60-day

1 time limit for disposing of this review is consistent with
2 the conclusion that the Board's scope of review is limited
3 to the criteria set out in section 33(9).

4 The legislature can be taken as having known that an
5 exhaustive review of the process would render it impossible
6 to meet these timelines.

7 We then come to what can be seen as a second and
8 distinct issue. That is whether there is a common-law
9 principle of administrative law that the IESO has violated
10 in the course of this market rule amendment process which
11 yields a separate and distinct remedy.

12 The IESO says the common-law principles of
13 administrative law do not assist AMPCO in extending the
14 jurisdiction of the Board to review the details of the
15 stakeholdering process. They say that the IESO is a
16 statutory corporation whose affairs are managed and
17 supervised by an independent board of directors, and the
18 functions carried out by the IESO under the review at issue
19 in this proceeding is a rule-making function and is
20 essentially a legislative function.

21 They rely upon the Supreme Court of Canada's 1980
22 decision in the Inuit Tapirisat as support for the
23 proposition that in legislative functions these rules do
24 not apply.

25 AMPCO takes a different view and it relies upon the
26 Supreme Court of Canada 1990 decision in Baker, as well as
27 the Divisional Court decision in Bezaire.

28 The aspects of the decision that AMPCO relies upon can

1 be found at pages 15 and 14, where the Court stated that
2 one of the criteria that must be looked at in determining
3 whether the rules of natural justice apply to a process is
4 whether the parties had a legitimate expectation that those
5 rules would be followed. The Court states, in part:

6 "Fourth, the legitimate expectations of the
7 person challenging the decision may also
8 determine what procedures the duty of fairness
9 requires in given circumstance."

10 They go on to say:

11 "This doctrine as applied in Canada is based on
12 the principle that the circumstances affecting
13 procedural fairness take into account the
14 promises or regular practices of administrative
15 decision-makers and it would generally be unfair
16 for them to act in contravention of
17 representations as to procedure or to backtrack
18 on substantive promises without according
19 significant procedural rights."

20 The Court also noted that another factor to be
21 considered in determining the nature and extent of the duty
22 of fairness that's owed to the parties is the importance of
23 the decision to individuals involved.

24 As has been pointed out, there's no question that
25 there's a significant amount of money involved in this
26 decision; it's an important decision. With respect to the
27 expectations of the parties, there is a provision in
28 section 13.2 of the *Electricity Act* requiring the IESO to

1 establish processes by which consumers, distributors and
2 generators may provide advice. AMPCO makes the point that a
3 framework was established to govern the process by which
4 these rules would be amended and implemented. They say
5 that this procedure, despite the expectation they were
6 entitled to, has not been followed.

7 That may or may not be the case, but this Panel is of
8 the view that that is not a matter for our consideration.
9 Mr. Vegh in his submissions questioned whether the Board
10 should be a parallel Divisional Court. We don't think it
11 should be.

12 IESO may or may not have followed the rules of natural
13 justice. And they may or may not have been required to do
14 so based upon the different authorities that have been
15 cited by the different parties. But that, we believe, is a
16 matter to be determined by the Divisional Court, not the
17 Ontario Energy Board.

18 Mr. Rodger did refer us to a decision of this Board on
19 September 20th, 2005. That appears at tab 11 of Ms.
20 DeMarco's brief. I'm reading in part:

21 "The Board concludes that stakeholder concerns
22 have been substantially met. The true test will,
23 however, be the experience of stakeholders in the
24 new process. Stakeholders and the Board will
25 have opportunities to review how well the process
26 works over time as they are implemented. The
27 Board therefore approves the IESO proposals on
28 its stakeholdering process. It should be noted,

1 however, that this approval relates to the
2 processes that the IESO has proposed. It does not
3 change the Board's obligation to review IESO
4 programs that have implications for IESO fees,
5 expenses and revenue requirements, even when
6 these programs have been subjected to the IESO
7 stakeholdering process."

8 Mr. Rodger's submission was that having approved the
9 stakeholdering process it was incumbent upon the Board to
10 follow through and police, if you will, the rule-making
11 process.

12 We differ on that. The two are distinct functions.
13 The review at question is a judicial review and best
14 reserved for the courts.

15 That leads us to the Order requested. Pursuant to
16 this decision, the Board will order that any evidence
17 relating to the stakeholdering process be struck. That
18 would include Mr. Rodger's submission of March 26th. If
19 the parties are unable to agree on what evidence is to be
20 excluded or not excluded, the Board may be spoken to.

21 That completes the Board's ruling in this matter.

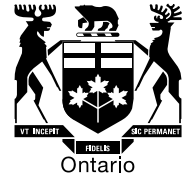
22 **PROCEDURAL MATTERS:**

23 Mr. Rodger and Mr. Mark, we were going to suggest,
24 subject to your convenience, that you may want to adjourn
25 for the rest of the day and regroup in light of that.

26 MR. MARK: It probably makes sense.

27 MR. KAISER: Unless there be some debate and
28 discussion as to what evidence is to be struck and what

TAB 10



EB-2013-0010
EB-2013-0029

IN THE MATTER OF the *Electricity Act, 1998*, S. O.
1998, c.15, Schedule A;

AND IN THE MATTER OF an Application made
collectively by entities that have renewable energy
supply procurement contracts with the Ontario
Power Authority in respect of wind generation
facilities for an Order revoking amendments to the
market rules and referring the amendments back to
the Independent Electricity System Operator for
further consideration.

**DECISION ON MOTION FOR THE PRODUCTION OF EVIDENCE
AND
PROCEDURAL ORDER NO. 3**

February 12, 2013

On January 24, 2013, a number of entities that have renewable energy supply procurement contracts with the Ontario Power Authority (“OPA”) in respect of wind generation facilities (the “Applicants”) collectively filed with the Ontario Energy Board an application under section 33(4) of the *Electricity Act, 1998* seeking the review of certain amendments to the market rules made by the Independent Electricity System Operator (“IESO”). The market rule amendments in question (the “Renewable Integration Amendments”) deal with the dispatching of, and the establishment of floor prices for, variable generation facilities, defined as all wind and solar photovoltaic resources with an installed capacity of 5MW or greater,¹ or all wind and solar photovoltaic resources that are directly connected to the IESO-controlled grid.

¹ Wind and solar photovoltaic resources that are embedded (i.e., not directly connected to the IESO-controlled grid) are captured by the Renewable Integration Amendments only if they are registered market participants.

On January 28, 2013, the Board issued its Notice of Application and Oral Hearing in relation to the Application.

The Board issued its Procedural Order No. 1 on January 29, 2013 and its Procedural Order No. 2 on February 4, 2013.

Letter of Direction to the IESO to Produce Evidence

As noted in Procedural Order No. 1, the Applicants previously filed an application with the Board under section 21 of the *Ontario Energy Board Act, 1998* asking the Board to give directions to the IESO to prepare evidence (the “Section 21 Application”).² The Applicants and the IESO both filed submissions in respect of the Section 21 Application. Acting on its own motion, the Board issued a Letter of Direction to the IESO on January 22, 2013 to produce certain evidence by January 29, 2013 (the “Letter of Direction”). The IESO filed voluminous materials on January 29, 2013, and filed a revised set of documents that included a supplementary document on January 31, 2013. These materials were later re-filed on February 6, 2013 in response to Procedural Order No. 2.³

The Applicants’ Motion

As part of the current Application, the Applicants re-filed their request for the production of materials from the IESO, which the Board has treated as a motion. Procedural Order No.1 established the process for the hearing of that motion; namely, the filing of submissions and an oral hearing. Submissions were filed by the Applicants, the IESO and the School Energy Coalition (“SEC”). Those submissions, together with the submissions of the Applicants and the IESO in respect of the Section 21 Application and the transcript of the oral hearing held on February 11, 2013, are available for review at the Board’s offices and on its website.

Submissions of the Parties

In their written and oral submissions, the Applicants reiterated their request for the production by the IESO of all of the materials identified in their Section 21 Application,

² EB-2013-0010. As noted in Procedural Order No. 2, the Board has combined the Section 21 Application proceeding with this one.

³ As required by Procedural Order No. 2, the re-filing was to include un-redacted versions of a number of documents that the IESO had redacted for reasons of relevance.

as reproduced in Schedule A to their February 5, 2013 submissions (the “Requested Evidence”). For convenience of reference, the Requested Evidence is listed in Appendix A to this Decision and Procedural Order.

The Applicants submitted that all of the Requested Evidence may be relevant to the issues in this proceeding, and noted that the Board has taken a broad view of relevance for the purpose of ordering the production of evidence. The Applicants also stated that the Board has previously highlighted the importance of fairness in Board proceedings, and has in other proceedings ordered parties to make best efforts to obtain information from third parties. Further, the Applicants noted that the IESO has long been aware of the potential for their Application, and that the Applicants asked the IESO for the Requested Evidence in November 2012. Hence, in the Applicants’ view, the IESO should be in a position to provide the Requested Evidence in a timely manner. The Applicants, for their part, are prepared to proceed to an oral hearing on March 7, 2013.

In their February 7, 2013 submissions, the IESO expressed reliance on the submissions that it made for the Section 21 Application. The IESO reiterated its position that certain portions of the Requested Evidence go to an issue that is outside the scope of the IESO’s mandate and outside the scope of the review of market rule amendments as set out in section 33 of the Electricity Act. Specifically, the IESO submits that the impact of the Renewable Integration Amendments on the Applicants’ payment rights under their contracts with the OPA, and how those payment rights compare to the payment rights of other dispatchable generators who have contracts with third parties, is clearly out of scope for this proceeding. The IESO invited the Board to first determine the scope of the issues in this proceeding, and to address the issue of evidence thereafter.

During the oral hearing, counsel for the IESO also submitted that the discovery process in relation to the Application should not be used for the collateral purpose of gaining an advantage in negotiations that are ongoing between the OPA and the Applicants. Noting that the Applicants have indicated that they do not intend to file evidence, counsel for the IESO also expressed concern that the production obligations of the parties should be contemporaneous and symmetrical, as is typically seen in applications (i.e. the filing of evidence by the parties followed by interrogatories as required), rather than proceeding by way of ordering the IESO to produce additional

materials. Counsel for the IESO confirmed that the IESO intends to produce evidence, and that the IESO proposes to do so by March 4, 2013.

In their February 7, 2013 submissions, SEC stated that the Board must have sufficient evidence on which to make a decision in this proceeding, and agreed with the Applicants that the test for determining relevance must be broad. In SEC's view, the IESO takes too narrow a view of the issues in this proceeding. Noting that the Board and the parties have little experience or jurisprudence to guide a review under section 33 of the Electricity Act, SEC did not favour the Board staging this proceeding and making determinations on relevance at this time. According to SEC, such determinations should only be made on the basis of a complete evidentiary record. Moreover, SEC submitted that while the Applicants' focus is on how they are affected by the Renewable Integration Amendments, the Board must consider a much broader range of considerations to ensure that other purposes of the Electricity Act are not ignored at the expense of those specifically raised by the Applicants. In SEC's view, the Board should err on the side of broader rather than narrower production, and should order the production of all documents in the possession of the IESO that relate to the Renewable Integration Amendments except where the documents are clearly not relevant to any possible issue in this proceeding.

Board Findings

The Board must accommodate two imperatives in this proceeding; namely, to treat the parties fairly and to issue an order that embodies the Board's final decision no later than March 25, 2013. As counsel for the Applicants pointed out, this places obligations on all of the parties. The Board's *Rules of Practice and Procedure* provide for a thorough process for the filing of evidence and the exchange of interrogatories. While the Board is guided by the principles reflected in those *Rules*, the Board concludes that the process must be adapted in this case to ensure fairness while respecting the statutory timeframe. As well as being time constrained, this proceeding differs from the Board's more customary proceedings. In their Application, the Applicants seek to overturn the action of another party; they are not seeking approval for an action on their part. In this proceeding, the Board must make a determination about the IESO's market rule amendments; the Board therefore expects that initial material necessary for the Board's review will originate with the IESO.

The Board will therefore order the IESO to produce the following materials, being a subset of the Requested Evidence, to the extent that the materials have not already been produced pursuant to the Letter of Direction:

- i. all materials (including reports, presentations and analyses but excluding correspondence) in the possession of the IESO with respect to how the IESO or any other government agency compensates market participants for curtailing or maneuvering their facilities to address: (a) actual or forecast instances of surplus energy; or (b) efficiency of the IESO-administered markets or reliability of the IESO-controlled grid to the extent that the existence and nature of such compensation is not discernible from the market rules or associated market manuals;
- ii. all materials (including reports, presentations and analyses but excluding correspondence) in the possession of the IESO relating to the way in which the Renewable Integration Amendments may impact the extent of curtailment to which variable generators may be subject, including any analysis of historical data, forecasts, projections or estimates of curtailments under ranges of scenarios, and including the underlying methodology, assumptions and calculations;
- iii. all materials (including reports, presentations and analyses but excluding correspondence) in the possession of the IESO respecting the way in which the Renewable Integration Amendments may have an impact on amounts owing by the OPA to variable generators in respect of their procurement contracts; and
- iv. all materials (including reports, presentations and analyses but excluding correspondence) in the possession of the IESO in respect of the matters addressed in any of the purposes set out in section 1 of the Electricity Act in relation to the Renewable Integration Amendments process, including all materials relating to the development and consideration of options that involved alternatives to imposing dispatch and floor price requirements on wind generators.

The Board is satisfied that the above materials may be relevant to the issues before the Board; namely, whether the Renewable Integration Amendments are inconsistent with

the purposes of the Electricity Act or unjustly discriminate against or in favour of a market participant or class of market participants. It remains to be determined to what extent the underlying information was considered by the IESO, or to what extent it should have been considered by the IESO. To be clear, the IESO is required to produce all materials captured by the items above irrespective of whether or not the IESO considers the materials to be relevant.

Item (iv) is very similar to item (viii) in the Board's Letter of Direction. However, there was some uncertainty during the hearing as to whether any distinction had been made between "information" and "material". The Board expects the IESO to confirm whether what it has already filed under the Letter of Direction fully meets item (iv) and to file any additional material if necessary to comply with item (iv).

The Board agrees with SEC that all of the purposes of the Electricity Act should be considered, and this is reflected in item (iv) above.

The Board will not order the IESO to request information of other government bodies. The Board finds that the appropriate information for the IESO to provide is the information that it has in its possession. The Board rarely requires a party to request information from third parties, and given the constraints applicable to this proceeding the Board concludes that such an approach would not assist the Board.

The Board will also not order the IESO to produce any further correspondence beyond correspondence that was captured by the Board's Letter of Direction. The production of correspondence has the potential to be particularly onerous for the IESO but of relatively limited incremental value in assisting the Board. The Board's focus in this proceeding is on the impact or effect of the Renewable Integration Amendments, which the Board believes can be understood from the other materials to be produced under the above items and from the IESO's filings pursuant to the Letter of Direction.

The Applicants also requested that the IESO produce all materials with respect to the expectations that market participants would be compensated with respect to the Renewable Integration Amendments. This request is adequately covered in item (i) above.

As noted above, the IESO argued that the scope of this proceeding should be established by the Board so as to exclude any consideration of the consequential impacts of the Renewable Integration Amendments on the Applicants (or other market participants) arising from their contracts with the OPA. The IESO maintained that it did not, and should not, consider those impacts in the market rule amendment process. The Board is not prepared to make the requested determination at this time in the absence of seeing the materials in the possession of the IESO. If this proceeding were not under a statutory time constraint, the Board might take the approach of conducting a preliminary enquiry into the scope of the issues prior to the filing of evidence and the exchange of interrogatories. However, given the time constraint the approach proposed by the IESO could result in disclosure being completed only a very short time before the Board is required to issue its order in this proceeding. That would be unfair to the Applicants, and would compromise the ability of the Board to appropriately consider the evidence and the issues before issuing its order. In the Board's view, the alternative of requiring early disclosure on a range of issues, even though some may eventually be found to be out of scope, does not unduly harm the IESO. The Board accepts that there is an administrative burden associated with the production of materials on a compressed schedule. However, as noted above the Board is only ordering the production of materials that are already in the possession of the IESO. The Board is not requiring production from third parties via the IESO, nor is it requiring the IESO to produce correspondence or new analyses.

Confidentiality Claims

During the oral hearing on the Applicants' motion, the Board confirmed the schedule for the filing of submissions on the confidentiality claims being made by the OPA and the Ministry of Energy in respect of certain of the materials filed by the IESO in response to the Letter of Direction. The process for addressing those confidentiality claims is proceeding in parallel with the further production of materials by the IESO that is being ordered under the terms of this Decision and Procedural Order.

The Board is concerned that any confidentiality issues associated with the materials to be produced by the IESO under the terms of this Decision and Procedural Order not engender any further delay in this proceeding. The Board expects that, in making this further production, the IESO will comply with the Board's *Rules of Practice and Procedure* and the *Practice Direction on Confidential Filings*. If considered appropriate by the relevant parties, any material in respect of which a confidentiality claim is being

made may be filed by the IESO, the OPA or the Ministry of Energy, provided again that the filing is in accordance with the above-noted Board regulatory requirements. To the extent that a confidentiality claim is being made on the same basis as applies to the current confidentiality claims, it will be sufficient to simply state that.

Remaining Steps in this Proceeding

As noted above, the IESO has stated that it intends to file evidence. The IESO has also indicated that it would like to pose interrogatories to the Applicants. The Applicants have not indicated that they intend to file any evidence, but they have stated that they are prepared to answer interrogatories to the extent that the Board considers them relevant and to the extent that the Applicants have the information in question.

The Board will make provision for the IESO to file evidence if it so chooses, and to pose interrogatories to the Applicants. The Board will allow all other intervenors to do the same. The Board will also make provision for the Applicants to file evidence if they choose. All of this evidence and interrogatories will be due on February 22, 2013. This is sooner than the IESO had proposed. However, the Board has already indicated that it must achieve fairness to the parties within the context of the statutory deadline.

The Board will not make provision for the filing of interrogatories on the IESO's evidence, or on the evidence of any other party (including the Applicants) which is filed on February 22, 2013. The Board is aware that the schedule outlined above will not allow parties to ask interrogatories of the Applicants on any evidence that the Applicants may file. The Board believes that any issues in this regard can be adequately addressed through cross-examination at the oral hearing. In addition, the Board will make provision for a Technical Conference should the parties want the opportunity to ask questions of a technical nature on the evidence.

The hearing of the Application will commence on March 7, 2013 and continue on March 8, 2013 if required. The Board will issue further direction in due course on the conduct of the hearing.

The Board considers it necessary to make provision for the following procedural matters. The Board may issue further procedural orders from time to time.

THE BOARD ORDERS THAT:

1. On or before **Friday, February 22, 2013**, the IESO shall file with the Board and deliver to all parties all materials in its possession that are captured by the list set out in this Decision and Procedural Order under the heading “Board Findings”. Where applicable, that filing shall comply with Rule 10 of the Board’s *Rules of Practice and Procedure* and the *Practice Direction on Confidential Filings* as set out in this Decision and Procedural Order under the heading “Confidentiality Claims”. If the IESO’s filing is voluminous, it may be filed and served on disc only. Nine discs shall be filed with the Board.
2. Any party that wishes to file evidence in this proceeding shall file that evidence with the Board and deliver a copy to all other parties on or before **Friday, February 22, 2013**.
3. Any party or Board staff that wishes to ask interrogatories of the Applicants shall file the interrogatories with the Board and deliver a copy of the interrogatories to all other parties on or before **Friday, February 22, 2013**.
4. Responses to interrogatories shall be filed with the Board and delivered to all other parties on or before **Friday, March 1, 2013**.
5. A Technical Conference will be held to review the evidence filed by the parties. The Technical Conference will commence at 9:30 a.m. on **Monday, March 4, 2013** in the Board’s West Hearing Room on the 25th Floor at 2300 Yonge Street, Toronto.
6. The oral hearing of the Application will commence at 9:30 a.m. on **Thursday, March 7, 2013** in the Board’s West Hearing Room on the 25th Floor at 2300 Yonge Street, Toronto. The hearing is currently scheduled for up to 2 days.

All filings to the Board must quote file number EB-2013-0029, be made through the Board’s web portal at <https://www.pes.ontarioenergyboard.ca/eservice/> and, except as noted above, shall 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. Parties shall use the document

naming conventions and document submission standards outlined in the RESS Document Guideline found at <http://www.ontarioenergyboard.ca/OEB/Industry>.

If the web portal is not available, parties may e-mail their documents to the address below. Those who do not have internet access are required to submit all filings on a disc in PDF format, along with two paper copies. Those who do not have computer access are required to file 7 paper copies.

All communications should be directed to the attention of the Board Secretary at the address below and be received no later than 4:45 p.m. on the required date.

With respect to distribution lists for all electronic correspondence and materials related to this proceeding, parties must include the Case Manager, Edik Zwarenstein at Edik.Zwarenstein@ontarioenergyboard.ca and the Board's Associate General Counsel, Martine Band at Martine.Band@ontarioenergyboard.ca.

ADDRESS

Ontario Energy Board
P.O. Box 2319
2300 Yonge Street, 27th Floor
Toronto ON M4P 1E4
Attention: Board Secretary
E-mail: Boardsec@ontarioenergyboard.ca
Tel: 1-888-632-6273 (toll free)
Fax: 416-440-7656

DATED at Toronto, February 12, 2013

ONTARIO ENERGY BOARD

Original Signed By

Kirsten Walli
Board Secretary

Attachments: Appendix A: Requested Evidence (reproduced from the Applicants' February 5, 2013 submissions)

APPENDIX A

TO

**DECISION ON MOTION FOR THE PRODUCTION OF EVIDENCE
AND
PROCEDURAL ORDER NO. 3**

Renewable Energy Supply Generators

Board File No: EB-2013-0010/EB-2013-0029

February 12, 2013

Requested Evidence

(reproduced from the Applicants' February 5, 2013 submissions)

- b) Information relating to discrimination against Affected Generators by exposing them to uncompensated and involuntary curtailment, including:**
- All Materials (defined as including internal correspondence and modelling, and all communications with Government Agencies (defined as including the OPA and Ontario Electricity Finance Corporation ("OEFC")), and all Market Participants) with respect to how the IESO or any other government agency compensates market participants for curtailing or manoeuvring their facilities to address actual or forecasts instances of surplus energy or for other purposes;
 - All Materials with respect to the expectations that market participants, including but not limited to Affected Generators, would be compensated with respect to the SE-91 Amendments; and
 - For greater certainty, satisfying this request includes the requirement that the IESO specifically request Government Agencies to provide all of their Materials with respect to:
 - compensation of market participants for curtailing or manoeuvring their facilities to address actual or forecasts instances of surplus energy; and

- with respect to the expectations that market participants, including but not limited to Affected Generators, would be compensated with respect to the SE-91 Amendments.

c) Information relating to discrimination in favour of the OPA:

- All Materials relating to the way in which the SE-91 Amendments may impact the extent of curtailments to which the Affected Generators may be subject, and, in particular, all forecasts, projections or estimates of curtailments under ranges of scenarios, identifying who prepared them, and including the underlying methodology, assumptions and calculations of such forecasts, projections or estimates;
- All Materials respecting the way in which the SE-91 Amendments may have an impact on amounts owing by the OPA to Affected Generators in respect of their procurement contracts; and
- For greater certainty, satisfying this request includes the requirement that the IESO specifically request Government Agencies to provide all of their Materials with respect to:
 - the way in which the SE-91 Amendments may impact the amount that the Affected Generators may be subject to curtailment, and, in particular, a forecast of curtailments; and
 - the expectations that market participants, including but not limited to Affected Generators would be compensated with respect to the SE-91 Amendments.

d) Information relating to the consistency of the SE-91 Amendments with the purposes of the EA, including:

All Materials considered by the IESO in respect of the matters addressed in ss. 1(d), (e) and (i) of the EA in the SE-91 Amendment process, including all Materials relating to the development and consideration of options that involved alternatives to imposing dispatch and floor price requirements on wind generators.

TAB 11

CITATION: Sierra Club Canada v. Ontario (Ministry of Natural Resources and Ministry of Transportation), 2011 ONSC 4086

DIVISIONAL COURT FILE NO.: 412/10

DATE: 20110629

2011 ONSC 4086 (CanLII)

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:

SIERRA CLUB CANADA

Applicant

– and –

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT
OF ONTARIO AS REPRESENTATIVE
OF THE MINISTRY OF NATURAL
RESOURCES AND THE MINISTRY OF
TRANSPORTATION

Respondents

Paula Boutis, for the Applicant

*William J. Manuel and Lise Favreau, for the
Respondents*

HEARD: May 18, 2011

JENNINGS, J. WILSON, LEDERER J.J.

ENDORSEMENT

Preliminary Motion to strike three affidavits

[1] The applicant Sierra Club Canada is seeking judicial review of the decision of the Minister of Natural Resources dated February 9, 2010 granting a permit to the Ministry of Transportation pursuant to section 17(2)(d) of the *Endangered Species Act, 2007*, S.O. 2007, c. 6 (the ESA). The permit allows the development of the proposed Windsor Essex Parkway portion of the Detroit River International Crossing project (the Decision). It is the applicant's position that the project places in jeopardy the survival or recovery of two species of snake – the Butler's Gartersnake and the Eastern Foxsnake (Carolinian population) – as well as the colicroot plant.

[2] The Respondents brought a preliminary motion at the opening of this three-day hearing before the panel to strike two affidavits filed by the applicant in their entirety, and to strike aspects of a third affidavit.

[3] The three affidavits that the respondents seek to strike include:

- the affidavit of Dr. Robert Murphy – a professor in the Department of Ecology and Evolutionary Biology at the University of Toronto,
- the affidavit of Ms. Diane Saxe – a lawyer with expertise in the environmental law field, and
- the affidavit of Dan McDermott – the Director of the Ontario Chapter of Sierra Club Canada.

[4] Dr. Murphy was retained some six months after the Decision was rendered to conduct a peer review of one of the reports drafted by an expert retained by the Ministry with respect to the Eastern Foxsnake. Dr. Murphy's affidavit also presents evidence on scientific authorities that were available prior to the rendering of the Minister's Decision.

[5] Ms. Saxe's affidavit outlines evidence about licencing procedures applicable in environmental assessments conducted under other statutory regimes, and she provides opinion evidence about how she believes the ESA should be interpreted.

[6] Mr. McDermott provides a detailed affidavit of some 276 paragraphs attaching numerous exhibits, regarding historical matters at issue in this application.

[7] We are of the view that this motion should have been brought prior to the hearing by the panel, in order to clarify the contents of the record prior to factums being filed. Proceeding in such a manner would have enabled the parties to define the issues for the hearing based upon properly admissible evidence. I note that this was the procedure followed in the decision of *Hanna v. Ontario (Attorney General)*, 2010 ONSC 4058 (Div. Ct.). If the motion judge is unsure about the relevance of certain material, those issues may be left to be determined by the panel hearing the judicial review.

[8] To fail to define the appropriate record for the Court before the hearing encourages the proliferation of collateral issues, as occurred in this application. Filing material by one party inevitably precipitates a response from the opposite party. The consequence of failing to define the record is a proceeding before this court that becomes unnecessarily complicated, expensive and lengthy. For the parties and for the court, the ground is continually shifting, and the core issues may be eclipsed by the procedural issues.

[9] Illustrative of why this motion should have been brought before the hearing is the chart prepared by the respondent that was provided to the Court the day before the hearing began. This chart spans some 75 pages to explain what paragraphs of the affidavit of Mr. McDermott should or should not be considered by the court based upon the parties' agreement, which was reached shortly before the hearing. There remained eight areas of dispute.

[10] Although this narrowing of the issues was commendable, it should have taken place well before the hearing of this matter. The factums had already been prepared. This court should not be asked to edit the factums to extract references to inadmissible evidence.

The principles that apply to the filing of material with the Court in a judicial review application

[11] The scope of appropriate materials to be filed in a judicial review application is limited. The principles bear repeating to avoid this sort of problem in the future.

[12] Judicial review proceedings have a narrow focus. Brown and Evans, in *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (Canvasback, looseleaf), have described the court's role on judicial review as follows (at para. 12:3100):

On an application for judicial review, the courts play only a residual role in reviewing the findings of fact made by administrative adjudicators. Generally speaking, in the absence of a statutory right of appeal, the courts are confined to ensuring that the findings on which the decision is based are supported by some logically probative evidence on which the decision-maker may lawfully rely.

[13] The general rule is that, on an application for judicial review, affidavits containing material that was not before the decision-maker at first instance will not be allowed. The record that goes before the reviewing court should essentially be the material that was before the decision-maker at the time the decision was being made. See e.g.: *Mianowski v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2003 CarswellOnt 3671 (Div. Ct.); *Lincoln (County) Board of Education v. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1994), 76 O.A.C. 235 (Div. Ct.); *Ontario Hydro v. Ontario (Assistant Information & Privacy Commissioner)* (1996), 97 O.A.C. 324 (Div. Ct.).

[14] Affidavit evidence is permissible to supplement the record in exceptional circumstances to demonstrate an absence of evidence on an essential point in the decision (which is to say, to demonstrate a jurisdictional error) or to show a breach of natural justice that cannot be proved by

mere reference to the record: *Keeprite Workers' Independent Union v. Keeprite Products Ltd.* (1980), 114 D.L.R. (3d) 162 (Ont. C.A.), at 170.

[15] We reiterate that affidavit evidence to supplement the record may be admissible in exceptional circumstances only.

Consideration of the affidavits filed

[16] The applicant retained Dr. Murphy as an expert six months after the Decision was rendered in order to have Dr. Murphy conduct a peer review of the independent expert reports prepared by Rob Wilson of RiverShore Environmental Solutions Inc., James Kastrá and Dr. Ronald Brooks with respect to each snake species.

[17] The applicant had been provided with the reports prepared by the experts appointed by the Ministry before the Decision of the Minister was made, and the applicant took the opportunity to make submissions in writing at that time. The applicant did not provide the Minister with any alternative expert reports in support of its concerns at that time.

[18] Clearly, it is not appropriate to allow the applicant's expert to conduct a peer review of expert reports relied upon by the Minister months after the Decision when the applicant had the opportunity to retain independent experts prior to the Decision being made. We conclude without hesitation that this affidavit material is not admissible. There are no exceptional circumstances justifying its admission. The affidavit of Dr. Murphy is therefore struck.

[19] The affidavit of Ms. Saxe considers the interpretation of other legislation that is not applicable in this case. We are of the view that this information is irrelevant and hence inadmissible. The affidavit also contains opinion evidence about how the ESA should be interpreted. With respect, it is not appropriate for a lawyer to give an opinion about how new legislation is to be interpreted. This is the Court's function. The affidavit of Ms. Saxe is therefore struck as irrelevant and inadmissible.

[20] The very lengthy affidavit of Mr. McDermott spans some 248 paragraphs. The affidavit contains extensive hearsay evidence, opinion evidence, and information based upon belief where the source of the information is not specified. The affidavit also contains numerous documents that were available only after the Decision was made, and other documents arising from a Federal Court challenge launched by the applicant.

[21] With respect to the affidavit of Mr. McDermott, we conclude that the contested portions of the affidavit, with the exception of one e-mail chain, should be struck as irrelevant or not properly admissible. We conclude that the e-mail chain regarding whether or not the applicant's experts came to an agreement with the Ministry staff about appropriate mitigation methods is admissible, and may be considered by the Court.

[22] It became clear as the matter was argued that the voluminous additional material was not relevant to the question of whether the Minister had considered the factors enunciated in section 17(2)(d) of the ESA and whether the Decision of the Minister was reasonable.

[23] We repeat our concern that generally these procedural issues meant to properly define the record need to be determined before the date of the hearing, and indeed before the parties' facts are finalized. The costly last-minute filings that occurred in this case undermine the Court's ability to efficiently and fairly deal with the matters in issue and should be avoided.

J. WILSON, J.

JENNINGS, J.

LEDERER J.

CITATION: Sierra Club Canada v. Ontario (Ministry of Natural Resources and Ministry of
Transportation), 2011 ONSC 4086
DIVISIONAL COURT FILE NO.: 412/10
DATE: 20110629

2011 ONSC 4086 (CanLII)

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:

SIERRA CLUB CANADA

Applicant

– and –

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT
OF ONTARIO AS REPRESENTATIVE
OF THE MINISTRY OF NATURAL
RESOURCES AND THE MINISTRY OF
TRANSPORTATION

Respondents

ENDORSEMENT

The Court

Released: June 29, 2011

TAB 12

CITATION: Rockcliffe Park Residents Association v. City of Ottawa, 2024 ONSC 2690
COURT FILE NO.: DC-23-2812
DATE: 2024/05/13

DIVISIONAL COURT - ONTARIO

RE: Rockcliffe Park Residents Association, Applicant

AND:

The City of Ottawa, Respondent

BEFORE: Justice K.A. Jensen

COUNSEL: Katie Black and Desneiges Mitchell Counsel, for the Applicant

Timothy Marc and Kellan Mouton Counsel, for the Respondent

HEARD: March 26, April 3, 2024

ENDORSEMENT

Introduction

[1] This is a decision on a motion by the City of Ottawa (the City) to strike four affidavits filed by the Applicant, the Rockcliffe Park Residents' Association (the Applicant or the RPRA), in support of their application for judicial review. In addition, the City seeks to quash two notices of examination of two City employees.

[2] The application for judicial review (the Application) arises out of the issuance of a heritage permit under section 42 of the *Ontario Heritage Act*¹ (OHA) to construct a new building at the address municipally known as 480 Cloverdale Road in Rockcliffe Park, subject to the conditions set out in the permit.

[3] The village of Rockcliffe Park has been declared a Heritage Conservation District (the Rockcliffe Park Heritage Conservation District or RPHCD), pursuant to s. 41 of the OHA. Section 42(1) of the OHA requires property owners to obtain a permit (heritage permit) from the municipality prior to erecting any building or structure in a designated heritage conservation district.

¹, R.S.O. 1990, c. O.18.

[4] When an application for a heritage permit for construction in the village of Rockcliffe Park is submitted to the City, a City Planner reviews the application, consults with the RPRA, and prepares a report with a recommendation to the Built Heritage Committee (BHC) on whether to approve the application. The BHC studies the application and report, hears submissions by the RPRA and then submits its recommendation to City Council. City Council then reviews the record and makes a decision on the application.

[5] In the present case, there were several applications for a heritage permit submitted by the Intervenor, Jianbin Wang (the Intervenor). The first application was considered by the BHC in November 2021 and was deferred by the BHC. The Intervenor then submitted a revised application in February 2022, which was rejected by both the BHC and City Council.

[6] The Intervenor submitted a second application in the Spring of 2023, which was approved by both the BHC and City Council. The Applicant filed the Application to review the decision(s) on August 11, 2023.

[7] The Applicant has served four affidavits in support of its Application and has served the City with notices of examination for two City Planners, Luis Juarez and Adrian van Wyk. On March 15, 2024, the City served and filed its motion to quash the notices of examination and to strike the affidavits in support of the Application.

[8] The Intervenor supported the City's position on the motion and adopted the City's submissions.

[9] For the reasons set out below, I have concluded that some of the evidence tendered in three of the Applicant's affidavits is inadmissible and should be struck. The decisions on the admissibility and weight with respect to the rest of the affidavit evidence should be left to the panel hearing the Application. Therefore, the motion to strike evidence in some of the Applicant's affidavits is allowed to the extent set out in these reasons, and otherwise dismissed without prejudice to the City's right to contest the admissibility before the hearing panel.

[10] Similarly, the motion to quash the notices of examination is allowed in part. The notice of examination for Adrian van Wyk is quashed. The notice of examination for Luis Juarez is not quashed. However, the scope of the examination of Mr. Juarez is narrowed. It will be for the panel to determine the admissibility of the evidence obtained on the examination of Mr. Juarez.

The Application for Judicial Review

[11] In their Application the RPRA challenges what they describe as three decisions leading to the issuance of the heritage permit to the Intervenor. The first alleged "decision" is that of the City of Ottawa's Planning, Real Estate and Economic Development Department recommending that the Building Heritage Committee (BHC): (i) recommend that City Council approve the application to construct a new building at 480 Cloverdale Rd.; and (ii) recommend that City Council approve the issuance of the heritage permit.

[12] The second “decision” is that of the BHC dated July 11, 2023, to approve and then recommend, *inter alia*, that: (i) City Council approve the application to construct a new building at 480 Cloverdale Rd.; and (ii) City Council approve the issuance of the heritage permit (“BHC Decision”).

[13] The third “decision” that is challenged in the Application is the decision of City Council, dated July 12, 2023, to, *inter alia*, approve the application to construct a new building at 480 Cloverdale Rd., and approve the issuance of the heritage permit (“the City Decision”).

[14] The City of Ottawa states that there is only one decision that may be challenged and that is the decision of City Council, on July 12, 2023, approving the application to construct a new building at 480 Cloverdale Rd.

[15] In these reasons, I refer to “the decision(s)” because it is for the panel hearing the Application to determine whether there is one or more decisions under review in the Application. That issue was not argued before me and therefore, I have not made a ruling on it.

The Grounds of the Application for Judicial Review

[16] In the Application, the RPRA alleges that in approving the issuance of the heritage permit, the City and its officials acted outside their statutory grant of authority by ignoring or failing to apply section 7.4.2.3 of the Rockcliffe Park Heritage Conservation Plan (“RPHC Plan” or the Plan) and By-Law No. 2008- 250, which require, *inter alia*, that the mass and height of new buildings in Rockcliffe Park be consistent with surrounding buildings.

[17] The RPRA alleges that in approving the proposed structure at 480 Cloverdale, which is not consistent with the adjacent homes in the area, the decision-makers ignored the conditions precedent to the granting of the permit, which rendered the Decision(s) *ultra vires*.

[18] The RPRA further alleges that the Decision(s) are/were arbitrary, unjustifiable and made absent any evidence of consistency in height and mass with the house adjacent to it.

[19] The RPRA also alleges that the heritage permit was granted on the basis of irrelevant considerations flowing from a settlement between the City and the Intervenor before the Ontario Land Tribunal (OLT).

[20] In addition, the Applicant alleges that the Decisions are inconsistent with the City's established internal authority including the City's two prior decisions on applications (the first application and the revised application) for the same property and the Annotated Rockcliffe Park Heritage Conservation Plan.

[21] Finally, the Applicant submits that its rights to procedural fairness were violated when the City failed to: (1) include certain submissions by the RPRA's representatives to the BHC and City

Council; and (2) disclose the dimensional information of the impugned design, given that the Owner's documents/drawings were not legible in the publicly available documents.

Procedural Background

[22] On September 16, 2023, the City filed the Record of Proceedings with the Divisional Court. The City subsequently produced two volumes of supplemental records on September 22, 2023 and January 19, 2024. These volumes included records inadvertently omitted from the first production of the Record of Proceedings.

[23] On December 18, 2023, the Applicant served the City with the affidavits of Darcy Charlton, Kim Ratushny, and Michele Hayman in support of the Application. Darcy Charlton is the architect who, at the request of the RPRA, conducted an analysis of the volumetric mass of the proposed structure to be built at 480 Cloverdale and the mass of the adjacent property. Ms. Ratushny is the owner of the property adjacent to 480 Cloverdale. Ms. Hayman is the President of the RPRA.

[24] On February 13, 2024, the Applicant served the City with notices of examination for Luis Juarez and Adrian van Wyk for the purposes of cross-examination on all issues relevant to the subject Application. Luis Juarez and Adrian van Wyk are City Planners. Mr. van Wyk prepared the reports that went to the BHC recommending that the Intervenor's first application and revised application for a heritage permit be rejected. Mr. Juarez is the City Planner who prepared the report that went to the BHC recommending the approval of the Intervenor's second application for a heritage permit.

[25] On or about March 22, 2024, the Applicant served a supplementary affidavit from Michele Hayman in support of their response to the Motion to Strike and in support of the Application for Judicial Review.

The Motion

[26] The City seeks to strike all four affidavits on the basis that they do not qualify as exceptions to the general rule that evidence on an application for judicial review is limited to the evidence that was before the decision-maker. The City argues that the only decision-maker in this case is the Ottawa City Council. The City seeks to quash the notices of examination of Luis Juarez and Adrian van Wyk on the basis that their evidence is not essential and necessary to the resolution of the Application and that by seeking to examine these two individuals, the Applicant is seeking to conduct a fishing expedition.

[27] The Applicant responds that the evidence in the affidavits and from the City Planners is necessary to demonstrate that: (1) there was a complete absence of evidence to support the decision; (2) the decision-makers failed to follow binding internal policy, their own decisions on the same matter and external requirements; and (3) the decision-makers breached the Applicant's procedural fairness rights. As such, the evidence is necessary and admissible, according to the Applicant.

The Issues

[28] The issues in the present motion are as follows:

- (i) Should the motion to quash the four affidavits be decided on a preliminary basis or should it be left to the Panel hearing the Application for Judicial Review to determine?
- (ii) If the motion to quash the affidavits should be decided now, should all or parts of the four affidavits be quashed?
- (iii) Should the Notices of Examination be struck?
- (iv) If the Notices of Examination should not be struck, should the scope of the examinations be restricted?
- (v) Should the *subpoena duces tecum* be struck or narrowed in scope?

Issue One: The Timing of the Motion to Quash the Affidavits

[29] In the Applicant's view, the case law clearly establishes that a motion to quash affidavit evidence should not be determined on a preliminary basis, but rather should be heard and decided by the panel hearing the application for judicial review.

[30] I disagree that the case law clearly establishes a rule about the timing of pre-emptive motions to quash affidavit evidence. In *Lockridge v. Director, Ministry of the Environment*, Justice Harvison Young noted that there are two principles that run through the jurisprudence on the appropriate timing of motions to quash evidence in the context of applications for judicial review.² On the one hand, the courts have generally been reluctant to deal with issues of admissibility and relevance of evidence in advance of the hearing on the merits.³ On the other hand, there are decisions such as *Sierra Club v. Ontario*, in which this Court stated that issues about admissibility of affidavit evidence should be determined by a motions judge prior to a hearing before the Divisional Court panel so that the hearing on the merits of the application may proceed expeditiously and efficiently.⁴

[31] In *Lockridge*, Justice Harvison Young (as she then was) decided to follow the hybrid approach to a motion to quash, which was developed in *Gutierrez v. The Watchtower Bible and*

² *Lockridge v. Director, Ministry of the Environment*, 2012 ONSC 2316 at para 47.

³ See for example: *Beraskow v. Canadian Internet Registration Authority*, 2023 ONSC 1412, at para 14.

⁴ *Sierra Club v. Ontario*, 2011 ONSC 4086

*Track Society of Canada et al.*⁵ and applied in *Holder et al. v. Wray et al.*⁶. Justice Harvison Young stated that the hybrid approach is justified because “[d]efining the record appropriately in advance of the hearing enhances the panel’s ability to determine the merits and is thus in the interests of justice”.⁷ According to this approach, where there is material in the affidavits that is clearly inadmissible, it should be struck. However, the court must be careful not to usurp the role of the panel in determining the merits of the application. In Justice Harvison Young’s view, when there is doubt concerning the admissibility of affidavit material, it should not be struck.

[32] Using the hybrid approach to the motion to quash affidavit evidence, Justice Harvison Young struck affidavit evidence that was wholly irrelevant to the issues raised in the application, improper opinion evidence, unattributed hearsay evidence, speculative evidence and argument. Of note, Justice Harvison Young did not strike any evidence on the basis of irrelevance except for one affidavit where it was clear that the evidence did not relate to an issue raised in the application. In the result, Justice Harvison Young struck some of the evidence but dismissed the motion with respect to many other requests to strike, without prejudice to the respondents’ right to argue the admissibility issues before the panel hearing the application on the merits.

[33] I adopt the approach of Harvison Young J. in *Lockridge*. In my view, it strikes the appropriate balance between fairness and efficiency. It is also consonant with the view that defining the evidentiary record prior to a hearing may have a heightened importance in applications for judicial review and in class action proceedings.⁸

Issue Two: Should All or Parts of the Affidavits in Support of the Application be Quashed?

[34] The general rule is that, on an application for judicial review, affidavits containing material that was not before the decision-maker at first instance will not be allowed.⁹ The record that goes before the reviewing court should essentially be the material that was before the decision-maker at the time the decision was being made.

[35] In *Lachance v. Ontario (Solicitor General)*¹⁰, Madam Justice Ryan Bell summarized the narrow circumstances in which additional evidence will be permitted on an application for judicial review beyond the official record as follows:

⁵ *Gutierrez v. The Watchtower Bible and Track Society of Canada et al.* 2019 ONSC 3069

⁶ *Holder et al. v. Wray et al.*, 2018 ONSC 6133

⁷ *Lockridge* at para 50. See also: *Botelho v. Faulkner*, 2020 ONSC 6471 in which Fowler Byrne J. also adopted the hybrid approach.

⁸ *York Condominium Corporation No. 21 v. All Unit Owners and Mortgagees of Record of York Condominium Corporation No. 21*, 2021 ONSC 4600 at para 45; and *Elementary Teachers’ Federation of Ontario v. Ontario (Labour)*, 2008 CanLII 6939 (Ont. Div. Ct.), at para. 22

⁹ *Sierra Club*, at para 13

¹⁰ *Lachance v. Ontario (Solicitor General)*, 2023 ONSC 7143

- (a) materials that ought to have been included in the record of proceedings (that is, they are properly part of the record pursuant to s. 20 of the Statutory Powers Procedure Act);
- (b) evidence that was not before the decision-maker but which,
 - (i) sets out general background that would assist the court;
 - (ii) shows procedural defects that are not apparent from the record or the reasons; or
 - (iii) shows a complete lack of evidence to support a material finding of fact; and
- (c) materials that are properly “fresh evidence” on the application. (citations omitted)¹¹

[36] An applicant may deliver affidavit evidence of documents that they say ought to have been considered by the decision-maker but are not in the Record of Proceeding in support of an argument that the record supporting the decision was legally deficient.¹²

[37] In the present case, the Applicant argues that the four affidavits provided by Ms. Ratushny, Ms. Hayman and Mr. Charlton fit within the exceptions outlined above and are therefore admissible in their entirety. In addition, the Applicant argues that the Supreme Court of Canada’s decision in *Vavilov*¹³ has expanded the scope for the admissibility of evidence on an application for judicial review.

[38] I am of the view that it is not appropriate for me at this stage in the process to rule on the latter point raised by the Applicants with respect to the increased scope of the Application Record following *Vavilov*. Rather, in employing the hybrid approach, I am limited to examining the affidavits to determine if all or parts of them are clearly or obviously inadmissible based on the rules of evidence and the general principles regarding the admissibility of evidence on applications for judicial review.¹⁴ Where it was unclear to me whether the evidence falls within one of the exceptions or may meet an expanded definition of admissibility, I have erred on the side of caution and left that for the determination of the Panel. What follows are my reasons for striking or not striking parts of the affidavit evidence proffered by the Applicant.

¹¹ *Lachance*, at para 11.

¹² *Lachance*, at para 12.

¹³ *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65 (*Vavilov*).

¹⁴ *Lockridge* at para 50; *Lachance*, at para 11.

The Affidavit of Darcy Charlton

[39] The Applicants argue that while the Record of Proceeding does include the expert evidence of Darcy Charlton, which they say was submitted to the BHC and City Council by the RPRA for consideration in reaching its decision, the evidence on the Record does not contain Mr. Charlton's expert qualifications. The Applicant states that for Mr. Charlton's reports to be admissible before the Divisional Court it must meet the requirements of subrules 39.01(7) and 53.03(2.1) of the *Rules of Civil Procedure*. Therefore, in his affidavit, Darcy Charlton has attached his C.V. along with the original expert reports submitted to the City as exhibits to his Affidavit.

[40] The City of Ottawa seeks to strike Darcy Charlton's affidavit arguing that it does not address the heritage application that is the subject of the application of judicial review, but rather a prior application. Therefore, Mr. Charlton's affidavit is not relevant and should not be admitted.

[41] Mr. Charlton's affidavit, sworn December 11, 2023, is short. In eight paragraphs, Mr. Charlton explains that he was retained by Ms. Ratushny to conduct a volumetric evaluation of the existing residential dwelling located at 484 Cloverdale Road, Ottawa, Ontario, and a volumetric evaluation of the proposed new construction at 480 Cloverdale Road, Ottawa, Ontario. He attaches the original reports and his C.V.

[42] I make no comment on whether Mr. Charlton's evidence would be admissible as expert evidence on the merits of the present Application. However, given that the City did not file an Affidavit in support of the Record of Proceedings, it is not clear whether Mr. Charlton's evidence, including his C.V., were before the decision-makers in July 2023. It seems that there are documents in the Record of Proceedings that may not in fact have been before the decision-makers in 2023. Mr. Charlton's volumetric analyses and qualifications, which were provided in the context of the previous applications for a heritage building permit, are not irrelevant to the issues raised in the Application as to whether the decision(s) was/were unreasonable, arbitrary and/or based on irrelevant considerations. Therefore, I find that Mr. Charlton's Affidavit should not be struck at this stage in the proceedings.

Background Information and Relevance

[43] An affidavit in support of an application for judicial review that provides general background information may be permitted but the affidavit is not to be in the nature of spin or advocacy.¹⁵

[44] The Applicant argues that most of the evidence provided in the affidavits of Kim Ratushny and Michele Hayman constitutes background information that the Divisional Court panel will need to understand: (1) how decisions are made with respect to Heritage Building Permits; (2) the factors, legislation, policies and plans that are taken into account in making the decision whether

¹⁵ *Bernard v. Canada (Revenue Agency)*, 2015 FCA 263, at para 21.

to grant a permit; and, (3) the previous decisions rendered by the decision-makers in the present case that are inconsistent with the decision under review.

[45] The City argues that the only decision that is under review in the present case is City Council's decision of July 12, 2023 granting the application. The previous decisions are irrelevant to the present application since they are not the subject of review. Therefore, the City argues, all references to those decisions should be struck from the affidavits.

[46] I am cognizant that the nature of the decision in the present case may not warrant the extensive Record proposed by the Applicant. As the Ontario Court of Appeal stated in *Endicott v. Ontario (Independent Police Review Office)*, where the complexity of the matter, the rights affected and the deliberative process of the statutory decision-making power are at the lower end of the spectrum, the record may be more narrowly circumscribed.¹⁶ However, after a careful review of the affidavits, I find that the evidence in them is not clearly irrelevant to the issues raised in the Application. Therefore, at this stage in the proceedings I do not find it appropriate to strike any of the material in the three affidavits of Ms. Ratushny and Ms. Hayman on the basis of relevance.

Absence of Evidence

[47] One of the exceptions to the rule against supplementing the record on judicial review with additional evidence is where it is necessary to show that the decision-maker made a decision in the absence of evidence.

[48] In the Application, the Applicants allege that the decision(s) under review was/were made in the absence of any evidence that the building met the mandatory requirements in section 7.4.2.3 of the RPHCD Plan. According to the Applicant, the RPHCD Plan was endorsed by the City in accordance with the *Ontario Heritage Act* and adopted into law by the City as part of a by-law in 2016. It sets out certain legal pre-conditions for the issuance of heritage permits, including section 7.4.2.3, which states:

Construction of new buildings will only be permitted when the new building does not distract from the historic landscape characteristics of the associated streetscape, the height and mass of the new building are consistent with the Grade I building in the associated streetscape, and the siting and materials of the new building are compatible with the Grade I buildings in the associated streetscape [...]

[49] The City argues that the Record discloses evidence on the issues of the consistency and compatibility of the mass and height of the new building with the Grade I building in the associated

¹⁶ *Endicott v. Ontario (Independent Police Review Office)*, 2014 ONCA 363, at para 47. See also: *CCSAGE Naturally Green v. Director, Sec. 47.5 EPA*, 2018 ONSC 237, at para 68.

streetscape. That evidence includes a chart (the HCD Evaluation Chart) that was before the BHC and City Council, which provides information about the consistency of the mass and height of the proposed new building with the adjacent property, as well as RPRA's written submissions, which dealt with their concerns about mass and height consistency. Therefore, the City maintains that the Applicant's argument that there is an absence of evidence on this issue is false. As such, the Applicant should not be entitled to lead any evidence in support of the allegation that the Decision was rendered in absence of evidence on this point.

[50] The City relies on the decision of Justice Corbett in *Lovell v. Ontario (Minister of Natural Resources and Forestry)*.¹⁷ In that case, the respondent moved, in advance of the hearing on the merits, to strike evidence filed by the applicants on their application for judicial review. The evidence the respondents sought to lead in that case was fresh evidence that they would have led had the decision-maker permitted them to do so. Justice Corbett held that this was not a case where the procedural fairness issue could not be fully appreciated without seeing the evidence the applicants would have adduced if they had been given the chance.

[51] The present situation is different from the motion before Justice Corbett in *Lovell*. The Applicant is not seeking to adduce fresh evidence. They are seeking to adduce evidence which they say existed at the time the decisions were made, and which should have been provided to the decision-makers and was not. In addition, they allege that there is evidence that was before the decision-makers but is not in the Record of Proceedings that the City was required to produce. The Applicants state that it is necessary for the panel to see that evidence to understand that the decision-makers had no evidentiary basis upon which to find, as they did, that the requirements of s. 7.4.2.3 of the RPHCD Plan were met.

[52] While the Applicant's arguments with respect to the absence of evidence on the issue of the mass and height consistency of the proposed structure were not extremely strong, the evidence that the Applicant seeks to adduce is not obviously irrelevant to the issues raised in the Application. Therefore, I find that at this stage of the process, given that I have not heard the Applicant's arguments on the merits of the Application, I must defer the decision regarding the admissibility of evidence on this issue to the panel hearing the Application.

Improper Opinion and Argument

[53] The City also argues that those parts of the affidavits of Ms. Ratushny and Ms. Hayman that are said to be background information are in fact argument and advocacy. As noted by Harvison Young J. in *Lockridge*, "it is inappropriate for a witness to provide evidence, whether opinion or otherwise, that constitutes argument in support of that party's position on the issues that are to be decided by the court".¹⁸

¹⁷ *Lovell v. Ontario (Minister of Natural Resources and Forestry)*, 2022 ONSC 423 (*Lovell*)

¹⁸ *Lockridge*, at paragraph 118.

[54] I have reviewed the affidavits of Ms. Ratushny and Ms. Hayman and find that the following paragraphs are opinion evidence or are argumentative and therefore will be struck:

- (1) In the second sentence of paragraph 5 of the Affidavit of Kim Ratushny, sworn December 17, 2023, Ms. Ratushny states: “As set out in the Plan, Grade I properties contribute to the RPHCD's cultural heritage value through their landscaped setting, architecture, and environment.” This is argument and is struck from Ms. Ratushny’s Affidavit.
- (2) At paragraph 43 of Ms. Ratushny’s Affidavit, sworn December 17, 2023, she states: “Based on my review of the materials, I have not seen any evidence that my written submissions and architect reports were placed before the Built Heritage Committee and/or City Council”. This is argument and must be removed.
- (3) At paragraph 18(a) of the Affidavit of Ms. Hayman, sworn December 18, 2023, Ms. Hayman states: “I noted that the mass of the Third Application was not consistent with 484 Cloverdale”. Although Ms. Hayman’s statement in that paragraph is a quote from her submissions on the Intervenor’s application for a Heritage Permit, it is argumentative in the context of the present Application for Judicial Review and is therefore struck.
- (4) At paragraph 18(d) of the Affidavit of Ms. Hayman sworn December 18, 2023, Ms. Hayman uses the words “still in blatant defiance of the RPHCD Plan”. Although Ms. Hayman’s statement in that paragraph is a quote from her submissions on the Intervenor’s application for a Heritage Permit, the use of the words “still in blatant defiance of the RPHCD Plan” is argumentative in tone. These words are struck.
- (5) At paragraph 19 of Ms. Hayman’s Affidavit, sworn December 18, 2023, she states: “I reviewed the first Heritage Impact Assessment (“HIA v.1”) that was uploaded to DevApps and notice a number of inconsistencies/errors.” This statement is argumentative in tone, even though it too was part of the submissions that were made to Mr. Juarez. That statement is struck from Ms. Hayman’s Affidavit.
- (6) At paragraph 24 of Ms. Hayman’s Affidavit, sworn December 18, 2023, she states: “I am of the view that HIA v.2 still contains several of the same errors as set out in my previous correspondence to Mr. Juarez”. This is argument and must be struck from Ms. Hayman’s affidavit.
- (7) At paragraph 26 of Ms. Hayman’s affidavit, sworn December 18, 2023, she states: “The public, including RPRA and its members, were denied the opportunity to make oral submissions at City Council.” This statement is argumentative and must be struck.

- (8) Paragraphs 2-4 of Ms. Hayman's supplementary affidavit, sworn March 22, 2024, constitute argument on the application for judicial review. They are struck.
- (9) At paragraph 15 of Ms. Hayman's supplementary affidavit, sworn March 22, 2024, Ms. Hayman states that the Intervenor's first application for a heritage permit was for a building with a footprint "more than double that of the neighbouring Grade 1 home. The dwelling's depth (length) of 48 m was more than four times that of the adjacent home". This is argument and is therefore struck.
- (10) At paragraph 21 of Ms. Hayman's supplementary affidavit, sworn March 22, 2024, she states "the First Application was approved by the City with significant conditions". The word "significant" is argument and is struck.
- (11) At paragraph 23 of Ms. Hayman's supplementary affidavit, sworn March 22, 2024, she states: "The new proposed structure had only nominal adjustments to mass, reducing the height from 9 m to 8.5 m, the length from 48 to 42 m, and the building footprint from 464 to 462 m², while *increasing* the GFA from 744 to 777.55 m²". This sentence constitutes argument and must be struck.
- (12) At paragraph 28 of Ms. Hayman's supplementary affidavit, sworn March 22, 2024, she states: "In or about March 2023, on the eve of the appeal hearing, the City and the Owner engaged in closed door discussions regarding the settlement of the appeal and the submission by the Owner of a further revised application for a heritage permit". This is argument and is struck from Ms. Hayman's supplementary affidavit.
- (13) The first sentence of paragraph 30 of Ms. Hayman's supplementary affidavit, sworn March 22, 2024, reads as follows: "An expert volumetric analysis commissioned by Ms. Ratushny indicates that the above-grade bulk or mass of the modified proposed structure from the Second Application was over 3.5 times that of the neighbouring Grade I property." This sentence is argumentative and is therefore struck.
- (14) The words "despite persistent efforts" are struck from paragraph 31 of Ms. Hayman's supplementary affidavit, sworn March 22, 2024, because they are argumentative.
- (15) Paragraph 34 of Ms. Hayman's supplementary affidavit, sworn March 22, 2024, reads as follows: "In support of the Third Application, the Owner also submitted a new Cultural Heritage Management Assessment ("CHIS") prepared by Commonwealth Historical Resource Management *which relied on*

inconsistencies and material omissions of fact to conclude that the amended structure complied with the RPHCD Plan". The portion of that sentence which is in italics must be struck because it is argument.

(16) The word "terse" is struck from paragraph 36 of Ms. Hayman's supplementary affidavit, sworn March 22, 2024.

(17) All of paragraphs 42 and 43 of Ms. Hayman's supplementary affidavit, sworn March 22, 2024, are argument and must be struck.

(18) Paragraph 57 of the supplementary affidavit of Ms. Hayman, sworn March 22, 2024, is struck in its entirety because it constitutes argument.

Speculative Evidence

[55] Statements that speculate as to the existence of facts that are outside the scope of the deponent's information or knowledge are impermissible in an affidavit.¹⁹

[56] I find that paragraphs 50 and 51 of Ms. Hayman's supplementary affidavits, sworn March 22, 2024, in which Ms. Hayman provides her understanding of how the Annotated Rockcliffe Park Heritage Conservation District Plan is used by City Planning staff to be speculative. They are therefore struck.

Conclusion Regarding Motion to Strike Affidavit Evidence

[57] I conclude that some of the evidence tendered is inadmissible and should be struck. The decisions on admissibility and weight with respect to the rest of the evidence should be left to the panel for the reasons I have set out.

[58] Therefore, the motion to strike evidence in the Applicant's affidavits is allowed to the extent set out in these reasons above, and otherwise dismissed without prejudice to the City's right to contest the admissibility before the hearing panel.

Issue Three: Should the Notices of Examination Be Struck?

[59] On February 13, 2024, the Applicant served two notices of examination for City employees, Luis Juarez and Adrian van Wyk, for the purposes of cross-examination on all issues relevant to the Application.

[60] Luis Juarez was the City Planner assigned to the preparation of the staff report to the BHC and Council for the heritage application that is the subject of the Application for Judicial Review.

¹⁹ See: *Rules of Civil Procedure*, R. 4.06(2) & 39.01(5); *Lockridge* at para 118.

Adrian van Wyk was the City Planner who prepared the staff report for the previous application and revised application.

[61] The City argues that the staff report recommending approval of the new building and the meetings of both the BHC and City Council took place in public. Thus, as a matter of public record, the basis of the decision is known. No further evidence of private discussions revealed through examinations should be admissible.

[62] The Applicant's position is that Rule 39.03 of the *Rules of Civil Procedure* permits a party to an application for judicial review to subpoena a witness if they have relevant evidence regarding the issues the Court must decide. This right exists in all Applications, including those for judicial review.²⁰

[63] Establishing that there is a valid basis for the examination is conceptually distinct from the scope of the examination in my view. Therefore, I will examine each issue separately.

[64] The Ontario Court of Appeal provided useful guidance on the right to conduct a r. 39.03 examination in relation to an issue raised in an application for judicial review. In *Payne*, the applicant challenged a decision of the Ontario Human Rights Commission (the Commission) dismissing her human rights complaint. In her application for judicial review, the applicant alleged that the Commission dismissed her complaint on the basis of extraneous factors, such as cost or other strategic concerns. The Commission provided no reasons for its decision to dismiss the applicant's human rights complaint and therefore, she had no way of knowing the real reasons for the dismissal. However, affidavit evidence provided on the motion for an order for the examinations suggested that the Commission may have relied upon such considerations in dismissing the complaint.

[65] In *Payne*, Sharpe J.A. stated, for the majority, that there is a *prima facie* right to conduct a r. 39.03 examination in relation to an issue relevant to the application for judicial review, but that the right is subject to the following limits:

- (i) No Right of Discovery - There is no right to examination for discovery on an application for judicial review.
- (ii) Deliberative Secrecy - An examination should not be used to delve into the actual decision-making process of the tribunal. However, this principle must be balanced with the right of the citizen who has been affected by the tribunal's decision to effective judicial review.
- (iii) Factual foundation – Sharpe J.A. held that an examination should be permitted in the context of an application for judicial review when the party seeking the

²⁰ *Payne v. Ontario Human Rights Commission*, 2000 Canlii 5731 (Ont. C.A.) ("*Payne*"), at para 162.

examination has presented “some basis for a clearly articulated and objectively reasonable concern that a relevant legal right may have been infringed”.²¹

[66] In the present case, I find that the Applicant has provided a basis for clearly articulated and objectively reasonable concerns related to the present application for judicial review as follows:

- (i) The permit may have been granted on the basis of an irrelevant consideration flowing from a settlement of the appeal before the Ontario Land Tribunal.
- (ii) The Applicant’s right to procedural fairness may have been violated when the City failed to: (1) include certain submissions by the RPRA’s representatives to the BHC and City Council; and, (2) disclose the dimensional information of the impugned design, given that the Intervenor’s documents/drawings were not legible in the documents made accessible to the public.
- (iii) The Decision-Maker(s) may have made the Decision(s) in the absence of any evidence that the requirements of s. 7.4.2.3 of the Rockcliffe Park Heritage Conservation Plan and By-Law No. 2008-250 were met.
- (iv) The Decision(s) may have unreasonably deviated from the practice set out in the Annotated Rockcliffe Park Heritage Conservation District Plan.

[67] Therefore, I find that the Applicant has a right to examine the City Planner who was involved in the application that is the subject of the present judicial review. That person is Luis Juarez.

[68] Mr. van Wyk, on the other hand, was not involved in the application that concerns us. In *Ontario v. Rothmans Inc.*, this court held that the notion of proportionality is a factor in determining the scope of an examination for discovery and is also a factor in determining the scope of an examination in the context of an application or a motion.²² I agree with this view and find that it is not appropriate to examine Mr. van Wyk because, given his limited involvement in the decision(s) in issue in the Application, to do so would extend the scope of the examination beyond what is reasonable and proportionate in the circumstances.

[69] I reject the City’s argument that because the Decision(s) was/were rendered in public there should be no right to examine a witness about the above-noted concerns. Like the decision in *Payne*, there were no reasons provided for the Decision(s) in the present case. Therefore, the Applicant has no way of knowing whether any of the concerns played a role in the Decision(s). The examination of Mr. Juarez is therefore permissible.

²¹ *Payne*, at para 172.

²² *Ontario v. Rothmans Inc.*, 2011 ONSC 2504, at paras 143 and 164 (*Ontario v. Rothmans Inc.*)

Issue 4: What is the Appropriate Scope of the Examination?

[70] The City objects to the scope of the examinations as an improper “fishing expedition”. It states that the proposed examinations are in the nature of, or even beyond, an examination for discovery. The law is clear that the scope of a cross-examination of a deponent for an application or motion is narrower than an examination for discovery.²³

[71] The Applicant, on the other hand, submits that the only factor determining the scope of an examination is relevancy.

[72] The Ontario Court of Appeal’s decision in *Payne* also provides guidance on the scope of a Rule 39.03 examination in the context of an application for judicial review.

[73] The majority in *Payne* noted that in rendering a decision on the right to examine in the context of the judicial review of a Commission decision, one had to bear in mind that the Commission had been entrusted with exclusive jurisdiction to determine fundamental human rights. That context is very important. As the majority stated: “the rights conferred by the Code are fundamental, quasi-constitutional rights which embody fundamental values of public policy”. For that reason, the majority found that it would be entirely inconsistent with a fundamental human right if the Commission were, as it was alleged, to have dismissed a complaint for reasons of cost or because of “strategic concerns”.²⁴

[74] Therefore, the majority permitted the Applicant to supplement the record of proceedings on judicial review with evidence obtained on an examination of two Commission witnesses. However, the Court narrowly circumscribed the scope of those examinations as follows:

...the appellant is entitled to examine the Registrar as to what documents, facts, considerations, or recommendations not already revealed by the record filed on judicial review were before the commissioners, to inquire as to whether “strategic factors” formed a basis for the commissioners’ decision, and to inquire whether there were any reasons for the determination not revealed in the reasons given the appellant.²⁵

[75] The complexity of the issues in the present case, the rights affected, and the deliberative process are different from those in *Payne*. The present application for judicial review does not have an impact on the Applicant’s fundamental human rights. This does not mean that the impugned decision(s) is/are unimportant. However, the Applicant does not have a statutory right

²³ *Ontario v. Rothmans Inc.*, para 143; *BOT Construction (Ontario) Ltd. v. Dumoulin*, [2007] O.J. No. 4435 (S.C.J.) at para. 6.

²⁴ *Payne*, at paras 154 and 155.

²⁵ *Payne*, at para 181.

to participate in the decision-making process²⁶ and the process itself does not involve a quasi-judicial exercise of power. These factors should be taken into account in determining the scope of the proposed examinations in the present case.

[76] The Applicant provided a non-exhaustive list of approximately 43 issues that they intended to put to the two witnesses during the examinations. A copy of that list is provided at Appendix A of this decision. Applicant counsel objected to the court's request that she provide the list, arguing that she had discharged the evidentiary burden of demonstrating that "the individuals they seek to examine likely have relevant evidence".²⁷ Nothing further was therefore required. I disagree with the Applicant on this point.

[77] The Court of Appeal clearly stated in *Payne* that "the party serving a notice of examination may be required to specify the scope of the proposed examination".²⁸

[78] I find that the non-exhaustive list of issues provided by the Applicant essentially amounts to an examination for discovery. It is not proportionate to the nature of the decision-making power in issue, the rights of the parties involved and the complexity of the case. I find that it would be an abuse of process to permit the Applicant to engage in the sweeping inquiry they are proposing.

[79] I am therefore circumscribing the scope of the examination. The Applicant will be permitted to examine Mr. Juarez, for a maximum of two hours, about the following issues:

- (a) What documents, facts, considerations or recommendations not already revealed by the record filed on judicial review were before the BHC and City Council when they made their recommendations and decision;
- (b) What evidence of compliance with the requirements of s. 7.4.2.3 of the Plan and the By-Law were put before the BHC and City Council in July 2023;
- (c) Whether, to what extent and how the settlement of the OLT appeal was a factor in the recommendation to City Council to approve the application for a heritage permit;
- (d) Why the Applicant was not provided with the dimensional information of the impugned design as requested;

²⁶ S. 42(4.1) of the *Ontario Heritage Act* stipulates that Council must consult with the municipal heritage committee (which is the BHC in this case) prior to making a decision on an application for a heritage permit. However, there is no requirement to consult with a residents' committee like the RPRA. It is however, the City's practice to do so.

²⁷ *Coburn v. Barber et al.*, 2010 ONSC 3342, para. 105.

²⁸ *Payne*, at paragraph 177.

- (e) Why certain submissions by the RPRA's representatives were not provided to the BHC and City Council.
- (f) Whether Mr. Juarez used the Annotated Plan in preparing the report to the BHC in 2023 and if so, how and if not, why not.

[80] The Applicant is not permitted to examine Mr. Juarez on any issue not included in the list above.

Issue Five: Should the Subpoena Duces Tecum be struck or narrowed in scope?

[81] The Notice of Examination for Mr. Juarez includes a requirement that Mr. Juarez bring the following documents and things to the examination:

- (i) A complete copy of the Application Record;
- (ii) All correspondence including, but not limited to, emails, texts, or other electronic messages exchanged between the City of Ottawa and the Intervenor, Linebox, or any representative of the Intervenor, in relation to 480 Cloverdale Road, in the possession of the City of Ottawa, subject to privilege.
- (iii) Any notes taken by City of Ottawa staff during or after meetings/consultations between City staff and Mr. Wang/his representatives regarding the various applications for a Heritage Permit for 480 Cloverdale Rd. from November 2021 (date of the First Application that was deferred by the BHC on the consent of the owners of the Subject Property due to a violation of *inter alia*, mass limits) to the date that City Council approved the impugned Third Application for a Heritage Permit.
- (iv) All documentation (including but not limited to emails, text messages, notes, letters), if any, provided to the City of Ottawa staff by the Intervenor (or anyone representing the Intervenor, such as his architect) with respect to the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for the construction of a single detached dwelling on the properly known municipally as 480 Cloverdale Rd..
- (v) All other documents including, but not limited to, reports, notes, drafts (including comments on drafts), photographs, charts, plans, surveys, calculations, and information recorded or stored on any device in the possession, control, or power, of the City of Ottawa which relate to 480 Cloverdale Road.
- (vi) All internal correspondence between City Staff concerning the consideration of the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for the construction of a single detached dwelling on the properly known municipally as 480 Cloverdale Rd., including but not limited to the City of Ottawa staff's consideration of the mass and/or height of the proposed build, the

RPRA's requests for legible materials, the RPRA's submissions on mass, and the Owner/Intervenor's dismissal of his appeal to the Ontario Land Tribunal, subject to privilege.

- (vii) Any documentation (including notes) of any opinions solicited by the City staff, either internally or externally, concerning the mass with respect to the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for the construction of a single detached dwelling on the properly known municipally as 480 Cloverdale Rd.
- (viii) Any documentation (including notes) of any advice provided by City of Ottawa staff to the Intervenor (or anyone representing the Intervenor, such as his architect), in between the date of his First Application for a Heritage Permit for the construction of a single detached dwelling on the properly known municipally as 480 Cloverdale Rd. and the date that the Third Application for a Heritage Permit was finally approved by City Council.
- (ix) Any more recent versions of the Annotated Rockcliffe Park Heritage Conservation District Plan (Annotated Plan), if any exist, than the one provided.
- (x) Any correspondence to the City Staff re: the dissemination and/or intended use of the Annotated Plan or concerning the application of the Annotated Plan.
- (xi) All City of Ottawa staff reports to the Built Heritage Sub-Committee, from 2016 - to present, regarding properties designated under Part V of the Ontario Heritage Act and located in the Rockcliffe Park Heritage Conservation District.
- (xii) A list of all documents over which the City of Ottawa claims privilege and the nature of the privilege asserted.

[82] The Applicant states that the request for the above-noted documents is based on a proper evidentiary record provided by the affidavits they have submitted on this motion. The Applicant states that the marked departure of the Decisions in issue in the present judicial review application from Council's past decisions on the applications for a heritage permit for 480 Cloverdale Road raises a reasonable inference that the City's records will reveal that the City considered irrelevant factors regarding the approval of the second application. The Applicant also argues that it is reasonable to assume that past City Staff Reports to the BHC from 2016 to present will demonstrate a consistent practice with regard to mass and height consistency.

[83] The City objects to the breadth of the request for document production arguing that it is a fishing expedition and therefore, an abuse of process.

[84] Where a request for documents to be produced at an examination is overly broad, the court can infer that “fishing” is the purpose behind the summons.²⁹

[85] In my view, the request for documents set out above is overly broad. It amounts to a general discovery of the City and would be an abuse of process. I will permit the Applicant to ask Mr. Juarez to produce documents that clearly relate to the permissible issues for examination that I have set out above under Issue 4: What is the Appropriate Scope of the Examination? The relevance of the document to the issue must be readily apparent and not remote. The Applicant will not be permitted to request documents that do not clearly relate to the issues set out above under Issue 4.

Conclusion and Costs

[86] The motion to strike the affidavits of Michele Hayman, Kim Ratushny and Darcy Charlton is allowed in part. Parts of the affidavits of Ms. Hayman and Ms. Ratushny are struck. However, nothing in the affidavit of Mr. Charlton is struck at this time. It will be for the panel to determine the admissibility of the remaining evidence.

[87] The component of the motion dealing with the examinations of Luis Juarez and Adrian van Wyk is allowed in part. The notice of examination of Adrian van Wyk is struck, but the notice of examination of Luis Juarez is maintained, with some restrictions on the length and scope of the examination and on the document production required.

[88] The parties’ success on this motion is divided. However, the Applicant has been somewhat more successful on the motion than the Respondent. The Applicant has succeeded in establishing that some of the evidence in the affidavits should be put to the panel for a decision on its admissibility. The Applicant has also succeeded in defeating the motion to quash the notice of examination of Luis Juarez.

[89] Costs should not be assessed as a mathematical calculation based on the percentage of success; courts should avoid making distributive costs awards and should not “analyze costs awards as if one were grading a law school exam with a marking grid for each question”.³⁰ However, reductions from the parties’ costs claimed in light of divided success does not necessarily equate to a distributive costs award.³¹

[90] I share the view expressed in *ASG Tech Group* that it would be unjust to deny the Applicant any costs because there has been divided success.³²

²⁹ *Coburn v. Barber et al.*, 2010 ONSC 3342, at para 101

³⁰ *Mancinelli v. Royal Bank of Canada*, 2020 ONSC 3743 at para. 39

³¹ *The Manufacturers Life Insurance Company v. ASG Technologies Group, Inc.*, 2020 ONSC 5957, at para 7 (*ASG Tech Group*)

³² *ASG Tech Group*, at para 7.

[91] Rule 57.01 sets out a non-exhaustive list of factors to be considered by the court in exercising that discretion. Rule 1.04(1.1), which is also applicable, requires the court to make orders that are proportionate to the importance and complexity of the issues and to the amount involved in the proceeding.

[92] Costs awards should reflect what the court views as a fair and reasonable amount that should be paid by the unsuccessful parties rather than an exact measure of the actual costs to the successful litigant.³³ The overall objective is fixing an amount that is fair and reasonable in the particular proceeding, having regard to the expectations of the parties concerning the quantum of costs.³⁴

[93] I have considered all relevant factors in exercising my discretion to fix those costs. Without going through every factor in detail, I note the following:

- (a) The Applicant informed the City that they would be filing affidavits and notices of examination as early as October 19, 2022 at a case conference. At the case conference, the City and the Intervenor took the position that the Applicant was not entitled to file affidavits or conduct examinations.
- (b) The Applicant provided a summary of the intended affidavit evidence to the City on October 27, 2023. However, at a case conference to set a timetable for the litigation on October 31, 2023, the City did not state that it intended to bring a motion objecting to the affidavit evidence. Therefore, the motion was not included in the timetable.
- (c) The Applicant served three affidavits on December 18, 2023 and requested the availability of Mr. Juarez and Mr. van Wyk on February 6, 2024.
- (d) The City subsequently sought a case conference to schedule the present motion, which was convened on March 6, 2024. The City's delay in moving forward with the motion to quash and strike has resulted in the need to reschedule the hearing on the merits of the Application from May to September 2024. The motion could have been scheduled at the case conference on October 31, 2023, with the requirement that the Applicant serve and file the affidavits and notices of motion in advance of the motion so that it could be dealt with expeditiously.
- (e) The Applicant faults the City for not attempting to parse out a nuanced position on the contents of the affidavits and taking a "scorched earth" approach to the motion.

³³ *Zesta Engineering Ltd. v. Cloutier*, 2002 CanLII 25577 (ON CA), [2002] OJ No. 4495 (CA) at para. 4; *Davies v. Clarington (Municipality)*, 2009 ONCA 722 at para. 52.

³⁴ *Boucher v. Public Accountants Council for the Province of Ontario* (2004), 2004 CanLII 14579 (ON CA), 71 OR (3d) 291 (CA) at paras. 26 and 38

However, it is clear from the correspondence between the parties that the Applicant's position was also "all or nothing". The Applicant was convinced that all of the contents of the affidavits were admissible and that both notices of examination should be maintained. I do not see evidence on the part of either party to negotiate a more nuanced approach to the issues on the present motion.

- (f) As is evident from this decision, the City's position on the motion was not unsupported at law, as the Applicant maintained in their correspondence and materials on the motion. The Respondent prevailed on some parts of the motion.
- (g) The City's Bill of Costs for the present motion is \$12,679.00 on a full indemnity basis. The Applicant's Bill of Costs for the motion is \$35,459.94 on a full indemnity basis.
- (h) The Applicant put approximately 105 hours of work into the motion, with a responsible allocation of work to the appropriate fee earner.
- (i) The Respondent put approximately 67 hours of work into the motion with a similarly responsible allocation of work to the appropriate fee earner.
- (j) The hourly rates of all counsel on the file are reasonable, given their levels of experience.

[94] In light of the foregoing, having weighed the factors in Rule 57.01, I find that the fair and reasonable amount of costs payable by the City to the Applicant is \$7,500. It is payable within 30 days of the date of this decision.

Justice K.A Jensen

Date: May 13, 2024

Appendix "A"

Non-Exhaustive List of Issues on Cross-Examination

The RPRA seeks to cross-examine Adrian Van Wyck and Luis Juarez on, *inter alia*, the following issues:

- a. Meetings/consultations between the City staff (who made the recommendation that form the basis of the decision), and meetings/consultations between City staff and Mr. Wang or his representatives, regarding the various applications for a Heritage Permit for 480 Cloverdale Rd.

from November 2021 (date of the First Application that was deferred by the BHC on the consent of the owners of the Subject Property due to a violation of inter alia, mass limits) to the date that City Council approved the impugned Third Application for a Heritage Permit.

b. Any advice provided by City of Ottawa staff to Mr. Wang or his representative regarding his various applications for a Heritage Permit for 480 Cloverdale Rd.

c. Regarding the issuance of Heritage Permits in the Rockcliffe Park Heritage Conservation District (“RPHCD”), City of Ottawa process/practice/past decisions regarding:

a. The information that is required by the City of Ottawa and its staff from Heritage Permit applicants in support of an application for a Heritage Permit and why;

b. The analysis that is conducted by City of Ottawa staff when reviewing an application for a Heritage Permit and why;

c. The analysis that is conducted by City of Ottawa staff when reviewing a Heritage Impact Assessment submitted by a Heritage Permit applicant and why;

d. The analysis that is conducted by City of Ottawa staff when preparing a Staff Report to the Built Heritage Sub-Committee regarding an application for a Heritage Permit and why;

e. The information that is provided by City of Ottawa staff in its analysis, report, and/or presentation of information to the Built Heritage Sub-Committee regarding an application for a heritage permit and why;

f. The information that is provided by City of Ottawa staff in its analysis, report, and/or presentation of information to City Council regarding an application for a heritage permit and why;

g. The information that is made available to the public by City of Ottawa staff concerning a Heritage Permit application and why;

h. What City of Ottawa staff are to do if they are told that the information publicly available regarding a Heritage Permit application is not legible and why;

i. The definitions and guidelines used/applied by City of Ottawa staff when reviewing an application for a Heritage Permit and why;

j. What information must be presented by City staff to the Built Heritage Committee regarding a Heritage Permit application and why;

k. What information must be presented by City staff to City Council regarding a Heritage Permit application and why;

- l. The analysis of mass and height conducted by City of Ottawa staff or any third party of the Grade I House in the associated streetscape of the proposed build seeking a Heritage Permit, along with the use of such information and why;
- m. The comparison of mass and height of the Grade I House in the associated streetscape with that of the proposed build by City of Ottawa staff or any third party, along with the use of such information and why; and
- n. The treatment of the RPHCD Plan limits on height and mass by City of Ottawa staff in past City of Ottawa staff reports including, but not limited to, all prior applications of Mr. Wang for a heritage permit Re 480 Cloverdale Avenue.
- d. Whether or not City of Ottawa staff followed the above listed City processes/practices when reviewing the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for a new single detached dwelling on the property known municipally as 480 Cloverdale Rd.
- e. If City of Ottawa staff didn't follow the above listed City of Ottawa processes/practices when reviewing the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for a new single detached dwelling on the property known municipally as 480 Cloverdale Rd., why did it not and/or who instructed City of Ottawa staff to not follow said processes/practices?
- f. If City of Ottawa staff didn't follow the above listed City of Ottawa processes/practices when reviewing the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for a new single detached dwelling on the property known municipally as 480 Cloverdale Rd., did City of Ottawa staff advise the Built Heritage Sub-Committee and City Council that it had failed to follow said processes/practices and, if not, why and on whose authority?
- g. The analysis that was conducted by City of Ottawa staff, and why, in their preparation of the reports to the Built Heritage Subcommittee regarding the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for a new single detached dwelling on the property known municipally as 480 Cloverdale Rd;
- h. The decision taken by City of Ottawa staff to either include or exclude submissions and/or evidence that was before City of Ottawa staff in the preparation of its reports to the Built Heritage Sub-Committee with respect to the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for a new single detached dwelling on the property known municipally as 480 Cloverdale Rd. and why.
- i. Any representations and/or misrepresentations by City of Ottawa Staff to the Built Heritage Subcommittee regarding the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for a new single detached dwelling on the property known municipally as 480 Cloverdale Rd;

- j. The decision taken by City of Ottawa staff to either include or exclude from the Record of Proceedings submissions and/or evidence that was before City of Ottawa staff, the Built Heritage Sub-Committee, or City Council with respect to the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for a new single detached dwelling on the property known municipally as 480 Cloverdale Rd. and why.
- k. Any changes to the conditions imposed on any Heritage Permits issued to the Intervenor/owner of 480 Cloverdale Rd.
- l. City of Ottawa staff's consideration of the expert reports of Darcy Charlton that were appended to the Submissions of Kim Ratushny to the Built Heritage Sub-Committee with respect to the Third Application for a Heritage Permit for a new single detached dwelling on the property known municipally as 480 Cloverdale Rd..
- m. The City of Ottawa Staff's consideration of the Cultural Heritage Impact Assessment prepared by Commonwealth Historical Resources Management, dated June 2023 that was submitted to the City by the owner of 480 Cloverdale Rd..
- n. The City's consultations with the owner and/or their representatives in respect to the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for the construction of a single detached dwelling on the properly known municipally as 480 Cloverdale Rd..
- o. Where the applicant for a Heritage Permit for the construction of a single detached dwelling on the properly known municipally as 480 Cloverdale Rd. addresses the issue of mass and/or height consistency between the proposed build and the Grade I home on the associated streetscape in its Applications for a Heritage Permit.
- p. Where City of Ottawa staff addresses the issue of mass and/or height consistency between the proposed build and the Grade I home on the associated streetscape in its analyses of the applications for a Heritage Permit for the construction of a single detached dwelling on the properly known municipally as 480 Cloverdale Rd..
- q. Where City of Ottawa staff advised the Built Heritage Sub-Committee and/or City Council regarding the issue of mass and/or height consistency between the proposed build and the Grade I home on the associated streetscape with respect to the applications for a Heritage Permit for the construction of a single detached dwelling on the properly known municipally as 480 Cloverdale Rd..
- r. The creation of the Annotated Rockcliff Park Heritage Conservation District Plan and its use by City Staff, including its use when analyzing the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for a new single detached dwelling on the property known municipally as 480 Cloverdale Rd. and why.

s. The City of Ottawa's inclusion of the RPRA in the pre-consultation process with respect to the First Application and Second/Revised Application for a Heritage Permit for a new single detached dwelling on the property known municipally as 480 Cloverdale Rd. and why.

t. The City of Ottawa's failure to include the RPRA in the pre-consultation process with respect to the Third Application for a Heritage Permit for a new single detached dwelling on the property known municipally as 480 Cloverdale Rd. and why, including but not limited to question surrounding the correspondence sent by Luiz Jaurez of May 8, 2023 wherein he stated "In this case, the complete application was offered in the context of an ongoing matter before the Ontario Land Tribunal as a possible resolution".

u. The impact of the decision on the Rockcliff Park Heritage Conservation District, the RPRA, the RPHCD Plan, and the Annotated RPHCD Plan.

v. Inconsistencies in the reasons between the City of Ottawa staff's evaluation of the First Application and Second/Revised Application vis-à-vis the City of Ottawa staff's evaluation Third Application for a Heritage Permit for a new single detached dwelling on the property known municipally as 480 Cloverdale Rd. and why.

w. The relationship between the recommendations made by City of Ottawa staff in its reports and the decision that is typically made by the Built Heritage Sub-Committee.

x. Errors and inconsistencies in the information proffered by City staff and/or the Intervenor/owner as it relates to the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for the construction of a single detached dwelling on the properly known municipally as 480 Cloverdale Rd..

y. The strategic concerns, that are otherwise not legally relevant, that City of Ottawa staff members took into account when they drafted their Report to the Built-Heritage Sub-Committee with respect to the Third Application for a Heritage Permit for the construction of a single detached dwelling on the properly known municipally as 480 Cloverdale Rd..

z. The comments made by Luis Juarez in the Heritage Impact Assessment which was produced in the Record of Proceedings but never made available to the public and their purpose and meaning;

aa. The changes in the findings and recommendations of City of Ottawa staff regarding whether the proposed design met all requirements, and their purported justification for same, with respect to the First Application, Second/Revised Application, and Third Application for a Heritage Permit for the construction of a single detached dwelling on the properly known municipally as 480 Cloverdale Rd..

bb. Excessive reliance upon staff for the decision-making process when putting a recommendation to the City of Ottawa that was different than the previous recommendations without justification for the change with respect to the First Application, Second/Revised

Application, and Third Application for a Heritage Permit for the construction of a single detached dwelling on the properly known municipally as 480 Cloverdale Rd..

CITATION: Rockcliffe Park Residents Association v. City of Ottawa, 2024 ONSC 2690

COURT FILE NO.: DC-23-2812

DATE: 2024/05/13

DIVISIONAL COURT - ONTARIO

RE: Rockcliffe Park Residents Association,
Applicant

AND:

The City of Ottawa, Respondent

BEFORE: Justice K.A. Jensen

COUNSEL: Katie Black and Desneiges Mitchell
Counsel, for the Applicant

Timothy Marc and Kellan Mouton
Counsel, for the Respondent

HEARD: March 26, April 3, 2024

ENDORSEMENT

Jensen J.

Released: May 13, 2024

TAB 13

Market Rules

Chapter 1

Introduction And Interpretation Of The Market Rules

Library Record No.	MDP_RUL_0002_01
Document Name	Market Rules for the Ontario Electricity Market
Issue	Issue 11.0
Reason for Issue	Baseline 45.1
Effective Date	June 2, 2021

Document Change History

Issue/Draft	Reason for Issue	Date
Issue 1.0	Baseline 8.0	September 25, 2002
Issue 2.0	Baseline 9.1	June 4, 2003
Issue 3.0	Baseline 13.0	March 9, 2005
Issue 4.0	Baseline 20.1	December 10, 2008
Issue 5.0	Baseline 22.0	September 9, 2009
Issue 6.0	Baseline 29.1	June 5, 2013
Issue 7.0	Baseline 32.0	September 10, 2014
Issue 8.0	Baseline 33.0	June 3, 2015
Issue 9.0	Baseline 35.1	June 1, 2016
Issue 10.0	Baseline 43.1	June 3, 2020
Issue 11.0	Baseline 45.1	June 2, 2021

Related Documents

Library Record No.	Document Title	Version
MDP_RUL_0002	Market Rules for the Ontario Electricity Market	79.0

Document Control

Authorities

Prepared by
Market Rules

Reviewed by
Technical Panel
Legal Affairs

Approved by
IESO Board

Distribution List

Name	Organization

Table of Contents

1. Definitions	1
1.1 Market Rules	1
1.2 Italicized Expressions.....	1
2. Background and Legislative Authority	1
2.1 White Paper	1
2.2 Market Design Committee.....	1
2.3 Legislative Authority	2
3. Market Objective	2
4. Objectives and Status of Market Rules.....	2
4.1 Objectives and Status of Market Rules	2
4.2 Purposes of Market Rules	2
4.3 Contractual Force	3
4.4 [Intentionally left blank – section deleted].....	3
4.4A [Intentionally left blank – section deleted].....	4
4.4B Transitional Scheduling Generator.....	5
4.5 [Intentionally left blank – section deleted].....	5
5. The IESO.....	7
5.1 Responsibility for Market Rules.....	7
5.2 Objects of the IESO	7
5.3 Functions of the IESO	8
5.4 Compliance with Market Rules.....	9
6. Market Participants.....	9
6.1 Classes of Market Participants.....	9
6.2 Third Party Rights or Benefits	9
6.3 Compliance with Market Rules.....	9
7. Interpretation and Rules of Construction	10
7.1 General	10

7.2	Headings.....	12
7.3	Shall, Must and May.....	12
7.4	Explanatory Notes.....	12
7.5	Computation of Time.....	12
7.6	IESO Delegates	12
7.6A	Forms, Policies, Guidelines and Other Documents.....	12
7.7	Other Documents.....	13
7.8	Currency	14
8.	Notice, Notification, Service and Filing	14
8.1	Provision of Notice	14
8.2	Time of Notice.....	15
8.3	Notice of Directions and Orders	16
9.	Publication	16
10.	[Intentionally left blank].....	17
10A.	General Conduct.....	17
11.	Information Disclosure.....	18
11.1	Disclosure Must be Made Where Required by Market Rules.....	18
11.2	No Misleading or Deceptive Information	18
11.3	Correction of Incorrect Information.....	19
11.4	Use of Information by the IESO	19
12.	Interpretation Bulletins	19
13.	Liability and Indemnification	20
13.1	Liability of IESO	20
13.2	Liability of Market Participants	21
13.3	Force Majeure.....	22
13.4	Contractual Liability.....	26
14.	Exemptions	26
14.1	Scope of Exemptions	26
14.2	Application Process.....	26
14.3	Effect of Exemption and Monitoring	27

14.4	Reconsideration, Removal or Transfer of Exemptions	27
14.5	Costs	27
14.6	Need for Rule Amendment.....	28

1. Definitions

1.1 Market Rules

- 1.1.1 The rules set forth in Chapters 1 to 11 are called the Market Rules for the Ontario Electricity Market (the “*market rules*”) and constitute the *market rules* made under the authority and for the purposes of the *Electricity Act, 1998*.

1.2 Italicized Expressions

- 1.2.1 Italicized expressions used in the *market rules* have the meanings ascribed thereto in the definitions set forth in Chapter 11. Words and phrases defined in the *Electricity Act, 1998* have the same meaning when used in the *market rules*.

2. Background and Legislative Authority

2.1 White Paper

- 2.1.1 In November, 1997, the Government of Ontario issued a White Paper entitled “Direction for Change: Charting a Course for Competitive Electricity and Jobs in Ontario”, which set forth the broad framework for electricity sector reform with a view to the establishment of a competitive electricity market in Ontario.

2.2 Market Design Committee

- 2.2.1 During the course of 1998 and early 1999, the Market Design Committee, a committee created by Order in Council 2156/97 and comprised of representatives of stakeholders and consumers within the electricity industry, in its four quarterly reports made recommendations to the Government of Ontario on the design of the competitive electricity market for Ontario. As part of its responsibilities, the Market Design Committee was tasked with the preparation of initial draft rules governing the Ontario wholesale electricity market for submission to the *Minister*. In late January, 1999, the Market Design Committee submitted a set of draft initial rules to the *Minister*, with such further development of and revisions to the draft initial rules as may be necessary or appropriate being contemplated to be made prior to opening of the competitive markets.

2.3 Legislative Authority

- 2.3.1 The legislative authority for the *market rules* is contained in the *Electricity Act, 1998*. Specifically, subsection 32(1) of the *Electricity Act, 1998* contemplates that there will be made rules governing the *IESO-controlled grid* and establishing and governing the *IESO-administered markets* related to electricity and *ancillary services*.

3. Market Objective

- 3.1.1 The objective of the *IESO-administered markets* is to promote an efficient, competitive and reliable market for the wholesale sale and purchase of electricity and *ancillary services* in Ontario.

4. Objectives and Status of Market Rules

4.1 Objectives and Status of Market Rules

- 4.1.1 The objectives of the *market rules* are to govern the *IESO-controlled grid* and to establish and govern efficient, competitive and reliable markets for the wholesale sale and purchase of electricity and *ancillary services* in Ontario.

4.2 Purposes of Market Rules

- 4.2.1 Accordingly, the *market rules* include provisions:
- 4.2.1.1 governing the making, *amendment* and *publication* of the *market rules*;
 - 4.2.1.2 governing the conveying of electricity into, through or out of the *IESO-controlled grid* and the provision of *ancillary services*;
 - 4.2.1.3 governing the terms and conditions pursuant to which persons may be authorized by the *IESO* to participate in the *IESO-administered markets* or to cause or permit electricity to be conveyed into, through or out of the *IESO-controlled grid*;
 - 4.2.1.4 governing the manner in which electricity and *ancillary services* are sold, purchased and *dispatched* in the *IESO-administered markets*;

- 4.2.1.5 governing standards and procedures to be observed in system *emergencies*;
- 4.2.1.6 authorizing and governing the giving of directions by the *IESO*;
- 4.2.1.7 authorizing and governing the making of orders by the *IESO*;
- 4.2.1.8 providing a mechanism for the resolution of certain disputes arising under the *market rules*;
- 4.2.1.9 providing mechanisms for monitoring, surveillance and investigation of activities in the *IESO-administered markets* and the conduct of *market participants*; and
- 4.2.1.10 providing generally for the exercise by the *IESO* of such powers and authority as may be necessary or desirable for the purpose of carrying out its objects in relation to the *IESO-administered markets* and the *IESO-controlled grid*.

4.3 Contractual Force

- 4.3.1 The *market rules* have the effect of a contract between each *market participant* and the *IESO* by virtue of the execution by the *IESO* and each *market participant* of the *participation agreement* under which each *market participant* and the *IESO* agree to perform and observe the *market rules* so far as they are applicable to each *market participant* and the *IESO* as provided for in the *market rules*, their respective *licences* and *applicable law*.

4.4 [Intentionally left blank – section deleted]

- 4.4.1 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.4.2 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.4.3 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.4.4 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.4.4.1 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.4.4.2 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.4.5 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4.6 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4.7 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4.7.1 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4.7.2 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4.8 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4.9 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A.1 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A.2 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A.2.1 [Intentionally left blank- section deleted]

4.4A.2.2 [Intentionally left blank – section deleted]

a. [Intentionally left blank – section deleted]

b. [Intentionally left blank – section deleted]

c. [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A.2.3 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A.3 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A.4 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A.4.1 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A.4.2 [Intentionally left blank – section deleted]

a. [Intentionally left blank – section deleted]

b. [Intentionally left blank – section deleted]

c. [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A.4.3 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A.5 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A.6 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A.6.1 [Intentionally left blank – section deleted]

4.4A.6.2 [Intentionally left blank – section deleted]

a. [Intentionally left blank – section deleted]

b. [Intentionally left blank – section deleted]

4.4B Transitional Scheduling Generator

4.4B.1 Participation in the *IESO-administered market* of a *transitional scheduling generator* is temporary and shall expire when its registration is changed pursuant to Chapter 7, section 2.2.23.

4.5 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.1 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.1.1 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.1.2 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.1.3 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.2 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.2.1 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.2.2 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.2.3 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.2.4 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.2.5 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.2.6 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.2.7 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.2.8 [Intentionally left blank – section deleted]

4.5.2.9 [Intentionally left blank – section deleted]

- 4.5.2.10 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.2.11 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.2.12 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.2.13 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.2.14 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.2.15 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.2.16 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.2.17 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.2.18 [Intentionally left blank – section deleted] [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.2.19 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.3 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.3.1 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.3.2 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.4 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.5 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.6 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.6.1 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.6.2 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.6.3 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.6.4 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.6.5 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.7 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.7.1 [Intentionally left blank – section deleted]

- 4.5.7.2 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.8 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.8.1 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.8.2 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.8.3 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.9 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.9.1 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.9.2 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.10 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.10.1 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 4.5.10.2 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.11 [Intentionally left blank – section deleted]
- 4.5.12 [Intentionally left blank – section deleted]

5. The IESO

5.1 Responsibility for Market Rules

- 5.1.1 The body corporate responsible for the administration and supervision of the *market rules* is the *IESO*.

5.2 Objects of the IESO

- 5.2.1 The objects of the *IESO* are specified in subsection 6(1) of the *Electricity Act, 1998*.
 - 5.2.1.1 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 5.2.1.2 [Intentionally left blank – section deleted]
 - 5.2.1.3 [Intentionally left blank – section deleted]

5.2.1.4 [Intentionally left blank – section deleted]

5.2.1.5 [Intentionally left blank – section deleted]

5.2.1.6 [Intentionally left blank – section deleted]

5.2.1.7 [Intentionally left blank – section deleted]

5.3 Functions of the IESO

5.3.1 The functions, powers and authority of the *IESO* in relation to the administration and supervision of the *market rules* include:

5.3.1.1 supervising, administering and enforcing the *market rules*;

5.3.1.2 operating the markets related to electricity and *ancillary services* established under the *market rules*;

5.3.1.3 instituting and ensuring through the administration, supervision and enforcement of the *market rules* the effective and efficient implementation of the rules and standards contained in the *market rules*;

5.3.1.4 collecting information and statistics and publishing reports and information relating to the performance of the *IESO-administered markets*;

5.3.1.5 administering the ongoing development of, and *amendments* to, the *market rules*;

5.3.1.6 establishing power system *reliability standards* and maintaining power system *reliability*;

5.3.1.7 undertaking its coordination of power system planning responsibilities;

5.3.1.8 authorizing persons to participate in the *IESO-administered markets* and to cause or permit electricity to be conveyed into, through or out of the *IESO-controlled grid*;

5.3.1.9 undertaking monitoring, surveillance and investigation of activities in the *IESO-administered markets* and the conduct of *market participants*; and

5.3.1.10 liaising with other bodies having regulatory functions with respect to the *IESO-administered markets* and the *IESO-controlled grid*, such as the *Ontario Energy Board* and the federal Competition Bureau,

the whole of which in accordance with the *market rules*, the by-laws and *licence* of the *IESO* and *applicable law*.

5.4 Compliance with Market Rules

5.4.1 The *IESO* is bound to comply with, observe and perform any duties and obligations imposed on the *IESO* by the *market rules*.

6. Market Participants

6.1 Classes of Market Participants

6.1.1 The classes of *market participants* are described in section 2 of Chapter 2.

6.2 Third Party Rights or Benefits

6.2.1 Unless otherwise expressly stated in the *market rules* or the *Electricity Act, 1998*, a person other than the *IESO* who is not a *market participant* is not entitled to any rights or benefits under the *market rules*.

6.3 Compliance with Market Rules

6.3.1 Subject to the terms of its *licence* and to the *Electricity Act, 1998*, the *Ontario Energy Board Act, 1998* and to any regulations enacted under those *Acts*, each *market participant* is bound to comply with, observe and perform any duties and obligations imposed on the *market participant* by the *market rules*.

6.3.2 Except as otherwise provided in these *market rules* or in any standard, policy, guideline, procedure or other document established by the *IESO* pursuant to these *market rules*, a *market participant* may use such information systems, communication systems, business processes, personnel, service providers or other agents as the *market participant*, in its sole discretion, considers appropriate for the purpose of assisting in the performance of its obligations under these *market rules* and under such standard, policy, guideline, procedure or other document provided that, as between the *IESO* and the *market participant*:

- 6.3.2.1 the *market participant* shall be bound by and fully responsible for all acts or omissions of its personnel, service providers or other agents; and
- 6.3.2.2 the *market participant* shall remain solely responsible and liable to the IESO for the due performance of such obligations.

7. Interpretation and Rules of Construction

7.1 General

- 7.1.1 In the *market rules*, unless the context otherwise requires:
 - 7.1.1.1 words importing the singular include the plural and vice versa;
 - 7.1.1.2 words importing a gender include any gender;
 - 7.1.1.3 when italicized, other parts of speech and grammatical forms of a word or phrase defined in the *market rules* have a corresponding meaning;
 - 7.1.1.4 an expression importing a natural person includes any company, partnership, trust, joint venture, association, corporation or other private or public body corporate, any government agency or body politic or collegiate, and any other entity or body or class of entity or body designated by regulation made pursuant to the *Electricity Act, 1998* as coming within the definition of the word “person”;
 - 7.1.1.5 a reference to a thing includes a part of that thing;
 - 7.1.1.6 a reference to a Chapter, section, provision, condition, part or appendix is to a Chapter, section, provision, condition, part or appendix of the *market rules*;
 - 7.1.1.7 a reference in a Chapter of the *market rules* to a section is to a section of that Chapter;
 - 7.1.1.8 a reference to any statute, regulation, proclamation, order in council, ordinance, by-law, resolution, rule, order or directive includes all statutes, regulations, proclamations, orders in council, ordinances, by-laws or resolutions, rules, orders or directives varying, consolidating,

re-enacting, extending or replacing it and a reference to a statute includes all regulations, proclamations, orders in council, rules and by-laws of a legislative nature issued under that statute;

- 7.1.1.9 a reference to a document or provision of a document, including the *market rules* or a provision of the *market rules*, includes an amendment or supplement to, or replacement or novation of, that document or that provision of that document, as well as any exhibit, schedule, appendix or other annexure thereto;
- 7.1.1.10 a reference to a person includes that person's executors, administrators, successors, substitutes (including, but not limited to, persons taking by novation) and permitted assigns;
- 7.1.1.11 a reference to a body (including, without limitation, an institute, association or authority), whether statutory or not, which ceases to exist or whose functions are transferred to another body is a reference to the body which replaces it or which substantially succeeds to its powers or functions;
- 7.1.1.12 a reference to sections of the *market rules* separated by the word "to" (i.e., "sections 1.1 to 1.4") shall be a reference to the sections inclusively;
- 7.1.1.13 a reference to a time:
 - a. without the qualification "EST" is a reference to eastern time, which is the prevailing eastern standard or eastern daylight time in the Province of Ontario;
 - b. followed by the qualification "EST" is a reference to eastern standard time in the Province of Ontario; and
 - c. without the qualification "am", "a.m.", "pm" or "p.m." is a reference to time based on a 24-hour clock; and
- 7.1.1.14 a reference to a month, calendar month, year or calendar year shall mean the period that commences the first hour of the first *trading day* that starts in such month or year and terminates the last hour of the last *trading day* that commences in such month or year.
- 7.1.1.15 [Intentionally left blank – section deleted]

7.2 Headings

- 7.2.1 Headings in the *market rules* are inserted for convenience of reference only and shall not affect the interpretation of the *market rules*, nor shall they be construed as indicating that all of the provisions of the *market rules* relating to any particular topic are to be found in any particular Chapter, sub-Chapter, section, subsection, clause, provision, part or appendix.

7.3 Shall, Must and May

- 7.3.1 The words “shall” and “must” shall be construed as imperative and the word “may” shall be construed as permissive.

7.4 Explanatory Notes

- 7.4.1 Any provision in this document which is indicated as being an “explanatory note” or a “rule note” shall be deemed not to form a part of the *market rules*. Such explanatory notes or rule notes are inserted for convenience only and shall not affect the interpretation of the *market rules* nor be binding on the *IESO* or on any *market participant*.

7.5 Computation of Time

- 7.5.1 In the computation of time under these *market rules*, unless a contrary intention appears, if there is a reference to a number of days between two events, they are counted by excluding the day on which the first event happens and including the day on which the second event happens.
- 7.5.2 In the computation of time under Chapters 2, 3, 6 and 10, unless a contrary intention appears, if the time for doing any act or thing expires on a day which is not a *business day*, the act or thing may be done on the next day that is a *business day*.

7.6 IESO Delegates

- 7.6.1 Delegation by the *IESO* of its powers and duties under these *market rules* shall be governed by the provisions of the *Governance and Structure By-law*.

7.6A Forms, Policies, Guidelines and Other Documents

- 7.6A.1 Forms, policies, guidelines and other documents, including but not limited to *market manuals* designed, created, developed, established or implemented by the *IESO* or a panel established by the *IESO* shall be interpreted in accordance with

the *market rules* and the *Electricity Act, 1998*. Where there is any inconsistency between the *market rules* and a form, policy, guideline or other document, including but not limited to a *market manual*, the *market rules* shall prevail to the extent of the inconsistency.

7.7 Other Documents

- 7.7.1 Subject to section 7.7.4, and unless the context otherwise requires, where reference is made in the *market rules* to the design, creation, development, establishment or implementation of policies, guidelines and other documents by the *IESO* or a panel established by the *IESO*, such policies, guidelines and other documents shall not come into force until adopted by the *IESO Board*, *published* and notice thereof provided in accordance with section 7.7.2. The *IESO Board* may enter into such consultations, seek such advice and assistance and request such input from one or more persons as the *IESO Board* determines appropriate prior to adopting such policies, guidelines and other documents provided that the *IESO Board* retains the sole discretion to adopt such policies, guidelines and other documents in such form as the *IESO Board* determines appropriate. For certainty, any reference to “other documents” in section 7.7 shall not include forms or *market manuals*.
- 7.7.2 The policies, guidelines and other documents referred to in section 7.7.1 once adopted by the *IESO Board*, and forms and *market manuals* once prepared by the *IESO* shall be *published* by the *IESO* and notice thereof shall be provided to all *market participants*. The *IESO* and each *market participant* shall thereafter be bound to comply with the provisions of any such policies, guidelines, other documents and the *market manuals*.
- 7.7.2A The *IESO* shall establish a procedure which shall include but not be limited to processes for the stakeholding of *market manuals* when the *market manuals* are created and for any subsequent amendments.
- 7.7.3 The *IESO Board* or a committee of the *IESO Board* established for that purpose may, from time to time, amend, and the *IESO Board* may from time to time replace or repeal, any policies, guidelines and other documents referred to in section 7.7.1. The procedures set forth in sections 7.7.1 and 7.7.2 shall apply equally to any amendment, replacement or repeal of such policies, guidelines and other documents and any reference in such sections to the *IESO Board* shall, with respect to the amendment of such policies, guidelines and other documents be deemed to include a reference to a committee of the *IESO Board* established for that purpose.

- 7.7.4 Any policy, guideline and other document required by the *market rules* to be implemented as an *amendment* to the *market rules* shall be implemented in accordance with the procedures set forth in section 4 of Chapter 3. Any policy, guideline and other document referred to in section 7.7.1 or in the *market manuals* which, by virtue of its prohibitive or mandatory character or its importance to the efficient operation of the *IESO-administered markets* or the *reliable* operation of the *IESO-controlled grid*, should have a legislative character shall be implemented by the *IESO* as an *amendment* to the *market rules*.

7.8 Currency

- 7.8.1 All references in:

- 7.8.1.1 the *market rules*;
- 7.8.1.2 any form, policy, guideline or other document referred to in section 7.7.1 or 7.7.3, including but not limited to all *market manuals*;
- 7.8.1.3 a *settlement statement*; or
- 7.8.1.4 an *invoice*,

to a monetary amount are expressed in Canadian dollars.

- 7.8.2 Any payment required to be made by or to the *IESO* or by or to a *market participant* pursuant to any of the documents referred to in sections 7.8.1.1 to 7.8.1.4 shall be made in Canadian dollars.

8. Notice, Notification, Service and Filing

8.1 Provision of Notice

- 8.1.1 Subject to section 8.3, and unless a contrary intention appears, notice is properly given, notification is properly made and service, filing, issuance and submission is properly effected under the *market rules*:
- 8.1.1.1 by courier or other form of personal delivery;
 - 8.1.1.2 by prepaid first class mail addressed to the person at the address for service (if any) supplied by the person to the sender or, where the

person is a *market participant*, to the address shown for that person in the list of *market participants* maintained by the *IESO* pursuant to section 3.1.10 of Chapter 2 or, where the person is the *IESO*, to the registered office of the *IESO*; or

- 8.1.1.3 by facsimile or electronic mail to a number or reference which corresponds with the address referred to in section 8.1.1.2.

8.2 Time of Notice

- 8.2.1 Subject to section 8.3, and unless a contrary intention appears, notice, notification, service, filing, issuance or submission shall be treated as having been duly given, made or effected to a person by the sender:

- 8.2.1.1 where given, made or effected by mail in accordance with section 8.1.1.2 to an address in the Province of Ontario, on the fourth *business day* after the day on which it is mailed;
- 8.2.1.2 where given, made or effected by mail in accordance with section 8.1.1.2 to an address in Canada outside the Province of Ontario or to an address in the United States, on the sixth *business day* after the day on which it is mailed;
- 8.2.1.3 where given, made or effected by mail in accordance with section 8.1.1.2 to an address outside Canada or the United States, on the twentieth *business day* after the day on which it is mailed;
- 8.2.1.4 where given, made or effected by facsimile in accordance with section 8.1.1.3 and a complete transmission report is issued from the sender's facsimile transmission equipment:
- a. where notice, notification, service, filing or submission is of the type in relation to which the addressee is obliged to monitor the receipt by facsimile outside of, as well as during, business hours, on the day and at the time of transmission as indicated on the sender's facsimile transmission report; and
 - b. in all other cases, on the day and at the time of transmission as indicated on the sender's facsimile transmission report, if a *business day* or, if the transmission is on a day which is not a *business day* or is after 5:00 pm (addressee's time), at 9:00 am on the following *business day*;
- 8.2.1.5 Where given, made or effected by electronic mail in accordance with section 8.1.1.3:

- a. where notice, notification, service, filing or submission is of a type in relation to which the addressee is obliged to monitor receipt by electronic mail outside of, as well as during, business hours, on the day and at the time when the notice or notification is recorded by the sender's electronic communication system as having been first received at the electronic mail destination; and
 - b. in all other cases, on the day and at the time when the notice, notification or document or other material served, filed or submitted is recorded by the sender's electronic communications system as having been first received at the electronic mail destination, if a *business day*, or if that time is after 5:00 pm (addressee's time) or the day is not a *business day*, at 9:00 am on the following *business day*; or
- 8.2.1.6 in any other case, when the person actually receives the notice, notification or document or other material served, filed or submitted.

8.3 Notice of Directions and Orders

- 8.3.1 Unless a contrary intention appears, instructions, directions and orders of the *IESO* may be given or issued to *market participants*:
- 8.3.1.1 in accordance with sections 8.1 or 8.2;
 - 8.3.1.2 by voice communication, in which case the instruction, direction or order shall be deemed validly given or issued at the time of communication.

9. Publication

- 9.1.1 Subject to section 9.1.2, where any document or information is required by the *market rules*, *applicable law* or the by-laws or *licence* of the *IESO* to be *published* by the *IESO* or, in the case of the *market rules*, to be published by the *Minister*, *publication* shall be effected by placing the document or information on the public *IESO* web site. The document or information shall be deemed to be *published* when the document or information has been so placed.
- 9.1.2 Where the *market rules*, *applicable law* or the by-laws or *licence* of the *IESO* prescribe a mode of publication other than that described in section 9.1.1 in respect of a specified document or information, the *IESO* shall, in addition to complying with section 9.1.1 comply with the publication requirement applicable to such document or information as is so prescribed. In such a case, the document

or information shall be deemed to be published on the date on which the prescribed publication requirement has been satisfied.

10. [Intentionally left blank]

10.1.1 [Intentionally left blank]

10.1.2 [Intentionally left blank]

10A. General Conduct

10A.1 *Market participants* and the *IESO* shall not directly or indirectly engage or attempt to engage in conduct, alone or with another person, that they know, or ought reasonably to know:

10A.1.1 exploits the *IESO-administered markets*, including by, without limitation, exploiting any gap or defect in the *market rules*;

10A.1.2 circumvents any of the *market rules*;

10A.1.3 manipulates any of the *IESO-administered markets*, including by, without limitation, manipulating the determination of a *settlement amount*;

10A.1.4 undermines through any means the ability of the *IESO* to carry out its powers, duties or functions under the *Electricity Act, 1998* or the *market rules*; or

10A.1.5 interferes with the determination of a *market price* or *dispatch* outcome by competitive market forces.

10A.2 Without limiting the availability of any defences that a *market participant* may have with respect to conduct set out in section 10A.1, a *market participant* will not have violated section 10A.1 where it establishes that its conduct was entirely or predominantly caused by:

10A.2.1 a procurement contract as defined in the *Electricity Act, 1998*; or;

- 10A.2.2 an order of the *Ontario Energy Board* made in accordance with s. 78.1 of the *Ontario Energy Board Act, 1998*.
- 10A.3 For the purposes of this section 10A, “conduct” includes acts and omissions, but with respect to the *OPA* and *OEFC* only includes acts or omissions in their capacity as *market participants*, and with respect to the *IESO* does not include:
- 10A.3.1 market design or implementing government policy; and
- 10A.3.2 the development of the *market rules*, *market manuals* and policies, guidelines, or other documents referenced in section 7.7 of Chapter 1.

11. Information Disclosure

11.1 Disclosure Must be Made Where Required by Market Rules

- 11.1.1 *Market participants* shall disclose or provide to the *IESO* and/or to other *market participants*, and the *IESO* shall disclose or provide to *market participants*, such information as is required to be disclosed or provided pursuant to the *market rules*. Such information shall be disclosed or provided within the time specified in, and in the form and manner required by, the relevant provisions of the *market rules*. Where no time is specified in relation to the disclosure or provision of specific information, the information shall be disclosed or provided within a reasonable time.

11.2 No Misleading or Deceptive Information

- 11.2.1 Information disclosed or provided by a *market participant* to the *IESO* and/or to other *market participants* or by the *IESO* to *market participants* pursuant to the *market rules* shall be, to the best of the disclosing person’s knowledge, true, correct and complete at the time at which such disclosure or provision is made. Neither the *IESO* nor *market participants* shall knowingly or recklessly disclose or provide information pursuant to the *market rules* that, at the time and in light of the circumstances in which such disclosure or provision is made, is misleading or deceptive or does not state a fact that is required to be stated or that is necessary to make the statement not misleading or deceptive.

11.3 Correction of Incorrect Information

- 11.3.1 Where a *market participant* or the *IESO* discovers that any information previously disclosed or provided by it to any person pursuant to the *market rules* was, at the time at which it was disclosed or provided, or becomes untrue, incorrect, incomplete, misleading or deceptive, the disclosing person shall immediately rectify the situation and disclose or provide the true, correct, complete, not misleading or not deceptive information to the person to whom the original or currently untrue, incorrect, incomplete, misleading or deceptive information had been disclosed or provided.

11.4 Use of Information by the IESO

- 11.4.1 Subject to the provisions of sections 3 and 5 of Chapter 3, the *IESO* and any panel established by the *IESO* is entitled to use any data or information obtained in pursuance of the *IESO*'s or the panel's powers, functions or duties under the *market rules*, *applicable law* or the by-laws or *licence* of the *IESO*. The *IESO* may use such information in connection with or to initiate processes provided for in the *market rules* including, but not limited to:
- 11.4.1.1 a process to *amend* the *market rules* pursuant to section 4 of Chapter 3; or
 - 11.4.1.2 a process to enforce compliance with the *market rules* pursuant to section 6 of Chapter 3.

12. Interpretation Bulletins

- 12.1.1 [Intentionally left blank]
- 12.1.2 [Intentionally left blank]
- 12.1.3 Where the *IESO* receives a request from any person, including a member of a panel established by the *IESO*, a *market participant* or the *IESO Board*, seeking a clarification or posing a question as to the interpretation, application or implementation of a *market rule*, the *IESO* may refer the matter to the *technical panel* and the *technical panel* shall provide such clarification or the answer to such question to the *IESO*.
- 12.1.4 The *IESO* may, from time to time, either on its own initiative or upon receipt from the *technical panel* of a material clarification of, or answer to, a question concerning the interpretation, application or implementation of a *market rule*,

publish and give notice of bulletins as to the interpretation, application or implementation of a *market rule*.

12.1.5 A bulletin *published* pursuant to section 12.1.4 shall be binding on the *IESO*, provided that:

12.1.5.1 none of the relevant *market rules* are thereafter *amended*;

12.1.5.2 there is thereafter no amendment to any relevant provisions of the *Electricity Act, 1998*; and

12.1.5.3 the *IESO* has been provided with all relevant facts in respect of which the interpretation or clarification has been requested and all such facts were true at the time the interpretation or clarification was made.

13. Liability and Indemnification

13.1 Liability of IESO

13.1.1 Except as required by section 13.1.2 or as otherwise provided in these *market rules*, the *IESO* shall not be liable for any claims, losses, costs, liabilities, obligations, actions, judgements, suits, expenses, disbursements or damages of a *market participant* whatsoever, howsoever arising and whether as claims in contract, claims in tort (including but not limited to negligence) or otherwise, arising out of any act or omission of the *IESO* in the exercise or performance or the intended exercise or performance of any power or obligation under these *market rules* or under any policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual*.

13.1.2 Subject to section 13.1.4, the *IESO* shall indemnify and hold harmless a *market participant* and the *market participant's* directors, officers and employees from any and all claims, losses, liabilities, obligations, actions, judgements, suits, costs, expenses, disbursements and damages incurred, suffered, sustained or required to be paid, directly or indirectly, by, or sought to be imposed upon, the *market participant* or its directors, officers or employees to the extent that such claims, losses, liabilities, actions, judgements, suits, costs, expenses, disbursements or damages arise out of any willful misconduct by or any act or omission that constitutes gross negligence of the *IESO* in the exercise or performance or the intended exercise or performance of any power or obligation under these *market rules* or under any policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual*.

- 13.1.3 For the purposes of section 13.1.2, an act or omission of the *IESO* effected in compliance with these *market rules* or with the provisions of any policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual* shall be deemed not to constitute willful misconduct or gross negligence.
- 13.1.4 Except as otherwise provided in these *market rules* other than in this section 13, in no event shall the *IESO* be liable to indemnify and hold harmless a *market participant* or the *market participant's* directors, officers or employees from or in respect of:
- 13.1.4.1 any indirect or consequential loss or incidental or special damages including, but not limited to, punitive damages; or
 - 13.1.4.2 any loss of profit, loss of contract, loss of opportunity or loss of goodwill,
- and no *market participant* shall assert or attempt to assert against the *IESO* any claim in respect of any of the losses or damages referred to in sections 13.1.4.1 and 13.1.4.2.
- 13.1.5 Each *market participant* shall have a duty to mitigate damages, losses, liabilities, expenses or costs relating to any claims for indemnification that may be made by the *market participant* pursuant to section 13.1.2.

13.2 Liability of Market Participants

- 13.2.1 Except as required by section 13.2.2 or as otherwise provided in these *market rules*, a *market participant* shall not be liable for any claims, losses, costs, liabilities, obligations, actions, judgements, suits, expenses, disbursements or damages of the *IESO* whatsoever, howsoever arising and whether as claims in contract, claims in tort (including but not limited to negligence) or otherwise, arising out of any act or omission of the *market participant* in the exercise or performance or the intended exercise or performance of any power or obligation under these *market rules* or under any policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual*.
- 13.2.2 Subject to section 13.2.4, each *market participant* shall indemnify and hold harmless the *IESO*, the *IESO's* directors, officers and employees and any member of a panel established by the *IESO* from any and all claims, losses, liabilities, obligations, actions, judgements, suits, costs, expenses, disbursements and damages incurred, suffered, sustained or required to be paid, directly or indirectly, by, or sought to be imposed upon, the *IESO*, its directors, officers or employees or the member of a panel established by the *IESO* to the extent that such claims, losses, liabilities, actions, judgements, suits, costs, expenses, disbursements or

damages arise out of any willful misconduct by or any negligent act or omission of the *market participant* in the exercise or performance or the intended exercise or performance of any power or obligation under these *market rules* or under any policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual*.

13.2.3 For the purposes of section 13.2.2, an act or omission of a *market participant* effected in compliance with the *market rules* or with the provisions of any policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual* shall be deemed not to constitute willful misconduct or a negligent act or omission.

13.2.4 Except as otherwise provided in these *market rules* other than in this section 13, in no event shall a *market participant* be liable to indemnify and hold harmless the *IESO*, the *IESO*'s directors, officers or employees or a member of a panel established by the *IESO* from or in respect of:

13.2.4.1 any indirect or consequential loss or incidental or special damages including, but not limited to, punitive damages; or

13.2.4.2 any loss of profit, loss of contract, loss of opportunity or loss of goodwill,

and the *IESO* shall not assert or attempt to assert against a *market participant* any claim in respect of any of the losses or damages referred to in sections 13.2.4.1 and 13.2.4.2.

13.2.5 Nothing in this section 13.2 shall be read as limiting the right of the *IESO* to impose a financial penalty or other sanction including, but not limited to, the issuance of a *suspension order*, a *disconnection order* or a *termination order*, on a *market participant* in accordance with the provisions of these *market rules*.

13.2.6 The *IESO* shall have a duty to mitigate damages, losses, liabilities, expenses or costs relating to any claims for indemnification that may be made by the *IESO* pursuant to section 13.2.2 including, but not limited to, seeking recovery under any applicable policies of insurance to which the *IESO* or the *market participant*, as the case may be, is a beneficiary.

13.3 Force Majeure

13.3.1 Subject to section 13.3.14, the *IESO* shall not be liable to any *market participant* for any failure or delay in the performance of any of its obligations under these *market rules* or under the provisions of any policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual*, other than the obligation to make payments of money, to the extent that such failure or delay is due to a *force*

majeure event, provided that the *IESO* shall only be excused from performance pursuant to this section 13.3.1:

- 13.3.1.1 for so long as the *force majeure event* continues and for such reasonable period of time thereafter as may be necessary for the *IESO* to resume performance of the obligation; and
- 13.3.1.2 where and to the extent that the failure or delay in performance would not have been experienced but for such *force majeure event*.

13.3.2 Subject to section 13.3.14, a *market participant* shall not be liable to the *IESO* for any failure or delay in the performance of any of its obligations under these *market rules* or under the provisions of any policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual*, other than the obligation to make payments of money, to the extent that such failure or delay is due to a *force majeure event*, provided that the *market participant* shall only be excused from performance pursuant to this section 13.3.2:

- 13.3.2.1 for so long as the *force majeure event* continues and for such reasonable period of time thereafter as may be necessary for the *market participant* to resume performance of the obligation; and
- 13.3.2.2 where and to the extent that such failure or delay would not have been experienced but for such *force majeure event*.

13.3.3 Neither the *IESO* nor a *market participant* may invoke a *force majeure event* unless it has given notice in accordance with section 13.3.4 or 13.3.5, respectively.

13.3.4 Where the *IESO* invokes a *force majeure event*, it shall give notice to *market participants* and shall *publish* notice of the *force majeure event* as soon as reasonably practicable but in any event within two *business days* of the date on which the *IESO* becomes aware of the occurrence of the *force majeure event*, which notice shall include particulars of:

- 13.3.4.1 the nature of the *force majeure event*;
- 13.3.4.2 the effect that such *force majeure event* is having on the *IESO*'s performance of its obligations under these *market rules* or under the provisions of any policy, guideline or other document or referred to in section 7.7 or any *market manual*; and
- 13.3.4.3 the measures that the *IESO* is taking, or proposes to take, to alleviate the impact of the *force majeure event*.

- 13.3.5 Where a *market participant* invokes a *force majeure event*, it shall give notice to the *IESO* of the *force majeure event* as soon as reasonably practicable but in any event within two *business days* of the date on which the *market participant* becomes aware of the occurrence of the *force majeure event*, which notice shall include particulars of:
- 13.3.5.1 the nature of the *force majeure event*;
 - 13.3.5.2 the effect that such *force majeure event* is having on the *market participant's* performance of its obligations under these *market rules* or under the provisions of any policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual*; and
 - 13.3.5.3 the measures that the *market participant* is taking, or proposes to take, to alleviate the impact of the *force majeure event*.
- 13.3.6 Subject to section 13.3.7, where the *IESO* or a *market participant* invokes a *force majeure event*, it shall use all reasonable endeavours to mitigate or alleviate the effects of the *force majeure event* on the performance of its obligations under these *market rules*.
- 13.3.7 The settlement of any strike, lockout, restrictive work practice or other labour disturbance constituting a *force majeure event* shall be within the sole discretion of the *IESO* or the *market participant*, as the case may be, involved in such strike, lockout, restrictive work practice or other labour disturbance and nothing in section 13.3.6 shall require the *IESO* or the *market participant*, as the case may be, to mitigate or alleviate the effects of such strike, lockout, restrictive work practice or other labour disturbance.
- 13.3.8 Where the *IESO* invokes a *force majeure event*, it shall notify *market participants* and shall as soon as practicable *publish* notice of any material change in the information contained in the notice referred to in section 13.3.4 or in any previous notice given and *published* pursuant to this section 13.3.8.
- 13.3.9 Where a *market participant* invokes a *force majeure event*, it shall as soon as practicable notify the *IESO* of any material change in the information contained in the notice referred to in section 13.3.5 or in any previous notice given pursuant to this section 13.3.9.
- 13.3.10 Where the *IESO* invokes a *force majeure event*, it shall give notice to *market participants* and shall *publish* notice of the cessation of the *force majeure event* and of the cessation of the effects of such *force majeure event* on the *IESO's* performance of its obligations under these *market rules* or under the provisions of

any policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual*.

- 13.3.11 Where a *market participant* invokes a *force majeure event*, it shall give notice to the *IESO* of the cessation of the *force majeure event* and of cessation of the effects of such *force majeure event* on the *market participant's* performance of its obligations under these *market rules* or under the provisions of any policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual*.
- 13.3.12 The *IESO* shall *publish* any notice provided to it pursuant to section 13.3.5, 13.3.9 or 13.3.11.
- 13.3.13 Nothing in this section 13.3 shall be read as limiting the right of the *IESO* to impose on a *market participant* a sanction, other than a financial penalty, including but not limited to the issuance of a *suspension order*, a *disconnection order* or a *termination order*, in accordance with the provisions of these *market rules*.
- 13.3.14 Nothing in this section 13.3 shall excuse the *IESO* or a *market participant* from performing any of their respective obligations contained in:
 - 13.3.14.1 those provisions of these *market rules* that govern the *IESO* and the *market participant* during an *emergency* or while the *IESO-controlled grid* is in a *high-risk operating state* or in an *emergency operating state*;
 - 13.3.14.2 those provisions of any policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual* that govern the *IESO* and the *market participant* during an *emergency* or while the *IESO-controlled grid* is in a *high-risk operating state* or in an *emergency operating state*;
 - 13.3.14.3 the *Ontario electricity emergency plan*;
 - 13.3.14.4 the *market participant's emergency preparedness plan*;
 - 13.3.14.5 the *Ontario power system restoration plan*; or
 - 13.3.14.6 the *market participant's restoration participant attachment*,

during an *emergency* or while the *IESO-controlled grid* is in a *high-risk operating state* or in an *emergency operating state*.

13.4 Contractual Liability

- 13.4.1 The liability and indemnification provisions of sections 13.1 and 13.2 and, where applicable, of any other section of these *market rules* other than this section 13, and the *force majeure* provisions of section 13.3 shall apply to any agreement or contract referred to in these *market rules* or in any policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual* to which the *IESO* and a *market participant* are parties or to the terms of which the *IESO* and a *market participant* are bound and to all acts or omissions of the *IESO* or the *market participant* in the exercise or performance or the intended exercise or performance of any power or obligation under such agreement, contract, policy, guideline or other document referred to in section 7.7 or any *market manual*. In the event of an inconsistency between such liability, indemnification and *force majeure* provisions and the liability, indemnification and *force majeure* provisions of such agreement, the liability and indemnification provisions of sections 13.1 and 13.2 and, where applicable, of any other section of these *market rules*, and the *force majeure* provisions of section 13.3 shall prevail to the extent of the inconsistency.

14. Exemptions

14.1 Scope of Exemptions

- 14.1.1 As provided in the *Electricity Act, 1998* an *exemption applicant* may apply to the *IESO* for an *exemption* from the application of any obligation or standard which is or may be imposed upon the *exemption applicant* or in respect of the *exemption applicant's facilities* or equipment pursuant to these *market rules*, *market manuals* or to any standard, policy or procedure established by the *IESO* pursuant to these *market rules*.
- 14.1.2 In this section 14, a reference to an *exemption applicant* shall, where the context so requires, be deemed to include a reference to an *exemption applicant* to whom an *exemption* has been granted by the *IESO Board*.

14.2 Application Process

- 14.2.1 An *exemption applicant* shall apply for an *exemption* in accordance with the practices and procedures established by the *IESO Board*.

14.3 Effect of Exemption and Monitoring

- 14.3.1 Failure by an *exemption applicant* to comply with any of the terms and conditions of an *exemption* imposed pursuant to an order of the *IESO Board*, including without limitation any amendments to such terms and conditions, shall constitute a breach of the *market rules*.
- 14.3.2 An *exemption applicant* to whom an *exemption* has been granted shall from time to time provide to the *IESO* such information as the *IESO* may request for the purposes of monitoring:
- 14.3.2.1 compliance by the *exemption applicant* with any terms and conditions of the *exemption*; and
 - 14.3.2.2 the progress of implementation of the *exemption* plan forming part of the *exemption application*, as such *exemption* plan may be amended from time to time with the concurrence of the *IESO Board*.

14.4 Reconsideration, Removal or Transfer of Exemptions

- 14.4.1 Procedures for the reconsideration, removal or transfer of *exemptions* are included in the practices and procedures referred to in section 14.2.1.

14.5 Costs

- 14.5.1 Where the *IESO Board* has established and included in the practices and procedures referred to in section 14.2.1 the manner in which the *IESO* will recover from each *exemption applicant* the costs of processing its *exemption application* and, where a panel of the *IESO Board* so decides as a term or condition of the *exemption*, an *exemption applicant* other than the *IESO* shall submit to the *IESO* such costs, commit to the *IESO* in such form as the *IESO* considers appropriate to pay such costs, or both, in the manner specified in the practices and procedures referred to in section 14.2.1.
- 14.5.2 Where the removal or reconsideration of an *exemption* granted to a *pre-existing facility or equipment* prior to *market commencement date* was prompted as a result of the activities of one or more *market participants* and the *IESO* determines that such *market participant(s)* will benefit from the removal or reconsideration of the *exemption*, unless the costs to be incurred by the *exemption applicant* to comply with the standard of obligation to which the *exemption* relates or with the amended terms and conditions of the *exemption* as the case may be, are recoverable by means of a process or procedure mandated by the *OEB*, costs shall be recovered from each such *market participant* on a pro-rata basis based

upon the *IESO's* assessment of the benefit accruing to each such *market participant* from the removal or reconsideration of the *exemption*. No costs shall be recoverable in respect of the removal or reconsideration of an *exemption* granted after the *market commencement date*.

- 14.5.3 The costs that may be collected and remitted pursuant to section 14.5.2 shall be calculated by the *IESO* by subtracting from the costs to be incurred by the *exemption applicant* to comply with the standard or obligation to which the *exemption* relates or with the amended terms and conditions of the *exemption*, as the case may be, the value of any benefit determined by the *IESO* as accruing to the *exemption applicant* as a result of its compliance with such standard or obligation or such amended terms and conditions.
- 14.5.4 Where an *exemption* was granted to a *pre-existing facility or equipment* prior to *market commencement date* but section 14.5.2. is not applicable, the costs will be recovered from one or more of the following classes of *market participants* as determined by the *IESO*:
- 14.5.4.1 all *market participants* on a pro-rata basis based upon their respective allocated quantities of *energy* withdrawn at all *delivery points* determined in accordance with Chapter 9, during such period as may be specified by the *IESO*;
 - 14.5.4.2 all *market participants* on a pro-rata basis based upon their respective allocated quantities of *energy* injected at all *delivery points* , determined in accordance with Chapter 9, during such period as may be specified by the *IESO*;
 - 14.5.4.3 all *market participants* on a pro-rata basis based upon their respective allocated quantities of *energy* withdrawn at all *intertie* metering points, determined in accordance with Chapter 9, during such period as may be specified by the *IESO*; and
 - 14.5.4.4 all *market participants* on a pro-rata basis based on their respective allocated quantities of *energy* injected at all *intertie* metering points, determined in accordance with Chapter 9, during such period as may be specified by the *IESO*.

14.6 Need for Rule Amendment

- 14.6.1 Where the *IESO* determines that the benefit of an *exemption* should be extended to all *market participants* or persons or to a class of *market participants* or persons the *IESO* may:

- 14.6.1.1 where the *exemption* was granted prior to the date on which section 4 of Chapter 3 comes into force, recommend to the *IESO Board* that it advise the *Minister* that an *amendment* to the *market rules* be made accordingly; or
- 14.6.1.2 where the *exemption* was granted after the date on which section 4 of Chapter 3 comes into force, recommend to the *IESO Board* that the *amendment* process set forth in section 4 of Chapter 3 be initiated with a view to *amending* the *market rules* accordingly.

TAB 14

MARCH 2024

Market Renewal Program Impact on Clean Energy Supply (CES) Contracts: Overview and Update

Presented to: CES contract counterparties

Presented by: IESO's Contract Management Team

Disclaimer

In an effort to be transparent to all stakeholders, IESO contract management has prepared and published this document and certain other non-confidential information relating to the contractual implications of the Market Renewal Program (“MRP”). However, any potential contractual implications or required contractual amendments will be determined through a process that is separate and distinct from MRP design. The IESO will continue to maintain effective separation between the IESO’s contract management function and activities and the IESO’s function and activities relating to market operations and MRP design. Any contractual implications or required contractual amendments will be addressed with the applicable contract counterparties, as required, by IESO Contract Management. References to the IESO in this document are references to IESO Contract Management, unless the context otherwise requires. This presentation is provided for information purposes only. The presentation does not constitute, nor should it be construed to constitute, legal advice or a guarantee, offer, representation or warranty on behalf of the IESO. In the event of any conflict or inconsistency between the information contained in this presentation and the Market Rules, the Market Manuals, any IESO contract or any applicable legislation or regulation, the provisions of the Market Rules, Market Manuals, contract, legislation or regulation, as applicable, shall govern. This document is being provided without prejudice to any party's rights or remedies under any contract and does not constitute an amendment or waiver to any terms or conditions of any contract. This information provided in this presentation is based on the information, design decisions and market rules that have been published by the IESO in connection with the MRP as of the date of the presentation. As the MRP progresses and as available information and decisions evolve, the IESO’s proposed approach to addressing any contractual issues may also evolve.

Purpose

1. To provide an overview of the impacts of MRP on CES contracts
2. To discuss the CES contract principles and the IESO's proposed approach related to market evolution
3. To discuss the IESO's proposed term sheet to address MRP through CES contracts

Note: This presentation does not apply to contracts for facilities that use fuels other than natural gas, contracts that do not have Imputed Production as part of their settlement calculations, or contracts in respect of any facility that does not participate in the IESO-Administered Markets.

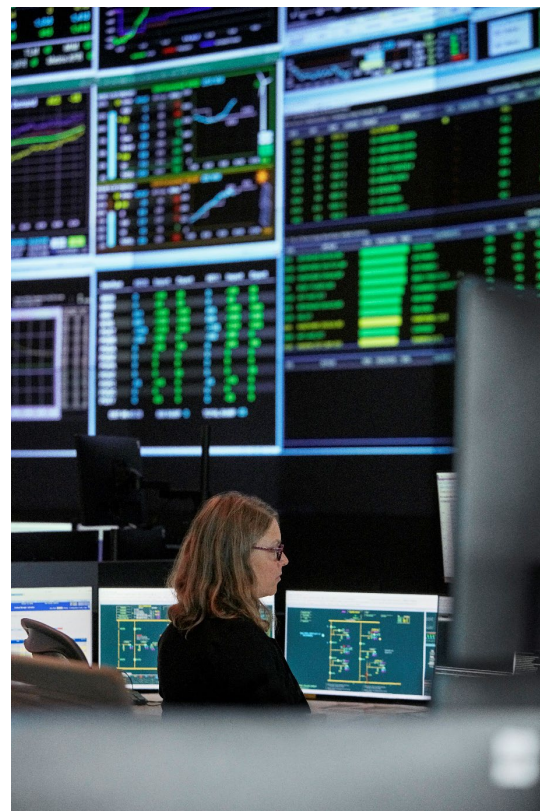
Agenda

Through this presentation the IESO plans to cover:

- MRP Background
- The IESO's Approach to Amending Contracts
- Summary of Engagement to Date
- Impact of MRP on CES Contracts
- CES Contract Market Evolution Principles
- Term Sheet – Proposed Amendments
- Next Steps

MRP Background

- MRP is on schedule to 'go live' in May 2025 with a new design of Ontario's wholesale electricity market.
- Provisionally approved amendments to the [Market Rules and Market Manuals](#) were published throughout 2023.
- MRP implementation resources such as training modules, webinar recordings, design documentation and implementation plans are available on the MRP webpage.
- Any questions related to MRP in general can be directed to customer.relations@ieso.ca



IESO's Approach to Amending Contracts for MRP

Principles



1. Contractual implications are addressed in a manner consistent with the terms of the applicable contracts to maximize consistency, administrative simplicity, and transparency by treating similar contracts in a similar manner.
2. Contract incentives should be aligned with market incentives to not impede efficient market operations and to benefit all parties.
3. Ensure timely contract amendments ahead of the MRP implementation date.

Supplier Engagement



The IESO's Contract Management team is engaging Suppliers in parallel with the MRP engagement to focus specifically on contractual implications. The IESO is proposing solutions to achieve the principle considerations for amending contracts and expects Suppliers to familiarize themselves with MRP in order to provide feedback.

In addition to written feedback and webinars, the IESO is open to smaller group meetings or individual meetings to collaboratively work through the process of finalizing amending agreements.

Summary of Engagement to Date

- Resources related to IESO's engagement with Market Participants on their contracts can be found on IESO's website including draft term sheets, feedback & responses, as well as webinar presentations



Impact of MRP on Market Participant Contracts

- Based on the changes introduced by MRP, the IESO has identified impacts on CES facilities that need to be addressed in IESO contracts with Market Participants, including:



The Hourly Ontario Energy Price “HOEP” will be replaced by day ahead and real time locational marginal prices “LMP”

A financially binding day-ahead-market “DAM” will be introduced to provide greater operational and financial certainty in the market



Discussion #1 – CES Contract Market Evolution Principles

CES Contract Principles

- In the case where a Day Ahead Energy Forward Market is opened, the CES contract sets out five principles that apply to the required amendments

Principles

A – In Exhibit J, all references to HOEP will be replaced with an hourly Electricity price established under the Day-Ahead Energy Forward Market (the “Replacement Price”). [s. 1.7(b)(i)]

B – In Exhibit J, all references to Imputed Start-Up Hour and Imputed Shut-Down Hour shall continue, but shall be modified by using information or prices made available under the Day-Ahead Energy Forward Market to deem an operating pattern... [s. 1.7(b)(ii)]

C – Start-Up Costs shall continue to be imputed for only one (1) Start-Up per day. [s. 1.7(c)(i)]

D – The Facility shall continue to be deemed to commence and cease operation based on an Imputed Start-Up Hour and Imputed Shut-Down Hour... [s. 1.7(c)(ii)]

E – Any amendments to accommodate the opening of the Day-Ahead Energy Forward Market shall be made on the basis that the economic effect of such amendments substantially reflect the Supplier’s economics as contemplated under the contract. [s. 1.7(c)(iii)]

CES Contract Approach

- Through previous discussions on the impact of MRP on CES contracts, the IESO proposed its approach to address these principles through a term sheet

Principles	Approach
A, C, D	These principles are specific to their application and have been directly applied in the development of a proposed term sheet.
B	This principle has been followed in the proposed term sheet by continuing to deem start-ups and shut-downs on the basis of rational price signals that maximize deemed operation during hours of positive INR and minimize deemed operation during hours of negative INR.
E	This principle has been followed in the proposed term sheet by preserving the overarching structure of Exhibit J and ensuring that the quality of the hedge provided by the Imputed Production model set out in Exhibit J is not impaired for a Facility with the attributes set out in Exhibit B.



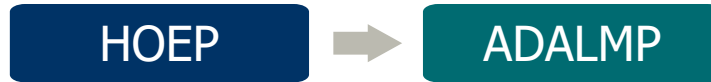
Discussion #2 – Proposed MRP Term Sheet

Term Sheet– Context

- The IESO has proposed an updated term sheet with changes only to reflect the provisionally approved market rule amendments in 2023
- Following past engagements on the impact of MRP on CES contracts, the IESO heard concerns with proposed term sheet, but did not receive any specific proposals or contract-based arguments for taking any different approaches
- Changes required for CES contracts should be limited to Exhibit J and in line with the principles in the contracts

Term Sheet – Proposed Amendments

- Add the new defined term for ADALMP
- Change all references from HOEP to ADALMP in Section 3.2 of Exhibit J (Calculation of Imputed Gross Energy Market Revenue) and Section 3.3.4 of Exhibit J (Calculation of Negative Interval Net Revenue Recapture)



Amendment (Day-Ahead Market)	
ADALMP	Applicable Day-Ahead Locational Marginal Price means, with respect to any hour, the locational marginal price for energy (in \$/MWh) at the delivery point that corresponds to the Facility's Connection Point in the day-ahead IESO-Administered Market for Electricity for that hour.

Note: For any Facility with multiple delivery points, the definition of ADALMP will be amended to reflect the capacity-weighted average of delivery-point LMPs.

Term Sheet – Proposed Amendments (Part 2)

- Amend the definitions of Deemed Start-Up Hour and Deemed Shut-Down Hour in Section 3.1 of Exhibit J

Deemed Start-Up Hour

A “Deemed Start-Up Hour” is the first hour of a Deemed Dispatch Interval, and is the first hour, other than a Directed Dispatch Hour, following a Deemed Shut-Down Hour in which the **ADALMP** was greater than or equal to the applicable Variable Energy Cost for that hour h .

Notwithstanding the foregoing, the requirement that the Deemed Start-Up Hour follow a Deemed Shut-Down Hour shall not apply to the first Deemed Start-Up Hour in the Term.

Deemed Shut-Down Hour

A “Deemed Shut-Down Hour” is the last hour in a Deemed Dispatch Interval, and is the first hour within a Deemed Dispatch Interval in which,

- (a) **ADALMP** was less than or equal to the applicable Variable Energy Cost for that hour h and for the previous hour $h-1$; or
- (b) **ADALMP** for hours $h+1$, $h+2$ and $h+3$ are all less than the applicable Variable Energy Cost; or
- (c) the following hour is a Directed Start-Up Hour.

Discussion and Next Steps

- The IESO would like to engage in a constructive discussion with CES counterparties in order to move forward to making appropriate amendments (individually, as a group, or sub-groups)
- Since 'go-live' is only a year away, IESO wants to ensure that sufficient time is allotted for contract drafting and various approvals for all parties
- The IESO is developing the market transition approach and will plan to engage Suppliers on contractual implications in the coming months, once further details are available

Thank You

ieso.ca



[@IESO_Tweets](https://twitter.com/IESO_Tweets)



linkedin.com/company/IESO

TAB 15

IESO's Approach to Amending Market Participant Contracts in Response to the Market Renewal Program

EXTERNAL PUBLICATION

Disclaimer

In an effort to be transparent to all stakeholders, IESO contract management has prepared and published this document and certain other non-confidential information relating to the contractual implications of the Market Renewal Program (MRP). However, any potential contractual implications or required contractual amendments will be determined through a process that is separate and distinct from MRP design. Any contractual implications or required contractual amendments will be addressed with the applicable contract counterparties, as required, by IESO contract management. References to the IESO in this document are references to IESO contract management, unless the context otherwise requires.

The information in this document is based on the proposed parameters and design decisions that have been published by the IESO in connection with the MRP as of the date of this document. As the MRP progresses, and as available information and decisions evolve, the IESO's proposed approach and strategy for addressing contractual implications of the MRP may also evolve.

This document is provided for information purposes only. It does not constitute, nor should it be construed to constitute, legal advice or a guarantee, offer, representation or warranty on behalf of the IESO. In the event of any conflict or inconsistency between the information contained in this document and the Market Rules, the Market Manuals, any IESO contract or any applicable legislation or regulation, the provisions of the Market Rules, Market Manuals, contract, legislation or regulation, as applicable, shall govern. This document is being provided without prejudice to any party's rights or remedies under any contract and does not constitute an amendment or waiver of any terms or conditions of any contract.

Executive Summary

Following the release of the four high-level design (HLD) documents, the Independent Electricity System Operator (IESO) believes it is now timely to outline its intended approach for addressing the implications from the Market Renewal Program (MRP) on its existing electricity supply contracts.

The IESO is party to 110 electricity supply contracts for facilities that are registered to participate in the IESO-Administered Markets (Market Participant (MP) contracts) and are expected to be impacted directly by the MRP. In addition, the IESO is party to approximately 33,600 contracts for facilities that are connected to the distribution system and are not market participants. Of these, the vast majority (approximately 30,200) are microFIT contracts that are not expected to be impacted by the MRP, while the remainder (approximately 3,400) may be impacted by changes to the Ontario Energy Board's (OEB) Retail Settlement Code resulting from the MRP. The remaining discussion in this document is focused on the implications to MP contracts.

The IESO's objective is to ensure that the contractual implications arising from the MRP are addressed within a timeline that is appropriately aligned with the MRP and in a manner that is consistent with the existing terms in the affected contracts. This includes making any necessary contract amendments as a result of changes to energy pricing, as well as commitment and dispatch mechanisms that are part of the energy stream of the MRP, and also providing contractual certainty for contract counterparties interested in participating in the Incremental Capacity Auction (ICA). The changes will allow for contracts to continue functioning in a manner that is aligned with the incentives of the renewed markets.

The IESO's contract management team has been actively engaged in the MRP from the outset with various stakeholders, including many of the contract counterparties, to discuss potential implications that the MRP may have on contracts. Through webinars, group meetings, and individual discussions, the lines of communication have been open. The IESO appreciates the constructive engagement by affected contract counterparties. With the release of the HLD documents, and as the MRP transitions to the detailed design phase, contract implications can be more fully understood, and potential amendments will be explored in more detail with affected parties. As part of the process, the IESO expects to adopt a more structured approach to discussions with contract counterparties and, as appropriate, with other affected stakeholders.

Although the engagement approach with respect to contract implications as a result of MRP will be separate and distinct from the stakeholder engagement regarding the design of the energy and capacity streams of the MRP, it will continue to be aligned and coordinated with developments within the MRP. While the MRP stakeholder engagement process is primarily for market design matters, the IESO will leverage opportunities to address issues that may have joint contracts and markets implications. Engagement in respect of MRP implications on IESO contracts will be targeted for contract counterparties, but will also utilize a dedicated

webpace for contract implications to be located on the IESO website, and thus be accessible to all stakeholders. This will provide transparency for all stakeholders with respect to non-confidential aspects of discussions with groups of contract counterparties.

The MRP HLDs provide a significant level of detail regarding market changes that may have implications on existing IESO contracts. This document strives to identify the various implications and suggests approaches for addressing them going forward.

The IESO is seeking comments and feedback on the information presented in this document. Written feedback can be provided directly to the IESO's contract management group, via email at mr.ContractManagement@ieso.ca.

Contents

Disclaimer	1
Executive Summary	2
1. Purpose of Document	5
2. Contracts Overview	6
3. Objective, Principles and Considerations	8
4. Market Renewal Program Implications on Contracts	10
4.1 Energy Stream	10
4.1.1 Single Schedule Market (SSM)	10
4.1.2 Day-Ahead Market (DAM)	10
4.1.3 Enhanced Real-Time Unit Commitment (ERUC)	11
4.1.4 Single Schedule Market (SSM) and Day-Ahead Market (DAM) related implications	11
4.2 Capacity Stream	12
5. Engagement	17
6. Timing and Next Steps	19
7. Request for Feedback	20
8. List of Acronyms	21

List of Figures

Figure 2-1-1 Projected lifecycle for contracted capacity, by resource type (<i>Progress Report on Contracted Electricity Supply, IESO, 2018</i>)	6
Figure 2-2-2 Non-Market Participant contracts compared to Market Participant contracts based on the number of contracts and overall capacity, broken down by resource type	7
Figure 6-1 Estimated timeline of aspects of the energy and capacity streams, as well as contract management	19

List of Tables

Table 4-1 Impacts of SSM and DAM by contract type	11
Table 4-2 Contract changes based on contract type for the energy stream	12
Table 4-3 ICA impacts by contract type	13
Table 4-4 Contract changes based on contract type for the capacity stream	14

1. Purpose of Document

The purpose of this document is to describe the approach that the IESO plans to adopt in order to address implications from the MRP on existing electricity supply contracts for facilities registered to participate in the IESO-Administered Markets (MP contracts). This document outlines the IESO's objective and the supporting high-level principles that will guide discussions with contract counterparties and ultimately lead to any necessary contract amendments. High-level implications, and suggested strategies to address them, are identified and discussed throughout this document.

2. Contracts Overview

At the present time, nearly all of Ontario's electricity generation is either contracted or rate-regulated. The IESO is the contract counterparty to 23.4 GW (approximately 63%)¹ of total grid-connected generation and 3.4 GW of distribution-connected generation. The IESO's predecessor, Ontario Power Authority, began contracting for generation in 2005 through competitive, standard offer, and bilateral procurements. The majority of the IESO's contracts are for 20-year operating terms, while some are shorter and certain hydro and nuclear contracts are longer. Contracts will begin to expire in the 2020s and a majority of the contracts for generating facilities will expire by the end of the 2030s.

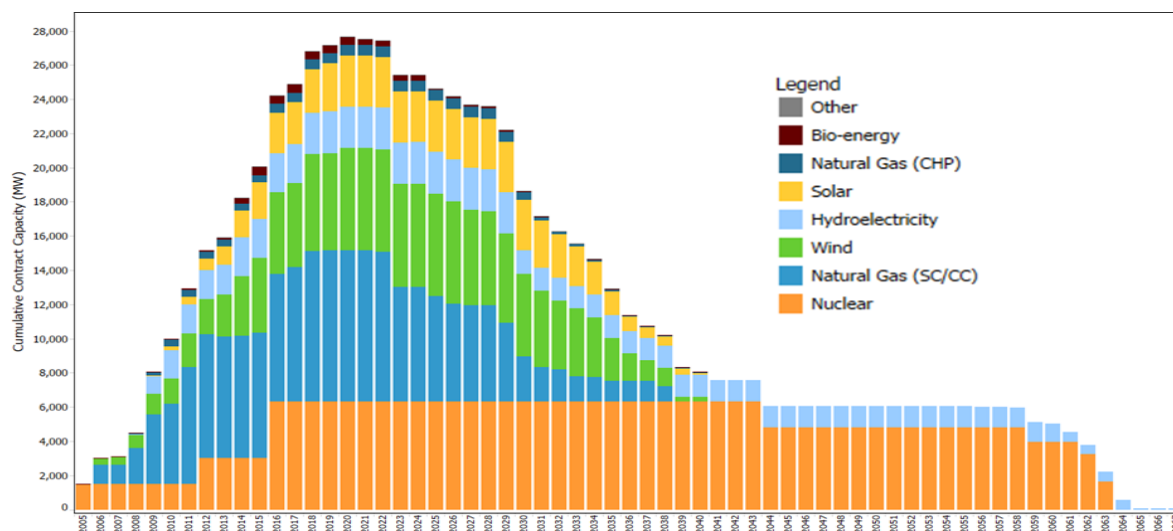


Figure 2-1-1 | Projected lifecycle for contracted capacity, by resource type (*Progress Report on Contracted Electricity Supply, IESO, 2018*)

The vast majority of IESO contracts are for smaller, distribution-connected facilities, which are mainly solar-powered. For example, over 30,000 microFIT contracts make up a small amount of capacity and are not expected to be impacted by the MRP. The remainder, approximately 3,400, of distribution connected contracted facilities that do not participate in the IESO-Administered Markets, may be affected by changes in the OEB's Retail Settlement Code triggered by the MRP. Implications for those contracts are not yet known and can only be addressed once the MRP-related changes to the OEB's Retail Settlement Code are known.

Contracts that are likely to be directly impacted by the MRP are the 110 contracts for facilities that are registered to participate in the IESO-Administered Markets (MP contracts). These contracts, which represent almost 90% of contracted capacity, are expected to be the primary focus of discussions as the MRP progresses. The remaining discussion in this document is focused on the implications to these MP contracts.

¹ As of February 15, 2019.

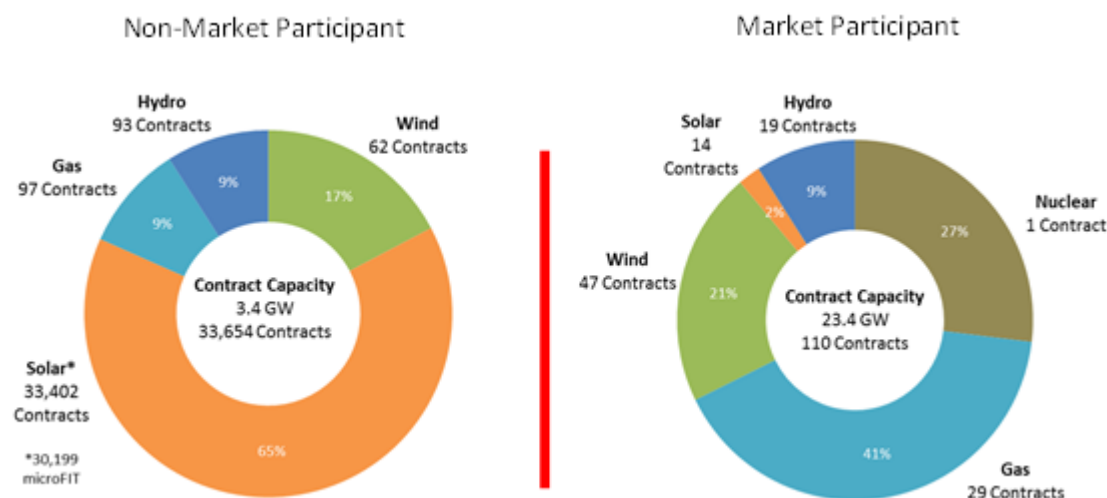


Figure 2-2-2 | Non-Market Participant contracts compared to Market Participant contracts based on the number of contracts and overall capacity, broken down by resource type

Although the MP contracts span across different electricity generation technologies, procurements, and forms of contracts, there are several commonalities that are important in relation to the MRP.

Fundamental commonalities of MP contracts include:

- Financial Hedge – In their simplest form, most of the MP contracts provide a hedge against a market price for electricity through a top-up to a strike price or to a fixed monthly amount. Therefore, at a conceptual level, it should be possible to maintain the hedge in principle, even though the mechanics of the market price may change through the MRP.
- Operationally Impartial – With the exception of a few specific physical obligations, the MP contracts generally do not dictate how a facility is to be operated. This is left up to the facility owners and operators. Therefore, at a conceptual level, the opportunities and risks of operating a facility that were being managed by the facility's owner or operator before the MRP should continue to be managed by the facility's owner or operator after the MRP has been implemented.
- Contemplate Market Evolution – The introduction of Locational Marginal Pricing (LMP) (as introduced in the MRP Single Schedule Market (SSM) initiative) has been contemplated in most of the MP contracts. Similarly, the introduction a Day-Ahead Market (DAM) is also contemplated in many of the MP contracts. The MP contracts that contemplate these elements of the MRP contain provisions setting out the basis upon which any applicable contract changes will be made, and in some cases provide guidance as to the parameters upon which the changes contemplated in the MRP energy stream are to be reflected in the contracts.

These fundamental commonalities help provide a common starting point for all parties in future discussions when assessing implications on contracts from the MRP.

3. Objective, Principles and Considerations

The IESO's primary objective is to ensure that any contractual implications are addressed in a manner consistent with the terms of the applicable contracts, through any necessary and appropriate contract amendments, to ensure that all MP contracts function seamlessly and efficiently in accordance with their terms in the renewed markets.

The primary principle to be employed by the IESO is to proceed on the basis of the existing provisions in the relevant contracts. As noted previously, most of the MP contracts expressly contemplate market evolution. Some contracts have specific provisions directly applicable to the changes that are being contemplated by the MRP, while some may address changes to the markets more broadly. The IESO intends to proceed on the basis of those specific provisions where applicable and otherwise in accordance with the more general applicable terms and principles of the contract if specific elements are not contemplated by the contract.

There are several key considerations that apply to the principle described above, as follows:

- ***Consideration #1: Treat similar contracts in a similar manner***
 - o As contract procurements evolved and changes were made over time, it became apparent that differences have arisen between the same types of contracts. Despite those differences, in most cases, the fundamentals of contracts belonging to the same type are substantially the same. For this reason, and to maximize consistency, administrative simplicity, and transparency, the IESO intends to make the same contractual amendments to contracts belonging to the same type, subject to any contract-specific considerations that may apply.
- ***Consideration #2: Contract incentives should be aligned with market incentives***
 - o One of the core considerations for MP contracts is ensuring that they do not impede efficient market operations. With the MRP intended to advance the efficiency of electricity markets, it is important to ensure that the contracts do not distort or undermine market incentives, and that contracted generators have substantially the same incentives to respond to market signals as they would in the absence of their contracts. Opportunities for the most efficient alignment of incentives will be explored with a view to advancing the market dynamics under the MRP to the benefit of all parties.

- ***Consideration #3: Timely resolution of amendments***

- o The MRP will bring significant changes to the electricity markets in Ontario. While the language of many contracts contemplates the resolution of amendments after the implementation of market rule changes, the IESO believes that all parties would benefit from clarity of contract-market interaction by the date of implementation of the MRP. The timeframe for the MRP design and implementation should allow for this. Accordingly, discussions will be planned with this in mind, starting with the use of the HLD documents as a basis for developing the framework of proposed contract amendments.

It is not an objective of the IESO to extract financial value from contracts by way of the MRP. This has been expressed by the IESO to all stakeholders throughout the discussions related to contract implication from the MRP. The IESO intends to maintain the allocation of risk and reward that has been established by the contracts to the greatest extent possible, including, where applicable, the impacts of market rule changes. The IESO's focus will be on making principled amendments based on the provisions of the applicable contract and not on achieving a particular commercial outcome.

4. Market Renewal Program Implications on Contracts

Consistent with how the MRP has been divided into two streams, MP contract implications will be treated in the same two streams – ***energy and capacity***. The energy stream will be relevant to all MP contracts. The capacity stream will have general applicability with respect to end-of-term transition, but is otherwise likely to have limited applicability only to MP contracts that are interested in participating in the Incremental Capacity Auction (ICA) in respect of merchant capacity.

The implications from the energy stream arise mainly from the introduction of a DAM and a SSM with locational marginal pricing, as they impact the mechanisms used for MP contract settlement. The implications from the capacity stream, specifically the ICA, will be driven by end-of-term transition issues and by the need for contractual clarity in respect of the participation of incremental capacity from existing contracted generating assets in the ICA.

The following describes the high-level implications that have been identified by the IESO based on the current MRP design and proposed high-level solutions to address them.

4.1 Energy Stream

4.1.1 Single Schedule Market (SSM)

With respect to SSM and moving to a locational marginal price, all MP contracts will need to address that Hourly Ontario Energy Price (HOEP)², which is currently a fundamental parameter in the settlement of all MP contracts, will no longer exist. As noted in the SSM HLD, the current two-schedule market that was introduced in 2002 was always contemplated to be a transitional step to facilitate moving to a single schedule market with locational marginal pricing (LMP). Many MP contracts contemplate and address this potential change with language that is reasonably clear in the context of the present MRP. Implementation of such changes is a part of the risk and reward structure embodied in those contracts.

4.1.2 Day-Ahead Market (DAM)

With respect to the contractual implications of DAM, there are two major groups of contracts:

- First group - the Clean Energy Supply (CES) and similar “imputed dispatch” contracts, which generally include a provision that settlement should transition to a DAM basis, and which set out the principles to be used in implementing the switch.

² For the purpose of this document, HOEP also refers to the uniform Energy Market Price (EMP) or Market Clearing Price (MCP).

- Second group - contracts in respect of variable generation and other contracts where IESO payment is based on the output of the facility (i.e. power purchase agreements or PPAs), which generally do not have provisions addressing the implementation of a DAM. The IESO is of the view that the introduction of DAM-based contract settlement would be advantageous to the proper alignment of incentives between these contracts and the market. The IESO believes that it is possible to achieve this without any downside to contract counterparties, while providing contract counterparties the opportunity to benefit from the flexibility to respond to market incentives.

4.1.3 Enhanced Real-Time Unit Commitment (ERUC)

ERUC is the third initiative in the energy stream of the MRP. While market participants may be able to participate in the ERUC program, the contract settlement provisions of the MP contracts are not generally expected to be impacted by ERUC. Accordingly, the IESO has not identified any contract implications arising from ERUC.

4.1.4 Single Schedule Market (SSM) and Day-Ahead Market (DAM) related implications

Table 4-1 provides an overview of high-level contract implications arising from the SSM and the DAM:

Table 4-1 | Impacts of SSM and DAM by contract type

MP Contract Type	SSM Impact	DAM Impact
CES and similar contracts (ACES, CES, CHP, PGC)	HOEP will no longer exist and contracts will be settled on locational marginal prices.	Contracts provide for a change to contract settlement deeming provisions in Exhibit J to the DAM.
Renewable wind and solar PPAs (FIT, RES, LRP)		Forecast and balancing risk between DAM and Real-Time (RT) needs to be addressed to provide a basis for efficient market behavior without introducing a new contract risk.
NUG capacity contracts		Contracts provide for certain elements to switch to the DAM.
Other (including nuclear and hydro)		This will be contract dependent but generally will need to address contract settlement changes to the DAM to support efficient market behaviours.

As a starting point, to address the implications from the MRP that are identified in Table 4-1 in a manner consistent with the principle and considerations noted above, the IESO has developed a framework for contract amendments that may be appropriate for the energy stream. This framework for both CES and similar contracts and PPAs is outlined in Table 4-2 below.

Table 4-2 | Contract changes based on contract type for the energy stream

Element	CES and Similar Contracts	Power Purchase Agreements
Single Schedule Market	Change the use of HOEP in contract settlement to the applicable locational marginal price, as specified in the contracts.	Change the use of HOEP in contract settlement to the applicable locational marginal price as a successor to HOEP, as specified in the contracts.
Day-Ahead Market	Amend Exhibit J to settle contracts and calculate imputed net revenues based on the DAM.	Amend contract settlement to offset economic impact of differences between day ahead forecasted quantity and real-time delivered quantities. Payment for energy continues to be based on real-time production and includes the same real-time foregone energy provisions as in the existing contracts, as applicable.

4.2 Capacity Stream

The HLD for the ICA contemplates allowing contracted resources to offer capacity that is incremental to their contract capacity (i.e. merchant capacity) into the auction, in accordance with applicable rules and requirements of the ICA. Therefore, in order to facilitate incremental capacity participation in the ICA, contractual implications will need to be resolved to provide certainty to contract counterparties that are interested in participating. Unlike the energy stream, where implications need to be addressed for all MP contracts, capacity stream implications may only need to be addressed for those contracted resources that intend to participate in the ICA, and to deal with end-of-term issues (discussed below). It is not yet clear how many contracted resources plan to offer incremental merchant capacity or pursue uprates to increase the amount of merchant capacity. Despite this, it is important to identify and address contractual interactions that may need to be addressed through contract amendments, in order to provide clarity to all parties considering

such a plan, and to facilitate participation in the ICA. This will also provide contract counterparties with the foundation needed to begin assessing their economic feasibility and opportunities associated with participating in the ICA well in advance of scheduled auctions and commitment periods.

One of the most important elements of any amendment will be to ensure that incremental capacity can be clearly differentiated from contract capacity across all contracts and technologies. It is imperative to the IESO that total capacity is accounted for correctly as part of the process for meeting Ontario's resource adequacy needs and ensuring that there is no duplication of payments for existing contract capacity through the contract and the ICA. The IESO will establish a procedure for calculation of the incremental installed capacity (ICAP)³ available at a contracted facility. The qualification (i.e. determination of the Unforced Capacity⁴) of this incremental ICAP will be established as part of the ICA pre-auction requirements. The interaction between ICA committed capacity and contract capacity and/or energy generated by contract capacity will need to be addressed in the contracts.

There is also an opportunity to ensure that the transition of capacity from being under a contract to operating in the ICA at the end of a contract term does not result in any inefficiencies should the contract term not end immediately before the start of an ICA obligation period. There is no anticipation of any restriction on contract counterparties offering capacity into an ICA in respect of obligation periods commencing after the contract term expires, however an appropriate strategy must be developed for addressing a contract term that ends during an obligation period and would therefore result in that capacity not being eligible to offer into the ICA until the start of the next obligation period.

Table 4-3 provides an overview of high-level implications related to the ICA that may affect contracts:

Table 4-3 | ICA impacts by contract type

Contract Type	Calculation of Incremental Capacity	Other Interactions with Contracts
CES and similar Contracts (ACES, CES, CHP, PGC)	Separate the contract capacity stated in each contract from incremental capacity available for offer in the ICA.	Capacity check tests, outages, derates, force majeure, and offer obligations, as applicable, will have to be aligned between contract obligation and ICA.

³ From the ICA HLD document, Installed Capacity (ICAP) reflects the maximum output capacity of a resource as assessed by the IESO, or as demonstrated in a physical test during periods prescribed by the IESO to reflect conditions expected (e.g., temperature and humidity) at times of peak system need during each obligation period.

⁴ From the ICA HLD document, Unforced Capacity (UCAP) is a unit of measure that reflects the resource assessment quantity of a resource, which may be further reduced due to the results of the deliverability assessment.

Renewable Wind and Solar PPAs (FIT, RES, LRP)	Separate the contract capacity stated in each contract from incremental capacity and any energy associated with that incremental capacity available for offer in the ICA.	Energy metering, outages, derates, force majeure, and offer obligations will have to be aligned between contract obligations and ICA.
NUG Capacity Contracts	Separate the contract capacity stated in each contract from incremental capacity available for offer in the ICA.	Capacity check tests, outages, derates, force majeure, and offer obligations will have to be aligned between contract obligations and ICA.
Other (including nuclear and hydro)	Will be contract dependent, but if applicable, separate the contract capacity stated in each contract from incremental capacity and any energy associated with that incremental capacity available for offer in the ICA.	Similar to those noted above if applicable and on a case-by-case basis.

As a starting point, to address the implications from the MRP that were identified in Table 4-3 and consistent with the principle and considerations also noted above, the IESO has considered the contractual amendments that may be necessary for the ICA stream. The framework for those potential changes for both CES and similar contracts and PPAs is outlined in Table 4-4 below.

Table 4-4 | Contract changes based on contract type for the capacity stream

Element	CES and Similar Contracts	Power Purchase Agreements
Contract Capacity/Merchant Capacity Differentiation	Define calculation of incremental installed capacity that is above contract capacity, while “Qualified Capacity” ⁵ under the ICA to be determined in accordance with ICA rules.	Define calculation of incremental installed capacity that is above contract capacity, while Qualified Capacity to be determined in accordance with ICA rules.

⁵ From the ICA HLD, Qualified Capacity means the amount of capacity a capacity auction participant is determined by the IESO to be able to offer into a specific auction for a capacity auction resource. A resource’s qualified capacity amount is determined through the capacity qualification process.

Energy Compensation	Not applicable as contract settlement is based on deemed parameters utilizing contract capacity.	Separate metering of energy from existing capacity and from the ICA capacity may be required. The IESO is exploring the possibility of proportionate allocation of commonly metered energy based on actual and verified capacity additions made for ICA participation.
Energy Must-Offer Obligations	Where energy must-offer obligations exist in the contract, modify the obligations, if required, to not conflict with any ICA offer obligations where ICA offer obligations apply to all capacity.	No contractual offer obligations currently exist and are not expected in the future.
Capacity Check Test	Capacity check test protocols to be changed to account for capacity (ICAP) committed to the ICA and the outcome during a contractual capacity check test would be adjusted to account for this.	Generally not applicable to these contracts as PPAs typically do not have contractual capacity check test obligation.
Metering Plans	Metering plans to be changed to align with any changes to capacity check test protocols.	Metering plans to be changed to align with any changes to calculation of energy output.
Force Majeure	Consistent with contract provisions, the impact of any force majeure event would be attributed to merchant capacity (including ICA capacity) before providing any relief to contract capacity.	Generally not required given the interaction of force majeure with PPA requirements during the operating term.

Outages	Consistent with contract provisions, the impact of any outage event would be attributed to merchant capacity (including ICA capacity) before providing any relief to contract capacity.	Generally not applicable, as PPAs for the most part do not have provisions related to outages.
End of Term Obligations	Allow a contract counterparty option for limited reduction of contract term so that the final date of the term aligns with the start of an obligation period under the ICA.	Allow a contract counterparty option for limited reduction of contract term so that the final date of the term aligns with the start of an obligation period under the ICA.
Contract Facility Amendments	IESO will grant approvals of contract facility amendments for the purposes of creating additional capacity for the ICA if agreement can be reached on other contractual amendments related to the ICA.	IESO will grant approvals of contract facility amendments for the purposes of creating additional capacity for the ICA (subject to satisfactory metering or proportioning of energy) if agreement can be reached on other contractual amendments related to the ICA.

As illustrated in Figure 2-1, a number of contracts will start expiring around the time or shortly after the time the ICA is expected to be in place. These contracts may not require changes to facilitate participation while under contract, but may require amendment to allow timing adjustments to align with the ICA obligation periods.

5. Engagement

Since the early stages of the MRP, the IESO has taken a proactive approach to initiate discussions with contract counterparties to ensure that lines of communication have been established. Now that the HLD documents have been published and the MRP is entering the detailed design phase, the IESO believes that more comprehensive discussions with respect to contracts should take place.

The IESO has received some feedback on how best to engage with contract counterparties. The feedback has ranged from suggestions that the IESO create a separate MRP stakeholder initiative to address contract implications, to continuing to address contract implications grouped by the various types of contracts, to taking a more focused approach to specific contracts. The IESO has considered these suggestions, recognizing that the contract amendment process is to be separate from and responsive to the MRP and is not intended to drive MRP outcomes. A broad stakeholdering approach by its nature does not align well with a desired outcome to amend a specified set of contracts that are ultimately bilateral in nature in accordance with their terms. Similarly, individual discussions for each contract would be very resource intensive and would not align with the considerations noted in this document. For these reasons, the IESO will continue to address contract implications from the MRP as a separate initiative, distinct from the stakeholder engagement dealing with the design of the energy and capacity streams, but will continue employ an approach that is **closely aligned and coordinated with developments in the MRP**.

The consultation elements identified below are intended to provide a balanced and structured approach to meet the needs of the IESO, contract counterparties and broader stakeholders. This balanced approach recognizes that addressing contract implications from the MRP is inherently different from the broader stakeholder approach that is being taken to design the detailed elements of the various MRP initiatives, yet provides appropriate engagement and transparency. In order to achieve the overall objective set out in this document, the IESO will continue to follow the existing mechanisms that it has implemented along with the addition of other mechanisms to advance contractual discussions, including the following:

- A dedicated webspace has been created on the IESO website to provide information pertaining to contract implications with respect to the MRP. The IESO intends to publish presentation materials, webinar recordings, certain feedback and responses, as well as any other non-confidential information that may be relevant to all contract counterparties or broader stakeholders;
- Contract counterparties and other stakeholders will have the opportunity for input/feedback on contractual implications from proposed design decisions, through group and individual discussions, as well as a central IESO – Contract Management MRP mailbox (*mr.ContractManagement@ieso.ca*) for written questions and comments;

- Webinars targeted to all contract counterparties or types of contract counterparties will be conducted and open to all stakeholders. These will be held periodically, approximately one to three times per year, and will address general contractual issues and feedback that may be pertinent to all (or a subset of) contract counterparties;
- Meetings with groups of contract counterparties will continue to be held as necessary to address specific issues applicable to specific groups of contracts that have been identified in the implications section above;
- Smaller group or individual meetings will be held on an as-needed basis to address any specific issues for individual (or a few) contracts and any matters that may be confidential in nature to a contract counterparty; and
- Updates to the Markets Development Advisory Group, Stakeholder Advisory Committee, and other IESO stakeholder forums will be provided on an as-needed basis where progress will be highlighted and general contracts feedback can be addressed.

6. Timing and Next Steps

The IESO is aiming to align the timing of its contract amendments with the go-live date of the MRP as illustrated in the Figure 6-1 below. The IESO intends to engage and enter into more detailed discussions with counterparties with contracts of similar types during the development of the detailed designs, and once the HLDs have been finalized.

The IESO foresees its process being broken down into several phases which include development of principles, development and finalization of term sheets, and drafting of amending agreements.

The IESO will use its dedicated web space on the IESO website to post non-confidential information and keep contract counterparties abreast of the development of discussions and issue identification. Contract counterparties are also strongly encouraged to proactively engage with IESO contract management throughout this initiative to address any contract-specific matters.

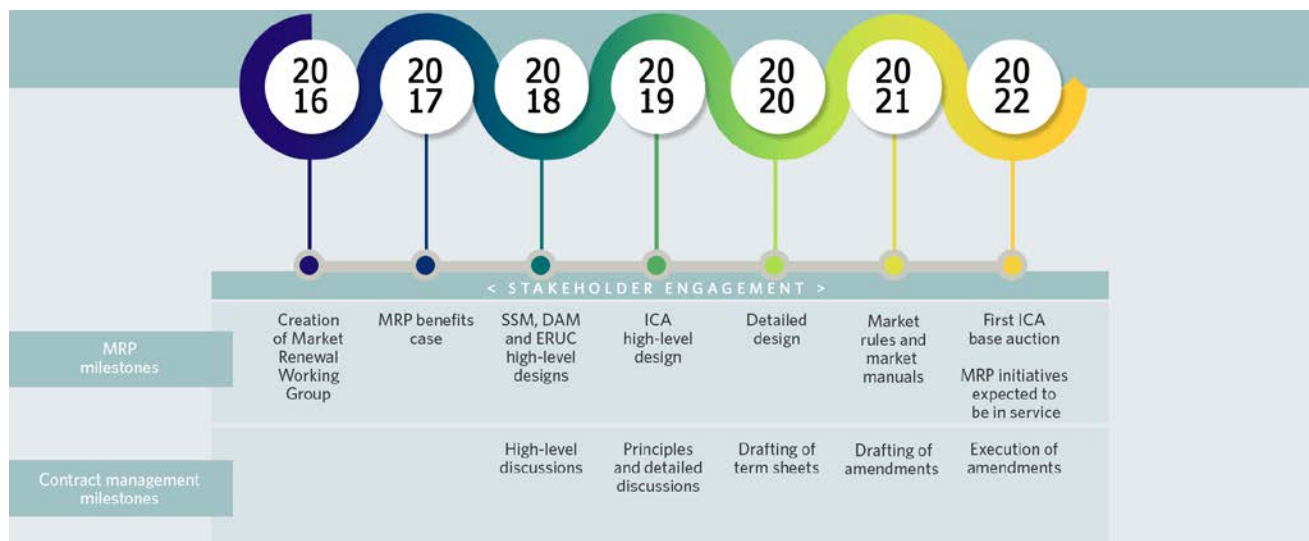


Figure 6-1 | Estimated timeline of aspects of the energy and capacity streams, as well as contract management

7. Request for Feedback

Moving forward, the IESO is seeking comments and feedback on the information presented in this document. If there is significant interest, IESO may present a webinar to provide further clarification. Written feedback can be provided directly to the IESO's contract management group, via email at mr.ContractManagement@ieso.ca. Feedback may be submitted on both confidential and non-confidential basis and should be identified accordingly. Any feedback or questions that are marked as confidential will be treated as such in accordance with applicable contract terms, while all other feedback may be summarized and posted publically.

8. List of Acronyms

ACES	Accelerated Clean Energy Supply
CC	Combined Cycle
CES	Clean Energy Supply
CHP	Combined Heat and Power
DAM	Day-Ahead Market
EMP	Energy Market Price
ERUC	Enhanced Real-Time Unit Commitment
FIT	Feed-In Tariff
GW	Gigawatt
HLD	High-Level Design
HOEP	Hourly Ontario Energy Price
ICA	Incremental Capacity Auction
ICAP	Incremental Capacity
IESO	Independent Electricity System Operator
LMP	Locational Marginal Price
LRP	Large Renewable Procurement
MCP	Market Clearing Price
MP	Market Participant
MRP	Market Renewal Program
NUG	Non-Utility Generator
OEB	Ontario Energy Board
PGC	Peaking Generation Contract
PPA	Power Purchase Agreement
RES	Renewable Energy Supply
RT	Real-Time
SSM	Single Schedule Market
UCAP	Unforced Capacity



Independent Electricity System Operator

1600-120 Adelaide Street West
Toronto, Ontario M5H 1T1

Phone: 905.403.6900

Toll-free: 1.888.448.7777

E-mail: customer.relations@ieso.ca

ieso.ca

 [@IESO_Tweets](https://twitter.com/IESO_Tweets)

 [facebook.com /OntarioIESO](https://facebook.com/OntarioIESO)

 [linkedin.com /company /ieso](https://linkedin.com/company/ieso)

TAB 16

Edward Martin Fanjoy *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17172.

1985: January 25; 1985: October 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Powers of Court of Appeal — Errors at trial — Trial judge failing to limit cross-examination of accused and misdirecting jury on alibi defence — Errors prejudicial to accused — Section 613(1)(b)(iii) of the Code inapplicable to uphold conviction — Criminal Code, s. 613(1)(a)(iii), (b)(iii).

The Court of Appeal dismissed appellant's appeal against his conviction for gross indecency under s. 157 of the *Criminal Code*. Because of the strength of the Crown's circumstantial case against the appellant, the Court of Appeal applied the proviso of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* to uphold the conviction despite its findings (1) that the Crown's cross-examination of appellant dealing with his previous sexual conduct was improper and "could only unfairly prejudice the appellant" and (2) that the trial judge's direction with respect to appellant's alibi evidence was wrong and also prejudicial to him. This appeal is to determine whether the Court of Appeal erred in the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*.

Held: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal erred in applying s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* to uphold the conviction. The proviso of s. 613(1)(b)(iii) applies only where a court of appeal is of the opinion that on the ground of a wrong decision on a question of law an appeal might be decided in favour of the appellant, and where it is also of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. Here, the trial judge's failure to limit the cross-examination was an error of mixed law and fact and, accordingly, the conviction could not be saved by the application of the proviso. Having found that the abusive cross-examination was unfairly prejudicial to the appellant, the Court of Appeal should have allowed the appeal on the basis that there had been a

Edward Martin Fanjoy *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 17172.

1985: 25 janvier; 1985: 10 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Erreurs du juge du procès — Omission de limiter le contre-interrogatoire de l'accusé et directives erronées quant à la défense d'alibi — Erreurs préjudiciables à l'accusé — Non-applicabilité de l'art. 613(1)(b)(iii) du Code pour confirmer la déclaration de culpabilité — Code criminel, art. 613(1)(a)(iii), (b)(iii).

La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appellant contre sa déclaration de culpabilité de grossière indécence prononcée en vertu de l'art. 157 du *Code criminel*. À cause de la force de la preuve circonstancielle du ministère public contre l'appellant, la Cour d'appel a appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* pour maintenir la déclaration de culpabilité malgré ses conclusions selon lesquelles (1) le contre-interrogatoire de l'appellant par le ministère public portant sur sa conduite sexuelle antérieure était inapproprié et «ne pouvait que porter injustement préjudice à l'appellant» et (2) les directives du juge du procès relatives à la preuve d'alibi de l'appellant étaient erronées et causaient un préjudice à l'appellant. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur dans l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La Cour d'appel a commis une erreur en appliquant le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* pour maintenir la déclaration de culpabilité. Le sous-alinéa 613(1)(b)(iii) ne s'applique que lorsqu'une cour d'appel estime que, étant donné une décision erronée sur une question de droit, l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, mais qu'elle estime également qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. En l'espèce, l'omission du juge du procès de limiter le contre-interrogatoire constitue une erreur mixte de fait et de droit et, par conséquent, la déclaration de culpabilité ne pouvait être maintenue par l'application de la disposition. La Cour d'appel, ayant conclu que le contre-interrogatoire abusif portait injustement préjudice à

miscarriage of justice under s. 613(1)(a)(iii) of the *Code*.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 156, 157, 613(1)(a)(iii), (b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, dated June 2, 1982, dismissing the accused's appeal from his conviction for gross indecency under s. 157 of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

Clayton C. Ruby, for the appellant.

Susan G. Ficek, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

McINTYRE J.—This is an appeal against the judgment of the Ontario Court of Appeal, dated June 2, 1982, which dismissed the appellant's appeal against his conviction for gross indecency under s. 157 of the *Criminal Code*. The appeal was dismissed by the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* after findings that the cross-examination of the appellant by Crown counsel at trial "could only unfairly prejudice the appellant", and that an error in charging the jury to the effect that "mere disbelief in the alibi evidence could be used as evidence of guilt itself" was wrong and was prejudicial to the accused.

The appellant was charged with committing an act of gross indecency with one Kenneth Jodoin, contrary to s. 157 of the *Criminal Code*, and with indecent assault on Kenneth Jodoin, contrary to s. 156 of the *Code* (since repealed). He was tried at Hamilton before His Honour Judge Clare and a jury and convicted on both counts. His appeal to the Court of Appeal (Jessup, Brooke and Cory J.J.A.) was allowed in part. The conviction under s. 156 of the *Code* was quashed but the appeal against the gross indecency conviction under s. 157 was dismissed.

l'appelant, aurait dû accueillir l'appel en vertu du sous-al. 613(1)a)(iii) du *Code* pour le motif qu'il s'est produit une erreur judiciaire.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 156, 157, 613(1)a)(iii), b(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, en date du 2 juin 1982, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de grossière indécence prononcée en vertu de l'art. 157 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Clayton C. Ruby, pour l'appellant.

Susan G. Ficek, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE McINTYRE—Le présent pourvoi est interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, en date du 2 juin 1982, qui a rejeté l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité de grossière indécence prononcée en vertu de l'art. 157 du *Code criminel*. L'appel a été rejeté en application du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code* après qu'on eut conclu que le contre-interrogatoire de l'appelant par le substitut du procureur général lors du procès [TRADUCTION] «ne pouvait que porter injustement préjudice à l'appelant» et qu'une directive du juge au jury selon laquelle [TRADUCTION] «le simple refus de croire la preuve d'alibi pouvait être utilisé comme une preuve de la culpabilité elle-même» était erronée et portait préjudice à l'accusé.

L'appelant a été accusé d'avoir commis un acte de grossière indécence avec un nommé Kenneth Jodoin, contrairement à l'art. 157 du *Code criminel* et d'avoir attenté à la pudeur de Kenneth Jodoin contrairement à l'art. 156 du *Code* (abrogé depuis lors). Il a subi son procès à Hamilton devant le juge Clare et un jury et a été déclaré coupable à l'égard des deux chefs d'accusation. Son appel à la Cour d'appel (les juges Jessup, Brooke et Cory) a été accueilli en partie. La déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 156 du *Code* a été annulée mais l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité de grossière indécence en contravention de l'art. 157 a été rejeté.

On May 27, 1981, the complainant was attacked in his apartment at about 1:00 a.m. He had been undergoing hormone treatment in preparation for what was described as a "sex-change operation", and was dressed as, and had assumed the appearance of, a woman. He was planning to leave his apartment when he heard a motor vehicle stop in front of the building. He saw a man, whom he later identified as the appellant, enter the building. The man asked Jodoin for a beer. The complainant said he had no beer, but at the visitor's request he allowed entry to his apartment because the visitor wished to use the washroom. When in the apartment the visitor attacked the complainant. There was a struggle and a forced act of fellatio by the complainant. The assailant then left.

There was evidence of identification of the appellant, including evidence relating to his clothing, and also evidence identifying the licence number of the motor vehicle which was correct to within one digit of the licence number of the appellant's vehicle. There was, as found by the Court of Appeal, a very strong circumstantial case against the appellant. The appellant gave evidence on his own behalf. He denied having been the attacker and swore he was not at the complainant's apartment building on that occasion though he had visited another tenant of the block on another occasion. He gave an account of his movements on the night in question, which placed him elsewhere than the scene of the crime and which was supported by witnesses called on his behalf. The jury, having heard all the evidence, clearly disbelieved the appellant and convicted him.

During the trial, Crown counsel (not counsel on this appeal) conducted a repetitive and improper cross-examination of the appellant. The trial judge interfered on two occasions cautioning Crown counsel but did not prevent the continuation of the examination. Evidence of previous sexual conduct of the appellant unrelated to the offence charged had been admitted as part of the Crown's case. The Court of Appeal considered that its admission was improper. The cross-examination dealt exten-

Le 27 mai 1981, vers une heure du matin, le plaignant a été attaqué dans son appartement. Il suivait un traitement hormonal préparatoire à ce qui a été décrit comme une «opération de transformation sexuelle»; il était habillé en femme et en avait pris l'apparence. Il allait sortir de son appartement lorsqu'il a entendu un véhicule s'arrêter devant l'immeuble. Il a vu un homme, qu'il a par la suite identifié comme l'appelant, entrer dans l'immeuble. L'homme a demandé à Jodoin de lui donner une bière. Le plaignant a dit qu'il n'avait pas de bière mais, à la demande du visiteur, il lui a permis d'entrer dans son appartement parce qu'il désirait utiliser les toilettes. Une fois dans l'appartement, le visiteur a attaqué le plaignant. Il y a eu une bagarre et le plaignant a été forcé d'exécuter un acte de fellation. L'agresseur a alors quitté les lieux.

Des éléments de preuve relativement à l'identité de l'appelant ont été présentés, y compris des éléments relatifs à ses vêtements et également des éléments identifiant la plaque du véhicule qui correspondait à un chiffre près au numéro de la plaque du véhicule de l'appelant. Il y avait, comme l'a conclu la Cour d'appel, une preuve circonstancielle très forte contre l'appelant. L'appelant a témoigné pour son propre compte. Il a nié avoir été l'attaquant et a déclaré sous serment qu'il ne se trouvait pas dans l'immeuble du plaignant à ce moment-là, bien qu'il ait rendu visite à un autre locataire de l'immeuble à un autre moment. Il a fait état de ses déplacements au cours de la nuit en question, qui le situaient ailleurs que sur la scène du crime et qui étaient appuyés par des témoins qu'il avait cités. Le jury, après avoir entendu toute la preuve, a clairement refusé de croire l'appelant et l'a déclaré coupable.

Au cours du procès, le substitut du procureur général (qui n'est pas l'avocat dans le présent pourvoi) a contre-interrogé l'appelant de façon répétitive et inappropriée. Le juge du procès est intervenu à deux reprises pour avertir le substitut sans toutefois l'empêcher de continuer l'interrogatoire. Des éléments de preuve relatifs à la conduite sexuelle antérieure de l'appelant, non reliés à l'infraction dont il était accusé, ont été admis dans le cadre de la preuve à charge. La Cour d'appel a

sively with that evidence. The appellant was challenged to explain away or account for the evidence of Crown witnesses, and it is apparent from a reading of the transcript that the appellant became upset and emotionally disturbed by the constant repetition of questions which he had already answered. These facts appear to have led the court to interfere. The Court of Appeal was of the view that the cross-examination was improper. Brooke J.A., with whom Cory J.A. agreed, after noting that the case for the defence depended on the jury's view of the evidence of the appellant and his witnesses to his alibi, said:

As to the cross-examination, while the evidence led in the cross-examination was to some extent relevant to show that the appellant was in the building where the complainant resides and at the hour that she says that he was there, it went too far when the appellant's sexual conduct on another occasion was introduced in the cross-examination and, in particular, when Crown counsel persisted in this regard over the accused's denial. Crown counsel sought and was permitted to lead that evidence which was not really relevant to the issue and could only unfairly prejudice the appellant. Nothing further need be said about the misdirection that mere disbelief in the alibi evidence could be used as evidence of guilt itself. This Court has dealt with such matters on a number of other occasions. The direction was wrong and, of course, was prejudicial to the accused.

He concluded because of the strength of the Crown's circumstantial case it was a proper case for the application of the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*.

In this Court it was contended by the appellant that the application of the proviso was improper and that it constituted reversible error. It was contended that the impropriety of the cross-examination raised at most a question of mixed law and fact and, accordingly, it could not be the subject of the application of the proviso. Furthermore, the error found by the Court of Appeal to be "unfairly prejudicial", even if considered an error of law, was not such an error that the proviso should have been applied. The Crown argued that

jugé que cette admission était abusive. Le contre-interrogatoire portait en grande partie sur cette preuve. L'appelant a été mis au défi de se justifier ou de se disculper face aux dépositions des témoins à charge et, à la lecture des notes sténographiques, il ressort que l'appelant a été bouleversé et perturbé émotionnellement par la répétition constante de questions auxquelles il avait déjà répondu. Ces faits paraissent avoir incité la cour à intervenir. La Cour d'appel a estimé que le contre-interrogatoire était inapproprié. Le juge Brooke, avec l'appui du juge Cory, après avoir fait remarquer que la preuve de la défense dépendait de l'opinion que le jury s'était faite des dépositions de l'appelant et de ses témoins relativement à son alibi, a dit:

[TRADUCTION] En ce qui a trait au contre-interrogatoire, bien que les éléments de preuve présentés dans le contre-interrogatoire soient dans une certaine mesure utiles pour démontrer que l'appelant se trouvait dans l'immeuble où réside la plaignante et à l'heure à laquelle elle dit qu'il s'y trouvait, il est allé trop loin lorsqu'il a introduit en contre-interrogatoire la conduite sexuelle de l'appelant à une autre occasion et, en particulier, lorsque le substitut a persisté à cet égard malgré le démenti de l'accusé. Le substitut a cherché à présenter cet élément de preuve qui n'était pas réellement pertinent à l'égard de la question et ne pouvait que porter injustement préjudice à l'appelant et on lui a permis de le faire. Il n'y a rien d'autre à ajouter au sujet de la directive erronée selon laquelle le simple refus de croire la preuve d'alibi pouvait être utilisé comme une preuve de la culpabilité elle-même. Cette Cour a déjà traité de ces questions à plusieurs reprises. La directive était erronée et, évidemment, portait préjudice à l'accusé.

Il a conclu que, à cause de la force de la preuve circonstancielle du ministère public, l'affaire se prêtait à l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*.

Devant cette Cour, l'appelant a soutenu que l'application de la disposition n'était pas appropriée et qu'elle constituait une erreur donnant lieu à cassation. Il a soutenu que le caractère abusif du contre-interrogatoire soulevait tout au plus une question mixte de droit et de fait et que, par conséquent, on ne pouvait lui appliquer la disposition. En outre, l'erreur dont la Cour d'appel a dit qu'elle portait [TRADUCTION] «injustement préjudice» même si elle est considérée comme une erreur de droit, n'était pas telle qu'elle commande-

the impugned cross-examination viewed in the context of the admissibility of evidence did raise a question of law, and one to which the proviso could apply. It was also argued that, apart from questions of admissibility of evidence, the impugned cross-examination could raise questions concerning the fairness of the proceedings. The nature or manner in which cross-examination is conducted does not necessarily raise a question of law to which the proviso may apply, but does raise an issue whether a miscarriage of justice has occurred under s. 613(1)(a)(iii). However, the Court of Appeal, it was said, made no error in law in holding that there had been no miscarriage of justice.

The relevant portions of s. 613 of the *Criminal Code* are set out hereunder:

613. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

The proviso may be applied by the Court of Appeal only where it has formed the opinion that the appeal might be decided in favour of the appellant because of a wrong decision on a question of law, and where it is also of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. This is clear from the wording of the statute and, indeed, was accepted by the Crown in its factum.

rait l'application de la disposition. Le ministère public a soutenu que le contre-interrogatoire contesté, considéré dans le contexte de l'admissibilité de la preuve, soulevait bien une question de droit à laquelle la disposition pouvait s'appliquer. Il a également soutenu que, outre les questions d'admissibilité de la preuve, le contre-interrogatoire contesté pouvait soulever des questions relatives à l'équité des procédures. La nature du contre-interrogatoire ou la manière dont il a été mené ne soulève pas nécessairement une question de droit à laquelle peut s'appliquer la disposition, mais soulève en fait la question de savoir s'il y a eu une erreur judiciaire au sens du sous-al. 613(1)a)(iii). Toutefois, on a dit que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur de droit lorsqu'elle a jugé qu'il n'y avait pas eu d'erreur judiciaire.

Les parties pertinentes de l'art. 613 du *Code criminel* sont les suivantes:

613. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appellant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, ou

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, si

(iii) bien que la cour estime que, pour tout motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

La Cour d'appel ne peut appliquer la disposition que lorsqu'elle est d'avis que l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant à cause d'une décision erronée sur une question de droit et lorsqu'elle est également d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. C'est ce qui ressort clairement du texte de la loi et, en fait, ce qui a été accepté par le ministère public dans son mémoire.

The errors at trial were enumerated by Jessup J.A. in his short judgment "for the judge's future guidance". They were stated to be that:

- (1) He charged the jury that mere disbelief of the alibi evidence could be used as evidence of guilt itself.
- (2) He permitted evidence of the appellant's sexual conduct unrelated to this offence, although it was not similar fact evidence and he permitted the Crown to cross-examine on that evidence.
- (3) The trial judge erred when he said to the jury "It is your duty to give the benefit of the doubt to the accused, but having done so, to convict if you believe guilt is established."

Points (1) and (3) are errors of law. Point (2) is the error on which the appellant bases the principle part of his argument. The appellant raises two propositions. He argues, firstly, that the Court of Appeal has found that the abusive cross-examination was unfairly prejudicial to the appellant. The Court of Appeal should, therefore, have allowed the appellant's appeal on the basis that there had been a miscarriage of justice under s. 613(1)(a)(iii). The application of the proviso, it was argued, was reversible error because the Court of Appeal had no power to apply the proviso unless an error of law could be shown. The error in permitting the abusive cross-examination was, at most, one of mixed law and fact and, accordingly, the conviction could not be saved by the application of the proviso. Secondly, the appellant contended that, even if the error with respect to the cross-examination could be considered to be an error of law, it was of such a nature that the Court of Appeal erred in applying the proviso to dismiss the appeal.

Was the failure of the trial judge to restrain the abusive cross-examination an error of law? Of course, a legal element was involved in the decision which faced the trial judge. The question of admissibility of evidence is a question of law. Crown counsel has a right in law to cross-examine the accused and, accordingly, to deny that right or unduly limit it raises considerations of law. There

Le juge Jessup a énuméré les erreurs commises lors du procès dans son bref jugement [TRADUCTION] «à titre d'indication pour le juge». Ce sont les suivantes:

^a [TRADUCTION]

- (1) Il a exposé au jury que le simple refus de croire la preuve d'alibi pouvait être utilisé comme une preuve de la culpabilité elle-même.
- (2) Il a admis la preuve de la conduite sexuelle de l'appellant qui ne se rapportait pas à la présente infraction, bien qu'il ne s'agissait pas d'une preuve de faits similaires et il a permis au ministère public de contre-interroger à cet égard.
- (3) Le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a dit au jury «Vous avez l'obligation de donner le bénéfice du doute à l'accusé mais, lorsque vous l'avez fait, de le déclarer coupable si vous croyez que la culpabilité est établie.»

^d Les points (1) et (3) sont des erreurs de droit. Le point (2) est l'erreur sur laquelle l'appellant fonde la principale partie de sa plaidoirie. L'appellant soulève deux arguments. En premier lieu, il soutient que la Cour d'appel a jugé que le contre-interrogatoire abusif portait injustement préjudice à l'appellant. Par conséquent, la Cour d'appel aurait dû accueillir son appel sur le fondement qu'il y avait eu erreur judiciaire en vertu du sous-al. 613(1)a(iii). Il soutient que l'application de la disposition constitue une erreur donnant lieu à cassation parce que la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'appliquer la disposition à moins qu'une erreur de droit ne puisse être démontrée. L'erreur que constitue l'autorisation du contre-interrogatoire abusif est, tout au plus, une erreur mixte de fait et de droit et, par conséquent, la déclaration de culpabilité ne pouvait être maintenue par l'application de la disposition. En second lieu, l'appellant soutient que, même si l'erreur relative au contre-interrogatoire peut être considérée comme une erreur de droit, elle est d'une telle nature que la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant la disposition pour rejeter l'appel.

Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en n'empêchant pas le contre-interrogatoire abusif? Évidemment, la décision à laquelle le juge du procès était confronté comportait un élément juridique. La question de l'admissibilité de la preuve est une question de droit. Le substitut du procureur général est autorisé en droit à contre-interroger l'accusé et, par conséquent, lui refuser

are, however, limits to the extent of the cross-examination and the manner in which it may be conducted, and there is always a discretion in the trial judge and a duty to confine the cross-examination within proper limits. There is, of course, no doubt that in cross-examination in criminal cases, particularly where questions of credibility of witnesses are in issue, a wide latitude is accorded to counsel and too fine a line should not be drawn to confine or limit a detailed and searching inquiry into the matters raised by the evidence given by the accused and other witnesses. The discretion to intervene in a cross-examination must, of course, be exercised judicially. Its exercise does not rest on legal considerations alone, but will depend as well on the facts and circumstances in each case, and will not be determined by the simple application of a fixed rule of law. The decision to exercise the discretion to intervene in cross-examination, or to refrain from intervention, is one involving considerations of both law and fact and cannot be said to be a question of law alone. Each case will depend on its own circumstances, and no doubt there will frequently be difficulty in deciding from case to case whether the point has arrived in a cross-examination where the trial judge should intervene. It is in this case abundantly clear, however, that that point was reached and passed. The trial judge was obviously concerned at the course the cross-examination was taking. He did intervene on at least two occasions to caution counsel and to attempt to restrict counsel within proper limits, but this did not affect the cross-examination in any significant way. That he was in error in this regard was found by the Court of Appeal and it was noted by Brooke J.A. that it "could only unfairly prejudice the appellant".

The Court of Appeal, despite its finding of prejudice, relied on the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. It applied the proviso to dismiss the appeal. In this, it is my view that they were in error. Section 613(1)(b)(iii) permits of the application of the proviso only where it is of the opinion that on the ground of a wrong decision on a question of law an appeal

ce droit ou le restreindre indûment soulève des considérations de droit. Toutefois, il y a des limites à l'étendue du contre-interrogatoire et à la manière dont il peut être mené; le juge du procès possède toujours un pouvoir discrétionnaire et l'obligation de maintenir le contre-interrogatoire dans des limites acceptables. Évidemment, il n'y a aucun doute que lors de contre-interrogatoires dans des affaires criminelles, particulièrement lorsque des questions de crédibilité des témoins sont en cause, le procureur dispose d'une grande latitude et il ne faudrait pas tracer une frontière trop précise pour restreindre ou limiter un interrogatoire détaillé et rigoureux sur des points soulevés dans les dépositions de l'accusé et d'autres témoins. Le pouvoir discrétionnaire d'intervenir dans un contre-interrogatoire doit, il va sans dire, être exercé avec discernement. Son exercice ne repose pas seulement sur des considérations juridiques, mais dépend également des faits et des circonstances de chaque affaire et ne sera pas déterminé par la simple application d'une règle de droit établie. La décision d'exercer ou non le pouvoir discrétionnaire d'intervenir dans un contre-interrogatoire comporte des considérations de droit et de fait et on ne peut dire qu'il s'agit seulement d'une question de droit. Chaque affaire dépendra de ses propres circonstances et il sera sans doute fréquemment difficile de décider d'une affaire à l'autre si, dans un contre-interrogatoire, on est parvenu au point où le juge du procès devrait intervenir. Toutefois, en l'espèce, il est évident que ce point a été atteint et même dépassé. Le juge du procès était manifestement préoccupé par le déroulement du contre-interrogatoire. Il est intervenu à au moins deux reprises pour mettre en garde le substitut et pour tenter de le garder dans des limites appropriées, mais cela n'a eu aucun effet important sur le contre-interrogatoire. La Cour d'appel a conclu qu'il avait commis une erreur à cet égard et le juge Brooke a fait remarquer que cela [TRADUCTION] «ne pouvait que porter injustement préjudice à l'appellant».

Tout en concluant au préjudice, la Cour d'appel s'est fondée sur les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Elle a appliqué la disposition pour rejeter l'appel. À cet égard, je suis d'avis qu'elle a commis une erreur. Le sous-alinéa 613(1)(b)(iii) ne peut s'appliquer que lorsque la cour estime que, étant donné une décision erronée sur une question de droit, l'appel pourrait être décidé

might be decided in favour of the appellant, but it is also of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. Here no error of law alone is relied upon, and the error in failing to limit the cross-examination may not be relieved against by the application of the proviso. Prejudicial error had been found and the appellant, in my view, was entitled to have the court consider whether the appeal should have been allowed under the provisions of s. 613(1)(a)(iii) of the *Code* on the ground that a miscarriage of justice had occurred.

I find it impossible to conclude that no miscarriage of justice occurred as a result of the appellant's cross-examination. A person charged with the commission of a crime is entitled to a fair trial according to law. Any error which occurs at trial that deprives the accused of that entitlement is a miscarriage of justice. It is not every error which will result in a miscarriage of justice, the very existence of the proviso to relieve against errors of law which do not cause a miscarriage of justice recognizes that fact. However, I am not able to say that an error which, in the words of Brooke J.A., "could only unfairly prejudice", would not by itself cause a miscarriage of justice. It would be wholly inconsistent with a finding of unfair prejudice in a trial to find, nonetheless, that no miscarriage of justice occurred. In my opinion, the Court of Appeal, having found as it did, ought to have allowed the appeal under s. 613(1)(a) (iii) of the *Criminal Code*. For these reasons, s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* could not influence the decision and further exploration of that section in dealing with the second or alternative argument raised by the appellant is unnecessary.

I would allow the appeal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Clayton C. Ruby, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for the Province of Ontario, Toronto.

en faveur de l'appellant, mais qu'elle estime également qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. En l'espèce, on ne s'est pas fondé sur une erreur de droit seulement et on ne peut, par l'application de la disposition, corriger l'erreur qui résulte de l'omission de limiter le contre-interrogatoire. On a conclu qu'il y avait eu une erreur causant un préjudice et, à mon avis, l'appellant avait le droit d'exiger que la cour examine la question de savoir si l'appel aurait dû être accueilli en vertu des dispositions du sous-al. 613(1)a)(iii) du *Code* pour le motif qu'il s'est produit une erreur judiciaire.

J'estime qu'il est impossible de conclure que le contre-interrogatoire de l'appellant n'a entraîné aucune erreur judiciaire. Une personne qui est accusée d'un crime a droit à un procès équitable selon la loi. Toute erreur qui se produit au cours du procès et qui prive l'accusé de ce droit constitue une erreur judiciaire. On ne peut pas dire que toute erreur est une erreur judiciaire; d'ailleurs l'existence même de la disposition pour remédier aux erreurs de droit qui ne causent pas une erreur judiciaire reconnaît ce fait. Toutefois, je ne peux pas dire qu'une erreur qui, selon les termes du juge Brooke [TRADUCTION] «ne pouvait que porter injustement préjudice» ne serait pas en elle-même une erreur judiciaire. Il serait tout à fait incompatible avec une conclusion selon laquelle il y a eu un préjudice injuste dans un procès que de conclure néanmoins qu'il ne s'est produit aucune erreur judiciaire. À mon avis, la Cour d'appel ayant conclu comme elle l'a fait aurait dû accueillir l'appel en vertu du sous-al. 613(1)a)(iii) du *Code criminel*. Pour ces motifs, le sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code* ne peut pas avoir d'effet sur la décision et il est inutile d'examiner plus avant cet article dans le contexte du second argument de l'appellant ou argument subsidiaire.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appellant: Clayton C. Ruby, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province de l'Ontario, Toronto.

TAB 17

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:	)	
	)	
HER MAJESTY THE QUEEN	)	<i>Michael Bernstein</i> , for the Crown
	)	
	)	Respondent
– and –	)	
	)	<i>John Fennel</i> , for the Defendant/Applicant
OMOID RAHMANI	)	
	)	
	)	
Defendant/Applicant	)	
	)	
	)	HEARD: June 3, 2021, by Zoom

MOLLOY J.

REASONS FOR DECISION

A. INTRODUCTION

[1] Omaid Rahmani brings this application for *certiorari* seeking to quash his committal for trial on a charge of possession of fentanyl for the purpose of trafficking. This charge was one of a myriad of charges laid against multiple individuals after a large criminal investigation known as Project Kraken. The charge involving Mr. Rahmani proceeded to a preliminary hearing along with seven other accused persons, continuing for ten days before the Honourable Justice M. Block in the Ontario Court of Justice. Block J. delivered judgment on November 20, 2020, committing all of the accused to trial on all 39 charges before him.

[2] Mr. Rahmani was arrested in Sudbury on June 23, 2019 when the car in which he was a passenger was stopped by the police. Mr. Rahmani's co-accused on this charge, Devon Lewis, was driving the car at the time and Mr. Rahmani was in the front passenger seat. The car, a silver Toyota Yaris, was owned by Mr. Rahmani's father. In the trunk of the car was a backpack containing two packages of fentanyl wrapped in foil, weighing approximately four ounces each.

[3] There was no direct evidence at the hearing that Mr. Rahmani had knowledge or control of the fentanyl. The case against him turns on what inferences can be drawn from the evidence, much of which consists of intercepted cellphone communications.

[4] Mr. Rahmani raises two issues. First, he submits that the hearing judge improperly admitted hearsay evidence from which he drew inferences favourable to the Crown's case and which should not have been considered. Second, he argues that there were many inferences that could be drawn from the evidence, some of which were inconsistent with his guilt. A properly instructed jury could not draw an inference of guilt in such circumstances. Therefore, he submits that the test for committal cannot be met and the committal should be quashed.

[5] For the reasons set out below, I reject both arguments. The admissibility of evidence is a question of law and is not a reviewable error on *certiorari*. With respect to the drawing of inferences, the applicant's argument has some logical resonance. However, the Ontario Court of Appeal has been clear that this type of weighing of evidence is not permissible at a preliminary hearing, nor on a motion such as this one to quash a committal.

[6] I heard this application together with that of one of the other individuals on the indictment, Eric Rivard, but have delivered separate reasons for my decision in that case.¹

B. THE FACTS

[7] The Crown alleges that Mr. Rahmani was part of a group transporting drugs from the Toronto area to Sudbury. For purposes of the preliminary hearing, the details of the larger scheme were not in contention. The sole issue was where there was any evidence that Mr. Rahmani had knowledge and control of the fentanyl in the trunk of the car.

[8] Much of the evidence came from wiretaps. Those revealed that between June 17, 2019 and June 23, 2019 several of the co-accused (specifically, Mohamed Aden, Makador Mohamed, Trevor Poland and Ed Greco) had conversations about drugs being delivered from Toronto to 234 Lloyd Street in Sudbury. Aden is alleged to be the drug supplier. Aden told both Greco and Poland that he was sending "four" to each of them. At 2:40 p.m. on June 23, 2019, Aden told an unnamed caller that his runner had left the Scarborough Town Centre and was on his way. At 3:00, Aden told Mohamed that his "boy" was going to be at the shopping mall soon. He also talked about having just communicated with the "youths" on Facetime. Shortly after that, Aden told both Poland "he coming by" and Greco "he's on da way." Greco provided the 234 Lloyd Street address.

[9] While Aden, Greco, and Poland were in communication, police surveillance teams were in place at the Cookstown Outlet Mall and observed Makador Mohamed arrive in a Volkswagen Jetta. A surveillance officer saw Devon Lewis get out of the driver seat of a silver Toyota Yaris and get into the front passenger seat of Mohammed's Jetta. Lewis was there a short period of time, then exited. He appeared to be holding something in his right hand, which he then placed in his pocket. Lewis returned to the Yaris, again getting into the driver's seat. Mohamed drove out of the parking lot. The officer then lost sight of Lewis for a short period of time because his view

¹ *R. v. Rivard*, 2021 ONSC 5717.

was blocked. When he regained visual observation, Lewis was outside the Yaris and getting into the driver's seat again. Throughout this time, Mr. Rahmani was seated in the front passenger seat.

[10] The car was owned by Mr. Rahmani's father.

[11] The Yaris left the Cookstown mall with Devon Lewis at the wheel and went directly to Sudbury. It was under constant surveillance during this trip and made no stops. At 7:04 p.m., as the Yaris entered Sudbury, the police stopped the car. At first, Mr. Lewis tried to evade the police by aggressive driving. This was not successful, and the car eventually stopped and rolled into a shallow ditch. Mr. Lewis then got out of the driver's side and attempted to flee on foot. He was apprehended by police and appeared to them to be nervous. He made a number of unsolicited utterances supporting an inference that he knew there were drugs in the car: "that's not my car, I'm only the driver;" "if there are drugs in the car do I get charged;" and, asking if he would get bail.

[12] Mr. Rahmani remained in the front passenger seat until he was arrested.

[13] In the trunk of the Yaris, police found a backpack containing two foil packages of fentanyl, each weighing approximately four ounces. This evidence supports an inference that these are the drugs Aden was supplying to Poland and Greco.

[14] Ten minutes after police stopped the Yaris, Aden called Greco and said "these guys" were not answering calls. Minutes later, they had another discussion about it. Aden told Greco that it was "two Black guys in a silver Toyota." Mr. Lewis is Black; Mr. Rahmani was described by the surveillance officer as being Middle Eastern in appearance. In a later discussion, Aden and Greco again expressed concern about the delay with the Toyota. Greco said he would go to the courthouse the next day to see what he could find out. Aden told him that one of the guys in the car was named Devon Lewis.

[15] D.C. Brine was one of the officers involved in the search of the Toyota Yaris at the roadside following the arrest of Rahmani and Lewis. D.C. Brine testified that he found two cellphones in the front seat: a black iPhone in a black Otterbox case that was on the front passenger seat and plugged into the charging outlet; and a grey iPhone in a clear gold-patterned case that was on the floor in front of the front passenger seat. He turned the phones over to D.C. Kelly.

[16] D.C. Kelly confirmed receiving the iPhones from D.C. Brine. D.C. Kelly testified that he had been informed by D.C. Brine that the GPS App on the black iPhone had been opened with an estimated arrival of 7:59 at the address of 234 Lloyd Street. This phone was located on the seat where Mr. Rahmani had previously been sitting and showed the address provided by Greco for the delivery of the drugs.

C. THE DECISION OF THE HEARING JUDGE

[17] The preliminary hearing judge held that "the combined effect of the intercepts" and the surveillance at the Cookstown Mall "are consistent with a reasonable inference that Mohamed

Aden attempted to resupply drugs to Greco and Poland for their local trafficking operations” in Sudbury with the assistance of Makador Mohamed, using Lewis and Rahmani as couriers from Cookstown to Sudbury. Further, he held that the drugs found in the trunk of the Yaris “create a reasonable inference that the purpose of the meeting between Makador Mohamed and Devon Lewis in Cookstown was the transfer of the drugs discovered after the takedown.”² The hearing judge recognized that there were some weaknesses in the evidence and other possible inferences available but held that these “potential competing inferences must be evaluated by the jury.”³

[18] The hearing judge found ample evidence to support the inference that Mr. Lewis had knowledge and control of the fentanyl in the trunk of the car including his conduct at the Cookstown Mall, his control of the vehicle carrying the drugs, his behaviour at the time of takedown, and his inculpatory remarks demonstrating his knowledge of the drugs.

[19] With respect to Mr. Rahmani, the hearing judge observed that “the evidence pointing to an inference that the passenger Rahmani was a knowing participant in the drug delivery to Sudbury might well be inadequate to ground committal except for the discovery of the black iPhone on his seat after the June 23, 2019 takedown.” He noted that the active GPS App showed the delivery address for the drugs destined for Greco and held that this was “some evidence that Rahmani was not a mere passenger but rather a participant with knowledge of the destination and purpose of the journey.” He held that the determination of that issue must be left with the jury.⁴

D. THE TEST TO BE APPLIED

[20] This is not an appeal. The preliminary hearing judge is entitled to be wrong on questions of law. *Certiorari* is not available to review purported errors of law by the preliminary hearing judge. The only basis upon which this court can intervene is where the preliminary hearing court judge has lost jurisdiction. A preliminary hearing judge loses jurisdiction if he or she orders committal in the absence of any evidence upon which a properly instructed jury could rationally conclude that the accused is guilty beyond a reasonable doubt.⁵

[21] The test to be applied for committal to trial is the same, whether the evidence is direct or circumstantial. Where there is no direct evidence of an essential element of an offence, the preliminary hearing judge must assess whether the circumstantial evidence is reasonably capable of supporting an inference of guilt. The inference consistent with guilt is not required to be the only inference, or even the most compelling one, but it is required to be a reasonable one that is

² *Reasons of the Preliminary Hearing Judge*, at para. 38 (“Reasons”).

³ *Reasons*, para. 40.

⁴ *Reasons*, para. 46.

⁵ *R. v. Russell*, 2001 SCC 53, [2001] 2 S.C.R. 804, at para. 21; *R. v. Sazant*, 2004 SCC 77, [2004] 3 S.C.R. 635, at para. 16; *R. v. Skogman*, [1984] 2 S.C.R. 93, at p. 106; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080; *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828, at para. 21; *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702, at para. 53.

rooted in the evidence, as opposed to being mere speculation. The Crown's case must be taken at its highest. Only inferences consistent with the Crown's case are permitted to be drawn.⁶

E. HEARSAY EVIDENCE

[22] The applicant submits that the hearing judge erred in jurisdiction by admitting the hearsay evidence of D.C. Kelly about what was on the black iPhone, that testimony being based on what he was told by D.C. Brine rather than what he observed himself. The applicant relies in that regard on *Stillo v. R.*,⁷ a 1981 decision of the Ontario Court of Appeal.

[23] In *Stillo* the accused was charged with assaulting a child, a girl not quite eight years old at the time of the trial. Because the child did not understand the nature of an oath, her testimony at the preliminary hearing was received unsworn. There was no evidence corroborating her testimony about the assault. Notwithstanding the absence of corroboration, the preliminary hearing judge committed the accused for trial. The accused brought an application to quash his committal, which was dismissed by Cory J. (as he then was).

[24] The *Evidence Act* in force at the time of the *Stillo* case provided that if a child's evidence is unsworn, "no case shall be decided upon such evidence, and it must be corroborated by some other material evidence."⁸ Cory J. ruled that the acceptance by the preliminary hearing judge of the unsworn and uncorroborated evidence of a child was an error of law, not an error of jurisdiction, and accordingly immune from judicial review. On further appeal, the Court of Appeal disagreed, holding that the absence of corroboration as required by the *Evidence Act* meant that there was no evidence upon which a reasonable properly instructed jury could convict and that the preliminary hearing judge had therefore made an error going to jurisdiction.

[25] Before me, counsel for the applicant argued that the same principle should apply to inadmissible hearsay evidence. Since no properly instructed jury could rely on such evidence to convict, he submitted, this amounts to an error of jurisdiction.

[26] I disagree. The issue in *Stillo* was not whether the child's evidence was admissible. Rather, there was a statutory requirement that it be corroborated, such that corroborating evidence became an essential element or precondition to a conviction. That is not the case before me. D.C. Allen's evidence clearly was hearsay, but whether or not it was admissible is a question of law, not one of jurisdiction.

[27] Crown counsel argued before me that, given the surrounding circumstances, the preliminary hearing judge committed no error in admitting the evidence of D.C. Allen on this

⁶*Arcuri*, at para. 23; *Sazant*, at para. 18; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at paras. 84-91.

⁷ *Stillo v. R.* (1981), 60 C.C.C. (2d) 243 (Ont. C.A.).

⁸ *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 s. 16(1) and (2).

issue. It is not necessary for me to decide whether the evidence was or was not admissible, and I decline to do so. In my view, the Ontario Court of Appeal and Supreme Court of Canada have been consistent in holding that the admissibility of evidence is a question of law and not reviewable on an application to quash a committal for trial.

[28] In *R. v. Deschamplain* the Supreme Court of Canada held that any error made by a preliminary hearing judge as to the application of the rules of evidence “constitutes an error of law, not a jurisdictional error” and is “not reviewable by way of *certiorari*.”⁹ Similarly, Watt J.A. held in *R. v. Vasarhelyi*¹⁰ that errors in the admission of evidence or the application of the rules of evidence are errors of law and not jurisdictional in nature. The Supreme Court of Canada recently reiterated its position that *certiorari* cannot be used to challenge evidentiary rulings in *R. v. Awashish*, in which Rowe J. held:

Certiorari is an extraordinary remedy that is available only in narrow circumstances. Allowing parties to use it to challenge interlocutory rulings, including evidentiary matters, risks gravely slowing the criminal justice system. For similar reasons to those set out by the Court of Appeal, I would dismiss the Crown’s appeal.¹¹

[29] The preliminary hearing judge may have erred in admitting this evidence as hearsay through D.C. Allen. However, if this was an error (and I make no finding on whether it was), it was an error of law, not an error of jurisdiction. It is not the function of this court on *certiorari* to review evidentiary rulings or other errors of law. Accordingly, I find no merit to this aspect of the application.

F. CIRCUMSTANTIAL EVIDENCE and INFERENCES

[30] The applicant submits that the circumstantial evidence in this case was not sufficient to commit him for trial because no properly instructed jury could find him guilty on such evidence. The applicant argues that this case is analogous to the situation in *R. v. Lights*¹² in which the Ontario Court of Appeal reversed the decision of a trial judge convicting an accused of drug possession based entirely on circumstantial evidence. In *Lights*, six men were sitting in an apartment when armed police suddenly entered pursuant to a warrant. On the floor of the apartment, equidistant from each of the six men, was a closed duffel bag containing over a kilogram of marijuana and two ounces of cocaine. There was no identification inside or attached to the bag. In the apartment itself police found a firearm, a bulletproof vest, a few leaves of

⁹ *R. v. Deschamplain*, 2004 SCC 76, [2004] 3 S.C.R. 601, at para. 17.

¹⁰ *R. v. Vasarhelyi*, 2011 ONCA 397, 272 C.C.C. (3d) 193, at paras. 50-53, leave to appeal denied, [2011] S.C.C.A. No. 70.

¹¹ *R. v. Awashish*, 2018 SCC 45, [2018] 3 S.C.R. 87, at para. 2.

¹² *R. v. Lights*, 2020 ONCA 128, 149 O.R. (3d) 273.

marijuana next to a kitchen scale, a vacuum sealer, a money counter, and approximately \$10,000 in cash locked in a safe. The accused was the principal occupant of the apartment (although he was not on the lease) and in his pocket he had a key to the safe. The Court of Appeal set aside Mr. Lights' conviction for possession of the drugs in the duffel bag and registered an acquittal. The Court found the trial judge's decision to be unreasonable, having previously defined that term as a verdict "that no properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered."¹³ In coming to that conclusion, the Court relied on the Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Villaroman*, which held that "when the Crown's case consists wholly or substantially of circumstantial evidence, the standard of proof requires the trier of fact to be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused's guilt is the only reasonable inference to be drawn from the evidence as a whole."¹⁴ Applying those principles, Watt J.A. (writing for the unanimous Court) held:

But the black duffel bag and its contents was in a common area near the entrance to the apartment, equidistant to all six male occupants in possession of three fully-loaded handguns. The duffel bag was closed, its contents not visible from its exterior. There was no identification in, on, or attached to the bag. No forensic evidence linked the appellant to the bag. There was no evidence of its origins or how it came to be in its location. In these circumstances, we simply cannot say that the only reasonable inference from the evidence as a whole is that the appellant was in possession of the bag and its cache of contraband.¹⁵

[31] Arguing by way of analogy, counsel for the applicant points out that Mr. Rahmani was occupying the car when the drugs were in the trunk and had an address on his phone for the place where the drugs were to be delivered. However, there was no evidence connecting him to the backpack and its contents were not visible. There are other inferences that could logically be drawn with respect to the address on his phone and his knowledge and/or control of the drugs in the trunk. Therefore, he submits that no properly instructed jury could draw the inference of guilt and the committal for trial must therefore be quashed.

[32] The applicant also relies on the Court of Appeal's decision in *United States v. Huynh*¹⁶ in which Doherty J.A. held that where an inferential gap exists, it can only be properly overcome by evidence. In that case, the United States sought Mr. Huynh's extradition for the offence of laundering proceeds of crime obtained by the commission of the designated offence of trafficking in a controlled substance. The applicant was the owner of a large transport truck. The gas tank of the truck contained a secret compartment in which large quantities of cash were hidden and the truck was then driven across the border from the United States to Canada. Justice Doherty found

¹³ *Lights*, at para. 30.

¹⁴ *Lights*, at para. 36, citing *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000, at para. 20.

¹⁵ *Lights*, at para. 105.

¹⁶ *United States v. Huynh* (2005), 200 C.C.C. (3d) 305 (Ont. C.A.).

that the designated offence of trafficking in a controlled substance was an essential element to be established and that this was not an inference that could properly be drawn from the evidence, stating:

The material identified by the respondent certainly permits the inference that the cash was the proceeds of some illicit activity. Drug trafficking comes readily to mind as one possible source. The process of drawing inferences from evidence is not, however, the same as speculating even where the circumstances permit an educated guess. The gap between the inference that the cash was the proceeds of illicit activity and the further inference that the illicit activity was trafficking in a controlled substance can only be bridged by evidence. The trier of fact will assess that evidence in the light of common sense and human experience, but neither are a substitute for evidence. The requesting state has not offered any evidence as to the source of the funds even though its material indicates that one of the parties to this conspiracy is cooperating with the police. Despite the effective argument of counsel for the respondent, I do not think there is anything in the material that would reasonably permit a trier of fact to infer that the cash was the proceeds of drug trafficking and not some other illicit activity.

[33] The test on extradition is the same as on committal for trial after a preliminary inquiry. By analogy the applicant before me argues that *Huynh* stands for the proposition that where there are other available inferences from the circumstantial evidence, the hearing judge cannot draw an inference consistent with guilt.

[34] I confess that I find some logical force to the applicant's argument. Clearly, where there are multiple inferences available from the evidence, the preliminary hearing judge is required to draw the inference favourable to the Crown. This principle is well-established in the case law.¹⁷ However, the Supreme Court of Canada has also been clear in *Villaroman* that where a case is entirely circumstantial the jury must be instructed that they can only make a finding of guilt if that is the only reasonable inference from the evidence. This is an application of the ancient Rule in *Hodge's Case*. If there is any other available inference supported by the evidence looked at as a whole, even where the inference consistent with guilt is the most likely of the available inferences, the jury cannot return a guilty verdict. Logically, then, why commit an accused for trial in an entirely circumstantial case, where there are alternative inferences available from the evidence, and where the jury will be instructed that the availability of other rational inferences means they cannot draw an inference of guilt? The preliminary hearing judge is required to do some limited weighing of the evidence in a circumstantial case.¹⁸ Should this not include a recognition that, in a case based entirely on circumstantial evidence, proof beyond a reasonable doubt at trial will

¹⁷ *R. v. Sazant*, 2004 SCC 77, [2004] 3 S.C.R. 635, at para. 25.

¹⁸ *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828, at para. 23.

require the application of *Hodge's Case*? Having confessed my attraction to the logic of that proposition, I must also confess (as I did to counsel in this case during the course of their oral submissions) that I have previously written a decision on a *certiorari* application adopting that line of analysis,¹⁹ which was decisively reversed by the Ontario Court of Appeal.

[35] The Court of Appeal's decision in that case, *R. v. Jackson*,²⁰ was authored by Doherty J.A. for the unanimous court. As I had relied on Doherty J.A.'s earlier decision in *Huynh*, the decision in *Jackson* addresses that point directly, stating:

The Superior Court judge confused cases in which the circumstantial evidence read at its strongest for the Crown could not reasonably support an inference of guilt (see e.g. *United States of America v. Huynh* (2005), 200 C.C.C. (3d) 305 (Ont. C.A.)), with cases in which the evidence could reasonably support inferences necessary to a finding of guilt or inferences inconsistent with guilt: (see e.g. *Russell*). The preliminary inquiry judge must discharge if the evidence falls into the first category of cases, but must commit for trial if the evidence falls into the second category.²¹

[36] I take it from *Jackson* that *Huynh* is not properly characterized as a case in which there is more than one inference that can be drawn with respect to the source of the large amounts of cash being covertly transported across the border hidden in the truck's gas tank, but rather as a case where there is nothing but speculation to support the inference sought by the Crown. If characterized as the former, the hearing judge would be required to draw the inference that supports the Crown's theory. However, in the latter, the hearing judge must not draw any inference.

[37] The Court of Appeal was clear in *Jackson* that the Rule in *Hodge's Case*, as applied by the Supreme Court of Canada in *Villaroman*, has no place in the analysis at a preliminary hearing, nor on a *certiorari* review of a committal for trial. Doherty J.A. held:

Given the nature of the decision the preliminary inquiry judge must make when deciding whether to commit, I see no value in reference to *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227. The often cited passage from *Hodge's Case* provides language that may be used in a jury instruction to assist a jury in applying the reasonable doubt standard to circumstantial evidence, and to alert the jury to the dangers of leaping too quickly to conclusions based on circumstantial evidence: see *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33. Neither concern is germane to the function of the preliminary inquiry judge at the end of the preliminary inquiry. Inserting the jury instruction language from *Hodge's Case* into the analysis required to determine

¹⁹ *R. v. Jackson*, 2016 ONSC 1069 (“*Jackson ONSC*”).

²⁰ *R. v. Jackson*, 2016 ONCA 736 (“*Jackson ONCA*”).

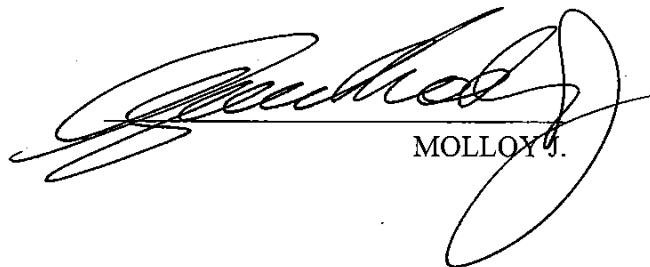
²¹ *Jackson ONCA*, at para. 11.

whether an accused should be committed for trial is confusing and potentially misleading.²²

[38] Accordingly, the question at this point is not whether there are other inferences available consistent with the innocence of the accused. Rather, the question is whether there is any reasonable inference available at all that Mr. Rahmani knew there were drugs in the trunk of the car and that the address on his phone was the drug drop-off point, and not simply some place to which they were headed. The fact that there is an available inference that Mr. Rahmani was no more than a passenger in the car is irrelevant. The fact that Aden referred to “two Black guys” being the couriers, when Mr. Rahmani is Middle Eastern, is also irrelevant. It was Mr. Rahmani’s father’s car, he was in it at the time the drugs were picked up, he remained in it for the entire drive to Sudbury, he knew the address to which they were going, and Aden referred multiple times to there being more than one courier involved for this delivery in the Toyota to Sudbury. All of these facts together could support a rational inference that Mr. Rahmani was acting as a drug courier and had knowledge and control over the drugs in the trunk of his father’s car. In my view, such an inference is rooted in the evidence and goes beyond mere speculation. The existence of other inferences, and the significant (if not insurmountable) obstacle *Villaroman* and *Hodge’s Case* will present at trial, are not relevant considerations at this stage.

G. CONCLUSION

[39] I find no error of jurisdiction by the preliminary hearing judge. This application is dismissed.



MOLLOY J.

Released: September 8, 2021

²² *Jackson ONCA*, at para. 15.

CITATION: R. v. Rahmani, 2021 ONSC 5716

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:

HER MAJESTY THE QUEEN

Respondent

– and –

OMAIID RAHMANI

Defendant/Applicant

REASONS FOR DECISION

Molloy J.

Released: September 8, 2021

TAB 18

[2] The motion for costs material included the affidavits of Brad Smith, Ross Smith and Patricia Tomasio, which contained evidence of prior business dealings between the appellant and the respondent and the principals of those companies, that the appellant alleges proves that the

respondents' motives and conduct in bringing the appeal were improper and justify the Board's awarding costs on a full indemnity basis.

[3] An appeal lies from the Board to the Divisional Court with leave only on a question of law.

[4] Proper interpretation of the *Ontario Municipal Board Act* (the "Act"), the Board's enabling statute, and the Board's Rules and of the admissibility of evidence raise questions of law.

[5] The test for leave is that there must be a reason to doubt the correctness of the decision and that there is a question of law of sufficient importance to warrant the attention of the Divisional Court.

[6] The appellant succeeded in a motion to dismiss without a hearing the respondent's appeal from an approval of the appellant's application for a zoning by-law amendment.

[7] Section 103 of the Board's Rules permit the Board to order costs against a party, "If the conduct or course of conduct of a party has been unreasonable, frivolous or vexatious or if the party has acted in bad faith."

[8] The affidavit evidence excluded by the Board alleges conduct of the respondent which, if accepted, would suggest it filed the appeal for improper bad faith motives.

[9] Having found that costs issues need not be pleaded for purposes of the original hearing, thereby rejecting the respondent's objection to admissibility, the Board held that the conduct alleged in the affidavits was irrelevant to the costs issue.

[10] The Board did not explain why it was irrelevant, other than to say, "The alleged conduct not only preceded the hearing but is also unrelated to any proceeding on the subject matter that is now before the Board." (See page 6 of the Reasons).

[11] In support of its position that pre-proceeding conduct was irrelevant, the Board distinguished its own decision in *Trilea Centres Inc. v. Ottawa-Carleton (Regional Municipality)* [1994] O.M.B.D. No. 1356, where pre-proceeding conduct was considered as a factor in adjudicating a cost claim. The grounds for distinguishing *Trilea* were that the actions complained of were not characterized as misconduct. That distinction is suspect as in *Trilea*, at page 6, the Board held that the conduct "was clearly unreasonable and unfair". I would have thought that amounted to misconduct.

[12] The Board imposed a time limit stating that the misconduct must occur in the course of the Board's proceedings. I have reason to doubt the correctness of that conclusion. No time frame for misconduct is covered in the Rules to which the Board referred. Further, if it is alleged that a party has brought the appeal for improper motives as is the case here, denying the opportunity to review conduct that occurred prior to launching the appeal makes a mockery of the power to award costs. The conduct relied upon to prove improper motive must necessarily have occurred prior to filing the appeal.

[13] Accordingly, I doubt the correctness of the decision. I am not required to find that it is wrong. The first part of the test is satisfied.

[14] The respondent submits that how the Board in this case interpreted its own rules raises no issue of general legal importance. I disagree. In my opinion, the question of what conduct can give rise to an award of costs is a matter of importance to all parties coming before the Board. The second part of the test is satisfied.

[15] The last issue is that of prematurity.

[16] The appeal is from a procedural finding made prior to any hearing on the merits of the application for costs. Leave to appeal such an order would not normally be granted, because this Court abhors a piecemeal approach to reviewing administrative actions.

[17] However, in *Ontario v. Lifford Wine Agencies*, 76 O.R. (3d) 401, the Ontario Court of Appeal held at paragraphs 43 – 52 of that decision that the rule against fragmentation is not absolute if it involves a breach of natural justice.

[18] In my opinion, denying the appellant the right to lead evidence concerning improper motive for launching the appeal arising out of prior dealings between the parties might well involve a denial of natural justice and is a question that should be considered by the full panel.

[19] Accordingly, leave to appeal is granted on the question of whether the Board erred in excluding the affidavit material referred to in the Notice of Appeal.

[20] Costs of this motion are reserved to the panel.

JENNINGS J.

Date of Reasons for Judgment: July 7, 2009
Date of Release: July 10, 2009

COURT FILE NO.: 114/09
DATE: 20090707

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
DIVISIONAL COURT**

B E T W E E N:

AON INC.

Applicant

- and -

TOWERHILL DEVELOPMENTS INC. and the
ONTARIO MUNICIPAL BOARD

Respondents

ORAL REASONS FOR JUDGMENT

JENNINGS J.

Date of Reasons for Judgment: July 7, 2009

Date of Release: July 10, 2009